

Alexander Stock

Der Wesensgehaltsvorbehalt

Verfassungsdogmatische Konstruktion eines
absolut-subjektiven Wesensgehaltsverständnisses durch
verfassungsunmittelbare Geltungsbegrenzungen

<https://doi.org/10.22029/jlupub-19854>

Alexander Stock

Der Wesensgehaltsvorbehalt

Verfassungsdogmatische Konstruktion eines
absolut-subjektiven Wesensgehaltsverständnisses durch
verfassungsunmittelbare Geltungsbegrenzungen

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Gesetzgebung und Rechtsprechung bis zur Einreichung der Arbeit im Dezember 2017.

Meiner Familie

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	III
Inhaltsverzeichnis.....	VI
Abkürzungsverzeichnis	XIII

Einleitung: Die Wesensgehaltsgarantie als vernachlässigte Schutznorm der Grundrechte 1

A. Vom Tabu zur Abwägung	1
B. Grundintention und Aufgabenstellung	7
C. Problemdarstellung: Auslegungsmöglichkeiten und -komplikationen der Wesensgehaltsgarantie	11
I. Die Wesensgehaltsgarantie in der bestehenden verfassungsrechtlichen Diskussion – Auslegung und Folgeprobleme im Überblick	11
II. Rechtsdogmatische Zielsetzung und methodische Vorbemerkungen	15
III. Begriffsklärung und thematische Abgrenzungen.....	17

1. Teil: Grundfragen der Wesensauslegung: Funktion, Geltungsbereich und Inhalt der Wesensgehaltsgarantie..... 23

A. Rechtsstaatliche Funktion und Schutzrichtung	23
I. Ausgangslage: Grundrechtsschutz in der Weimarer Zeit und der des Nationalsozialismus.....	23
II. Funktion der Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes	30
III. Vernachlässigung und Erfolg.....	34
B. Wesen und Wert abwägungsfester Grundrechtsgehalte	44
I. Wesen kategorischer Grundrechtsgehalte.....	46
II. Wert abwägungsunabhängiger Verbote	49
C. Inhalt der Wesensgehaltsgarantie	58
I. Adressaten	58
II. Sachlicher Anwendungsbereich	78

III. Subjektive, individuelle oder nur objektive, institutionelle Auslegung	95
IV. Absoluter oder relativer Gehalt.....	104

2. Teil: Eigene Wesensgehaltskonzeption..... 128

A. Grundlagen des dogmatischen Konzeptes	128
I. Beschränkungsmöglichkeit von Art. 19 Abs. 2 GG.....	128
II. Erste Einordnung und Bedenken	134
B. Kategorisierung und Begriffsfindung der Ausnahmen	139
I. Rechtsfolgen einer Wesensgehaltssperre	139
II. Dogmatische Einordnung	141
III. Anforderungen an die Herleitung aus dem Verfassungstext und exemplarische Wesensgehaltsvorbehalte	160
IV. Ausgestaltungsmöglichkeiten des Wesensgehaltsvorbehalts... ..	170
V. Umsetzbarkeit und Verhältnis zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle	173
C. Grundlinien der Wesensbestimmung und Antastkriterien	176
I. Philosophische Herkunft des Wesensbegriffes	177
II. Grundannahmen der Wesensbestimmung	178
III. Bestimmungskriterien der Wesensrelevanz	186
IV. Antastungskriterien	194
D. Abschließende Bewertung und Überprüfung.....	207
I. Zusätzliche Schutzwirkung gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	207
II. Abgrenzung zum Menschenwürdegehalt	209
III. Wesensgehaltskollisionen	211
IV. Verhältnis zu den Instituts- und institutionellen Garantien.....	215
V. Verletzungsfolgen	217
VI. Ergebnis	218

3. Teil: Grundrechtsspezifische Wesensgehaltsbetrachtung für ausgewählte Grundrechte 219

A. Grundrechtsauswahl und Methodik.....	219
B. Einzelne Grundrechte	220
I. Allgemeine Handlungsfreiheit.....	220
II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	223
III. Recht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG	230
IV. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	239
V. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Art. 9 GG.....	256
C. Weitere Grundrechte im Überblick	289
I. Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit, Art. 4 GG	289
II. Meinungs- sowie Informations- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG	291
III. Elternrecht: Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG	294
IV. Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG	295
V. Berufsfreiheit, Art. 12 GG	297
VI. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG.....	299
VII. Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG	303
VIII. Auslieferungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 GG	307
IX. Verwirkung, Art. 18 GG.....	307
4. Teil: Ergebnis und Fazit.....	309
A. Schlussbetrachtung/Schlussbemerkung.....	309
B. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	310
Literaturverzeichnis	313

