

Vorbereiter – Nachbereiter?

Herausgegeben von
DIETER GRIMM

Mohr Siebeck

Vorbereiter – Nachbereiter

Herausgegeben von

Dieter Grimm



Vorbereiter – Nachbereiter?

Studien zum Verhältnis von
Verfassungsrechtsprechung und
Verfassungsrechtswissenschaft

Herausgegeben von
Dieter Grimm

Mohr Siebeck

Dieter Grimm, geboren 1937; Professor für Öffentliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin und von 2001–2017 ebenfalls an der Yale Law School; 1987–99 Richter des Bundesverfassungsgerichts im Ersten Senat; 2001–07 Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin; Mitglied Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Academia Europaea, American Academy of Arts and Sciences, British Academy; Ehrendoktorwürden der Universitäten Toronto, Göttingen, Porto Alegre, Bukarest und Bielefeld.

ISBN 978-3-16-158898-3 / eISBN 978-3-16-158899-0
DOI 10.1628/978-3-16-158899-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

I. Anlass und Ziel	1
Eine unaufgeklärte Kontroverse <i>Dieter Grimm</i>	3
II. Die Fälle	7
Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil <i>Hannah Birkenkötter</i>	9
Grundrechte als objektive Werte: Das Lüth-Urteil (1) <i>Paolo Ramadori</i>	39
Drittwirkung der Grundrechte: Das Lüth-Urteil (2) <i>Andreas Kulick</i>	73
Ausstrahlungs- und Wechselwirkung der Grundrechte: Das Lüth-Urteil (3) <i>Christian A. Djeffal</i>	99
Das Verhältnismäßigkeitsprinzip <i>Peter Staubach</i>	131
Die grundrechtliche Schutzpflicht: Das Fristenlösung-Urteil <i>Pascal Langenbach</i>	161
Grundrechtsschutz durch Organisation: Das erste Fernsehurteil und das Hochschulurteil <i>Matthias Roßbach und Thomas Wischmeyer</i>	193
Grundrechtsschutz durch Verfahren: Der Mülheim-Kärlich-Beschluss <i>Sebastian Hartwig</i>	261

Die Entwicklung „neuer“ Grundrechte: Das Volkszählungs-Urteil und das Urteil zur Online-Durchsuchung <i>Tim Wihl</i>	307
Die Methode der Grundrechtsinterpretation <i>Michael Wrase</i>	339
III. Erträge	395
Vorbereiter-Nachbereiter: Bilanz <i>Dieter Grimm</i>	397
Autorenverzeichnis	423

I. Anlass und Ziel

Eine unaufgeklärte Kontroverse

Dieter Grimm

Der Titel „Vorbereiter – Nachbereiter?“ ist für sich genommen nichtssagend. Man muss ihn im Zusammenhang mit *Bernhard Schlinks* Aufsatz „Die Entthronung der Staatsrechtslehre durch das Bundesverfassungsgericht“ lesen.¹ *Schlink* vertritt dort die These, dass die Staatsrechtswissenschaft der Bundesrepublik, anders als ihre Vorgänger im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, inhaltlich „im Bann des Bundesverfassungsgerichts“ lebe. „Dessen Entscheidungen sind ihr Stoff, Anregung und Bestätigung. Harmonisierend arbeitet sie die Entscheidungen in ein kohärentes dogmatisches Korpus, schließt aus vergangenen Entscheidungen auf zukünftige und prüft, wann mit der bisherigen Rechtsprechung diese oder jene Lösung eines wirklichen oder gedachten Falls vereinbar ist. Oft denkt und arbeitet die Staatsrechtswissenschaft dem Bundesverfassungsgericht eher nach als voraus; Kernstücke unserer Verfassungsrechtsdogmatik (...) hat das Gericht nahezu aus dem Stand entwickelt und die Wissenschaft anschließend ausgearbeitet. Bei anderen zentralen Themen unserer Verfassungsrechtsdogmatik (...) hat das Gericht die Diskussionen der Wissenschaft, die es vorgefunden hat, durch seine Entscheidung beendet und erledigt.“ *Schlink* nennt das „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“.² Er gibt für seine These keine Belege, nur einige Andeutungen lassen erahnen, welche Entscheidungen ihm wohl vorschweben. Gleichwohl hat die These beträchtliche Resonanz gefunden. Der Aufsatz liegt mittlerweile 30 Jahre zurück, aber der „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ ist nach wie vor in aller Munde, wenn es um das Verhältnis von Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit geht.

Zuspruch hat *Schlink* von *Jörn Ipsen* erfahren. In seinem Buch „Der Staat der Mitte“, das er als „Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland“ bezeichnet und in dem der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, heißt es, die Leistung des Gerichts sei umso höher einzuschätzen, als die dogmatischen Grundlagen von ihm selber entwickelt worden seien. Es „konnte sich hierbei nicht auf wissenschaftliche Vorarbeiten – noch gar auf eine ‚herrschende Meinung‘ in der Staatsrechtslehre – stützen, weil diese noch stark

¹ Der Staat 11 (1989), 161.

