

AUFSATZ

AUFSATZ ÖFFENTLICHES RECHT · DER SCHUTZBEREICH DER GRUNDRECHTE

Privatdozent Dr. Ulrich Jan Schröder, Frankfurt a.M.*

Der Schutzbereich der Grundrechte

Der erste Schritt in der Prüfung einer Grundrechtsverletzung ist die Frage nach der Eröffnung des grundrechtlichen Schutzbereichs. Behandelt werden im Folgenden Begriff und Funktion des Schutzbereichs (A.), die Auslegung des Grundrechtstatbestands (B.) sowie einzelne grundsätzliche Fragen nach der Reichweite des Grundrechtsschutzes (C.).

A. BEGRIFF UND FUNKTION DES SCHUTZBEREICHS

Jedes Freiheitsgrundrecht ist ein subjektives Recht, das sich in Tatbestand, Eingriffsmöglichkeit und Rechtfertigungs erfordernisse aufschlüsselt. Der Tatbestand des Grundrechts ist seinerseits dreigliedrig:¹ Ein Grundrechtsträger hat in einem bestimmten Bereich Anspruch auf das Verhalten eines Grundrechtsverpflichteten. Die möglichen Grundrechtsträger (persönlicher Schutzbereich) und die geschützten Bereiche (sachlicher Schutzbereich) bilden zusammen den Schutzbereich der Grundrechte (synonym: Normbereich², Grundrechtsinhalt³-gehalt, Gewährleistungsgehalt, Geltungs-, Anwendungs- oder Wirkungsbereich⁴). Die (Freiheits-)Grundrechte als Abwehrrechte geben das Muster für die dreistufige Prüfung von Grundrechtsverletzungen. Auch der Begriff des Schutzbereichs ist auf die Abwehrfunktion gemünzt. Die anderen von den Freiheitsgrundrechten abgeleiteten Grundrechtswirkungen (bzw. -funktionen) wie Schutz-, Leistungs- oder Teilhabeanspruch lassen sich nur schwerlich mit dem dreistufigen Aufbau prüfen (vor allem weil es bei diesen grds. kein Bedürfnis nach Rechtfertigung für den Anspruchsumfang gibt, auch keinen Gesetzesvorbehalt, sondern dieser Umfang schon auf der ersten Stufe ermittelt wird, die daher regelmäßig bereits eine Abwägung enthält), sodass hier auch die Redeweise vom Schutzbereich wenig hilfreich ist.⁵ Bei den grundrechtsgleichen Rechten⁶, die teilweise auch dreistufig geprüft werden können, wird selten vom Schutzbereich gesprochen (es empfiehlt sich der Begriff „Gewährleistungsgehalt“). Bei den Gleichheitsrechten geht es grds. weder um bestimmte Lebensbereiche noch um „Eingriffe“, mithin wird die Redeweise vom Schutzbereich überwiegend abgelehnt.⁷ Nach aA ist der allgemeine Gleichheitssatz durch (fachgesetzlich mit bestimmte) sektorspezifische Gleichheitsvorstellungen als Schutzbereich „geprägt“.⁸

I. Rechtliche Relevanz des Schutzbereichs

Der grundrechtliche Schutz ist nur insoweit „vollständig“, als eine Verletzung des Grundrechts verboten ist, also ein Eingriff ohne Rechtfertigung. Der grundrechtliche Schutzbereich ist schon deswegen nicht mit dem subjektiven (Grund-)Recht gleichzusetzen. Da allerdings bereits das tatbeständliche Vorliegen des Schutzbereichs ein Rechtfertigungsbedürfnis für staatliche Eingriffe auslöst und schon der Schutzbereich für sich genommen eine in der Abwägung erhebliche Rechtsposition darstellt, wird vorgeschlagen, Grundrechte auch als Prinzipien zu verstehen (als Prima-Facie-Rechte).⁹

Schutzbereich meint den (uU auch normativ geprägten) Wirklichkeitsausschnitt, in dem bzw. für den rechtlichen Schutz garantiert wird, und benennt zugleich den rechtlichen Schutz.¹⁰ Nach aA müssen Lebensbereich des Grundrechts und Schutzgarantie strenger auseinandergehalten werden.¹¹ Dies stellt eine Reaktion auf die herrschende weite Schutzbereichsauslegung dar, die regelmäßig mit der Auflösung von Rechts- und Interessenkollisionen gerade auf der Rechtfertigungsstufe (oft der Abwägung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung) einhergeht,¹² und soll einer engeren Grundrechtsauslegung terminologisch den Weg ebnen. Einen anderen Akzent setzt die Differenzierung von Grundrechten und deren (dem Recht vorgelagerten) Schutzwerten.¹³ Damit wird

* Der Autor ist Inhaber der Entlastungsprofessur für Öffentliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt a.M.

¹ Ipsen, Grundrechte, 18. Aufl. 2015, Rn. 130.

² Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 46, 69.

³ Ipsen (Fn. 1) Rn. 124ff.

⁴ Schmidt-Bleibtreu/Klein/Müller-Franken, GG, 12. Aufl. 2011, GG Vorb. v. Art. 1 Rn. 34.

⁵ Wohl aber wird von Schutz(funktion) gesprochen, vgl. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte, 31. Aufl. 2015, Rn. 107 ff.

⁶ Art. 20 IV, 33, 38, 101, 103, 104 GG (vgl. Art. 93 I Nr. 4 a GG).

⁷ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 484 mwN in Fn. 2.

⁸ Zu diesem Eingriffsmodell Huster, Rechte und Ziele, 1993, 225 ff.

⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, 122–125; Alexy Der Staat 52 (2013), 87 (90).

¹⁰ Böckenförde Der Staat 42 (2003), 165 (167).

¹¹ Zur sog. Lehre vom Gewährleistungsgehalt vgl. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 227; Volkmann JZ 2005, 261 (265 ff.); Böckenförde Der Staat 42 (2003), 165 (174, 178); Rusterhöfer, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009. Krit. Kahl Der Staat 43 (2004), 167 (177 ff.).

¹² Murswieck Der Staat 45 (2006), 473 (478 f.).

¹³ Ipsen JZ 1997, 473 (477 f.).

nicht zwingend einer engeren Schutzbereichsauslegung das Wort geredet, sondern betont, dass der Staat nicht die geschützten Handlungsmöglichkeiten und Zustände (Leben, Gesundheit) „gewährt“, sondern lediglich den Schutz von Vorgefundenem „gewährleistet“.¹⁴ Für die rechtlich geprägten Schutzbereiche (vor allem das Eigentum, auch Familie) stimmt das nur insofern, als diese Institute schon lange vor dem GG rechtlich geprägt waren. Gegen die Redeweise von den Schutzgütern wird angeführt, dass damit keine anderen Ergebnisse als bei der Schutzbereichsdogmatik gewonnen werden.¹⁵

Mit der „Eröffnung“ des Schutzbereichs ist lediglich die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens bzw. Sachverhalts gemeint.¹⁶ Teilweise wird die „Raummetaphorik“ (Schutzbereich) kritisiert, da sie die Notwendigkeit einer Subsumtion unter den Grundrechtstatbestand verschleiere.¹⁷ Erst wenn ein Sachverhalt in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ist ein staatlicher Eingriff denkbar, und erst mit einem Eingriff greifen die Rechtfertigungserfordernisse. Der grundrechtliche Schutz ist zwar nicht absolut, da Eingriffe gerechtfertigt werden können, doch zwingt er den Staat zur Rechtfertigung. Eine zentrale Voraussetzung für die Eingriffsrechtfertigung ist, dass der bei allen Grundrechten bestehende Vorbehalt des Parlamentsgesetzes eingehalten wird. Eine weite Auslegung der Schutzbereiche dient damit nicht nur dem Grundrechtsträger, sondern stärkt ebenso die Parlamente im Gefüge der staatlichen Teilgewalten und folglich die Demokratie. Zudem kommt die Grundrechtsausübung (zB der Meinungsfreiheit) der Demokratie zugute.¹⁸