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	III
Inhaltsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XII

Einleitung: Die Wesensgehaltsgarantie als vernachlässigte Schutznorm der Grundrechte..... 1

A. Vom Tabu zur Abwägung	1
B. Grundintention und Aufgabenstellung.....	7
C. Problemdarstellung: Auslegungsmöglichkeiten und -komplika- tionen der Wesensgehaltsgarantie	11
I. Die Wesensgehaltsgarantie in der bestehenden verfassungsrechtlichen Diskussion – Auslegung und Folgeprobleme im Überblick.....	11
II. Rechtsdogmatische Zielsetzung und methodische Vorbemerkungen.....	15
1. Zielsetzung.....	15
2. Vorgehensweise.....	15
III. Begriffsklärung und thematische Abgrenzungen	17
1. Umschreibungen des Wesensgehaltes	17
2. Thematische Abgrenzungen.....	18
a) Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung.....	18
b) Kernbereich der drei Staatsgewalten.....	19
c) Kerngehaltsrechtsprechung zur Koalitionsfreiheit	19
d) Kernbereich privater Lebensgestaltung.....	20
e) Kern der Einrichtungsgarantien.....	21

1. Teil: Grundfragen der Wesensauslegung: Funktion, Geltungsbereich und Inhalt der Wesensgehaltsgarantie 23

A. Rechtsstaatliche Funktion und Schutzrichtung.....	23
I. Ausgangslage: Grundrechtsschutz in der Weimarer Zeit und der des Nationalsozialismus	23
II. Funktion der Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes	30
1. Intentionen der Verfassungsväter	30

2. Grundsätzlicher Zweck aus rechtswissenschaftlicher Sicht ...	33
III. Vernachlässigung und Erfolg.....	34
1. Aktuelle Funktion und Bedeutung für das Grundgesetz.....	34
a) Allgemeiner Befund.....	35
b) Neuere Rechtsprechung zur Wesensgehaltsgarantie.....	36
aa) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes.	36
bb) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.....	37
cc) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ...	38
c) Ursachen der geringen Entscheidungsrelevanz und Verwendung.....	42
2. Vorbildwirkung	43
B. Wesen und Wert abwägungsfester Grundrechtsgehalte	44
I. Wesen kategorischer Grundrechtsgehalte.....	46
II. Wert abwägungsunabhängiger Verbote	49
1. Klarheit und Vorhersehbarkeit	50
a) Stoppsignal und Grundrechtsschutz.....	50
b) Stärkere Regelorientierung	52
c) Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung	53
d) Orientierungswirkung für den Gesetzgeber und andere Gewalten	54
2. Erhöhte Begründungspflichten	55
3. Zweck des absoluten Kerngehaltsschutzes.....	57
C. Inhalt der Wesensgehaltsgarantie	58
I. Adressaten	58
1. Bindung des (einfachen) Gesetzgebers.....	58
2. Keine Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers.....	59
3. Exekutive und Judikative	66
a) Bindung auch bei Maßnahmen der gesetzgebundenen Gewalten	66
b) Relevanz der Verpflichtung.....	67
aa) Vorbehalt des Gesetzes	67
bb) Einfluss der Wesentlichkeitstheorie	69
cc) Bestätigung durch eindeutige Anwendungsfälle....	72
(1) Verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen	72
(2) Gesetzlich nicht geregelte Bereiche	74
c) Vorlagepflicht	75
d) Ergebnis	75

4. Bindung des Hoheitsrechte übertragenden Gesetzgebers und der Europäischen Union.....	76
II. Sachlicher Anwendungsbereich	78
1. Umfasste Grundrechte	78
a) Keine Beschränkung auf Grundrechte i.S.v. Art. 19 Abs. 1 GG.....	78
b) Gleichheitsrechte und grundrechtsgleiche Rechte	80
aa) Unterschiedliche Normstruktur	80
bb) Terminologie und Systematik.....	84
2. Anwendung auch bei Ausgestaltung.....	84
3. Schutzpflichtensituation.....	88
4. Abschließende Vorbemerkung für den weiteren Arbeitsauftrag	95
III. Subjektive, individuelle oder nur objektive, institutionelle Auslegung	95
IV. Absoluter oder relativer Gehalt.....	104
1. Darstellung der Positionen und Argumentation.....	104
2. Unzulänglichkeit der bestehenden Lösungsoptionen zum Problem der Verfassungswirklichkeit.....	117
3. Neuere, absolute Ansätze in der Literatur.....	119
a) Kategoriale Argumentationsstile	119
b) Verbot der Belastungskumulation als Teil von Art. 19 Abs. 2 GG	123
4. Ergebnis	127

2. Teil: Eigene Wesensgehaltskonzeption..... 128

A. Grundlagen des dogmatischen Konzeptes	128
I. Beschränkungsmöglichkeit von Art. 19 Abs. 2 GG.....	128
1. Keine Bindung der verfassungsändernden Gewalt	128
2. Keine Verpflichtung des pouvoir constituant	130
3. Verfassungsablösung, Art. 146 GG	132
4. Zwischenergebnis	132
II. Erste Einordnung und Bedenken	134
1. Keine Aufgabe der absoluten Garantie	134
2. Einordnung des Konzepts in die Systematik der Eingriffsgrenzen.....	136
3. Notwendigkeit weiterer Konkretisierung und Überprüfung .	138

B. Kategorisierung und Begriffsfindung der Ausnahmen.....	139
I. Rechtsfolgen einer Wesensgehaltssperre.....	139
II. Dogmatische Einordnung.....	141
1. Schutzbereichsbegrenzungen	142
2. Schranken und Vorbehalte	143
3. Verfassungsunmittelbare Schranken	144
4. Vergleich mit den Wesensgehaltssperren.....	148
a) Vergleich mit den Schutzbereichsgrenzen oder Gewährleistungsbegrenzungen	148
b) Vergleich mit den Schranken.....	150
c) Vergleich zu den verfassungsunmittelbaren Schranken..	151
d) Zusammenfassung	152
5. Mehrere Ausgestaltungsmöglichkeiten der Wesensgehaltssperre?.....	153
a) Unterschiedliche Grenz- oder Beschränkungsalternativen?.....	153
b) Vergleich der Alternativen.....	154
c) Unterschiedliche Alternativen oder eine Figur?	156
6. Begriffsfindung	158
III. Anforderungen an die Herleitung aus dem Verfassungstext und exemplarische Wesensgehaltsvorbehalte.....	160
1. Anforderungen.....	160
2. Folgerungen aus der Beschränkbarkeit wesensgehaltszugehöriger Gehalte.....	164
3. Exemplarische Wesensgehaltsvorbehalte	165
a) Auslieferungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 GG	165
b) Trennung der Kinder von den Eltern, Art. 6 Abs. 3 GG.	167
IV. Ausgestaltungsmöglichkeiten des Wesensgehaltsvorbehalts ..	170
1. Inhaltliches Ausmaß und subjektiver / objektiver Vorbehalt	170
2. Qualifizierter Wesensgehaltsvorbehalt.....	172
3. Zusammenfallen mit Schranken oder Schranken-Schranken	173
V. Umsetzbarkeit und Verhältnis zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle	173
C. Grundlinien der Wesensbestimmung und Antastkriterien.....	176
I. Philosophische Herkunft des Wesensbegriffes.....	177
II. Grundannahmen der Wesensbestimmung.....	178
1. Bloße Leerformel(n)?	178
2. Determination allgemeiner Grundlinien.....	179

3. Negative Wesensbestimmung und Wesensverletzung.....	180
4. Unmöglichkeit einer Bestimmung von der Verletzung her?..	185
III. Bestimmungskriterien der Wesensrelevanz	186
1. Allgemeine Bestimmung der wesensrelevanten Gehalte	187
2. Gruppenspezifische Grundlinien	192
IV. Antastungskriterien	194
1. Verbleibender Grundrechtsrest	194
2. Verbleibende Gesamtbedeutung und künftige Grundrechtsausübung	195
3. Interaktion von Ausmaß und Zeitfaktor	200
a) Ausmaß der Grundrechtsbeschränkung.....	200
b) Dauer der Beschränkung und Interaktion.....	203
c) Intensität als bestimmender Faktor der Verhältnismäßigkeitsprüfung	205
d) Wertungsabhängigkeit.....	206
D. Abschließende Bewertung und Überprüfung.....	207
I. Zusätzliche Schutzwirkung gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	207
II. Abgrenzung zum Menschenwürdegehalt	209
III. Wesensgehaltskollisionen	211
1. Kaum Anwendungsfälle.....	212
2. Keine gleichartigen Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 2 GG	213
3. Lösung bei gegenüberstehenden Wesensgehalten	214
IV. Verhältnis zu den Instituts- und institutionellen Garantien.....	215
V. Verletzungsfolgen	217
VI. Ergebnis	218

3. Teil: Grundrechtsspezifische Wesensgehaltsbetrachtung für ausgewählte Grundrechte..... 219

A. