

GERD MORGENTHALER

# Freiheit durch Gesetz

*Jus Publicum*

40

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 40





Gerd Morgenthaler

# Freiheit durch Gesetz

Der parlamentarische Gesetzgeber  
als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte

Mohr Siebeck

*Gerd Morgenthaler*, geboren 1962; nach Studium der Rechtswissenschaft und Referendariat 1991 Promotion und 1999 Habilitation in Heidelberg; zur Zeit Professurvertretung für Öffentliches Recht an der Universität Marburg.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Morgenthaler, Gerd:*

Freiheit durch Gesetz : der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte / Gerd Morgenthaler. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1999

(Jus Publicum ; Bd. 40 )

ISBN 3-16-147222-5

978-3-16-158070-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Sabon-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Wintersemester 1998/99 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Habilitationsleistung angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Oktober 1998 berücksichtigt.

Meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. *Paul Kirchhof*, danke ich herzlichst für die Betreuung und vielfältige Unterstützung meiner Arbeit. Ebenso möchte ich Herrn Prof. Dr. *Görg Haverkate* und Herrn Prof. Dr. *Reinhard Mußgnug* für die freundliche Begutachtung danken. Zu Dank verpflichtet bin ich auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines Habilitationsstipendiums und einer Druckbeihilfe sowie dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme der Schrift in die Reihe »Jus Publicum«.

Heidelberg, im März 1999

Gerd Morgenthaler



# Inhaltsübersicht

|                          |    |
|--------------------------|----|
| Vorwort .....            | V  |
| Inhaltsverzeichnis ..... | IX |

## 1. Teil

### *Freiheit durch Gesetz – ein Beitrag zur Grundrechtsauslegung*

|  |    |
|--|----|
| § 1 Offene Fragen zur Gestaltungsbefugnis des parlamentarischen<br>Erstadressaten der Freiheitsgrundrechte ..... | 2  |
| § 2 Thesen zum gegenwärtigen Meinungsstand .....   | 30 |

## 2. Teil

### *Die historischen Grundlagen der Begriffe ›Freiheit‹ und ›Gesetz‹*

|  |     |
|--|-----|
| § 3 Die Suche nach einer Ordnung, die der Vernunftnatur<br>des Menschen gerecht wird ..... | 64  |
| § 4 Epochen und Erkenntnisschritte der europäischen Staatsphilosophie .                    | 72  |
| § 5 Das Parlament als frei gewählter Garant der Freiheit .....                             | 140 |

## 3. Teil

### *Der grundrechtliche Anspruch auf gesetzlich geordnete Freiheit*

|   |     |
|---|-----|
| § 6 Der Aufruf durch den Grundgesetzgeber,<br>die Freiheit besser abzusichern ..... | 182 |
| § 7 Die verfassungsgeschichtlich neuartigen Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 . . . .        | 205 |
| § 8 Der subjektiv einklagbare Gesetzgebungsauftrag des Parlaments . . . .           | 244 |

## 4. Teil

*Die Konkretisierung der besonderen Freiheitsgrundrechte*

|   |     |
|---|-----|
| § 9 Kritik der Verfassungsrechtsprechung und der geltenden<br>Gesetzesordnung in Beispielen ..... | 268 |
| Zusammenfassung .....   | 333 |
| Literaturverzeichnis .....  | 355 |
| Sach- und Personenregister .....  | 365 |

# Inhaltsverzeichnis

|                        |     |
|------------------------|-----|
| Vorwort .....          | V   |
| Inhaltsübersicht ..... | VII |

## 1. Teil

### Freiheit durch Gesetz – ein Beitrag zur Grundrechtsauslegung

|   |   |
|---|---|
| § 1 <i>Offene Fragen zur Gestaltungsbefugnis<br/>des parlamentarischen Erstadressaten der Freiheitsgrundrechte</i> ..                             | 2 |
| A. Unterschätzt das Bundesverfassungsgericht den Ordnungsvorrang des Parlaments und die freiheitsermöglichende Wirkung der Gesetze? .....         | 2 |
| I. Aufgrund der verbreiteten Gleichsetzung von Freiheit und Staatsabwehr herrscht Unsicherheit über den Gesetzgebungsauftrag des Parlaments ..... | 2 |
| II. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....  | 4 |
| 1. Das Bundesverfassungsgericht scheint den Ordnungsvorrang des Parlaments gelegentlich zu mißachten .....  | 4 |
| a. Die verfassungsgerichtliche Abwägung des politischen Gehalts von Meinungsäußerungen .....  | 4 |
| b. Die verfassungsgerichtliche Abgrenzung der Religionsfreiheit nach dem objektivierten Selbstverständnis der Berechtigten .....                  | 6 |
| c. Die verfassungsgerichtliche Festlegung der Mieter- und Vermieterrechte je nach deren individuellem Bedarf .....                                | 7 |
| 2. Das Bundesverfassungsgericht müßte das Parlament gelegentlich deutlicher an dessen Gestaltungsauftrag erinnern .....                           | 9 |
| a. Das Gericht anerkennt das Erfordernis konstruktiver gesetzlicher Regelungsmechanismen, bleibt in den Maßstäben aber unklar .....               | 9 |

|  |    |
|--|----|
| b. Ausgewogene Unternehmensmitbestimmung durch gesetzliche Organisationsmaßnahmen? . . . . .   | 12 |
| c. Honorierung der Familienleistung durch einen rechtlich geordneten Familienleistungsausgleich? . . . . .   | 15 |
| III. Die rechtswissenschaftliche Herausforderung: funktional differenzierende Grundrechtsauslegung auf einheitlicher konzeptioneller Grundlage . . . . .       | 16 |
| B. Die Suche nach einer Allgemeinen Lehre der Freiheitsgrundrechte, die auch die Kompetenzfrage beantwortet . . . . .  | 19 |
| I. In vielen Fällen scheinen erst die Gesetze Freiheit zu schaffen . . . . .   | 19 |
| II. Beispiele aus dem geltenden Gesetzesrecht . . . . .  | 21 |
| 1. Gesetze eröffnen Handlungsfreiräume . . . . .   | 21 |
| 2. Gesetze erleichtern das Zusammenleben der aufeinander einwirkenden Freiheitsberechtigten . . . . .  | 22 |
| 3. Gesetze fördern die aktive Bewußtseins- und Willensbildung . . . . .  | 23 |
| III. Die Allgemeine Lehre muß die grundgesetzliche Leitidee und eine ihr gerecht werdende Dogmatik umfassen . . . . .  | 24 |
| IV. Das Bundesverfassungsgericht und der »Theorien-« und »Richtungsstreit« in der deutschen Staatsrechtslehre . . . . .  | 27 |
| 1. Die Interpretation der Freiheitsgrundrechte wird von »Grundrechtstheorien« überlagert . . . . .   | 27 |
| 2. Welche Leitidee bringt der Verfassungsbegriff der Freiheit zum Ausdruck? . . . . .  | 28 |
| § 2 <i>Thesen zum gegenwärtigen Meinungsstand</i> . . . . .  | 30 |
| A. Die verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenz soll das Bundesverfassungsgericht weder zum bloßen Gesetzesvernichter noch zum Gesetzgeber machen . . . . .   | 30 |
| I. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes durch das Bundesverfassungsgericht zwingt nicht zur Entwertung, sondern zur Aufwertung des Parlamentsgesetzes . . . . . | 30 |
| 1. Die neuartige Verfassungsabhängigkeit des Gesetzesrechts unter dem Grundgesetz . . . . .  | 30 |
| 2. Die mit der Verfassungsgerichtsbarkeit verbundene Tendenz zur Ausbildung eines Justizstaats . . . . .   | 31 |
| 3. Die Forderung nach Aufwertung des Gesetzesrechts zielt nicht auf mehr, sondern auf bessere Gesetze . . . . .  | 32 |

|      |   |    |
|------|---|----|
| II.  | Nicht richterliche »Zurückhaltung«, sondern eine präzise Dogmatik ist zu fordern . . . . .  | 33 |
| III. | Der Gestaltungsraum des Gesetzgebers ergibt sich weniger aus dem Gewaltenteilungsprinzip als aus der Freiheitsgarantie selbst . . . . .                                       | 35 |
|      | 1. Die Frage nach dem Kompetenzgehalt der Freiheitsgrundrechte. . . . .   | 35 |
|      | 2. Die Unterscheidung der vorrangigen Grundrechtskonkretisierung von der letztverbindlichen Grundrechtsinterpretation . . . . .   | 37 |
|      | 3. Die Selbständigkeit der freiheitsgrundrechtlichen Begriffe gegenüber dem einfachen Gesetz . . . . .  | 38 |
| B.   | Der individuelle Freiheitsanspruch garantiert weder willkürliches Belieben ohne Gesetze noch die Verschaffung realer Gelegenheit zur Freiheitsausübung durch Gesetz . . . . . | 39 |
|      | I. Das Meinungsspektrum bewegt sich zwischen einem »liberalen« und einem »materiellen« Grundrechtsverständnis. . . . .  | 39 |
|      | II. Das »liberale« Grundrechtsverständnis verkürzt das Freiheitsproblem . . . . .   | 41 |
|      | 1. Freiheit wird mit der Abwehr des Staates gleichgesetzt . . . . .   | 41 |
|      | 2. Die »liberale« Sphärenmetapher ist informationsarm . . . . .   | 44 |
|      | 3. Die »liberale« Staatsabwehr schwächt die Freiheitsgarantie, da sie auf das freiheitsermöglichende und freiheitsstützende Gesetz verzichtet . . . . .                       | 46 |
|      | III. Das »materielle« Grundrechtsverständnis instrumentalisiert das Gesetz . . . . .  | 48 |
|      | 1. Freiheit soll durch gezielte staatliche Maßnahmen für jeden »real« werden . . . . .  | 48 |
|      | 2. Eine bloße Umkehrung des »liberalen« Verständnisses hilft nicht weiter . . . . .   | 50 |
|      | 3. Es droht ein Verlust an Freiheit . . . . .   | 51 |
| C.   | Ein festes Fundament ist nötig. . . . .   | 54 |
|      | I. Der Gegensatz zwischen der »liberalen« und der »materiellen« Deutung der Freiheitsgrundrechte ist nur durch einen grundlegend neuen Ansatz zu überwinden . . . . .         | 54 |
|      | II. Das Grundgesetz selbst gibt die entscheidenden Hinweise: ihm liegt das wertbestimmte Konzept des »historischen Naturrechts« zugrunde . . . . .                            | 55 |
|      | III. Der Weg zur verfassungskonformen Grundrechtsdogmatik – Arbeitshypothesen und Gang der Darstellung . . . . .  | 57 |

1. Die Freiheitsgrundrechte bilden in ihrer Gesamtheit ein wertgebundenes System und den Entwurf einer vernunftrechtlichen Rahmenordnung . . . . . 57
2. Das Grundgesetz enthält einen Reformauftrag an den Gesetzgeber . . . . . 59

## 2. Teil

### Die historischen Grundlagen der Begriffe ›Freiheit‹ und ›Gesetz‹

- § 3 *Die Suche nach einer Ordnung, die der Vernunftnatur des Menschen gerecht wird* . . . . . 64
- A. Seinen überpositiven, vernunftrechtlichen Geltungsgrund hat das Grundgesetz in der Vernunftnatur des Menschen . . . . . 64
  - B. Das positive Recht muß als Werk vernünftiger Menschen für vernünftige Menschen gedeutet und fortentwickelt werden . . . . 65
    - I. Ziel ist der »Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit« . . . . . 65
    - II. Der Weg zum Ziel führt über jedermanns Freiheit, »von seiner Vernunft in allen Stücken öffentlichen Gebrauch zu machen« . . . . . 67
  - C. Was also ist das »historische Naturrecht«, von dem im Parlamentarischen Rat die Rede war? . . . . . 68
    - I. Ein über Jahrhunderte gewachsener, philosophisch begründeter und erprobter Entwurf einer freiheitlichen Ordnung . . . . . 68
    - II. Im Mittelpunkt des wertbestimmten Konzepts steht der selbst denkende und verantwortlich handelnde Mensch . . . . . 70
- § 4 *Epochen und Erkenntnisschritte der europäischen Staatsphilosophie* . . . . . 72
- A. Die Renaissance: Wiedergeburt des schöpferischen Individuums . . . 72
    - I. Zwischen Kultur und Macht – der Humanismus und der Traum von einer neuen römischen Weltherrschaft . . . 72
    - II. Neue Ideale und neuer Realismus . . . . . 74