II. Entsprechung von Schutzbereich und Eingriffsmöglichkeiten

Schutzbereich und Eingriff sind definitorisch eng aufeinander bezogen:¹⁹ Die möglichen Eingriffsmodalitäten (Trojaner des Geheimdienstes, Facebook-Recherchen der Polizei) fließen in die Definition des Schutzbereichs ein. Der Umstand, dass nicht jedes „belastende“ staatliche Handeln einen Grundrechtseingriff darstellt,²⁰ lässt sich nicht ausschließlich unter Rückgriff auf einen präzisen isolierten Eingriffsbegriff erklären, sondern folgt eben auch aus einer Bestimmung des (jeweils berührten) Schutzbereichs.²¹ So wird die Eingriffsschärfe mittelbarer oder faktischer Grundrechtsberührungen unter anderem an dem grundrechtlichen Schutzbereich festgemacht. Der Schutzbereich umfasst grds. auch Schutz vor staatlicher Einschüchterung (daher kann schon die Überwachung einer Versammlung in Art. 8 GG eingreifen), aber nicht jede individuell empfundene Bedrängnis ist ein Eingriff.

B. AUSLEGUNG DES GRUNDRECHTSTATBESTANDS

Die Grundrechte schützen in ihrer abwehrrechtlichen Dimension Verhaltensweisen (Meinungsausübung, freien Zug), Zuordnungen (Familie, Eigentum) und Zustände (Leben, Gesundheit). Unterschieden wird, ob die Freiheit auf Unterlassen zielt (nicht zu glauben = negative Glaubensfreiheit) oder auf positives Tun (zu glauben = positive Glaubensfreiheit). Welcher Schutzbereich einschlägig ist, ergibt sich zunächst durch Abgrenzung der Schutzbereiche (I.). Der Umfang des Schutzes muss durch methodisch geleitete Auslegung ermittelt werden (II.). Auf den persönlichen Schutzbereich wird gesondert eingegangen (III.).

I. Abgrenzung der Schutzbereiche

Die Subsumtion unter den Tatbestand eines Grundrechts

stellt die Weichen für die Annahme eines Eingriffs, vor allem aber für die Rechtfertigungserfordernisse, die je nach Grundrecht stark differieren können.²² Komplexere Sachverhalte müssen so aufgeteilt werden, dass sich die einzelnen Sachverhaltsteile einem einzigen Schutzbereich zuordnen lassen. So könnte der Sachverhalt „Versammlung“ in das Sich-Versammeln (Art. 8 GG), in Meinungsausübung durch die Versammlung (Art. 8 GG) und auf der Versammlung (Art. 5 I 1 GG) aufgeteilt werden.²³ Eine Idealkonkurrenz oder Kumulation grundrechtlichen Schutzes für ein und dieselbe Verhaltensweise gibt es nicht, sondern den Zwang zur eindeutigen Zuordnung. Nur dann wird auch Klarheit bezüglich der Rechtfertigungserfordernisse erreicht. Eine „Grundrechtsverstärkung“ kann in der Weise zustande kommen, dass eine durch den Eingriff nicht unmittelbar betroffene weitere grundrechtliche Position innerhalb der Abwägung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zusätzlich zugunsten des Grundrechtsträgers eingestellt wird (der Verkäufer von Fleisch geschächteter Tiere muss sich gegen Tierschutzbestimmungen auf Art. 12 GG berufen, die Wertungen des Art. 4 GG werden in der Abwägung beachtlich).²⁴ „Kombinierte“ Grundrechte (wie zB das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) sind keine Ausnahme, sondern kombinieren ein Grundrecht mit dem (auch in das Grundrecht hineinzulesenden) Menschenwürdegehalt oder „versubjektivieren“ objektive Verfassungsgehalte.

Die grundrechtlichen Schutzbereiche werden entsprechend allgemeiner Methodik nach Spezialität abgegrenzt. Einige Abgrenzungen sind formelhaft geworden (Art. 12 GG schützt den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbene²⁵). Im Einzelnen ist vieles umstritten. Unter anderem werden neben einander stehende Gewährleistungen (etwa Art. 4 und Art. 8 GG für religiöse Versammlungen) nach der „Eingriffsrichtung“ abgegrenzt.²⁶ Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) ist das Auffanggrundrecht, das „subsidiär“ Schutz gewährleistet. Wenn die Subsumtion gelingt, spricht man von Grundrechtsgebrauch, -ausübung²⁷ oder -verwirklichung²⁸.

II. Methode der Auslegung

Die Auslegung der Grundrechte folgt grds. den klassischen Auslegungselementen.²⁹ Auch Verfassungsauslegung ist Auslegung. Andere bzw. ergänzende Konzepte von Auslegung –

14 Ipsen *Der Staat* 52 (2013), 266 (267, 271).

15 Alexy *Der Staat* 52 (2013), 87 (89).

16 Alexy *Der Staat* 52 (2013), 87 (88 f.).

17 So wohl Ipsen (Fn. 1) Rn. 130; krit. auch Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 252 f.

18 Wegweisend BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

19 Vgl. auch Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 257 f.

20 Zum grundrechtswidrigen „Effekt“ Lindner DÖV 2004, 765 ff.

21 Krit. zur allg. Handlungsfreiheit als Grundrecht der „allgemeinen Eingriffsfreiheit“ Grimms Sondervotum, BVerfGE 80, 137 (164, 167 f.) – Reiten im Walde.

22 Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 39: Weichenstellungsfunktion.

23 So v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, GG, 6. Aufl. 2010, GG Art. 8 Rn. 87; BVerfGE 82, 236 (258) – Schubart.

24 Mehrdeutig BVerfGE 104, 337 (346) – Schächten: Freiheit der Berufsausübung für türkischen Metzger durch Art. 2 I GG geschützt, durch Art. 4 I, II GG „verstärkt“.

25 BVerfGE 88, 366 (377) – Tierzuchtgesetz II.

26 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy (Fn. 23) GG Art. 8 Rn. 88, für Art. 5 I 1 und Art. 8 GG: Rn. 87.

27 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 224.

28 Krit. Ipsen, FS Stern, 2012, 369 (378): Wer sich versammle oder lebe, gebrauche kein Grundrecht, sondern erst, wenn er sich gegen staatliche Eingriffe verteidige.

29 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 251; Hoffmann-Riem *Der Staat* 43 (2004), 203 (229); Volkmann JZ 2005, 261 (267).

wie die Normkonkretisierung³⁰ – werden in der Literatur auch auf die Grundrechte angewandt. Allerdings wäre es methodisch naiv, anzunehmen, dass die Rechtsschicht keinen Einfluss auf die Methodenwahl hat. So hat die Verfassungsauslegung generell ihre Eigenarten,³¹ speziell auch die Grundrechtsauslegung.³² Sie schlagen sich in Auslegungsmaximen wie derjenigen der grds. weiten Grundrechtsauslegung (*in dubio pro libertate*), der dynamischen und offenen Grundrechtsinterpretation nieder. Diese Auslegungsmaximen stellen teilweise unzulässige Verallgemeinerungen dar. So darf es in Rechtsfragen keinen grundrechtlich aufzulösenden „Zweifel“ geben³³ (sehr wohl aber bei Sachverhaltsdeutungen³⁴), und Auslegung ist nicht nur offen, sondern benötigt Definitionen, also Grenzen.