² Ebenda, 162 f.

der Weimarer Tradition verhaftet war.“ Mit der „Sicht des Grundgesetzes als ‚Wertordnung‘“ sei das Bundesverfassungsgericht zunächst allein gewesen. Seine Urteile – „von ‚Lüth‘ bis zur ‚Nassauskiesung‘“ – hätten die Staatsrechtslehre nicht selten unvermittelt und unvorbereitet getroffen. An großen dogmatischen Entwürfen habe ein auffälliger Mangel geherrscht. „Die Staatsrechtslehre muss sich deshalb in zentralen Fragen der Grundrechtsdogmatik und der Fortbildung des Verfassungsrechts den Vorwurf gefallen lassen, die Verfassungsrechtsprechung zwar stets paraphrasiert, ihre Beiträge zur Konstitutionalisierung der Rechtsordnung aber selten vorweggenommen zu haben.“³ Auch *Thomas Oppermann* stimmt ein und überbietet *Schlink* noch mit seiner Wortschöpfung „Bundesverfassungsgerichtsauslegungswissenschaft“.⁴

Auch *Michael Stolleis* meint, dass das Bundesverfassungsgericht in vielen Einzelschritten „die Hauptarbeit“ beim Ausbau der vom Parlamentarischen Rat gelegten Fundamente geleistet habe.⁵ Im Gegensatz zu *Schlink* und *Ipsen* beharrt er aber darauf, dass es seinen Weg nicht „ohne den ständigen Dialog mit der Staatsrechtslehre“ hätte gehen können.⁶ „Die gesamte schrittweise entwickelte Dogmatik des Verfassungsrechts der Bundesrepublik ist ein Produkt des permanenten Dialogs zwischen der Staatsrechtslehre und dem Bundesverfassungsgericht.“ *Ipsen* hält er vor, den Anteil der Wissenschaft zu unterschätzen.⁷ Ihm sekundiert *Matthias Jestaedt*, der ein Kapitel seines Beitrags in „Das entgrenzte Gericht“ mit „Wissenschaftsorientierte Verfassungsjudikatur“ überschreibt,⁸ und *Horst Dreier* erklärt, in Deutschland verzichteten Höchstgerichte nicht darauf, sich mit rechtswissenschaftlichen Texten auseinanderzusetzen und sie zu zitieren. „Das gilt in besonderem Maß für das Bundesverfassungsgericht.“⁹

Will man wissen, wer Recht hat, muss man sich Fälle anschauen. Darum ging es in dem Seminar, aus dem dieses Buch hervorgegangen ist. Die Versuchsanordnung war so gewählt, dass zehn Entwicklungen der Verfassungsrechtsprechung, die als besonders innovativ gelten können, daraufhin zu untersuchen waren, inwieweit das Gericht auf Vorarbeiten in der Wissenschaft zurückgreifen konnte, ob sich die Vorarbeiten gegebenenfalls in den Entscheidungen explizit oder implizit widerspiegeln, wie die Wissenschaft anschließend auf die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen reagierte und ob das Gericht wiederum die dogmatische Kritik der

³ *J. Ipsen*, *Der Staat der Mitte* (2009), 322 f.

⁴ *T. Oppermann*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I (2001), 421.

⁵ *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. IV (2012), 239.

⁶ *Ebenda*, 241.

⁷ *Ebenda*, 240.

⁸ *M. Jestaedt*, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger* (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht* (2011), 124.

⁹ *H. Dreier*, *Rechtswissenschaft als Wissenschaft*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf* (2018), 48.

Wissenschaft aufnahm. Die Fälle stammen allesamt aus dem Grundrechtsbereich. Bei den meisten handelt es sich um bekannte, allgemein als „Landmark Cases“ anerkannte Entscheidungen. In einem Fall, der Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, lässt sich keine einzelne Entscheidung benennen, mit der er ins Leben trat, hier wird also die Entwicklung bis zur vollständigen Ausbildung des Prinzips untersucht. Die letzte Studie betrifft einen Meta-Gegenstand, nämlich die Methode der Grundrechtsinterpretation. Auch er eignet sich nicht für eine Momentaufnahme und auch nicht in derselben Weise wie die vorangehenden Untersuchungen für eine Urteilsanalyse, weil das Gericht sich selten zu Methodenfragen äußert, die Methode also überwiegend induktiv aus den Entscheidungsbegründungen erschlossen werden muss.