|   |        |
|---|--------|
| 1. Giovanni Pico della Mirandola:<br>Die Würde und Offenheit des Menschen . . . . .   | 74     |
| 2. Thomas Morus: Das ideale Gemeinwesen Utopia . . . . .  | 75     |
| 3. Niccolò Machiavelli: Eine nüchterne und illusionslose<br>Analyse der politischen Wirklichkeit . . . . .                              | 75     |
| III. Freiheit und Gesetz im Denken der Renaissance . . . . .  | 78     |
| <br>B. Die Aufklärung: Äußere Bedingungen für das Wirken<br>der Vernunft . . . . .  | <br>79 |
| I. Der rational begründete Staat als Stifter des Friedens . . . . .   | 79     |
| 1. Jean Bodin: Die »absolute«, befreiende und Frieden<br>schaffende Gewalt des Monarchen . . . . .                                      | 79     |
| 2. Thomas Hobbes: Der Staat als säkulares Kunstwerk . . . . .   | 81     |
| a. Im anarchischen Urzustand herrscht der Krieg<br>eines jeden gegen jeden . . . . .  | 81     |
| b. Die Vorteile der unbedingten Unterwerfung<br>unter die Staatsgewalt . . . . .  | 82     |
| c. Die Freiheit des ungezügelten Beliebens –<br>ein Rest von Wildnis . . . . .  | 83     |
| d. Die heilsamen Wirkungen bürgerlicher Gesetze . . . . .   | 85     |
| II. Menschenrechte, Gewaltenteilung und Demokratie . . . . .  | 86     |
| 1. John Locke: Die Legitimierung der Staatsgewalt<br>aus der Freiheit der Bürger . . . . .  | 86     |
| a. Eine erneute Verrechtlichung der Herrschaftsausübung<br>wird angestrebt . . . . .  | 86     |
| b. Die Regierung soll sich an feste, stehende Gesetze halten . . . . .  | 88     |
| c. Bei Kompetenzüberschreitung drohen der Staatsgewalt<br>Ablösung und Widerstand . . . . .   | 89     |
| 2. Charles de Montesquieu: Institutionalisierte Gesetzgebung<br>und gesetzlich gestützte Institutionen im Dienst der Freiheit . . . . . | 91     |
| a. Freiheit durch Gewaltenteilung . . . . .   | 91     |
| b. Der Geist der Gesetze . . . . .  | 93     |
| c. Die Förderung republikanischer Tugenden<br>durch charakterbildende Institutionen . . . . .   | 94     |
| 3. Jean Jacques Rousseau: Der einzelne Mensch<br>und das Volk als Selbstgesetzgeber . . . . .   | 95     |
| a. Wahre Demokratie verlangt nach wahrer Freiheit<br>und Gleichheit . . . . .   | 95     |
| b. Die Herausbildung und normative Kraft des Gemeinwillens . . . . .  | 96     |
| c. Voraussetzung und Inhalt der allgemeinen Gesetze<br>ist die Erziehung zur Freiheit . . . . .   | 98     |
| d. Von der »natürlichen« über die »bürgerliche«<br>zur »sittlichen« Freiheit . . . . .  | 99     |
| 4. Adam Smith: Der private Eigennutz als Quelle<br>des öffentlichen Wohls . . . . .   | 100    |

|   |     |
|---|-----|
| a. Die persönlichkeitsprägende Kraft des Marktes . . . . .  | 100 |
| b. Wohlverständener Eigennutz, Sympathie und Reflexion . . . . .  | 101 |
| III. Freiheit und Gesetz im Denken der Aufklärung . . . . .   | 102 |
| 1. Staatsgewalt und Menschenrechte . . . . .  | 102 |
| 2. Das »Problem der Staatsverfassung« . . . . .   | 104 |
| 3. Das Tugend- und das Interessenmodell . . . . .   | 105 |
| C. Der deutsche Idealismus: Freiheit und innere Bindung<br>unter einem gewachsenen System notwendiger und allgemeiner<br>Rechtsgesetze . . . . .                | 106 |
| I. Der deutsche Idealismus klärt die Kriterien,<br>Begriffe und Grundzüge des Naturrechts . . . . .   | 106 |
| II. Die Begründung und Entwicklung der Gesetze<br>aus der Wertentscheidung für die Freiheit<br>und aus reinen Vernunftprinzipien . . . . .                      | 107 |
| 1. Immanuel Kant: Die Pflicht zum Übergang<br>vom Naturzustand in den bürgerlichen Zustand . . . . .  | 107 |
| a. Das Problem der Freiheit: Wie verträgt sich eine<br>zwangsbewährte Rechtsordnung mit der individuellen<br>Autonomie? . . . . .                               | 107 |
| b. Der nicht instinktgeleitete Mensch braucht innere<br>und äußere Gesetze . . . . .  | 110 |
| c. Das Erfordernis einer Konkretisierung des Freiheits-<br>anspruchs durch Gesetz . . . . .   | 113 |
| d. Die Rechtsordnung ist nur als System notwendiger,<br>allgemein anerkannter Gesetze zu rechtfertigen . . . . .  | 114 |
| 2. Wilhelm von Humboldt: Die Aufgaben, Grenzen und<br>notwendigen Gesetze des bürgerlichen Staates . . . . .  | 117 |
| a. Die Bestimmung der notwendig staatlichen Aufgaben . . . . .  | 117 |
| b. Die Grenzen der Wirksamkeit des Staates . . . . .  | 119 |
| c. Die notwendigen Gesetze . . . . .  | 121 |
| d. Die Theorie der Reform . . . . .   | 124 |
| 3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Der in den Gesetzen<br>und unter den Gesetzen wirkende Geist der Vernunft . . . . .   | 126 |
| a. Die Deutung der Weltgeschichte als Fortschritt<br>im Bewußtsein der Freiheit . . . . .   | 126 |
| b. Die Bildung des individuellen Selbstbewußtseins<br>und der kollektiven sittlichen Substanz durch einen<br>vernünftigen gesetzlichen Ordnungsrahmen . . . . . | 129 |
| c. Der selbstbestimmte Wille benötigt Handlungsfreiräume<br>und eine Rückbindung nach dem Prinzip<br>der verantwortlichen, »reflektierten« Freiheit . . . . .   | 131 |
| d. Die Einbindung des einzelnen in Institutionen<br>der Sittlichkeit . . . . .  | 134 |
| III. Freiheit und Gesetz im Denken des deutschen Idealismus . . . . .   | 138 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| § 5 | <i>Das Parlament als frei gewählter Garant der Freiheit</i> . . . . .  | 140 |
| A.  | Um seine Würde wahren zu können, muß der Mensch<br>seine Persönlichkeit frei entfalten dürfen . . . . .  | 140 |
| I.  | Die Vernunftnatur des Menschen begründet seine Würde . . .   | 140 |
| 1.  | Die Würde des Menschen beruht gleichermaßen<br>auf seiner Gottesebenenbildlichkeit und individuellen<br>Vertrauenswürdigkeit . . . . .           | 140 |
| 2.  | Die Würde des Menschen ist die Grundlage<br>seines Anspruchs auf Gleichheit und Freiheit . . . . .   | 141 |
| 3.  | Die Würde macht den Menschen zum Subjekt<br>des Rechts und verpflichtet ihn ethisch . . . . .  | 144 |
| a.  | Der Mensch hat kraft seiner Natur einen<br>Anspruch darauf, Person und frei zu sein . . . . .  | 144 |
| b.  | Der freie Mensch soll sich selbst binden . . . . .   | 144 |
| c.  | Die Selbstbindung zielt auf innere Harmonie . . . . .  | 146 |
| II. | Die freie Entfaltung der Persönlichkeit . . . . .  | 148 |
| 1.  | Erst seine ausgeprägte Persönlichkeit macht den Menschen<br>individuell vertrauenswürdig . . . . .   | 148 |
| 2.  | Die Persönlichkeit muß durch Bildung des Charakters<br>ausgeprägt und schrittweise entfaltet werden . . . . .                                    | 150 |
| 3.  | Bildung ist ein aktiver Prozeß, in dem sich das Recht<br>auf selbstbestimmtes Handeln mit dem Zwang<br>zur Eigenkontrolle verbindet . . . . .    | 152 |
| B.  | Der Begriff der Freiheit . . . . .   | 153 |
| I.  | Die drei wesentlichen Elemente des Freiheitsbegriffs . . . . .   | 153 |
| 1.  | Die Willensfreiheit ist Ausgangspunkt und Voraussetzung<br>der Freiheit . . . . .  | 153 |
| 2.  | Freiheit muß als bürgerliche Freiheit gesetzlich geordnet<br>und gesichert werden . . . . .  | 155 |
| a.  | Bürgerliche Freiheit ist die Befugnis, im Rahmen<br>der allgemeinen Gesetze nach eigenen Maßstäben eigen-<br>verantwortlich zu handeln . . . . . | 155 |
| b.  | Bürgerliche Freiheit ist keine absolute Freiheit . . . . .   | 155 |
| c.  | Mit der gesetzlich geordneten und gesicherten bürgerlichen<br>Freiheit sind Erwartungen verbunden . . . . .                                      | 157 |
| 3.  | An die bürgerliche Freiheit knüpft sich die Erwartung<br>sittlicher Freiheit . . . . .   | 159 |
| a.  | Sittliche Freiheit ist gelungene Selbstgesetzgebung . . . . .  | 159 |
| b.  | Von der Herrschaft der ursprünglichen Triebe<br>zur sittlichen Freiheit . . . . .  | 160 |
| c.  | Würde, Persönlichkeit und Freiheit gehören<br>untrennbar zusammen . . . . .  | 161 |

|  |     |
|--|-----|
| II. Bürgerliche Freiheit ermöglicht aktives Gestalten<br>und Einwirken auf andere . . . . .  | 162 |
| 1. Die Befugnisse zum Handeln müssen auf Gegenseitigkeit<br>zugeteilt werden . . . . .   | 162 |
| 2. Selbstbestimmungsfähigkeit und Offenheit:<br>Freiheit in Verantwortung . . . . .  | 163 |
| C. Der naturrechtliche Ordnungsentwurf und seine Anforderungen<br>an das Gesetz . . . . .  | 165 |
| I. Keine Freiheit ohne Gesetz . . . . .  | 165 |
| II. Das dreifach »allgemeine« Gesetz . . . . .   | 166 |
| 1. Nur als »allgemeiner« Rechtssatz wahrt das Gesetz<br>Distanz gegenüber den rechtsunterworfenen Handlungs-<br>trägern . . . . .                            | 166 |
| 2. Nur das in demokratischer »Allgemeinheit« zustande-<br>gekommene Parlamentsgesetz kann den Gemeinwillen<br>zum Ausdruck bringen . . . . .                 | 167 |
| 3. Nur die notwendigen Gesetze sind »allgemein«<br>anerkenntbar . . . . .  | 168 |
| III. Die inhaltlichen Anforderungen an die Rechtsordnung . . . . .   | 169 |
| 1. Die Gesetze bestimmen die Handlungsfreiräume<br>der Freiheitsberechtigten . . . . .   | 169 |
| a. Der Gesetzgeber begrenzt und erweitert das<br>individuelle Gestaltungsvermögen . . . . .  | 169 |
| b. Der Gesetzgeber ermöglicht die zwischenmenschliche<br>Begegnung und Einwirkung auf der Basis der Gleich-<br>gewichtigkeit und Wechselseitigkeit . . . . . | 171 |
| c. Der Gesetzgeber bleibt gegenüber den Ausübungsinhalten<br>neutral und erlaubt eine staatsfreie Selbstregulierung . . . . .                                | 173 |
| 2. Die Gesetze fördern eine vernünftige Willensbildung . . . . .   | 174 |
| a. Der Gesetzgeber verwirklicht das Prinzip der »reflektierten«<br>Freiheit, indem er die rechtliche Verantwortlichkeit<br>sicherstellt . . . . .            | 174 |
| b. Der Gesetzgeber bindet den einzelnen in Institutionen<br>der Sittlichkeit ein . . . . .   | 177 |

## 3. Teil

Der grundrechtliche Anspruch des einzelnen  
auf gesetzlich geordnete und gesicherte Freiheit  
zur Persönlichkeitsentfaltung

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| § 6 | <i>Der Aufruf durch den Grundgesetzgeber,<br/>die Freiheit besser abzusichern</i> . . . . .   | 182 |
| A.  | Der vom Grundgesetzgeber vorgefundene Stand der einfach-<br>gesetzlichen Ausgestaltung und verfassungsrechtlichen<br>Absicherung der Freiheitsgrundrechte reichte nicht aus . . . . . | 182 |
| I.  | Der Reformauftrag an den Gesetzgeber<br>und die Staatsrechtswissenschaft . . . . .  | 182 |
| II. | Die verfassungsdogmatische Absicherung der Freiheit:<br>eine anspruchsvolle, bis 1949 nur zum Teil gelöste Aufgabe . . . . .  | 183 |
| B.  | Der Beitrag der bürgerlichen Verfassungs- und Kodifikations-<br>bewegung zur Verwirklichung des vernunftrechtlichen Konzepts<br>gleicher und verantwortlicher Freiheit . . . . .      | 186 |
| I.  | Freiheitliche Verfassungen und freiheitsfördernde<br>Gesetzgebung der konstitutionellen Epoche . . . . .  | 186 |
| 1.  | Die Positivierung des Freiheitsschutzes<br>durch das Gesetzgebungswerk der spätkonstitutionellen<br>Monarchie . . . . .   | 186 |
| 2.  | Der Weg vom Verfassungsprogramm zur Kompetenz<br>des Parlaments . . . . .   | 188 |
| II. | Die erste verfassungsrechtliche Dogmatik der Freiheit –<br>zwischen Anspruch und Wirklichkeit . . . . .   | 191 |
| 1.  | Der Freiheitsschutz durch Verwaltungsrecht<br>und Staatsorganisationsrecht blieb infolge seines<br>Kompromißcharakters lückenhaft . . . . .   | 191 |
| 2.  | Die Veräußerlichung und Verflachung des Gesetzes-<br>und des Freiheitsbegriffs gegenüber der ursprünglichen<br>Vorstellung von der Selbstgesetzgebung der Vernunft . . . . .          | 192 |
| a.  | Das konstitutionelle ›Gesetz‹ hatte als reiner<br>Kompetenzbegriff eine ausschließlich defensive,<br>eingriffsverhindernde Funktion . . . . .   | 192 |
| b.  | Der konstitutionelle Freiheitsbegriff sollte das<br>selbstbestimmte Verhalten nur vor Eingriffen<br>seitens der Verwaltung schützen . . . . .   | 193 |
| 3.  | Die unzureichende Freiheitsdogmatik führte zu einer<br>Gesetzeslage, die dem wertbestimmten Konzept<br>nicht entsprach . . . . .  | 194 |