1. Auslegung des Wortlauts

Von der Auslegung des Wortlauts nimmt die Ermittlung des Schutzbereichs ihren Ausgang. Zugleich markiert der Wortlaut die Grenze der Auslegung. Analogien sind bei den Grundrechten wie grds. auch sonst im Verfassungsrecht nicht zulässig. Doch ist der Wortlaut meist sehr weit zu verstehen. Der historische Wille des Verfassungsgabers ist nicht verbindlich, eine „dynamische“ Auslegung, uU ein Verfassungswandel, zulässig und ggf. geboten.

2. Historisch-genetische Auslegung

Die historisch-genetische Auslegung stellt auf den historischen Kontext des Grundrechts (dessen Vorgängervorschriften) und die Auffassungen der an der Entstehung des GG beteiligten Akteure (Parlamentarischer Rat bzw. dessen Ausschüsse) ab. Das historisch-genetische Argument wird von den Befürwortern enger/restriktiver Grundrechtsauslegung besonders stark gewichtet.³⁵ Aus der Methodenlehre ergibt sich indes kein Vorrang irgendeines Auslegungselements. Zur Stützung einer (historisch) engen Auslegung wird daher zusätzlich auf den Charakter des GG als „Rahmenordnung“ verwiesen, die keinen flächendeckenden Grundrechtsschutz bezwecke (str., nach anderer Auffassung soll der Grundrechtsschutz im „Grundrechtestaat“ lückenlos sein). Beispielsweise ist die – vom BVerfG nicht vorgenommene – Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit auf den Schutz des *forum internum* zuzüglich bestimmter Betätigungen³⁶ (anstelle einer weiten Freiheit jedes durch Glauben oder Gewissen motivierten Verhaltens). Dies würde viele Fragen der Kollision von religiösem Handeln und allgemeiner Rechtsordnung erledigen bzw. in den Bereich von Art. 2 I GG verschieben.

3. Teleologische Auslegung

Teleologische Auslegung wird im Verfassungsrecht selten als solche benannt. Für die Zurechnung faktischer bzw. mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen an den Staat wird allerdings ausdrücklich auf den Schutzzweck der Grundrechte abgestellt.³⁷ Die Auslegung im Kontext sog. Grundrechts-theorien (der liberalen, institutionellen, demokratisch-funktionalen oder sozialen³⁸) dient eher der Entfaltung grundrechtlicher Dimensionen (der abwehr-, objektiv- oder verfahrensrechtlichen, der Schutz-, Leistungs- oder Teilhabe-funktion) als der Ermittlung des Sinns einzelner abwehrrechtlicher Schutzbereiche.³⁹ Bei den Grundrechten ist teleologische Auslegung heikel, weil sie entweder eine inhaltsleere Vorgabe macht (Schutz, aber Schutz wovon?) oder aber einer unerwünschten „Verzweckung“ individueller Freiheit Vorschub leistet („dienende“ Freiheit), obwohl

grundrechtliche Freiheit nach verbreiteter Auffassung in erster Linie einen „Selbstzweck“ hat.⁴⁰ Die Rundfunkfreiheit wurde vom BVerfG als dienend charakterisiert, insofern sie der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung diene,⁴¹ doch ist dies – wegen der daraus resultierenden Möglichkeit, statt rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen leichter zulässige Grundrechtsausgestaltung anzunehmen – auf massive Kritik gestoßen.⁴² Eine Schutzbereichsauslegung im Interesse des Gemeinwesens war sehr wohl erwogen worden,⁴³ aber als Grenze, nicht als teleologisches Programm der Freiheit. Essentiell ist allerdings die untrennbare Verbindung von Grundrechten und Demokratie.⁴⁴ Im Lüth-Urteil hat das BVerfG betont, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ... schlechthin konstituierend“ sei, „denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist“.⁴⁵ Grundrechte (und ihre Verwirklichung) dienen der Freiheitlichkeit und Demokratie im Gemeinwesen – das stärkt zwar ihr Gewicht in der Abwägung (auf der Rechtfertigungsebene), aber dieser Umstand muss nicht zwingend als Telos der Grundrechte verstanden werden und deren Auslegung dirigieren. So ist eine Einschränkung des Versammlungsbegriffs iSv Art. 8 GG auf Erörterungen bzw. Kundgebungen, die auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind,⁴⁶ nicht nötig, weil man sowohl die politisch ausgeübte Freiheit als auch die unpolitische unter denselben Schutzbereich fassen kann. Die „objektiven“ Gehalte der Grundrechte⁴⁷ haben *per definitiōnem* überindividuellen Bezug, und eine „institutionelle Grundrechtstheorie“ würde individuelle Freiheiten im Dienste von institutionellen Ordnungen verstehen und auslegen.⁴⁸ Der geeignete Ort für eine Abwägung von individueller Freiheit und Gemeinwohlbelangen ist aber die Rechtfertigungsebene.

Der Zweck der Freiheit bleibt in den Grundrechten unbenannt. Die Entfaltung der Persönlichkeit ist ein Zweck, wird aber für eine einschränkende Auslegung, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit auf den Persönlichkeitskern,⁴⁹ nicht

30 F. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, 263 ff.

31 Ehmke VVDStRL 20 (1963), 53 ff.; Isensee/Kirchhof/Starck, Handbuch des Staatsrechts VII, 1992, § 164; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, 53 ff.

32 Merten/Papier/Ossenbühl, Handbuch der Grundrechte I, 2004, § 15.

33 Differenzierend Kahl Der Staat 42 (2003), 167 (168 f.) in Fn. 16.

34 BVerGE 93, 266 (296) – „Soldaten sind Mörder“: „Lassen Formulierung oder Umstände ... eine nicht ehrenrührige Deutung zu, so verstößt ein Strafurteil, das diese übergangen hat, gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.“

35 Vgl. Böckenförde Der Staat 42 (2003), 165 (175, 178 ff., 186).

36 Dafür Böckenförde Der Staat 42 (2003), 165 (178–183).

37 Ramsauer VerwArch 72 (1981) 89 ff.

38 Grndl. Böckenförde NJW 1974, 1529 ff. Ausf. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 128–176.

39 Krit. zum Ertrag auch Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 44. EL 2005, GG Art. 1 III Rn. 66.

40 Relativierend H. Dreier JURA 1994, 505 (506 f.).

41 BVerGE 59, 231 (257) – Freie Mitarbeiter; BVerfGE 136, 9 (28) – Rundfunkanstalten.

42 Vgl. jüngst Hartmann JZ 2016, 18 (22 f.).

43 Durch Herausnahme sozialschädlichen Verhaltens aus den Schutzbereichen.

44 Dazu H. Dreier JURA 1994, 505 (507).

45 BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

46 BVerfG-K NJW 2001, 2459 (2460 f.) – Love Parade; BVerfGE 104, 92 (104) – Sitzblockaden III. Das Gericht betont die konstitutive Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie.

47 Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000; Stern, Staatsrecht III/1, 1988, 477 ff.; Alexy Der Staat 29 (1990), 49 ff.

48 Dazu Böckenförde (Fn. 31) 115 (124–129).

49 So noch H. Peters, FS Laun, 1953, 669 (673 f.); vgl. Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 137 (164, 166) – Reiten im Walde.

instrumentalisiert. Im Fall des nicht als Handlungsfreiheit formulierten Eigentumsgrundrechts hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass Eigentum der Freiheitssicherung und der Entfaltung der Person diene, weswegen die gemietete Wohnung Eigentum iSv Art. 14 GG sei.⁵⁰ Wenn gerade die Zweckfreiheit ein Zweck der Freiheitsgarantie ist, liegt es umgekehrt nahe, das Telos der Grundrechte in möglichst weiter, offener Auslegung zu sehen. Entsprechend ist vom „offenen“ Kunstbegriff die Rede und werden Religion und Weltanschauung sehr weit, nämlich nach Maßgabe des Selbstverständnisses der Grundrechtsträger⁵¹, verstanden. Die bloße Behauptung, es handele sich um Kunst, Weltanschauung, Religion etc., reicht jedoch nicht; insoweit besteht eine Grenze rationaler Begriffskontrolle. Ein Definitionsverbot⁵² für die staatlichen Interpreten der Grundrechte gibt es nicht, weil nach richtiger Auffassung nur geschützt werden kann, was definiert wurde, und weil die Wortlautgrenze beachtlich bleibt.⁵³

Nimmt man die (eigennützige) Freiheit als (Selbst-)Zweck, so führt eine effektuierende Auslegung zu ausgreifenden Schutzbereichen: Neben dem *forum internum* (in Art. 4 GG) wird weitgehend das *forum externum* geschützt, die Glaubensfreiheit wird zur Freiheit des glaubensbedingten Handelns; außer dem „Werbereich“ der Kunstdfreiheit wird auch deren „Wirkbereich“ geschützt etc.

4. Systematische Auslegung

Systematisch werden die Grundrechte unter anderem insofern ausgelegt, als einzelne nebeneinanderstehende Freiheitsgewährleistungen zu einem „einheitlichen“ Grundrecht zusammengezogen werden (etwa die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen sowie weltanschaulichen Bekennnisses in Art. 4 I GG zu einer Freiheit religiös-ethisch motivierten Verhaltens⁵⁴). Die Vereinheitlichung des Schutzbereichs in Art. 12 I GG⁵⁵ ist weniger schutzbereichsrelevant, sondern dient der Erstreckung des Gesetzesvorbehalts auf S. 1. Der Blick kann auch auf die Schrankenvorbehalte gehen: Vom Fehlen expliziter Schranken (zB in Art. 4 GG) mag auf hochwertige Schutzgüter, mithin auf einen engen Schutzbereich geschlossen werden (bei der Gewissensfreiheit Schutz nur vor „echten Gewissenskonflikten“⁵⁶). Je nach Vorverständnis erscheint dieser Schluss nicht zwingend. Grundrechtliche Schutzbereiche werden auch im Blick auf die Rechtfertigungsanforderungen ausdifferenziert (und standarisieren insofern Abwägungsergebnisse), etwa in die unterschiedlich stark schutzwürdigen „Sphären“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Intim-, Privat-, Sozial- und Öffentlichkeitssphäre).

Die (systematische) Auslegung im Lichte „höheren“ Rechts ist bei den Grundrechten problematisch. Der wegen Art. 79 III GG unabänderliche Menschenwürdekern jedes Grundrechts ist für die Konturierung der äußeren Grenzen des Schutzbereichs wenig hilfreich. Die EU-Grundrechte berechtigen den Einzelnen unmittelbar. Über Art. 1 II GG können sie auch jenseits des Anwendungsbereichs des EU-Rechts für die Auslegung der Grundrechte des GG herangezogen werden,⁵⁷ wobei die nationalen Grundrechte idR ausgereifter sind. Die Gewährleistungen der EMRK werden, obwohl sie innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes unterhalb der Verfassung stehen, wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG bzw. Art. 1 II GG soweit wie möglich als „Auslegungshilfe“ zur Auslegung der Grundrechte des GG herangezogen,⁵⁸ wobei eine „schematische Parallelisierung“ nicht geboten sei.⁵⁹ Die Auslegungshilfe darf nicht

dazu führen, dass das nationale Schutzniveau reduziert wird, was wegen der Weite des nationalen Grundrechtsschutzes und in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen⁶⁰ schnell der Fall sein dürfte.

III. Persönlicher Schutzbereich

Die möglichen Träger eines bestimmten Grundrechts markieren dessen persönlichen Schutzbereich. So können grds. natürliche Personen Träger sein, juristische Personen iSd Art. 19 III GG nach dessen Voraussetzungen. Personenmehrheiten sollen nach verbreiteter Auffassung grds. nicht unmittelbar aus einem Grundrecht berechtigt sein: Art. 4 GG soll kein „Kollektivgrundrecht“ (der Glaubensgemeinschaft) sein, dagegen aber die Vereinigung selbst Träger des Art. 9 I GG.⁶¹ Bestimmte Grundrechte stehen nur Deutschen zu (Art. 8, 9 I, 11, 12 I, 16 GG). Das Menschsein wird vorausgesetzt, sein Beginn ist allerdings umstritten. Geht man mit einer verbreiteten Auffassung davon aus, dass zwischen Befruchtung und Nidation noch kein Mensch iSd Art. 1 I GG existiert,⁶² werden doch je nach Auffassung sog. „Vorwirkungen“ der Menschenwürdegarantie (die dann abgeschwächt wirkt, nämlich doch abwägbar ist⁶³) angenommen, ohne dass ein Grundrechtsträger existiert.⁶⁴ Nach dem Tod eines Menschen soll Art. 1 I GG oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht „Nachwirkungen“ (vor allem Schutzpflichten) zeitigen.⁶⁵

Der Schutzbereich macht nicht Halt vor dem Innenbereich des Staates: Wer in einem früher so bezeichneten besonderen Gewaltverhältnis, heute: Sonderrechts-/Sonderstatusverhältnis, zum Staat steht (zB Beamte, Schüler, Soldaten, Strafgefangene), ist auch grundrechtsberechtigt,⁶⁶ Eingriffe (etwa das beamtenrechtliche Neutralitätsgebot als Einschränkung der Meinungsfreiheit) können allerdings eher gerechtfertigt werden.

C. REICHWEITE DES GRUNDRECHTSSCHUTZES

Bündelt man die Ergebnisse der Auslegung, so zeigt sich, dass die grundrechtlichen Schutzbereiche weit ausgelegt werden. Urheber und Motor dieser Entwicklung ist die Rspr. des BVerfG, die Literatur hat sich ganz überwiegend angeschlos-

50 BVerfGE 89, 1 – Besitzrecht des Mieters.

51 Dazu Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993.

52 Vgl. dazu Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 28–30; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 682 ff.

53 Vgl. auch Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 121 f.

54 BVerfGE 24, 236 (245 f.) – Lumpensammler; BVerfGE 32, 98 (106 ff.) – Gesundbeter.

55 Aus der Freiheit der Wahl von Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte (Art. 12 I 1 GG) sowie der Berufsausübung (S. 2) wird die „Berufsfreiheit“.

56 So Morlok (Fn. 22) Rn. 40.

57 Vgl. BVerfGE 107, 395 (408 f.) – Rechtsschutz gegen Richter; BVerfGE 110, 339 (342) – Wiedereinsetzung (beide zur Grundrechte-Charta noch vor deren unionsrechtlicher Verbindlichkeit durch den Vertrag von Lissabon); Maunz/Dürig/Herdegen (Fn. 39) GG Art. 1 III Rn. 69.

58 BVerfGE 131, 268 (395) – Sicherungsverwahrung; BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsvermutung; krit. Volkemann JZ 2011, 835 (841 f.).

59 BVerfGE 128, 326 (366 f.) – Sicherungsverwahrung; BVerfGE 111, 307 (323 ff.) – Görgülü.

60 Dazu BVerfGE 120, 180 (200 f.) – Caroline von Monaco III; BVerfGE 128, 326 (371).

61 Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 13. Aufl. 2014, GG Art. 9 Rn. 11 mwN.

62 Vgl. H. Dreier, Bioethik, 2013, 30 f.

63 Zum gestuften pränatalen Würdegeschutz Maunz/Dürig/Herdegen, 55. EL 2009, GG Art. 1 I Rn. 69–71.

64 Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 61) GG Art. 1 Rn. 9.