Insgesamt wird daraus ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Mit dem rasch gewachsenen Interesse an Verfassungsvergleichung ist auch dieses Verhältnis Beobachtungsgegenstand geworden. Deutschland erscheint in den Studien oft als exzeptionell, was die Enge der Beziehungen zwischen Wissenschaft und Praxis angeht, gerade im Vergleich mit dem angelsächsischen Rechtskreis.¹⁰ „Never in the history of constitutional law scholarship in this country have the views from academia, almost all of them, been so different from the practice of judges“, schreibt der Harvard-Professor *Andrew Kaufman*.¹¹ Und *Richard Posner*, der berühmteste Professoren-Richter der USA, hat dem Thema unlängst ein ganzes Buch gewidmet, in dem Justiz und Rechtswissenschaft gleichermaßen schlecht wegkommen.¹² Beide Autoren gehen nicht auf Deutschland ein, aber *Alexander Somek* hat den Vergleich in seiner Wiener Antrittsvorlesung nach der Rückkehr aus den USA unternommen, wo er mehrere Jahre gelehrt hatte. Er charakterisiert Rechtswissenschaft in dem hiesigen Verständnis „als die Aufbereitung des Rechts zum Zwecke seiner Anwendung ... Sie produziert jenes Wissen, das für die Funktion des Rechtssystems relevant ist.“¹³ Zugespitzt stellt er dann fest: „In den USA gibt es keine Rechtswissenschaft. Das Anzeichen dafür ist das Fehlen der Rechtsdogmatik.“ Einer „normativen Selbststeuerung“ sei die amerikanische Rechtslehre nicht fähig, die deutsche aber sehr wohl. Diese Befunde liegen durchaus quer zur *Schlink*-These.

Schließlich reiht sich das Buch auch in die jüngst begonnene Historisierung der Verfassungsrechtsprechung ein.¹⁴ Ihr Fehlen wird seit längerem beklagt. Eine ganze Weile stand das von *Thomas Henne* und *Arne Riedlinger* herausgegebene Buch

¹⁰ Vgl. *A. von Bogdandy*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich, in: *A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II (2008), § 39, Rn. 68 ff.

¹¹ *A. L. Kaufman*, Judges or Scholars: To Whom Shall We Look for Our Constitutional Law?, *Journal of Legal Education* 37 (1987), 184.

¹² *R. A. Posner*, *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary* (2016). Rezension von *E. Schanze* in *Rabels Zeitschrift* 81 (2017), 735.

¹³ *A. Somek*, Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts, *JZ* 2016, 481.

¹⁴ Vgl. *F. Meinel*, Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand historischer Forschung, *Ju-*

zum Lüth-Urteil allein für diese Gattung.¹⁵ Die Historisierung litt freilich darunter, dass die Akten des Gerichts der Forschung weitgehend verschlossen blieben. Das hat sich 2013 geändert. § 35b BVerfGG bestimmt nun, dass die im Bundesarchiv gelagerten Prozessakten dreißig Jahre nach Abschluss des Verfahrens eingesehen werden können, „Entwürfe von Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, Arbeiten zu ihrer Vorbereitung und Dokumente, die Abstimmungen betreffen,“ nach sechzig Jahren. Das Seminar, aus dem dieser Band hervorgegangen ist, konnte davon noch nicht profitieren. Die Beiakten des Lüth-Urteils beispielsweise sind erst seit dem vergangenen Jahr einsehbar. Die Situation beginnt sich aber zu ändern.¹⁶

Da der zeitliche Abstand zwischen Seminar und Publikation, wie oft bei Sammelbänden, nicht ganz geringfügig war, sind aus den meisten Seminarteilnehmern, deren Referate hier in überarbeiteter Form veröffentlicht werden, selbst Wissenschaftler geworden, wie das Autorenverzeichnis zu erkennen gibt.

ristenzeitung 2014, 913; *ders.*, The constitutional miracle at the Rhine: Towards a history of the West German Constitutionalism and the Federal Constitutional Court, I-CON 14 (2016), 277.

¹⁵ *T. Henne/A. Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht (2005).

¹⁶ Vgl. *A. Doering-Manteuffel/B. Greiner/O. Lepsius*, Der Brokdorf-Beschluss (2015); *T. Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe (2018); sowie demnächst *F. Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik.