|   |     |
|---|-----|
| C. Die Umbrüche seit Einführung der republikanischen Staatsform und ihre Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik . . . . .   | 195 |
| I. Der Streit um die Bindung des Gesetzgebers an die Weimarer Reichsverfassung . . . . .  | 195 |
| 1. Maßnahmegesetze und freiheitsfeindliche Mehrheiten im Reichstag bedrohten die Freiheit . . . . .   | 195 |
| 2. Die verfassungsrechtliche Diskussion widmete sich mehr dem Ob als dem Wie der Grundrechtsbindung . . . . .   | 196 |
| 3. Die unübersehbaren Mängel riefen fundamentale Kritik hervor . . . . .  | 197 |
| II. Die Versuche, die Verfassung wieder als politische Ordnungsentscheidung zu begreifen . . . . .  | 199 |
| 1. Die Weimarer Reichsverfassung – eine »bürgerliche« Verfassung? . . . . .   | 199 |
| 2. Die Garantie von Rechtsinstituten – nur zum Schutz des Status quo? . . . . .   | 199 |
| 3. Der »Bürger«: egoistischer Bourgeois oder staatstragender Citoyen? . . . . .   | 201 |
| a. Schützen die Freiheitsgrundrechte wirklich den individuell »beherrschten Lebensraum« des Besitzbürgers? . . . . .  | 201 |
| b. Geht es den Staat tatsächlich nichts an, wie die Bürger ihre Handlungsfreiräume ausfüllen? . . . . .   | 202 |
| c. Müßten die Freiheitsgrundrechte nicht eher als Ordnungsprinzipien des demokratischen Gemeinwesens verstanden werden? . . . . .   | 203 |
| III. Das Freiheitsverständnis am Ausgang der Weimarer Epoche . . . . .  | 204 |
| <br>§ 7 <i>Die verfassungsgeschichtlich neuartigen</i>  |     |
| <i>Art. 1 und Art. 2 Abs. 1</i> . . . . .   | 205 |
| A. Die herrschende Meinung deutet das Grundgesetz abstrakt im Sinne des wertbestimmten Konzepts, macht dessen Einzelaussagen aber nicht hinreichend transparent . . . . . | 205 |
| I. Das Bundesverfassungsgericht erkennt im Grundgesetz ein Wertsystem und den Entwurf einer wertgebundenen Ordnung . . . . .  | 205 |
| II. Die Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 werden als systemtragende Leitvorschriften interpretiert . . . . .   | 207 |
| B. Die Auslegung des Art. 1 wird dem Anspruch des Grundgesetzes nur teilweise gerecht . . . . .   | 209 |

|   |     |
|---|-----|
| I. Das Gebot des Art. 1 Abs. 1, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, wird durch die herrschende Meinung in seinen Rechtsfolgen geschwächt . . . . .  | 209 |
| 1. Die Rechtsprechung deutet den Würdebegriff grundsätzlich durchaus im Sinne der europäischen Rechtstradition . . . . .  | 209 |
| 2. Die Vielfalt der in der Literatur diskutierten Würdevorstellungen droht den traditionellen Begriff eher zu verdecken . . . . .                                 | 211 |
| 3. Im Ergebnis reduziert die herrschende Meinung den Gehalt des Art. 1 Abs. 1 auf einen defensiven Schutz vor Entwürdigungen . . . . .                            | 214 |
| II. Das Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 zu den Menschenrechten wird für die Auslegung nicht fruchtbar gemacht . . . . .  | 216 |
| III. Bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 3 wird die unterschiedliche Bindung der drei Staatsgewalten nicht thematisiert . . . . .                              | 217 |
| C. Bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 müßte seine systemtragende Bedeutung stärker berücksichtigt werden . . . . .   | 219 |
| I. Die freie Persönlichkeitsentfaltung wird von der herrschenden Meinung nicht als Vorgang dargestellt, der von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist . . . . . | 219 |
| 1. Grundsätzlich anerkennt die Rechtsprechung den ethischen Gehalt des Persönlichkeitsbegriffs . . . . .  | 219 |
| 2. Die ›Entfaltung‹ der Persönlichkeit findet in der Rechtsprechung zu wenig Beachtung . . . . .  | 220 |
| 3. Art. 2 Abs. 1 soll darauf hinweisen, daß der Entfaltungsvorgang von realen und rechtlichen Voraussetzungen abhängig ist. . . . .                               | 222 |
| a. Das Grundgesetz garantiert nicht passive Entwicklung, sondern aktive Entfaltung in Freiheit . . . . .  | 222 |
| b. Die grundrechtliche Garantie aktiver Entfaltung fordert die Einrichtung sozialer Entfaltungszusammenhänge durch Gesetz . . . . .                               | 223 |
| II. Die von den einzelnen Grundrechten geschützte ›Freiheit‹ ist die für die Persönlichkeitsentfaltung erforderliche Freiheit . . . . .                           | 225 |
| 1. Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur findet sich eine allgemeingültige Definition des grundgesetzlichen Freiheitsbegriffs . . . . .               | 225 |
| 2. Auch bei der Ableitung einzelner Rechtsfolgen orientiert sich das Bundesverfassungsgericht nicht an Art. 2 Abs. 1 . . . . .                                    | 226 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 3.   | Nur das »wertbestimmte« Grundrechtsverständnis kann die Freiheit in ihren Erscheinungsformen und in ihrer Abhängigkeit vom Gesetz systemgerecht deuten . . . .              | 227 |
| III. | Aus Art. 2 Abs. 1 ergibt sich die Aufgabe des Gesetzgebers gegenüber der Freiheit . . . . .   | 230 |
| 1.   | Die ›Rechte anderer‹ weisen darauf hin, daß die Rechtsordnung das selbstbestimmte Handeln gleichgewichtig und wechselseitig ermöglichen muß . . . . .                       | 230 |
| a.   | Die grundrechtlich geschützte Freiheit ist Freiheit nicht nur »neben anderen«, sondern auch »mit anderen« und »durch andere« . . . . .                                      | 230 |
| b.   | Der Gesetzgeber muß für gleichgewichtige und wechselseitige Handlungsbefugnisse sorgen . . . . .  | 232 |
| c.   | Die Aufgabe des Gesetzgebers, im Privatrecht praktische Konkordanz herzustellen . . . . .   | 233 |
| 2.   | Das ›Sittengesetz‹ erinnert daran, daß der Gesetzgeber die persönliche Verantwortlichkeit des Handelnden sicherzustellen hat . . . . .                                      | 235 |
| a.   | Das ›Sittengesetz‹ verweist nicht auf eine bestimmte Moral, sondern auf den kategorischen Imperativ . . . . .   | 235 |
| b.   | Der Gesetzgeber hat Verantwortungskreise einzurichten . . . . .   | 237 |
| c.   | Die Verfassungsrechtsprechung vernachlässigt den Auftrag des Gesetzgebers, die Verantwortlichkeit der Freiheitsberechtigten sicherzustellen . . . . .                       | 239 |
| 3.   | Die Erwähnung der ›verfassungsmäßigen Ordnung‹ hebt die Verpflichtung der Legislative hervor, den Systemzusammenhang der Grundrechtsgewährleistungen zu wahren . . . . .    | 241 |
| a.   | Die ›verfassungsmäßige Ordnung‹ ist nicht die ›verfassungsgemäße Rechtsordnung‹, sondern der wertbestimmte Ordnungsentwurf des Grundgesetzes . . . . .                      | 241 |
| b.   | Die Freiheit, ihre besonders geschützten Aspekte und die Schutzgegenstände der anderen Grundrechte sind wesentliche Bestandteile der ›verfassungsmäßigen Ordnung‹ . . . . . | 242 |
| § 8  | <i>Der subjektiv einklagbare Gesetzgebungsauftrag des Parlaments</i> . . . . .  | 244 |
| A.   | Das Erfordernis einer gesetzlichen Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Ordnungsentwurfs wird zunehmend anerkannt . . . . .   | 244 |
| I.   | Der Ermächtigung zur Grundrechtseinschränkung durch Gesetz (Art. 19 Abs. 1) geht der Auftrag zur Grundrechtsprägung durch Gesetz vor . . . . .                              | 244 |

|  |     |
|--|-----|
| II. Die Freiheitsgrundrechte garantieren Rechtsinstitute . . . . .   | 247 |
| 1. Der Begriff ›Rechtsinstitut‹ . . . . .  | 247 |
| 2. Die freiheitsgrundrechtlichen Institutsgarantien<br>verpflichten zur Grundrechtsprägung anhand einer<br>›objektivrechtlichen Bedeutungsschicht‹ der<br>Grundrechtsartikel . . . . .       | 249 |
| 3. Rechtsinstitute und ›institutionelles‹ Grundrechts-<br>verständnis . . . . .  | 251 |
| B. Die dogmatischen Kontrollmaßstäbe für den Auftrag<br>der Legislative zu aktiv gestaltender Ordnung und Sicherung<br>der Freiheit . . . . .  | 253 |
| I. Die mit der Freiheitsgarantie verknüpften besonderen<br>Tatbestandsmerkmale bezeichnen nicht rechtsfreie<br>Schutzbereiche, sondern konkretisierungsbedürftige<br>Normprogramme . . . . . | 253 |
| II. Kollidierende Normprogramme müssen durch Gesetz<br>schonend ausgeglichen werden . . . . .  | 255 |
| III. Die Verwirklichung der grundrechtlichen Normprogramme<br>im realen Normbereich . . . . .  | 257 |
| C. Die Gestaltungskompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers<br>und ihre Grenzen . . . . .   | 259 |
| I. Der Vorbehalt des Parlamentsgesetzes im Verhältnis<br>zur Rechtsetzung durch andere Staatsorgane und seine<br>Reichweite . . . . .  | 259 |
| II. Die Gestaltungsräume des parlamentarischen<br>Gesetzgebers im Verhältnis zur Verfassungsrechtsprechung . .   | 261 |
| III. Ein grundrechtlicher ›Leistungsanspruch‹ auf ordnende<br>Gesetzgebung . . . . .   | 263 |
| 1. Die Ordnungsaufgabe der Legislative . . . . .   | 263 |
| 2. Die kulturstaatliche Pflege der Grundrechts-<br>voraussetzungen . . . . .   | 264 |