65 Vgl. BVerfGE 30, 173 (194) – Mephisto (allerdings gegen Art. 2 I GG, da dieser eine lebende Person voraussetzt). Gegen die hM nimmt v. Münch/Kunig/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, GG Art. 1 Rn. 10, einen subjektiven Gehalt an.

66 Grundlegend BVerfGE 33, 1 (10 f.) – Strafgefangene.

sen (I.). Grundsätzliche „Schutzbereichslösungen“ werden vertreten, stehen aber stark in der Kritik (II.). Konkrete Schutzbereichseingrenzungen lassen sich uU mit der grds. weiten Auslegung vereinbaren (III.). Tatbestandseingrenzungen können von Grundrechtsausgestaltung und -ermöglichung abgegrenzt werden (IV.). Zentral für den umfassenden Schutz bleibt die Auslegung des Auffanggrundrechts (V.).

I. Indizien für eine weite Auslegung

Von einer weiten Auslegung kann in mehrfacher Hinsicht gesprochen werden: Erstens werden die Begrifflichkeiten der einzelnen Grundrechte großzügig verstanden (zB gehören zur Wohnung iSv Art. 13 I GG nach hM auch Geschäfts- und Betriebsräume⁶⁷); zweitens werden zentrale Begriffe „offen“ verstanden, sodass das Selbstverständnis der Grundrechtsträger in gewissem Umfang mit über die Reichweite des Grundrechtsschutzes entscheidet (ob etwas Kunst oder Religion ist); drittens unterliegen die Begriffe des Schutzbereichs einem – oft in der Literatur zunächst umstrittenen – Verständniswandel, der einem (neuen oder auch nur neu anerkannten) Schutzbürfnis gerecht wird: zB gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften mit Kindern als Familie iSv Art. 6 I GG, die Partner als Eltern iSv Art. 6 II 1 GG⁶⁸; viertens bleibt das sehr weit verstandene Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, wenn spezielle Freiheitsrechte nicht eingreifen.⁶⁹ Art. 2 I GG schützt gerade neuartige Freiheitsbereiche bzw. gegen neuartige Freiheitsbedrohungen.⁷⁰ Dies kann sogar zur Herausbildung neuer unbenannter spezieller Freiheitsrechte führen, die nicht subsidiär, sondern neben anderen Freiheitsrechten Anwendung finden.⁷¹ Dies trifft bislang nur auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und dessen Ausprägungen zu, namentlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das sog. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁷² Die Redeweise von „neuen“ Grundrechten wird allerdings als missverständlich kritisiert,⁷³ handelt es sich doch nur um eine aktuelle Auslegung alter Grundrechte. Neue Phänomene können auch in den Schutzbereich alter Grundrechte fallen. Aus alledem ergibt sich ein fast lückenloser Grundrechtschutz. Anders gewendet steht der Staat immer unter Rechtfertigungzwang, wenn er den Aktionsradius seiner Bürger einschränkt.

II. Gründe für und gegen eine restriktive Auslegung

Dagegen steht eine in der Literatur angemahnte tendenziell restriktive Grundrechtsauslegung (Lehre vom Gewährleistungsgehalt), die sog. Schutzbereichslösungen bzw. Tatbestandstheorien/Immanenzlehren⁷⁴ favorisiert. Darunter sind Eingrenzungen des Schutzbereichs zugunsten anderer Schutzgüter bzw. aufgrund methodisch enger Auslegung zu verstehen. Eine Rechtfertigungsprüfung entfiele. Eng ist die Auslegung insofern, als unter anderem die historisch-genetische Auslegung stark gemacht wird (zB gegen die Fortentwicklung von Art. 4 I, II GG zu einer religiösen Handlungsfreiheit), aber auch insofern immanente Schutzbereichsgrenzen gezogen werden, statt kollidierendes Verfassungsrecht erst auf Rechtfertigungsebene heranzuziehen (zB indem die Inanspruchnahme der Rechte Dritter aus dem Schutzbereich ausgeklammert wird).⁷⁵ Die historische „Rückbesinnung“ auf früher engere Schutzbereiche soll die Besonderheit des Verfassungsranges der Grundrechte unterstreichen und dem Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit lassen. Die Umpolung verfassungsimmanenter Schranken in Tatbestandsgrenzen soll die

Berechenbarkeit fördern (es sollen weniger Grenzen anerkannt werden), zugleich auch einen bloßen Richtervorbehalt ausschließen (der Gesetzgeber müsse die Grenzen ziehen, was bei der Schrankenlösung nicht sichergestellt sei).⁷⁶ Unwägbarkeiten einer im Grunde irrationalen Abwägung auf Rechtfertigungsebene blieben dem Rechtsstaat erspart, lautet der Tenor.

Eine enge Auslegung sieht sich mehreren Einwänden ausgesetzt: Sie trägt dem Wandel der Gefährdungslagen nicht hinreichend Rechnung; der für die Auslegung für maßgeblich erklärte historische Kontext ist überholt, die Grundrechte hatten vom Frühkonstitutionalismus bis in die Weimarer Republik zeitbedingt andere Funktionen, und das Verständnis des Verhältnisses von Staat und Bürger hat sich grundlegend gewandelt; der historische Rekurs führt zu einer dem GG nicht entsprechenden Aufwertung politischer Grundrechtsausübung (im Geiste einer *Preferred Freedoms*-Doktrin); die liberal-individualistische Grundrechtsinterpretation hat sich jahrzehntelang verfestigt und inzwischen verfassungsprinzipiellen Rang („Grundrechtestaat“); Grundrechte und Verfassungsrecht werden durch weite Schutzbereiche nicht entwertet, vielmehr wird der Staat stärker diszipliniert; die Problematik der verfassungsimmanenten Schranken⁷⁷ (ihre Unberechenbarkeit, ihre mögliche Anwendung auch auf unter Vorbehalt garantierte Grundrechte, ihre angebliche Geltung ohne Gesetzes-, nur mit Richtervorbehalt) lässt sich auch ohne restriktive Schutzbereichsauslegung bewältigen (auf Grundrechte unter explizitem Schrankenvorbehalt sollten verfassungsimmanente Schranken nicht Anwendung finden, im Übrigen gilt der Gesetzesvorbehalt im Erst-rechts-Schluss). Zudem sind Schutzbereichslösungen ähnlich unberechenbar. Schließlich kann die – durch enge Schutzbereiche angeblich vermeidbare, tatsächlich dann aber oft nur vorverlagerte – Abwägung auf Rechtfertigungsebene rational (nämlich durch Begründungen nachvollziehbar) gehandhabt werden.

III. Konkrete Ansätze von Schutzbereichseingrenzungen

Die Bewährungsprobe für diese allgemeinen Überlegungen ist die Auseinandersetzung mit konkreten Schutzbereichseingrenzungen. Als – sich überschneidende – Fallgruppen konkreter Schutzbereichslösungen werden diskutiert: die Ausgrenzung sozialschädlicher, unfriedlicher und missbräuchlicher Verhaltensweisen (1.) und der Schutz von Gütern kollidierenden Verfassungsrechts (2.). Einige Eingrenzungen könnten aus der Struktur spezieller Freiheitsrechte folgen (3.). Grundrechtsverzicht und -verwirkung betreffen uU auch den Schutzbereich (4.).

67 Vgl. BVerfGE 109, 279 (320) – Großer Lauschangriff; aA Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, 293.

68 BVerfGE 133, 59 – Suizessivadoption.

69 S. schon BVerfGE 6, 32. Hier hat auch die sog. Adressatentheorie ihre Wurzel.

70 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck (Fn. 23) GG Art. 2 Rn. 18; R. Scholz AöR 100 (1975) 80 (94), 265 (288).

71 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck (Fn. 23) GG Art. 2 Rn. 18.

72 Zu letzterem BVerfGE 120, 274 (313) – Online-Durchsuchungen.

73 Krit. F. Kirchhof NVwZ-Beilage 2013, 13 (16).

74 Begriffe bei Kahl Der Staat 43 (2004), 167 (168); Merten/Papier/Merten, Handbuch der Grundrechte III, 2009, § 60 Rn. 11.

75 Zur historisch engen Auslegung Böckenförde Der Staat 42 (2003), 165 (175, 178ff., 186); zur Ausklammerung der Inanspruchnahme des Eigentums Dritter aus der Kunstfreiheit BVerfG NJW 1984, 1293 – Sprayer von Zürich.

76 Vgl. Böckenförde Der Staat 42 (2003) 165 (168ff., 190f.).

77 Auf die Böckenförde Der Staat 42 (2003) 165 (168ff.) besonders abstellt.

1. Gemeinschafts-, Friedlichkeits-, Missbrauchsvorbehalt

So wird überlegt, ob sozialschädliches, missbräuchliches oder zumindest unfriedliches Verhalten von vornherein aus dem grundrechtlichen Schutzbereich auszgrenzen ist.⁷⁸ Unfriedliches Verhalten wird ausdrücklich nur vom Schutzbereich des Art. 8 GG ausgenommen, sodass es von den übrigen Grundrechten miterfasst ist. Das BVerwG hatte schon 1953 einen für alle Grundrechte geltenden Gemeinschaftsvorbehalt erwogen, wonach Grundrechte nicht in Anspruch genommen werden dürften, „wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden“.⁷⁹ Das BVerfG hat diesem Ansatz eine Absage erteilt. Überwiegend wird sozialschädliches Verhalten nicht schon auf Schutzbereichsebene ausgeschieden, denn der Gesetzgeber müsse sich für Ausgrenzungen rechtfertigen.⁸⁰ Auch gesetzliche Regelungen (zB des StGB) dürfen nicht als Orientierung für den Zuschnitt von Schutzbereichen herangezogen werden,⁸¹ da es grds. keinen Grundrechtsschutz aus der Hand des Gesetzgebers gibt (die Normprägung von Grundrechten sei hier ausgeblendet) – allerdings sind die wichtigsten sozialschädlichen Verhaltensweisen im StGB unter Strafe gestellt und die damit verbundenen Grundrechtseingriffe sind auch gerechtfertigt, sodass Diskussionen um Schutzbereichslösungen (Hehlerei als Beruf?) entbehrlich erscheinen. Schwer abzulehnen ist die tatbestandliche Ausgrenzung „erheblich sozialschädlicher“ Handlungen⁸² (wie Kannibalismus, Menschenhandel, Kinderprostitution, Menschenopfer⁸³) schon um „juristischer Hygiene“ willen.⁸⁴ Dagegen sollte es nicht ausreichen, dass Grundrechte „missbräuchlich“ (unterhalb der Schwelle des Art. 18 GG) genutzt werden, um die Verhaltensweise aus dem Schutzbereich auszgrenzen. Vielmehr ist nach den betroffenen Schutzbürgern zu fragen: Dritte, die Allgemeinheit oder der Staat? Daraus könnten sich präzisere Ansätze (für Schutzbereichs- oder Schrankenlösung) ergeben.⁸⁵

2. Kollidierendes Verfassungsrecht

Das Problem eines (tatbestandsimmanenter) Gemeinwohlvorbehals überschneidet sich mit der Frage, ob der Schutzbereich gegen Maßnahmen zugunsten anderer Güter von Verfassungsrang (sog. kollidierendes Verfassungsrecht) verschlossen sein soll. Sofern ein Grundrecht nach seinem Wortlaut vorbehaltlos gewährleistet und weit ausgelegt wird, muss eine Einschränkung zugunsten anderer Güter von Verfassungsrang zulässig sein. Richtigerweise ist erst recht von der Geltung des Gesetzesvorbehals (und nicht bloß von einem Richtervorbehalt) auszugehen, weil im Fehlen eines ausdrücklichen Schrankenvorbehals die besondere Schutzwürdigkeit des Grundrechts zum Ausdruck kommt. Die *expressis verbis* unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechte stehen nicht auch unter einem ungeschriebenen Vorbehalt zugunsten kollidierenden Verfassungsrechts, da sonst die (exklusive) Spezialität der geschriebenen Schrankenvorbehale konterkariert würde; meist lassen sich die Verfassungsgüter ohnehin in die geschriebenen Schrankenvorbehale hineinlesen, und auf der Stufe der Angemessenheitsprüfung wird dem Rang des Verfassungsgutes durch eine Abwägung im Wege praktischer Konkordanz Genüge getan. Wenn das GG ausnahmsweise eine Grundpflicht normiert, ist der Schutzbereich entgegenstehender Abwehrrechte von vornherein um die Grundpflicht eingegrenzt (zB die Berufsfreiheit im Fall der Wehrpflicht). Darüber hinaus hat das

BVerfG in einem vielbeachteten Einzelfall angenommen, die Kunstfreiheit schließe nicht die Inanspruchnahme von Rechten Dritter ein – es ging um Graffiti an Gebäuden im Eigentum privater Dritter⁸⁶ (obwohl das berühmte Reiten im privaten Wald grundrechtlich geschützt ist)⁸⁷. Ebenso soll Art. 8 GG nicht garantieren, fremde private Grundstücke für Versammlungen in Anspruch zu nehmen.⁸⁸ Das BVerfG hat demgegenüber festgestellt, öffentliche Foren im Eigentum Privater (Einkaufszentren, Ladenpassagen, sonstige Begegnungsstätten) könnten durch mittelbare Drittirkung in Anspruch genommen werden.⁸⁹ Die damit angesprochene Ausstrahlungswirkung ist nicht identisch mit dem Schutzbereich: Grundrechte „erlauben“ nicht Übergriffe ihrer Träger in Rechte anderer Privater/Grundrechtsträger (daher ist der Begriff Grundrechtskollision in dieser Konstellation irreführend), vielmehr verbieten sie die nicht gerechtfertigte staatliche Sanktionierung/Einschränkung solcher Übergriffe. Das bedeutet allerdings, dass ein Verbot der Inanspruchnahme fremden Eigentums für die Verwirklichung von Kunst oder Versammlungen doch einen Grundrechtseingriff darstellt. Die betroffenen Rechteinhaber werden gegen das Handeln Privater ausreichend durch Generalklauseln geschützt (durch §§ 823, 1004 BGB oder die polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln)⁹⁰. Eine Schutzbereichslösung (iSd Gebots „*neminem laedere*“ oder nach der Formel „Freiheit endet an der Freiheit des anderen“) verfehlt die Staatsgerichtetheit der abwehrrechtlichen Schutzbereiche: Was nicht durch oder aufgrund Parlamentsgesetzes verboten ist, ist nach staatlichem Recht erlaubt.⁹¹ Die aufgrund der objektiven Wertordnung anzunehmende Ausstrahlungswirkung der Versammlungs- oder Kunstfreiheit kann dazu führen, dass das betroffene (Eigentums-) Recht uU zurücktreten muss.

3. Einzelfälle enger Schutzbereichsauslegung

Andere vereinzelt vertretene vermeintliche „Schutzbereichslösungen“ könnten sich mit dem Tatbestand der jeweiligen Grundrechte erklären lassen. So sollen staatliche Produktionsinformationen, wenn sie sachlich gehalten sind und der Wahrheit entsprechen, nicht in die Berufs(ausübungs)freiheit eingreifen.⁹² Allerdings ist der vollkommene Markt Fiktion, der tatsächliche Wettbewerb lebt von Informationsasymmetrie. Ähnlich gelagert ist die Konkurrenz durch die wirtschaftlich tätige öffentliche Hand.⁹³ Art. 12 I GG (Wett-

78 Vgl. *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, 530 ff.

79 BVerwG NJW 1954, 524 (525); 1954, 1054 (1055); BVerfGE 1, 303 (307) – Die Sünderin.

80 *Hufen*, Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 20 f.

81 *Stern* (Fn. 78) 535 f.; aA v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck* (Fn. 23) GG Art. 2 Rn. 13.

82 So *Merten/Papier/Merten* (Fn. 74) § 60 Rn. 26.

83 Beispiele bei *Merten/Papier/Merten* (Fn. 74) § 60 Rn. 26.

84 V. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck* (Fn. 23) GG Art. 2 Rn. 13.

85 So *Stern* (Fn. 78) 544–546.

86 BVerfG NJW 1984, 1293 – Sprayer von Zürich.

87 BVerfGE 80, 137.

88 So v. *Mangoldt/Klein/Starck/Gusy* (Fn. 23) GG Art. 8 Rn. 75, 29, 43.

89 BVerfGE 128, 226 (251–253) – Fraport (obiter dictum); danach BVerfG-K NJW 2015, 2485 f. – Bierdosen-Flashmob.

90 Zum Gesetzesvorbehalt angesichts neuer Sachverhalte BVerfGE 115, 189 (193–195) – Laserdrome.

91 Spektakulär anders der HessVGH NJW 1990, 336, der wegen der Schutzwürdigkeit für Leben und Gesundheit einen Gesetzesvorbehalt für die (grundrechtlich geschützte) gentechnologische Forschung annahm. Zu den aus dem Schutzbereich auszugrenzenden „erheblich sozialschädlichen“ Handlungen s. oben bei Fn. 83.

92 BVerfGE 105, 252 (265) – Glykol.

93 Vgl. *Pieroith/Hartmann* DVBl. 2002, 421 ff.

bewerbsfreiheit) soll laut BVerwG nicht betroffen sein, weil das Grundrecht den Wettbewerb, aber nicht vor Wettbewerb schütze.⁹⁴ Erst eine unzumutbare Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Privaten oder eine unzulässige Monopolstellung des Staates seien ein Grundrechtseingriff. Nach aA greift der Staat durch jegliche Teilnahme am Wettbewerb in die Wettbewerbsfreiheit ein, weil er Staat ist.⁹⁵

4. Grundrechtsverzicht und -verwirkung

Sollte ein zulässiger Grundrechtsverzicht vorliegen, fehlt es an einem Eingriff,⁹⁶ sodass mangels Rechtfertigungsbedürftigkeit eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich ist. Eine (bislang noch nicht erklärte) Grundrechtsverwirkung gem. Art. 18 GG soll dazu führen, dass sich der Betroffene nicht mehr auf das Grundrecht „berufen“ kann.⁹⁷ Damit fehlt es bereits am persönlichen Schutzbereich.

IV. Grundrechtsausgestaltung und -ermöglichung

Grundrechtliche Schutzbereiche können erstens rein tatsächlich bzw. naturgegeben sein (Gesundheit oder Leben, wobei Definitionen wie Beginn und Ende des Lebens auch von Wertungen abhängig sind), zweitens teils tatsächlich, teils rechtlich geprägt (Vereinigungsfreiheit)⁹⁸ oder drittens nahezu⁹⁹ vollständig rechtlich konstruiert sein (Eigentum). Die Schutzbereiche werden dann geregelt,¹⁰⁰ ausgestaltet, konkretisiert bzw. konstituiert.¹⁰¹ So spricht man beim Eigentum von einem „normgeprägten“ Grundrecht, insofern der Gesetzgeber dessen Inhalt bestimmt (Art. 14 I 2 GG). Rechtsschutz (vgl. Art. 19 IV GG) wird in Anwendung des Prozessrechts gewährt, die materiellen Grundrechte manifestieren sich auch im Verwaltungsverfahrensrecht, die Inhalte vieler Grundrechte werden durch staatliche Normgebung zumindest mitbestimmt: zB Berufsbilder durch Regeln über Berufsabschlüsse und -ausübung. Die gesetzgeberische Gestaltung grundrechtlicher Schutzbereiche soll *per definitiōnem* keinen Eingriff darstellen: Was dem Schutz dient, könne ihn nicht verkürzen. Die Logik dieses Arguments wird geschwächt durch die Überlegungen, dass der Vorteil des einen auf Kosten des anderen geht (etwa bei der gesetzlichen Ausgestaltung nachbarschaftlicher Interessen im Bauordnungsrecht, sog. mehrpolige Grundrechtsverhältnisse), dass der Gesetzgeber zwischen mehreren möglichen Varianten eine weniger günstige für den Grundrechtsträger wählt und dass die Unterschreitung eines gebotenen Mindestmaßes an Grundrechtsschutz auch durch den ausgestaltenden Gesetzgeber denkbar ist. Grundrechtseingriff und -ausgestaltung sind oft schwer unterscheidbar.¹⁰² Daher werden auch für den gestaltenden Gesetzgeber grundrechtliche Grenzen angenommen, die begrifflich einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Kern des Grundrechts umkreisen: Untermäßverbot, Leitbild,¹⁰³ Institutsgarantien,¹⁰⁴ „präzisiert“ durch den traditionellen¹⁰⁵ oder begrifflichen¹⁰⁶ (Mindest-)Gehalt des Grundrechts. Dagegen hat das vom BVerfG für Art. 14 GG als Ausgestaltungsgrenze herangezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip angesichts eines bloß vorgegebenen Kernbereichs wenig Anknüpfungspunkte.¹⁰⁷ UU gebietet Vertrauensschutz Bestandsschutz für eine einmal erfolgte Ausgestaltung, zumindest einen verzögerten Übergang zu neuer Ausgestaltung.

Neben die Normprägung des Schutzbereichs, teilweise in Überschneidung mit ihr, tritt die Ermöglichung der Grundrechtsausübung bzw. die Herstellung der sog. Grundrechtsvoraussetzungen¹⁰⁸ vor allem durch Schaffung von Kapazität-

ten und Infrastruktur (was auch Rechtsakte einschließt). Zur Ermöglichung von Fortbewegung enteignet der Staat Grundstücke, baut und widmet Straßen. Durch Schaffung öffentlichen Raums werden Versammlungen ermöglicht. Umstritten ist, ob der Gemeingebräuch an einer Straße als grundrechtliche Teilhabe¹⁰⁹ oder abwehrrechtlich geschützt ist (je durch Art. 2 I GG). Abwehrrechtlich gedeutet wäre die Widmung der Straße zum Gemeingebräuch eine Normprägung, die Einziehung ein Grundrechtseingriff,¹¹⁰ das Teilhaberecht gewährt keinen Anspruch auf Fortbestand, höchstens Vertrauenschutz.

Die Grundrechtsträger können selbst vorbereitend Grundrechte für die Verwirklichung weiterer Grundrechte in Anspruch nehmen: den freien Zug für die Gründung einer Familie, Eigentum für den Beruf etc. Dadurch fließen die Schutzbereiche nicht ineinander, doch mag dies für die Abwägung in der Verhältnismäßigkeit „verstärkend“ wirken.

V. Bedeutung des Auffanggrundrechts

Die weitergehende Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG für „jede Form menschlichen Handelns“¹¹¹ wird immer wieder kritisiert. Für eine Eingrenzung des Schutzbereichs sprechen der im Wortlaut zum Ausdruck kommende Bezug zur Persönlichkeitsentfaltung und die Gefahr einer Banalisierung des Grundrechtsschutzes (Tauben füttern, Reiten im Wald).¹¹² Zugunsten des weit gezogenen Schutzbereichs ist erstens auf die vom Parlamentarischen Rat zunächst erwogene (und nur aus ästhetischen Gründen verworfene) Formulierung zu verweisen: „Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“¹¹³ Zweitens korrespondieren dem weiten Schutzbereich weite Einschränkungsmöglichkeiten. Drittens geht es nicht um Banalität oder Gediegenheit des Grundrechtsschutzes, sondern um die Rechtfertigung

94 Vgl. BVerwGE 39, 329 (336 f.); BVerwG DVBl. 1996, 152 (153).

95 Zu dieser Kritik vgl. Pieroth/Hartmann DVBl. 2002, 421 (423) mwN. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 102 f.

96 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 162 (zur Zulässigkeit vgl. Rn. 152 ff.).

97 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 61) GG Art. 18 Rn. 7; differenzierend Isensee/Kirchhof/Lerche, Handbuch des Staatsrechts V, 1992, § 121 Rn. 51.

98 Beispiel bei Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 235 f.

99 Ein Kern an Schutz ist verfassungsrechtlich vorgegeben.

100 Zum Regelungsvorbehalt Hufen (Fn. 80) § 6 Rn. 13 f.

101 Vgl. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999; Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000; Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009; Merten/Papier/Degenhart (Fn. 74) § 61.

102 Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 96 ff. (zur Rundfunkfreiheit); Isensee/Kirchhof/Hillgruber, Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 64–67.

103 So Jasper DÖV 2014, 872 (877) (vergleichbar mit dem Wesensgehalt).

104 Zu Art. 14 GG Ehlers VVDStRL 51 (1992), 211 (216, 224 ff.).

105 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5) Rn. 237 f.

106 Ein Eigentumsrecht, das seinen Namen verdient, BVerfGE 24, 367 (389) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz.

107 Vgl. zu Art. 14 GG Jasper DÖV 2014, 872 (876 mwN). Für die Verhältnismäßigkeit bei der Eigentumsgestaltung BVerfGE 75, 78 (97 f.) – Berufsunfähigkeitserente; BVerfGE 110, 1 (28) – Erweiterter Verfall; volle Verhältnismäßigkeitskontrolle, wenn auch andere öffentliche Interessen als die Entfaltung des Grundrechts verfolgt werden, Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 61) GG Vorb. vor Art. 1 Rn. 34 a; BVerfG-K NJW 2001, 2617 (2618) – Pflichtmitgliedschaft, Ann Sachs JuS 2002, 79 f.

108 Dazu Isensee/Kirchhof/Isensee (Fn. 102) § 190 Rn. 49–80.

109 So BVerwGE 32, 222 (225); Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 39. EL 2001, GG Art. 2 Rn. 59.

110 Dafür Burgi ZG 1994, 341 (363 ff.).

111 So BVerfGE 80, 137 (152).

112 Vgl. Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 137 (164, 167).

113 Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 7, 1995, 135.

staatlichen Handelns. Viertens wird aus der Gesamtschau der Grundrechte ein Gebot lückenlosen Grundrechtsschutzes abgeleitet.

Auch die Auffangfunktion könnte an Grenzen stoßen. So stellt sich die Frage, ob tatbeständliche Einschränkungen spezieller Freiheitsrechte einen Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit sperren (sog. Regressverbote).¹¹⁴ Umstritten ist der Schutz durch Art. 2 I GG für Versammlungen, die wegen ihrer Unfriedlichkeit nicht unter Art. 8 GG fallen,¹¹⁵ oder für bewusst falsche Tatsachenbehauptungen, die nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt werden.¹¹⁶ Da Art. 19 III GG den Grundrechtsschutz juristischer Personen auf die inländischen einschränkt, soll Art. 2 I GG den Schutzbereich der speziellen Freiheitsrechte nicht auch für ausländische juristische Personen eröffnen¹¹⁷ – anderes gilt für das EU-Recht.¹¹⁸ Nach Ansicht des BVerfG und der inzwischen wohl hM soll der Schutzbereich der sog. Deutschengrundrechte über Art. 2 I GG auch Ausländern zugute kommen¹¹⁹ – unter dessen relativ weiten Einschränkungsmöglichkeiten. Die anderen Regressverbote könnten damit begründet werden, dass ansonsten die Spezialität des expliziten Grundrechtsauschlusses konterkariert würde.¹²⁰ Für die Anwendung des Art. 2 I GG auch in diesen Fällen spricht, dass ansonsten kein subjektiver Rechtsschutz eröffnet wäre (Verhältnismäßigkeitsgebot, Willkürverbot), eine rein objektiv-rechtliche Schranke (über das Rechtsstaatsprinzip) ohne subjektiv-grundrechtliche Entsprechung nur ein Kunstgriff wäre, obwohl Art. 2 I GG gerade „Reservefunktion“ hat.¹²¹

Überhaupt wird Art. 2 I GG als Hebel genutzt, objektiv-rechtliche Gehalte zu versubjektivieren: etwa der Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (iVm Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip) oder der sog. Justizgewährungsanspruch (iVm dem Rechtsstaatsprinzip). Einen Gesetzes-

vollziehungsanspruch soll die allgemeine Handlungsfreiheit aber nicht enthalten; Art. 2 I GG wertet subjektiv-öffentliche Rechte des einfachen Rechts auch nicht zu einem Grundrecht auf.

D. SCHLUSS

Die herrschende Grundrechtsdogmatik ist in gewisser Hinsicht einfach: weite Schutzbereiche, niedrige Eingriffsschwellen, umfangreiche Rechtfertigungsmöglichkeiten. Der Preis dieses flexiblen Schemas liegt in Unschärfen, vor allem in Form der Unvorhersehbarkeit von Abwägungsergebnissen in der Rechtfertigung. Das ist allerdings kein Grund, die Rechtfertigungsprüfung durch eine Wende in der Grundrechtsdogmatik zu vermeiden. Rationale Abwägung und damit nachvollziehbare Ergebnisse sind möglich. Dogmatisch-konstruktive Schwierigkeiten ergäben sich auch bei tendenziell enger Schutzbereichsauslegung. Die kritisierte „Beliebigkeit“ des weiten Grundrechtsschutzes ist Ausdruck eines liberalen Rechtsstaates. Die notwendige sorgfältige Ausbalancierung der rechtlich geschützten Interessen ist und bleibt infolgedessen vor allem die Sache des Gesetzgebers.

114 Zu Begriff und Konstellationen *Bethge* VVDStRL 57 (1998), 7 (24 f.).

115 Dafür *Maunz/Dürig/Di Fabio* (Fn. 109) GG Art. 2 Rn. 27; dagegen *Bethge* VVDStRL 57 (1998) 7 (25).

116 Dafür *Maunz/Dürig/Di Fabio* (Fn. 109) GG Art. 2 Rn. 26; dagegen *Bethge* VVDStRL 57 (1998) 7 (25).

117 *Bethge* VVDStRL 57 (1998), 7 (24). Art. 19 III GG schließt die Berufung auf Justizgrundrechte nicht aus, vgl. BVerfGE 12, 6 (8) – Société Anonyme.

118 Mehrere Konstruktionen sind denkbar (teleologische Extension des Art. 19 III GG, der Umweg über Art. 2 I GG oder Anwendungsvorrang des EU-Rechts).

119 BVerfGE 78, 179 (196 f.); aA zB v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck* (Fn. 23) GG Art. 2 Rn. 44; *Pieroth* AÖR 115 (1990) 33 (42). Zum Wandel der hM in der Lit. *Isensee/Kirchhof/Gundel* (Fn. 102) § 198 Rn. 6.

120 *Bethge* VVDStRL 57 (1998) 7 (24).

121 Vgl. *Maunz/Dürig/Di Fabio* (Fn. 109) GG Art. 2 Rn. 27.