II. Die Fälle

Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil

Hannah Birkenkötter

Inhaltsübersicht

I. Zwischen Auffanggrundrecht und Freiheitsleitsatz: Art. 2 Abs. 1 GG in der Literatur der 1950er Jahre	11
1. Erste Stimmen aus dem Parlamentarischen Rat: Auffanggrundrechte in den frühen Kommentaren	11
2. Art. 2 Abs. 1 GG als Ausdruck „echten Menschums“: Die Persönlichkeitskerntese Hans Peters’	14
3. Wider einen Grundrechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG: Dieter Haas und Friedrich Klein	17
4. Weiter Schutzbereich, enge Schranken: Die Positionen von Andreas Hamann, Herbert Krüger und Günter Dürig	18
II. Das Elfes-Urteil: Geburtsstunde einer umfassenden Dogmatik zur freien Entfaltung der Persönlichkeit als Auffanggrundrecht	24
III. Reaktionen auf das Elfes-Urteil	29
1. Kritik und Läuterung: Urteilsanmerkungen zu der verfassungs- gerichtlichen Entscheidung	29
2. Verteidigung aus Karlsruhe: Stimmen aus dem Gericht	32
3. Ausblick: Etablierung des Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangrecht	35
IV. Vorbereiter – Nachbereiter?	36

In heutigen Darstellungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird nicht infrage gestellt, dass es sich bei dem in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Recht um ein sogenanntes „Auffanggrundrecht“ handelt: Während die Reichweite des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG auch heute noch Gegenstand mancher Kontroverse bleibt, besteht Einigkeit, dass Art. 2 Abs. 1 GG nur dort zur Anwendung gelangt, wo kein Schutzbereich eines spezielleren Freiheitsrechts einschlägig ist.¹ Dabei wird häufig darauf hingewiesen, dass in den fünfziger Jahren Vertreter der Persönlichkeitskerntese in der Literatur den Schutzbereich zunächst eng auslegen wollten, das Bundesverfassungsgericht in seiner Elfes-Entscheidung² die vorherr-

¹ Vgl. statt vieler *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht Bd. II, 34. Aufl. (2018), Rn.437; *H. Dreier* in ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. (2013), Art. 2 Rn. 28.

² BVerfGE 6, 32.

schende Persönlichkeitskernthese jedoch ablehnte, worauf weite Teile der Literatur der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, es handle sich bei Art. 2 Abs. 1 GG um ein Auffanggrundrecht, folgten.³

Tatsächlich stellt sich die Literatur der 1950er Jahre zum Auffangcharakter des Art. 2 Abs. 1 GG weitaus differenzierter, aber auch diffuser dar. Art. 2 Abs. 1 GG hat durch seine Formulierung und seine Position an zweiter Stelle nach der in ihrer Bedeutung nie unterschätzten, aber nicht minder umstrittenen Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG eine seltsam anmutende Zwitterposition zwischen speziellem Freiheitsrecht und allgemeinem Grundsatz inne. Die Formulierung „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ geht auf einen Entwurf der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen zurück.⁴ Dieser Ursprung war aber den größtenteils von Kurt Georg Wernicke verfassten Kurzprotokollen des Parlamentarischen Rats, die der Wissenschaft vor allem zur Verfügung standen, nicht zu entnehmen. So dreht sich die wissenschaftliche Debatte vor allem um die Wertorientierung des Grundgesetzes, das durch das Grundgesetz zum Ausdruck gebrachte Menschenbild und die Frage, wie all dies in der Rechtspraxis handhabbar zu machen sei, ohne dass die überpositiven Elemente des Art. 2 Abs. 1 GG verloren gingen.

Die Auseinandersetzung auf der Basis eines durch persönliche Überzeugungen geprägten Grundverständnisses der Grundrechtsordnung ist auch Brennglas auf einen bestimmten Zeitgeist. In der Frage nach der Reichweite von Art. 2 Abs. 1 GG spiegelt sich letztlich die Frage nach einer Grundentscheidung über das Verhältnis von individueller Freiheit einerseits und Gemeinwohl andererseits wider. Zugleich ist der Auffangcharakter maßgeblich für das Gewicht des Grundgesetzes und seines Hüters, des Bundesverfassungsgerichts, gegenüber der Legislative und Exekutive. Ziel dieses Beitrags ist es, die Kontroversen der frühen 1950er Jahre in Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG und vor allem mit Blick auf die Frage nach dem Auffangcharakter der Norm darzustellen und nachzuspüren, inwieweit sich diese im Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache *Elfes* niederschlagen.

³ Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht Bd. II (Fn. 1); auch U. Di Fabio in T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, 65. Ergänzungslieferung (2012), Artikel 2 Rn.12, geht davon aus, dass die Persönlichkeitskernthese „tendenziell vorherrschend“ war.

⁴ Wortprotokoll der 23. Sitzung vom 19. November 1948 (Zweite Lesung der Grundrechtsartikel), in: E. Pikart/W. Werner, Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle (1993), Band 5/II, Dok Nr. 30, 608. In dem Entwurf der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der dem parlamentarischen Rat zur Verfügung stand, heißt es in Artikel 27 Abs. 1: „Das Individuum hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, die ihm die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit erlaubt.“, ebenda, Band 5/I, Dok. Nr. 10, 225. In der Endfassung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte lautet die Formulierung in Artikel 29 Abs. 1: „Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.“, UN Dok. Nr. A/Res/217 A (III) vom 10. Dezember 1948.