## 4. Teil

## Die Konkretisierung der besonderen Freiheitsgrundrechte

|      |   |     |
|------|---|-----|
| § 9  | <i>Kritik der Verfassungsrechtsprechung<br/>und der geltenden Gesetzesordnung in Beispielen</i> . . . . .   | 268 |
| A.   | Die Freiheit von Ehe und Familie . . . . .  | 268 |
| I.   | Die Verfassungsbegriffe ›Ehe‹ und ›Familie‹ . . . . .   | 268 |
| 1.   | Ehe und Familie sind umfassende, höchstpersönliche<br>und lebenslange Gemeinschaften . . . . .  | 268 |
| 2.   | Beide Gemeinschaften sind Institutionen<br>mit »sittlichem Charakter« und grundlegender Bedeutung<br>für das gesamte Gemeinwesen . . . . .              | 269 |
| 3.   | Die dem Schutz von Ehe und Familie zugrundeliegende<br>verfassungsrechtliche Wertentscheidung ist vom<br>gesellschaftlichen Wandel unabhängig . . . . . | 272 |
| II.  | Die gesetzliche Konkretisierung der Ehe- und<br>Familienfreiheit und ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle . .   | 273 |
| 1.   | Das Gebot an den Gesetzgeber, Ehe und Familie<br>besonders zu schützen . . . . .  | 273 |
| 2.   | Die gesetzliche Ausgestaltung von Eheschließung,<br>Familiengründung und Eheauflösung . . . . .   | 276 |
| 3.   | Der rechtliche Rahmen für die Selbstbestimmung<br>in Ehe und Familie . . . . .  | 278 |
| a.   | Das Eherecht muß es den Ehepartnern ermöglichen,<br>sich ganz aufeinander einzulassen . . . . .   | 278 |
| b.   | Das Elternrecht garantiert den Eltern wirksame<br>erzieherische Befugnisse . . . . .  | 279 |
| c.   | Das Familienrecht muß die schrittweise<br>Verselbständigung der Kinder berücksichtigen . . . . .  | 280 |
| III. | Der parlamentarische Gesetzgeber hat Ehe und Familie<br>im Rahmen der Gesamtrechtsordnung wirksam zu schützen .   | 281 |
| 1.   | Die familiäre Erziehungsleistung muß rechtlich<br>ermöglicht werden . . . . .   | 281 |
| 2.   | Die von der Familie zum Vorteil der Allgemeinheit<br>erbrachte Erziehungsleistung muß auch finanziell<br>angemessen honoriert werden . . . . .          | 283 |
| 3.   | Das geltende Steuer- und Sozialversicherungsrecht<br>genügt dem Auftrag des Art. 6 Abs. 1 noch nicht . . . . .  | 286 |
| B.   | Die Freiheit von Beruf und Ausbildung . . . . .   | 290 |
| I.   | Die Verfassungsbegriffe ›Beruf‹ und ›Ausbildung‹ . . . . .  | 290 |
| 1.   | Der Beruf ist Lebensaufgabe und Lebensgrundlage . . . . .   | 290 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Art. 12 Abs. 1 schützt den lebenslangen beruflichen<br>Werdegang .....  | 291 |
| II. Die gesetzliche Konkretisierung der Berufs- und<br>Ausbildungsfreiheit und ihre verfassungsgerichtliche<br>Kontrolle .....                                 | 291 |
| 1. Der Auftrag des Gesetzgebers, die freie Berufswahl<br>und Berufsausübung zu ermöglichen .....   | 291 |
| 2. Die weitreichende Befugnis des Gesetzgebers,<br>Berufsbilder zu fixieren, steht im Dienst der freien<br>Persönlichkeitsentfaltung .....                     | 292 |
| 3. Der Gesetzgeber muß auch den Hochschulzugang<br>nach den Prinzipien gesellschaftlicher Selbstregulierung<br>eröffnen .....                                  | 294 |
| C. Die Freiheit des Austauschs von Gütern und Leistungen .....   | 296 |
| I. Auch die wirtschaftliche Tauschfreiheit muß grundrechtlich<br>geschützt sein .....  | 296 |
| II. Die gesetzliche Konkretisierung der wirtschaftlichen<br>Tauschfreiheit und ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle . . .                                    | 297 |
| 1. Die Pflicht des Gesetzgebers, die Märkte als Institutionen<br>mit persönlichkeitsprägendem Charakter zu ordnen . . . . .                                    | 297 |
| 2. Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch gestaltungsoffen,<br>aber nicht neutral .....  | 298 |
| III. Die gemeinschaftlich organisierte Ausübung<br>der wirtschaftlichen Tauschfreiheit bedarf in der Industrie-<br>gesellschaft besonderer Beachtung .....     | 301 |
| 1. Das Unternehmensrecht muß im Außenverhältnis<br>und bei der inneren Unternehmensorganisation Freiheit<br>und Verantwortung in Übereinstimmung bringen ..... | 301 |
| a. Haftungsbegrenzungen und Anonymität<br>müssen besonders gerechtfertigt werden .....   | 301 |
| b. Das Problem der Unternehmensmitbestimmung .....   | 302 |
| 2. Die grundrechtlich geforderte Ordnung des Arbeitsmarkts<br>und Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch Gesetz . . .                                      | 305 |
| a. Das Individualarbeitsrecht muß die Interessen<br>ohne eine auf den Einzelfall bezogene staatliche<br>Bedarfsprüfung typisierend ausgleichen .....           | 305 |
| b. Das kollektive Arbeitsrecht muß Kartellbildungen<br>am Arbeitsmarkt verhindern, indem es die Verant-<br>wortlichkeit der Tarifparteien sicherstellt .....   | 306 |
| D. Die Freiheit der Meinungsäußerung und Information .....   | 312 |
| I. Die Verfassungsbegriffe ›Meinungsäußerung‹<br>und ›Information‹ .....   | 312 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 1.  | Der Meinungsaustausch dient der Bewußtseins-<br>und Willensbildung . . . . .   | 312 |
| 2.  | Die Presse-, Rundfunk- und Versammlungsfreiheit<br>sind erste Konkretisierungen der Meinungsäußerungs-<br>und Informationsfreiheit . . . . .   | 313 |
| II. | Die gesetzliche Konkretisierung der Meinungsfreiheit<br>und ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle . . . . .                                   | 314 |
| 1.  | Das verfassungsrechtliche Gebot, durch Gesetz<br>für einen freien Meinungsaustausch zu sorgen . . . . .  | 314 |
| 2.  | Die gesetzliche Ordnung des Presse- und Rundfunk-<br>wesens muß gleichgewichtige und verantwortliche<br>Meinungsvielfalt ermöglichen . . . . . | 316 |
| a.  | Die Garantie der Presse- und Rundfunkfreiheit fordert<br>eine prinzipiell marktwirtschaftliche Ausgestaltung . . . . .                         | 316 |
| b.  | Trotz öffentlichrechtlicher Rechtsformen<br>ist der Rundfunk keine staatliche Aufgabe . . . . .  | 318 |
| c.  | Die Freiheitsgarantie verlangt die wirksame Rückbindung<br>der Rundfunkunternehmen an die Hörer und Zuschauer . . .                            | 320 |
| E.  | Die Freiheit von Gewissen, Kunst und Wissenschaft . . . . .  | 322 |
| I.  | Die Verfassungsbegriffe ›Gewissen‹, ›Kunst‹<br>und ›Wissenschaft‹ . . . . .  | 322 |
| 1.  | Gewissen, Kunst und Wissenschaft sind persönliche<br>Fähigkeiten, sich anhand bestimmter Maßstäbe<br>selbst ein Urteil zu bilden . . . . .     | 322 |
| 2.  | Alle drei Bewertungskategorien verweisen auf die<br>Vernunft . . . . .   | 322 |
| II. | Die gesetzliche Konkretisierung der Gewissens-,<br>Kunst- und Wissenschaftsfreiheit und ihre verfassungs-<br>gerichtliche Kontrolle . . . . .  | 323 |
| 1.  | Im Mittelpunkt steht die Bewußtseinsbildung . . . . .  | 323 |
| 2.  | Die Hochschulorganisation als System sachgemäßer<br>gegenseitiger Abhängigkeiten . . . . .   | 325 |
| F.  | Die Freiheit von Religion und Weltanschauung . . . . .   | 327 |
| I.  | Die Verfassungsbegriffe ›Religion‹ und ›Weltanschauung‹ . . .  | 327 |
| 1.  | Religion und Weltanschauung ermöglichen<br>individuelle Sinndeutung . . . . .  | 327 |
| 2.  | Der Staat anerkennt die Religions- und Weltan-<br>schauungsgemeinschaften als unverzichtbare Institutionen                                     | 328 |
| II. | Die gesetzliche Konkretisierung der Religions-<br>und Weltanschauungsfreiheit und ihre verfassungs-<br>gerichtliche Kontrolle . . . . .        | 329 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Der Auftrag des Gesetzgebers, das Staatskirchenrecht<br>deutlicher auszuprägen . . . . .             | 329 |
| 2. Der rechtliche Rahmen für die Gründung und<br>Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften . . . . . | 330 |
| 3. Der Gesetzgeber muß den Kirchen ein öffentliches Wirken<br>ermöglichen . . . . .                     | 331 |
| Zusammenfassung . . . . .   | 333 |
| Literaturverzeichnis . . . . .  | 355 |
| Sach- und Personenregister . . . . .  | 365 |



*1. Teil*

**Freiheit durch Gesetz –  
ein Beitrag zur Grundrechtsauslegung**

## § 1 Offene Fragen zur Gestaltungsbefugnis des parlamentarischen Erstadressaten der Freiheitsgrundrechte

### *A. Unterschätzt das Bundesverfassungsgericht den Ordnungsvorrang des Parlaments und die freiheitsermöglichende Wirkung der Gesetze?*

I. Aufgrund der verbreiteten Gleichsetzung von Freiheit  
und Staatsabwehr herrscht Unsicherheit  
über den Gesetzgebungsauftrag des Parlaments

Das Grundgesetz verlangt die Ordnung und Sicherung der Freiheit durch Gesetz. Im Bereich der Freiheitsgrundrechte besteht ebenso wie in anderen »wesentlichen« Fragen des Gemeinwesens sogar ein Vorbehalt des Parlamentsgesetzes: Der parlamentarische Gesetzgeber als demokratisch legitimiertes Staatsorgan hat in diesem Bereich durch förmliche Gesetze »alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen«<sup>1</sup>. Er ist somit kraft der Verfassung beauftragt, den Freiheitsanspruch eigenständig zu konkretisieren. Bei der Auslegung der Grundrechtsbestimmungen zeigen sich jedoch Unsicherheiten hinsichtlich des Zusammenspiels von Gewaltenteilung und materieller Freiheitsgewähr. Fraglich ist, in welcher Weise der Erstadressat und der Letztinterpret des Grundgesetzes<sup>2</sup>, das heißt das mit der Gesetzgebungsaufgabe betraute Parlament und das die Verfassung hütende Bundesverfassungsgericht, zum Schutz der Freiheit zusammenwirken müssen und wie dabei ihre Kompetenzen abzugrenzen sind<sup>3</sup>. Außerdem besteht kein Einvernehmen darüber, was unter der grundgesetzlich garantierten »Freiheit« zu verstehen ist, wie sich die in den Grundrechtsbestimmungen mit der Freiheitsgarantie verknüpften Tatbestandsmerkmale – zum Beispiel »Meinung«, »Wissenschaft« und »Beruf« –

---

<sup>1</sup> BVerfGE 49, 89 (126 f.) – Kalkar; siehe auch BVerfGE 33, 125 (157 ff., 163) – Facharzt; 47, 46 (78 f.) – Sexualkundeunterricht; 57, 295 (320 f.) – Saarländischer Rundfunk; 83, 130 (142) – Josefine Mutzenbacher; alle m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. Kirchhof, Funktionenordnung, Rn. 24 ff.: »Erst-« und »Zweitadressaten« eines Rechtssatzes der Verfassung; ähnlich ders., Rechtssprache, S. 34 ff.; ders., Richterliche Rechtsfindung, S. 172.

<sup>3</sup> Zum »Ruf nach einer eindeutigen Kompetenzzuordnung« zwischen dem parlamentarischen Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht siehe Gusy, S. 15; Simon, Rn. 46 f.; Hesse, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 13 ff.; alle m.w.N.

zur Freiheit und zueinander verhalten und welche Aufgabe dem Gesetz gegenüber der Freiheit und den Tatbestandsmerkmalen zukommt. Die Funktion des parlamentarischen Gesetzgebers und der Inhalt der ihm gegenüber bestehenden subjektiven Grundrechtsansprüche bedürfen deshalb näherer Untersuchung. Zum einen müssen die Maßstäbe für den verfassungsrechtlichen Auftrag der Legislative bestimmt werden, als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte die Rechtsordnung aktiv auszugestalten. Zum anderen ist zu klären, in welchem Umfang das Bundesverfassungsgericht als Letztinterpret des Grundgesetzes befugt ist, das Parlament bei der freiheitsordnenden und freiheitssichernden Rechtsetzung positiv anzuleiten.

Den Ausgangspunkt für die Beantwortung der damit aufgeworfenen Fragen bilden die beiden folgenden Thesen: Erstens wäre es mit der verfassungsrechtlichen Stellung des parlamentarischen Gesetzgebers unvereinbar, wenn das Bundesverfassungsgericht ihm bei der Konkretisierung der Freiheitsgrundrechte nur aufgrund rein staatsorganisationsrechtlicher Erwägungen gewisse Prognose-, Beurteilungs- und Typisierungsspielräume belassen wollte. Statt dessen ist davon auszugehen, daß sich die entscheidende originäre Gestaltungskompetenz der Legislative im Grundrechtsbereich erst aus einer nach Staatsfunktionen differenzierenden Interpretation der Verfassungsartikel über die Freiheit ergibt: Jede grundrechtliche Freiheitsgarantie enthält auch eine Kompetenzzuweisung für die Ausgestaltung der freiheitserheblichen Rechtsordnung<sup>4</sup>. Zweitens wirken Gesetze nicht nur freiheitsbeschränkend. Sie sind auch unentbehrliche Voraussetzung der Freiheit. Daher bedarf zum Beispiel das Eigentum »als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger ..., um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung«<sup>5</sup>. Ebenso ist die Vereinigungsfreiheit »auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen«<sup>6</sup>. Aus den Grundrechtsbestimmungen müssen eindeutige Direktiven<sup>7</sup> für die erforderliche Rechtsetzung und gerichtlich nachprüfbar subjektive Ansprüche auf ein positives, freiheitskonstituierendes Tätigwerden der Legislative ableitbar sein: Freiheit darf nicht pauschal mit Staatsabwehr gleichgesetzt werden<sup>8</sup>. Es wäre deshalb falsch, die Freiheitsgrundrechte so zu deuten, als richteten sie sich ihrem Grundgedanken nach allein *gegen* Akte der gesetzgebenden Gewalt, weil diese das individuelle Belieben nur beschränken können. Der Freiheitsanspruch zielt vielmehr von Anfang an auch auf eine Verpflichtung des Parlaments, aktiv von seiner Gestaltungskompetenz Gebrauch zu machen, um Freiheit durch Gesetz zu schaffen.

<sup>4</sup> Ebenso *Kirchhof*, Gleichheitssatz, Rn. 22 ff., für den grundrechtlichen Gleichheitssatz.

<sup>5</sup> BVerfGE 58, 300 (330) – Naßauskiesung.

<sup>6</sup> BVerfGE 50, 290 (354) – Mitbestimmung.

<sup>7</sup> Von »dirigierenden« Gehalten der Verfassung spricht *Lerche*, Übermaß, S. 63 ff.: Aus diesen verfassungsgeschichtlich neuartigen Gehalten ergeben sich sachlich gebundene Gesetzbefugnisse. Siehe auch *Badura*, Verfassung, Rn. 21 f.

<sup>8</sup> So aber im Grundsatz das »liberale« Grundrechtsverständnis; dazu unten S. 41 ff.

## II. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

### 1. Das Bundesverfassungsgericht scheint den Ordnungsvorrang des Parlaments gelegentlich zu mißachten

#### a. Die verfassungsgerichtliche Abwägung des politischen Gehalts von Meinungsäußerungen

Die Verfassungsrechtsprechung scheint den legislativen Ordnungsvorrang des Parlaments jedoch nicht immer ausreichend zu beachten. Vor allem wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Abgrenzung der individuellen Handlungsfreiräume drohende »Grundrechtskollisionen« durch richterliche Abwägung aufgrund von Billigkeitsgesichtspunkten selbst auflöst, begründet es durch einen richterlichen »Einzelfallvorbehalt«<sup>9</sup> eine Tendenz zur Entwertung des Gesetzes: Es sucht selbst die verfassungskonforme Lösung durch eine verfassungsunmittelbare Gewichtung der kollidierenden Güter und behandelt damit die bestehenden gesetzlichen Regelungen so, als wären sie teilweise unanwendbar oder unbeachtlich, ohne ihre Wichtigkeit festzustellen oder eine gesetzgeberische Anpassung der Rechtslage an die grundrechtlichen Vorgaben einzufordern. Das Lüth-Urteil, in dem über die grundrechtliche Zulässigkeit eines erwerbsschädigenden Boykottaufrufs zu entscheiden war, belegt die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts: In dieser Entscheidung entwickelt das Gericht zunächst das Grundrechtsverständnis in einer wesentlichen Frage weiter, indem es zu Recht feststellt, daß die Freiheitsgrundrechte nicht nur als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat zu verstehen sind<sup>10</sup>, sondern auch verfassungsrechtliche Grundentscheidungen verkörpern und ein Wertsystem aufrichten; dieses Wertsystem soll alle Bereiche des Rechts prägen:

»Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden. – Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften«<sup>11</sup>.

Trotz dieses richtungweisenden Ansatzes kommt der Ordnungsvorrang des parlamentarischen Gesetzgebers in der Lüth-Entscheidung jedoch im Ergebnis nicht zum Tragen, weil das Gericht selbst abwägend eine Einzelfallentscheidung fällt: Es mißt der Befugnis zur politisch motivierten und auf öffentliche Meinungsbildung abzielenden Rede ausdrücklich mehr Gewicht bei als dem privaten Gespräch, ohne daß die für den zu beurteilenden Sachverhalt einschlägige gesetzliche Generalklausel<sup>12</sup> hierfür nach ihrem Wortlaut und bisherigen Verständnis einen Ansatz-

<sup>9</sup> *Wahl*, Selbständigkeit, S. 407.

<sup>10</sup> BVerfGE 7, 198 (204).

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>12</sup> Anwendbar war § 826 BGB, der folgenden Wortlaut hat: »Wer in einer gegen die guten

punkt geboten hätte. Im Rahmen der »Güterabwägung« zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und dem gesetzlich geschützten Rechtsgut eines anderen habe das Recht auf freie Äußerung zwar grundsätzlich zurückzutreten, wenn sonst »schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden«<sup>13</sup>. Der Gehalt des Grundrechts auf Meinungsäußerung müsse aber »vor allem dort in die Waagschale fallen« und ausnahmsweise zugunsten der freien Rede den Ausschlag geben, »wo von dem Grundrecht nicht zum Zweck privater Auseinandersetzungen Gebrauch gemacht« werde, »der Redende vielmehr in erster Linie zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen« wolle<sup>14</sup>.

In der Literatur ist diese Auffassung des Gerichts mit gutem Grund kritisiert worden: »Da das Politische keinen abgrenzbaren Gegenstand hat, ist der Weg zum politisch motivierten Dezisionismus« des Gerichts<sup>15</sup> und zur weitgehenden Entwertung des Gesetzes nicht weit. Nach der seit dem Lüth-Urteil zur ständigen Rechtsprechung gewordenen Praxis<sup>16</sup> legt das allgemeine Parlamentsgesetz den Rahmen erlaubter Meinungsäußerungen nicht mehr zuverlässig fest, weil das Bundesverfassungsgericht es sich vorbehält, letztinstanzlich und alleinverbindlich »aus einer Gesamtanschauung des Einzelfalles unter Beachtung aller wesentlichen Umstände«<sup>17</sup> zu bestimmen, ob eine konkrete Äußerung wegen ihres »politischen« Gehalts ausnahmsweise höheres Gewicht hat und somit die sonst geltenden rechtlichen Grenzen sprengen darf. Die auf diese Weise installierte »Wechselwirkung«<sup>18</sup> zwischen Gesetz und Grundrecht führt nicht nur zu großer Rechtsunsicherheit. Sie beeinträchtigt auch die Autorität des Gesetzgebers und der ordentlichen Gerichtsbarkeit, denn sie unterstellt die parlamentsgesetzliche Ordnung und die Urteile der zur verbindlichen Streitentscheidung berufenen Instanzgerichte einem verfassungsrichterlichen Neuabwägungs- und Widerrufsvorbehalt. Am schwersten jedoch wiegt der Umstand, daß die Rechtsprechung zur Wechselwirkung die Meinungsäußerungsfreiheit selbst bedrohen und damit »eines der vornehmsten Menschenrechte« unterhöhlen kann, das »in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt« ist<sup>19</sup>: Weil das Bundesverfassungsgericht – angesichts der von ihm verlangten Einzelfallentscheidung zwangsläufig – nicht aus der Distanz des parlamentarischen Gesetzgebers, sondern in Anbetracht der indivi-

---

Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.«

<sup>13</sup> BVerfGE 7, 198 (210).

<sup>14</sup> BVerfGE, 7, 198 (212).

<sup>15</sup> Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1535.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 12, 113 (124 ff.) – R. Schmidt; 20, 162 (176 f.) – Spiegel; 24, 278 (282) – »Östliche Zustände«; 35, 202 (223 ff.) – Lebach; 60, 234 (240) – Das neue Blatt; 61, 1 (10 f.) – Wahlkampf; 71, 206 (214) – »Flick-Spendenaffäre«.

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198 (212). Siehe auch BVerfGE 35, 202 (223 f.): »Dies erfordert im Einzelfall eine generelle und konkrete Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter.«

<sup>18</sup> BVerfGE 7, 198 (208 f.); 12, 113 (124 f.); 20, 162 (176 f.); 60, 234 (240); 61, 1 (10 f.); 71, 206 (214).

<sup>19</sup> BVerfGE 7, 198 (208).

duell Beteiligten urteilt, besteht die Gefahr, daß der in die richterliche Abwägung eingebrachte »Gehalt« des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit von einer Bewertung des jeweiligen Ausübungsinhalts abhängt und die individuelle Befugnis zur freien Rede infolgedessen unter Ansehung der Personen und im Hinblick auf ihre konkreten Meinungsbeiträge abgegrenzt wird. Deutlich ist diese Gefahr schon im Lüth-Urteil erkennbar, in dessen Begründung das Gericht in auffällender Ausführlichkeit die Motive, Lebenswege und politischen Grundhaltungen der beiden Streitbeteiligten darlegt<sup>20</sup>.

*b. Die verfassungsgerichtliche Abgrenzung der Religionsfreiheit nach dem objektivierten Selbstverständnis der Berechtigten*

Eine ähnliche Neigung zu verfassungsrichterlicher Einzelfallentscheidung besteht auch bei der Garantie der Religionsfreiheit. Weil diese das im Verfassungsrang stehende Recht schützt, seinem Glauben und dessen religiös begründeten Verhaltensnormen gemäß zu handeln<sup>21</sup>, verleiht sie nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch, an einem solchen Handeln – jedenfalls im Ausgangspunkt – selbst von den für alle geltenden Gesetzen nicht gehindert zu werden<sup>22</sup>. Die betroffenen Gesetze werden damit weder für nichtig erklärt noch ihre Anpassung an die grundrechtlichen Vorgaben gefordert. Statt dessen unterstellt das Bundesverfassungsgericht alle potentiell freiheitserheblichen Gesetze einem Abwägungs- und Nichtanwendungsvorbehalt, der ihren Geltungsanspruch schwächt. Wörtlich führt das Gericht aus, die Glaubensfreiheit gewähre dem einzelnen »einen von staatlichen Eingriffen freien Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht«. Dazu gehöre auch das Recht des einzelnen, »sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln«, wobei »nicht nur Überzeugungen, die auf imperativen Glaubenssätzen beruhen, durch die Glaubensfreiheit geschützt« seien, sondern sogar »religiöse Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage durch die Glaubenshaltung zu bewältigen«<sup>23</sup>. Die Konsequenzen dieses Ansatzes ähneln denen der Lüth-Entscheidung: Ihm zufolge macht die verfassungsrechtliche Garantie der Religionsfreiheit die Berechtigten zunächst gesetzunabhängig. Sie eröffnet ihnen grundsätzlich alle Handlungsfreiräume, auf die sie gemäß ihrem eigenen, autonom bestimmten und objektivierten Selbstverständnis<sup>24</sup> Anspruch zu haben glauben, und nur das Bundesverfassungsgericht kann

<sup>20</sup> BVerfGE 7, 198 (215 ff., 222 ff.).

<sup>21</sup> BVerfGE 32, 98 (106 f.) – Gesundheitsberufe; 33, 23 (28) – Eidesverweigerung; 41, 29 (49) – Christliche Gemeinschaftsschule.

<sup>22</sup> BVerfGE 32, 98 (108).

<sup>23</sup> BVerfGE 32, 98 (106 f.).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 57, 220 (243); 70, 138 (162). – Siehe dazu die Kritik von *Isensee*, *Freiheitsrechte*, S. 10: Infolge dieser Rechtsprechung »übernimmt der Träger des Freiheitsrechts auch Verfügungsgewalt über die sachliche Reichweite der Freiheit«.

entscheiden, ob im Einzelfall die vorhandenen Gesetze anwendbar sind und dem individuellen Verhalten Grenzen setzen dürfen.

Die Folgen dieser Rechtsprechung sind offensichtlich: Aufgrund seines dogmatischen Ausgangspunkts muß das Gericht in jedem zu entscheidenden Streitfall bei der Feststellung und Abgrenzung des verfassungsrechtlich jeweils garantierten Handlungsfreiraums in einem ersten Schritt selbst prüfen und autoritativ entscheiden, welches Verhalten die Lehre einer bestimmten Religionsgemeinschaft ihren Anhängern »objektiv« – und nicht nur nach deren subjektiver Auffassung – gebietet<sup>25</sup>. Legt es dabei die Gebote des jeweiligen Glaubens restriktiv aus, werden die Gläubigen sich in Fragen bevormundet fühlen, die nur sie allein entscheiden können. Akzeptiert es hingegen die Existenz der behaupteten religiösen Verhaltensnormen, dann drohen Konflikte mit den Gütern anderer und der Allgemeinheit: Würde zum Beispiel das eigene Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft den kultischen Drogenkonsum gebieten, so müßten solche Praktiken aufgrund des dogmatischen Ausgangspunkts als verfassungsrechtlich grundsätzlich auch *contra legem* erlaubt erscheinen<sup>26</sup>. Grenzt aber das Gericht in einem zweiten Schritt den von ihm selbst zunächst erweiterten Handlungsfreiraum der Freiheitsberechtigten dadurch wieder ein, daß es nur solche Glaubensbetätigungen zuläßt, die – nach eigener richterlicher Einschätzung – dem entsprechen, was »sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet hat«<sup>27</sup>, oder die einer gerichtlichen Abwägung mit kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Gütern standhalten<sup>28</sup>, so begründet ein solches Vorgehen zweifellos ebenfalls einen verfassungsgerichtlichen Einzelfallvorbehalt mit der Tendenz zur inhaltlichen Bewertung einer bestimmten Art der Freiheitsausübung.

### *c. Die verfassungsgerichtliche Festlegung der Mieter- und Vermieterrechte je nach deren individuellem Bedarf*

Das Zurückdrängen des parlamentarischen Ordnungsvorrangs durch das Bundesverfassungsgericht zugunsten einer richterlichen Abwägung von formal gleichwertigen Verfassungsgütern, deren Ergebnis im Grundgesetz nicht vorgezeichnet ist, läßt sich auch durch die Rechtsprechung zum Mietrecht veranschaulichen. Aus der sogenannten Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2<sup>29</sup>) leitet das Gericht dort verfassungsrechtliche Wertungen ab, die es für die Auslegung des Zivilrechts

---

<sup>25</sup> Siehe z.B. BVerfGE 33, 23 (30), wo das Gericht ausführt, die Glaubenshaltung des Beschwerdeführers finde »im Wortlaut der Bibel (Matth. 5, 33–37) eine gewisse Stütze«, werde »auch von einer Richtung der neueren Theologie vertreten« und könne schon deshalb »im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 GG nicht unberücksichtigt bleiben«.

<sup>26</sup> So ausdrücklich *Pieroth / Schlink*, 8. Aufl. 1992, Rn. 620.

<sup>27</sup> BVerfGE 12, 1 (4) – Tabakversprechen.

<sup>28</sup> BVerfGE 52, 223 (247, 251 ff.) – Schulgebet, m.w.N.

<sup>29</sup> Art. 14 Abs. 2 lautet: »Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.«

unmittelbar nutzbar macht: Insbesondere bei vermietetem Wohnraum<sup>30</sup> umfasse das grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung die Pflicht des Eigentümers zur Rücksichtnahme auf den Mieter, wenn dieser auf den Gebrauch des Eigentumsobjekts zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung angewiesen sei<sup>31</sup>. Aus der Sozialbindung des Eigentums müßten deshalb von Verfassungen wegen zu Lasten des Eigentümers und Vermieters Beschränkungen des Kündigungsrechts und von Mieterhöhungen abgeleitet werden. Umgekehrt jedoch betont das Gericht ebenfalls, daß das Eigentum besonderen Schutz genießt, sofern es für die Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers wichtig ist<sup>32</sup>. Deshalb dürfe der Vermieter nicht gezwungen werden, das Mietverhältnis bis an die Grenze des wirtschaftlichen Zusammenbruchs fortzusetzen. Außerdem sei er berechtigt, Eigenbedarf geltend zu machen<sup>33</sup>.

Auch hier läuft die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf hinaus, erst im konkreten Einzelfall selbst zu entscheiden, welches Interesse vorgehen soll<sup>34</sup>. Indem sie maßgeblich auf die persönlichen Lebensverhältnisse der Beteiligten abstellt, versucht sie besonders die sozial Schwachen zu schützen<sup>35</sup>. Wie schon im Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit scheint es dem Gericht aber auch im Mietrecht mit einer solchen Entscheidungspraxis nicht zu gelingen, den verfassungsrechtlich vorgesehenen und offenbar erst über einen komplexeren Regelungsmechanismus erreichbaren<sup>36</sup> schonenden Interessenausgleich in allgemeingültiger Form selbst herbeizuführen und Rechtssicherheit zu schaffen. Statt dessen

<sup>30</sup> BVerfGE 79, 292 (304); 82, 6 (16).

<sup>31</sup> BVerfGE 68, 361 (368); 71, 230 (247); 84, 382 (385).

<sup>32</sup> BVerfGE 79, 283 (289 ff.).

<sup>33</sup> BVerfGE 81, 29 (31 ff.).

<sup>34</sup> Die Kündigungsgründe für Mietverhältnisse über Wohnraum enthält § 564b BGB. Diese Vorschrift, die selbst – wegen ihrer generalklauselartigen Unbestimmtheit (»berechtigtes« Interesse, »insbesondere«, Verpflichtungen »nicht unerheblich« verletzt, Verhinderung einer »angemessenen« wirtschaftlichen Verwertung usw.) ebenso wie wegen der Bedarfsbindung des Kündigungsrechts – auf ihre Verfassungskonformität hin untersucht werden müßte, wird gegenwärtig von den ordentlichen Gerichten unter dem Vorbehalt verfassungsgerichtlicher Revision im Einzelfall angewandt.

<sup>35</sup> So allgemein im Zusammenhang mit Art. 14 z.B. BVerfGE 42, 64 (77); 49, 220 (226).

<sup>36</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung kann auch im Bereich des Mietrechts grundsätzlich nur der Regelungsmechanismus des Marktes die berechtigten Interessen sowohl der Mieter als auch der Vermieter freiheitsverträglich wahren. Selbstverständlich bedarf der Markt, weit entfernt vom Prinzip eines gesetzgeberischen »laissez faire«, der sorgfältigen Ausgestaltung durch Gesetz. – Ein weiteres geläufiges und inzwischen höchstrichterlich anerkanntes Beispiel für das Erfordernis komplexer Regelungsmechanismen betrifft die Freiheit des Grundstückseigentümers, bei der sich die genaue Rechtsstellung und die einzelnen Nutzungsbefugnisse des Grundrechtsträgers erst aus dem Zusammenwirken von bürgerlichem Recht und öffentlich-rechtlichen Gesetzen ergeben. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Naßauskiesung-Beschluß (BVerfGE 58, 300 [335 f.]) klargestellt. Der präzise Inhalt der Eigentümerfreiheit ist nur aus dem Inbegriff der die Freiheit verfassungskonform konkretisierenden Gesetze bestimmbar, zu denen neben dem gesamten Raumordnungsrecht einschließlich der Bauleitplanung auch komplexe »Regelungssysteme« (vgl. BVerfGE 58, 300 [328]) wie das des Wasserhaushaltsgesetzes gehören.

droht seine am konkreten Einzelfall orientierte Rechtsprechung den Zusammenbruch der verlässlichen Rahmenordnung herbeizuführen: Wer in einem Mietverhältnis über Wohnraum konkret welche Rechte hat, läßt sich jetzt nicht mehr genau voraussehen. Weder das Zivilrecht noch die ordentlichen Gerichte können darüber eine verbindliche Auskunft geben. Gewißheit verschafft in jedem einzelnen Fall erst der Gang durch alle Instanzen bis zum Bundesverfassungsgericht.

Die grundrechtlichen Einzelfallvorbehalte tragen somit nicht nur wesentlich zur Überlastung der Verfassungsrechtsprechung selbst bei, weil das Gericht mittlerweile in mietrechtlichen Fällen ähnlich einer »Superrevisions-Instanz« entscheidet, auch wenn es sich ausdrücklich – wie im Lüth-Urteil<sup>37</sup> – gegen eine solche Rolle verwahrt. Hinsichtlich der Freiheitsgarantie ist die Ablösung der gesetzlichen Regelung durch richterliche Kasuistik vor allem deshalb bedenklich, weil sie die konkreten Befugnisse der Freiheitsberechtigten unsicher und die individuelle Grundrechtsausübung von einer richterlichen »Genehmigung« abhängig macht, die zumindest die Gefahr einer staatlichen Bevormundung in sich birgt. Außerdem droht das Bundesverfassungsgericht in den Kompetenzbereich des parlamentarischen Gesetzgebers einzudringen, wenn es ihm nicht nur die Beachtung der sozialstaatlichen Aspekte der Freiheitsgrundrechte aufgibt, sondern auch dazu neigt, per Urteil oder Beschluß selbst festzulegen, durch welche Politik das soziale Staatsziel konkret zu erreichen ist. Dabei sollte das Gericht bedenken, ob die gegenwärtige, im wesentlichen verfassungsgerichtlich geschaffene und damit theoretisch auch durch Parlamentsgesetz nicht mehr revidierbare Rechtslage, bei der die endgültigen Vermieter- und Mieterrechte von einer richterlichen Bedarfsprüfung abhängen, sich auch langfristig als »sozial« erweisen kann oder ob nicht eher die gute Absicht aufgrund der von ihr ausgelösten Verhaltensänderungen das Gegenteil bewirkt: Wer als potentieller Vermieter damit rechnen muß, den Mietern auch beim Vorliegen gesetzlich bestimmter, objektiver Kündigungsgründe nicht mehr kündigen zu können, weil diese einer sozialen Randgruppe angehören und aufgrund ihres besonderen »Bedarfs« erweiterte rechtliche Befugnisse in Anspruch nehmen dürfen, könnte zu der Auffassung kommen, daß es aus wohlverstandem Eigeninteresse ratsam wäre, den Angehörigen dieses Kreises und allen, die er dafür hält, künftig von vornherein keinen Wohnraum mehr zu vermieten.

## *2. Das Bundesverfassungsgericht müßte das Parlament gelegentlich deutlicher an dessen Gestaltungsauftrag erinnern*

### *a. Das Gericht anerkennt das Erfordernis konstruktiver gesetzlicher Regelungsmechanismen, bleibt in den Maßstäben aber unklar*

Das Beispiel des Mietrechts zeigt nicht nur, welche Bedrohung der individuellen Freiheit aus einem verfassungsrichterlichen Einzelfallvorbehalt erwachsen kann, der den demokratischen Gestaltungsvorrang leugnet. Es läßt auch erahnen, aus

---

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 198 (207).

welchem Grund und in welcher Weise der parlamentarische Gesetzgeber die Beziehungen zwischen den handelnden Rechtssubjekten zum langfristigen Schutz der Freiheit durch konstruktive Regelungsmechanismen in ein ausgewogenes Verhältnis bringen muß. Zum dauerhaften Schutz der Freiheit sind offenbar ordnende und sichernde Gesetze unabdingbar, die eine »natürliche« oder durch schlechte Gesetze bedingte Überlegenheit bestimmter Grundrechtsträger über andere Grundrechtsträger möglichst ursachennah bekämpfen und *auf diese Weise* dafür sorgen, daß nicht ein Beteiligter, der wegen bestimmter äußerer Umstände typischerweise »am längeren Hebel sitzt«, die Vertragsschluß- und Durchführungsbedingungen einseitig diktieren kann. Für das Mietrecht drängen sich damit folgende Erwägungen auf: Das Bundesverfassungsgericht fordert offenbar deshalb einen erhöhten Sozialschutz für die Mieter, weil der vorhandenen Nachfrage auf dem Wohnungsmarkt kein hinreichendes Angebot gegenübersteht. Das faktisch bestehende Marktungleichgewicht bewirkt sowohl ein hohes Mietpreinsniveau als auch eine latente Wohnungsknappheit, die es allen gekündigten Mietern schwer macht, innerhalb der Kündigungsfristen eine neue Wohnung zu finden. Diese Situation scheint ihre tiefere Ursache darin zu haben, daß die bebaubare Fläche von Natur aus begrenzt und nicht beliebig ausdehnbar ist, so daß alle Eigentümer von Baugrundstücken an einem natürlichen Oligopol teilhaben, welches ihnen als Anbieter am Wohnungsmarkt ein Übergewicht verleiht, das auch durch lange Kündigungsfristen und weitergehende zivilrechtliche Sozialschutzvorkehrungen nicht beseitigt werden kann – oder durch diese sogar noch tendenziell verschärft wird. In solchen Fällen ist im Interesse der Freiheit zu erwägen, ob nicht das Grundgesetz selbst aktive gesetzgeberische Gegenmaßnahmen fordert: So könnte es zum Beispiel verfassungsrechtlich geboten sein, den Grundeigentümern durch Abgaben auf ungenutzte Baugrundstücke und leerstehende Wohnungen oder in anderer, im Ergebnis aber gleichwertiger Weise den fehlenden Anreiz zu vermitteln, am Wohnungsmarkt als Anbieter aufzutreten, und so zwischen den freiheitsberechtigten Vermietern und Mietern ein reales Verhandlungsgleichgewicht herzustellen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich diesem Ordnungsauftrag des Gesetzgebers bisher jedoch kaum gewidmet, sondern mit seiner Spruchpraxis eher den Eindruck vermittelt, es bewillige dem Gesetzgeber allein deshalb sehr viel Gestaltungsraum, weil es selbst nicht über ausreichend klare, aus dem Grundgesetz abgeleitete Kontrollmaßstäbe für die parlamentsgesetzliche Konkretisierung der Freiheitsgrundrechte verfügt<sup>38</sup>. Die vielfältigen mit der gesetzlichen Freiheitsvermitt-

---

<sup>38</sup> Belege für die Neigung, das Parlament bei der konstitutiven Ermöglichung von Freiheit (Lübbe-Wolff, S. 75 ff.) weitgehend gewähren zu lassen, finden sich bei den »rechtserzeugten« Freiheitsgrundrechten (dazu Nierhaus, S. 90), »normgeprägten Schutzbereichen« (Pieroth / Schlink, Rn. 226 ff.) und freiheitsgrundrechtlich garantierten Rechtsinstitute ebenso wie im Bereich der dogmatisch weitgehend ungeklärten Vertragsfreiheit und der heftig umstrittenen Eigentümerfreiheit. – Umstritten ist der Begriff der Institutsgarantie (Einrichtungsgarantie) ebenso wie ihre verfassungsrechtliche Herleitung und die Konsequenzen, die sich aus einer solchen Garantie im einzelnen ergeben. Zu den Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten siehe Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 3 (1958), Rn. 97 f.; Stern, System,

## Sach- und Personenregister

- Abwägung, richterliche, siehe richterliche Einzelfallabwägung
- Abwehrrechte gegen den Staat 2 f., 41 ff., 44 ff., 214 ff., 220 f.
- allgemeine Gesetze, siehe Gesetz, allgemeines
- allgemeine Grundrechtslehre, siehe Grundrechtslehre, allgemeine
- allgemeine Handlungsfreiheit 220, 243
- allgemeiner Wille 96 f., 127, 167 f.
- allgemeines Persönlichkeitsrecht 220
- anarchischer Naturzustand, siehe Naturzustand, anarchischer
- Anonymität der Anteilseigner 302
- Appellcharakter der Grundrechtsartikel 35 f.
- Appellentscheidung des Bundesverfassungsgerichts 262
- Arbeitskampf 309
- Arbeitsmarkt 294, 297, 306
- Arbeitsrecht 305 ff.
- Asymmetrien, kompensatorische 258
- Aufklärung 66, 69, 79 ff., 93, 102 ff., 138
- Aufwertung des Gesetzesrechts 32 f.
- Ausbeutung der Familie 283
- Ausbildung, Freiheit der 243
- Ausgleich, schonender, siehe schonender Ausgleich
- Außenpluralismus im Rundfunk 317 ff.
- äußere Freiheit, siehe Freiheit, bürgerliche
- Ausstrahlungswirkung der Grundrechte 250
- Austausch von Gütern und Leistungen, siehe Tauschfreiheit, wirtschaftliche
- Autonomie, siehe Selbstgesetzgebung
- Bauplanungsrecht 22
- Bedeutungsschichten der Grundrechte, siehe objektiv-rechtliche Bedeutungsschicht der Grundrechte
- beherrschter Lebensraum 43 ff., 162 f., 201, 204
- Berufsbildfixierung 291 ff.
- Berufsfreiheit 243, 290 ff.
- Beurteilungsspielräume, siehe Prognose-, Beurteilungs- und Typisierungsspielräume
- Bevormundung durch den Staat 153
- Bewertungskategorien, grundrechtlich geschützte 243, 322 ff.
- Bewußtseinsbildung, siehe Willensbildung
- Bildung 72, 117 ff., 129 ff., 145, 150 ff., 221
- Bindung
- der Bürger an Grundrechte, siehe Drittwirkung der Grundrechte
  - des einzelnen an sittliche Maßstäbe 106 ff., 110 ff., 144 ff., 158 f.
  - des Gesetzgebers an die Grundrechte, siehe Grundrechte, Bindungswirkung
- Binnenpluralismus im Rundfunk 317 ff.
- Bodin, Jean 79 f.
- Bourgeois 201 f.
- Bundesverfassungsgericht, Kontrollkompetenz 2 ff., 30 ff., 37 f., 244 ff., 261 ff., 268 ff.
- bürgerliche Freiheit, siehe Freiheit, bürgerliche
- bürgerliche Gesellschaft 128, 133 ff., 180
- bürgerlicher Zustand, siehe staatsbürgerlicher Zustand
- Charakterbildung, siehe Persönlichkeit, Entfaltung
- Citoyen 201 f.
- Daseinsvorsorge 120, 137, 201, 296
- Demokratie 96 f., 115, 167 f., 203 f.
- deutscher Idealismus, siehe Idealismus, deutscher
- dignitas 141
- Direktiven für die Rechtsetzung 3
- Direktivkraft des Grundgesetzes 33
- Dogmatik 24 ff., 33 ff., 57 ff., 183 ff., 191 ff., 195 ff., 253 ff.
- Drittwirkung der Grundrechte 48, 250
- Ehe 24, 134 f., 179, 195, 243, 268 ff.
- eheähnliche Lebensgemeinschaften 269, 274

- Ehegattensplitting 286
- Eigeninteresse 82, 100 ff., 128
- Eigentum 132, 170 f., 200, 242
- Eigentümergefreiheit 229, 243
- Eigenverantwortlichkeit, siehe Freiheit und Verantwortung
- Eingriffe in Grundrechte 19, 42 f., 192 f., 253
- Eingriffsabwehr, siehe Abwehrrechte gegen den Staat
- Eingriffs- und Schrankendenken 204
- Einwirkung, gegenseitige 22 f., 46, 110, 162 ff., 170 ff.
- Einzelfallabwägung, richterliche, siehe richterliche Einzelfallabwägung
- Elternrecht 271, 279 ff.
- Emanzipation 69, 96
- Entfaltung der Persönlichkeit, siehe Persönlichkeit, Entfaltung
- Entfaltungsmuster, grundrechtlich geschützte 243, 268 ff., 291
- Entwertung des Gesetzes 4
- Erstadressat des Grundgesetzes, siehe Gesetzgeber
- Erwartungen, mit der Freiheitsgarantie verknüpfte 46, 50, 157 f., 159 ff.
- Erziehung 77 f., 94, 98 f., 122 f., 134, 164, 179, 279 f.
- als Leistung der Familie 281 ff.
- Entgelt 283 ff.
- europäische Kultur, siehe Kultur, europäische
- Expansion der grundrechtlichen Schutzgehalte 31
- familiäres Existenzminimum 286
- Familie 15 f., 24, 95, 128, 133 f., 179, 195, 243, 269 ff.
- Familienleistungsausgleich 15 f., 284 ff.
- Familiensplitting 287
- Filmfreiheit 243
- Folgen des eigenen Handelns, siehe Freiheit und Verantwortung
- Folgerichtigkeit 257
- Formel von »Freiheit und Eigentum« 192
- Forschung, siehe Wissenschaftsfreiheit
- Fortschrittsoptimismus 68, 75
- freie Entfaltung der Persönlichkeit, siehe Persönlichkeit, Entfaltung
- freie gesellschaftliche Selbstregulierung, siehe Selbstregulierung, gesellschaftliche
- Freiheit 2 ff., 55, 63 ff., 67, 83 ff., 88, 91, 95, 105, 107 ff., 117, 126 ff., 129 ff., 136, 141 ff., 225 f.
- äußere, siehe bürgerliche
- bürgerliche 99 f., 109, 129, 154 ff., 162 ff.
- Begriff 28 f., 39, 41 f., 46, 99 f., 103, 153 ff., 192 ff., 225 f.
- des Willens 108, 110 f., 129 f., 153 ff.
- gegenseitige 116, 136, 162 f., 170 ff., 230 ff.
- gleichgewichtige 116, 158, 163, 171 ff., 197 ff., 230 ff., 295, 309
- innere, siehe sittliche
- natürliche 100 f., 155 f.
- reale 48 ff., 226
- schlechthin 43 f., 226
- sittliche 100, 129, 159 ff.
- und Ordnung 176
- und Pflicht 49, 75, 107 ff., 133 f., 145 f., 159, 177, 228, 238, 279
- und Verantwortung 12 f., 15 f., 65, 70, 127, 131 ff., 146 f., 152 f., 155 ff., 163 f., 174 ff., 197 ff., 235 ff., 239 ff., 275 f., 279 f., 295, 298, 301 ff., 310, 316, 320 f.
- vom Staat, siehe Abwehrrechte gegen den Staat
- wechselseitige 116 f., 158, 163, 171 ff., 197 ff., 230 ff., 295, 315
- wilde 155 f.
- freiheitliche Grundordnung, siehe Wertordnung des Grundgesetzes
- Freiheitsgrundrechte, Kompetenzgehalt, siehe Gewaltenteilung und materielle Freiheitsgewährleistung
- Freiheitsgrundrechte, vorbehaltlos gewährleistete, siehe vorbehaltlos gewährleistete Freiheitsgrundrechte
- freiheitskonstitutive Bedeutung der Gesetze, siehe Gesetzgeber, Ordnungs- und Gestaltungsauftrag
- Freiheitskonzeption der Frühsozialisten 51
- Freiheitsverständnis
- liberales, siehe liberales Freiheits- und Grundrechtsverständnis
- materielles, siehe materielles Freiheits- und Grundrechtsverständnis
- wertbestimmtes, siehe wertbestimmtes Freiheits- und Grundrechtsverständnis
- Freiheitsvoraussetzungen, siehe Voraussetzungen der Grundrechtsausübung
- Funktionenordnung, siehe Gewaltenteilung
- Gegenseitigkeit, siehe Freiheit, gegenseitige
- Geist der Gesetze 93, 104
- Geld, siehe Währungsordnung
- Gemeinwille, siehe allgemeiner Wille

- Generalklauseln, zivilrechtliche, siehe  
     zivilrechtliche Generalklauseln  
 Genie als Ideal 72  
 Gesamtwille 96 f., 127  
 Gesellschaft, bürgerliche, siehe bürgerliche  
     Gesellschaft  
 gesellschaftliche Selbstregulierung, siehe  
     Selbstregulierung, gesellschaftliche  
 gesellschaftlicher Wandel 272 f.  
 Gesellschaftsorganisationslehre 195  
 Gesellschaftsvertrag, siehe Vertragslehre  
     vom Staat  
 Gesetz 2 ff., 32 f., 55, 63 ff., 67, 84 f., 91,  
 110 ff., 121 ff., 165 ff.  
 – allgemeines 96, 106 ff., 114 ff., 166 ff.,  
 229  
 – Begriff 89, 92, 99, 166 ff., 192 f.  
 – Entwertung, siehe Entwertung des  
     Gesetzes  
 – freiheitskonstitutive Bedeutung, siehe  
     Gesetzgeber, Ordnungs- und Gestaltungsauftrag  
 – und Grundrecht, siehe Wechselwirkung  
     zwischen Gesetz und Grundrecht  
 Gesetzespositivismus 194  
 Gesetzesvorbehalt, siehe Vorbehalt des  
     Parlamentsgesetzes  
 Gesetzgeber  
 – Bindung an die Grundrechte, siehe  
     Grundrechte, Bindungswirkung  
 – Ordnungs- und Gestaltungsauftrag 2 ff.,  
 9 ff., 19 ff., 24 ff., 37 f., 42 f., 46 f., 113 f.,  
 130 f., 155 ff., 161 f., 165 ff., 169 ff.,  
 181 ff., 223 f., 244 ff., 253 ff., 259 ff.,  
 263 ff., 268 ff., 276 ff., 307 ff., 314 ff.,  
 323 ff., 330 ff.  
 – spezifische Aufgabe gegenüber den  
     Grundrechten 2 f., 17, 189, 217 f.,  
 230 ff.  
 Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers 2 f.,  
 35 ff., 259 ff.  
 gewachsenes Recht 93  
 Gewaltenteilung  
 – Prinzip 89, 91 f., 115, 167 f.  
 – und materielle Freiheitsgewährleistung  
     2, 16 ff., 19 ff., 35 ff., 167 f., 217 f.  
 Gewissen 133  
 Gewissensfreiheit 243, 322 ff.  
 gleiche Freiheit, siehe Freiheit, gegenseitige  
 Gleichgewichtigkeit, siehe Freiheit,  
     gleichgewichtige  
 Gleichheit 141 ff.  
 Glückseligkeit 116 ff.  
 Gottesebenbildlichkeit 140  
 gouvernement de juges, siehe Justizstaat  
 Grundordnung, freiheitliche, siehe  
     Wertordnung des Grundgesetzes  
 Grundpflichten, siehe Freiheit und Pflicht  
 Grundrechte  
 – als Werte 40  
 – Bindungswirkung 25 f., 35 ff., 89,  
     195 ff., 217 f., 244 ff.  
 – Einschränkung 245  
 – Interpretation 37 f.  
 – Kollisionen 4  
 – Konkretisierung 37 f., 245  
 – soziale 48 ff.  
 – unbenannte 220  
 Grundrechtserwartungen, siehe Erwartun-  
     gen, mit der Freiheitsgarantie verknüpfte  
 Grundrechtslehre, allgemeine 24 ff.  
 Grundrechtsschutz durch Organisation und  
     Verfahren, siehe Organisations- und  
     Verfahrensregeln zum Schutz der Freiheit  
 Grundrechtstheorien 27 ff., 40 ff., 52 f.,  
 185  
 Grundrechtsverpflichtung auch der  
     Legislative, siehe Grundrechte,  
     Bindungswirkung  
 Grundrechtsverständnis  
 – liberales, siehe liberales Freiheits- und  
     Grundrechtsverständnis  
 – materielles, siehe materielles Freiheits-  
     und Grundrechtsverständnis  
 – wertbestimmtes, siehe wertbestimmtes  
     Freiheits- und Grundrechtsverständnis  
 Grundrechtsvoraussetzungen, siehe  
     Voraussetzungen der Grundrechtsaus-  
     übung  
 Gruppenproporz 319, 326  
 Güterabwägung, richterliche, siehe  
     richterliche Einzelfallabwägung  
 Haftungsbegrenzung im Unternehmensrecht  
     302  
 Haftungsnormen 23  
 Handeln als Schutzgegenstand der  
     Freiheitsgrundrechte 18, 21 f.  
 Handlungsfreiheit 155, 162 ff.  
 Handlungsfreiräume, grundrechtlich  
     garantierte 21 f., 131 ff., 169 ff., 230 ff.  
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 126 ff.  
 Hermeneutik 66  
 historisches Naturrecht, siehe Naturrecht,  
     historisches  
 Hobbes, Thomas 81 ff.  
 Hochschulen 295 f., 325 ff.  
 Hochschullehrer 326

- Hochschulräte 326  
 Humanismus 72  
 Humboldt, Wilhelm von 117 ff.  
  
 ideales Gemeinwesen 73, 75  
 Idealismus, deutscher 69, 106 ff., 138 f.  
 Identität des einzelnen, siehe Persönlichkeit,  
   Entfaltung  
 Imperativ, kategorischer, siehe Sittengesetz  
 Impuls- und Steuerungswirkungen des  
   Rechts 23  
 Informationsfreiheit, siehe Meinungs-  
   freiheit  
 innere Freiheit, siehe Freiheit, sittliche  
 Institutionen 24, 66 f., 77, 94, 98, 101 f.,  
   128, 133 ff., 177 ff., 195, 197, 269 ff.,  
   297 f., 328 f.  
 institutionelles Grundrechtsverständnis  
   251 ff.  
 Institutsgarantien 199 f., 244 f., 247 ff.,  
   275 f.  
 Institutsleihe 295, 316, 326  
 Interessenmodell 105  
  
 juristische Dogmatik, siehe Dogmatik  
 Justizstaat 31 f., 54  
  
 Kant, Immanuel 107 ff.  
 kategorischer Imperativ, siehe Sittengesetz  
 Kirchenverträge 329  
 Koalitionsfreiheit 243, 306 ff.  
 Kommunikationsbeziehungen, grundrecht-  
   lich geschützte 243, 296 ff., 314 ff.  
 kompensatorische Asymmetrien, siehe  
   Asymmetrien, kompensatorische  
 Kompetenzgefüge, siehe Gewaltenteilung  
 Kompetenzgehalt der Grundrechte, siehe  
   Gewaltenteilung und materielle  
   Freiheitsgewährleistung  
 Konkordate 329  
 Konkretisierung der Verfassung durch  
   Gesetz, siehe Gesetzgeber, Ordnungs-  
   und Gestaltungsauftrag  
 Konstitutionalismus 69, 186 ff.  
 Kontrollkompetenz, verfassungsgericht-  
   liche, siehe Bundesverfassungsgericht,  
   Kontrollkompetenz  
 körperliche Unversehrtheit, Grundrecht auf  
   242  
 Körperschaftsstatus der Kirchen 329 ff.  
 Kreuzifix 331  
 Kultur, europäische 55, 68 ff., 140 f., 161,  
   331  
 Kulturnation 126, 150  
  
 Kulturstaat 150  
 Kunstfreiheit 243, 322 ff.  
  
 Laizismus 328  
 Leben, Grundrecht auf 242  
 Lebensraum, beherrschter, siehe beherrscher-  
   Lebensraum  
 Legislative, siehe Gesetzgeber  
 Lehre, siehe Wissenschaftsfreiheit  
 Leistungsansprüche gegen den Staat 48,  
   226, 263 ff.  
 Leistungsstaat 201  
 Letztinterpret des Grundgesetzes, siehe  
   Bundesverfassungsgericht, Kontroll-  
   kompetenz  
 liberales Freiheits- und Grundrechtsver-  
   ständnis 11, 41 ff., 156, 191 ff., 226,  
   299  
 Locke, John 86 ff.  
  
 Machiavelli, Niccolò 75 ff.  
 Markt 23 f., 94, 100 ff., 179, 195, 294,  
   297, 314  
 materielles Freiheits- und Grundrechtsver-  
   ständnis 48 ff., 226, 295, 305, 325  
 Meinungsfreiheit 4 ff., 243, 312 ff.  
 Menschenrechte 55 ff., 87 ff., 109, 143,  
   188 f., 216 f.  
 Menschenwürde, siehe Würde des  
   Menschen  
 Methoden der Verfassungsauslegung 53  
 Methodenpositivismus 194  
 Mietrecht 7 ff.  
 Miranda, Giovanni Pico della 74  
 Mitbestimmung im Unternehmen 12 ff.,  
   302 ff.  
 moderner Staat, siehe Staat, moderner  
 Montesquieu, Charles de 91 ff.  
 moralische Erneuerung 72  
 Moralität, siehe Sittlichkeit  
 Morus, Thomas 75  
 Mündigkeit 65 f., 153  
  
 Naturrecht, historisches 55 ff., 64 ff., 68 ff.,  
   72 ff., 106  
 Naturzustand  
   – anarchischer 81 f.  
   – idealer 87  
   – und staatsbürgerlicher Zustand 99,  
   107 ff.  
 natürliche Freiheit, siehe Freiheit, natürliche  
 negatorische Wirkung der Freiheitsgrund-  
   rechte, siehe Abwehrrechte gegen den  
   Staat

- Neutralität des Gesetzes 116, 173 f., 324, 328
- Normbereiche der Freiheitsgrundrechte 257 f.
- normgeprägte Schutzbereiche der Freiheitsgrundrechte 244 ff.
- Normprogramme der Freiheitsgrundrechte 38 f., 246, 253 ff.
- numerus clausus 295
- objektiv-rechtliche Bedeutungsschicht der Grundrechte 206, 244 ff., 249 ff.
- offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten 53
- Offenheit des Menschen 74
- öffentlich-rechtliche Organisationsform
- der Universitäten 295, 325 ff.
  - der Religionsgemeinschaften 330 f.
  - der Rundfunkanstalten 317 ff.
- Ordnung, verfassungsmäßige, siehe verfassungsmäßige Ordnung
- Ordnungsauftrag des Gesetzgebers, siehe Gesetzgeber, Ordnungs- und Gestaltungsauftrag
- Ordnungsbefugnis des Gesetzgebers, siehe Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers
- Ordnungsentwurf des Gemeinwesens, siehe Wertordnung des Grundgesetzes
- Ordnungs- und Schutzzusammenhang der Grundrechte 25 ff., 43, 242 f., 299
- Ordnung und Sicherung der Freiheit, siehe Gesetzgeber, Ordnungs- und Gestaltungsauftrag
- Organisations- und Verfahrensregeln zum Schutz der Freiheit 13 f., 23
- Organismuslehre vom Staat 70 f.
- Pädagogik 150 f.
- Parlament, siehe Gesetzgeber
- Parlamentsvorbehalt, siehe Vorbehalt des Parlamentsgesetzes
- Parlamentarischer Rat 56 f., 68 ff., 236
- Personalität des Menschen 144
- Persönlichkeit 73
- Begriff 148 ff., 152 f.
  - Entfaltung 55 ff., 98 f., 135, 144 ff., 148 ff., 161 f., 205 ff., 219 ff., 222 ff.
- Pflege und Erziehung der Kinder, siehe Elternrecht
- Pflicht, siehe Freiheit und Pflicht
- Planung, staatliche 49
- positivistische Staatsrechtswissenschaft 188
- Postgeheimnis 243
- praktische Konkordanz, siehe schonender Ausgleich
- Pressefreiheit 243, 313, 316 ff.
- Primat der Verfassung 33
- Privatautonomie, siehe Vertragsfreiheit
- Privatrecht, siehe Zivilrecht
- Privatsphäre, Grundrecht auf 242
- Problem der Staatsverfassung 104 f.
- Prognose-, Beurteilungs- und Typisierungsspielräume 3, 35, 261
- Programmcharakter der Grundrechte 37
- Raumordnungsrecht 22
- reale Freiheit, siehe Freiheit, reale Recht
- auf Arbeit 48 f., 290
  - auf Bildung und Erziehung 48 ff.
  - auf soziale Sicherung und Fürsorge 48
  - Begriff 108 f., 115 f.
- Rechte anderer 230 ff.
- Rechtsfähigkeit der Person 131
- Rechtsinstitute, siehe Institutsgarantien
- Rechtsphilosophie, siehe Naturrecht, historisches
- Rechtstheorie der kommunistischen Staaten 51
- Reform 59 ff., 124 ff., 150 f., 182 ff., 186 f.
- Religionsfreiheit 6 f., 243, 327 ff.
- Religionsunterricht 331
- Renaissance 69, 72 ff., 78 f., 138
- Rentenversicherung und Familie 286 ff.
- Reziprozitätsprinzip des Rechts, siehe Freiheit, wechselseitige
- richterliche Einzelfallabwägung 4 ff., 39 f., 49, 53, 316, 324, 330
- richterliche Zurückhaltung 33 ff.
- richterlicher Einzelfallvorbehalt, siehe richterliche Einzelfallabwägung
- Richtungsstreit der deutschen Staatsrechtslehre 27 ff., 185, 215
- Rousseau, Jean Jacques 95 ff.
- Rückkoppelung 23, 131
- Rundfunkfreiheit 243, 313, 316 ff.
- Sachgerechtigkeit 257
- Schädigungsverbot 23
- schonender Ausgleich 25, 231 ff., 255 f., 315, 329 f.
- Schulrecht 24, 331
- Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts 42, 253 ff.
- Schutzgegenstände der Grundrechte 242 ff.
- seelische Unverletzlichkeit, Grundrecht auf 23, 242

- Selbstand der verfassungsrechtlichen Begriffe 33, 38 f.
- Selbstbeherrschung 152
- Selbstbestimmung 43, 55, 116, 152, 162 f., 169 ff., 278 ff., 330 f.
- Selbstbewußtsein 69, 126 ff., 171
- Selbstbindung 146 f., 229
- Selbsterkenntnis 72, 94
- Selbsterneuerung 55
- Selbsterziehung 105
- Selbstfinanzierung der Familie 285
- Selbstformung 69, 74
- Selbstgesetzgebung 107 ff., 159 ff.
- Selbstreflexion 152
- Selbstregulierung, gesellschaftliche 11, 42, 137, 164, 173 f., 190, 283, 296, 300, 321
- Selbstverständnis des Grundrechtsträgers 6 f.
- Sittengesetz 106, 108 ff., 112, 133, 160, 177, 235 ff.
- Sittlichkeit 77, 87, 95, 99, 142 f.
- sittliche Freiheit, siehe Freiheit, sittliche Smith, Adam 100 ff.
- Sozialbindung der Freiheit 7 ff., 12 ff.
- soziale Grundrechte, siehe Grundrechte, soziale
- Sphären der Freiheit 41
- Staat, moderner 79 ff., 91, 102, 117 ff., 133, 328 f.
- Staatsabwehr, siehe Abwehrrechte gegen den Staat
- staatsbürgerlicher Zustand 99, 111
- Staatskirchenrecht 329
- Staatsphilosophie, siehe Naturrecht, historisches
- Staatsvertragslehre, siehe Vertragslehre vom Staat
- Straßenverkehrsrecht 22
- Studiengebühren 327
- Stufentheorie der Berufsfreiheit 293 f.
- Subjektstellung des Menschen 132, 144, 210 f.
- Superrevisions-Instanz, Bundesverfassungsgericht als 9
- Sympathie 101 f.
- Systemgerechtigkeit 257
- Tarifvertragswesen 307 ff.
- Tatbestandsmerkmale der Freiheitsgrundrechte, System 2, 39, 43, 49, 242 f., 253 ff.
- Tauschfreiheit, wirtschaftliche 243, 296 ff.
- Tauschgerechtigkeit 235
- Teilhaberechte 48 ff.
- Theorien, siehe Grundrechtstheorien
- Toleranz 327
- topische Auslegungsmethoden 185
- Trennung
- von Staat und Gesellschaft 41 f., 191, 194 ff.
- von Staat und Kirche 328 f.
- Tugend 75, 94, 118, 128, 159 f.
- Tugendmodell 105
- Typisierungsspielräume, siehe Prognose-, Beurteilungs- und Typisierungsspielräume
- überpositiver Geltungsgrund des Rechts 64
- Umfeld des Menschen 72
- Umformung der Verfassung, siehe Verfassung, Umformung
- Umverteilung 49, 264
- unbenannte Grundrechte, siehe Grundrechte, unbenannte
- Universitäten, siehe Hochschulen
- Unternehmensmitbestimmung, siehe Mitbestimmung im Unternehmen
- Unterscheidung der Staatsfunktionen, siehe Gewaltenteilung
- Urzustand, siehe Naturzustand, anarchischer
- Utopia 68, 75
- Verantwortung, siehe Freiheit und Verantwortung
- Vereinsrecht 22
- Vereinigungsfreiheit 229, 243, 301 ff., 307, 330
- Verfassung
- Konkretisierung, siehe Konkretisierung der Verfassungs durch Gesetz
- Umformung 51
- Vollzug 32
- Verfassungsabhängigkeit des Gesetzesrechts, siehe Vorrang der Verfassung
- verfassungsmäßige Ordnung 228, 241 ff.
- Vernunft 64 ff., 73, 82 ff., 87, 93, 97 ff., 107 ff., 118, 126 ff., 157, 322
- Vernunftnatur des Menschen 64 ff., 140 ff.
- Vernunftrecht, siehe Naturrecht, historisches
- Versammlungsfreiheit 313
- Verteilungsgerechtigkeit 235
- Vertrag 132, 170 ff., 234
- Vertragsfreiheit 229, 233 ff.
- Vertragslehre vom Staat 70 f., 82 f., 96
- Vertragsrecht 21, 132
- Volksherrschaft, siehe Demokratie

- volonté générale, siehe allgemeiner Wille  
volonté de tous, siehe Gesamtwille  
Voraussetzungen der Grundrechtsausübung 48 ff., 158, 222 ff., 264 f.  
Vorbehalt des Möglichen 51, 295  
Vorbehalt des Parlamentsgesetzes 2, 192 f., 259 ff.  
vorbehaltlos gewährleistete Freiheitsgrundrechte 255  
Vorrang der Verfassung 30 ff., 38 f.
- Währungsordnung 21, 298  
Wandel des Grundrechtsverständnisses 206  
Wandel, gesellschaftlicher, siehe gesellschaftlicher Wandel  
Wechselbeziehungen zwischen Freiheitsberechtigten 46  
Wechselseitigkeit, siehe Freiheit, wechselseitige  
Wechselwirkung zwischen Gesetz und Grundrecht 5  
Weimarer Reichsverfassung 195 ff., 199 ff.  
Weltanschauungsfreiheit 243, 327 ff.  
wertbestimmtes Freiheits- und Grundrechtsverständnis 54 ff., 227 ff.  
Werte, Grundrechte als, siehe Grundrechte als Werte
- Wertordnung des Grundgesetzes 4, 56 ff., 64, 68 ff., 127 f., 205 f., 241 ff.  
Wertsystem, siehe Wertordnung des Grundgesetzes  
Wesentlichkeitstheorie, siehe Vorbehalt des Parlamentsgesetzes  
Wettbewerb 297, 302, 308, 326  
Widerstandsrecht 90  
wilde Freiheit, siehe Freiheit, wilde  
Willensbildung 23 ff., 70 f., 94, 126 ff., 174 ff., 323 f.  
Willensfreiheit, siehe Freiheit des Willens  
Willkür und Freiheit 43, 84, 130  
wirtschaftliche Tauschfreiheit, siehe Tauschfreiheit, wirtschaftliche  
wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes 298 ff.  
Wissenschaft 151 f.  
Wissenschaftsfreiheit 243, 322 ff.  
Wohlfahrtsstaat 118 ff.  
Wohnung, Grundrecht auf Schutz 242  
Würde des Menschen 55 ff., 74, 82, 130, 140 ff., 161 f., 205 ff., 209 ff.
- Zivilrecht, verfassungsrechtliche Anforderungen 10 f., 21, 233 ff.  
zivilrechtliche Generalklauseln 235  
Zwang und Recht 107 ff.



# Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht

## Alphabetisches Verzeichnis

- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*.
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Claasen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Detterbeck, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Holznapel, Bernd*: Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18*.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.

*Jus Publicum*

- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Puhl, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozeck, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*.
- Sommerrmann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmung. 1997. *Band 25*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Volkman, Uwe*: Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gerne von  
Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.  
Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*

Mohr Siebeck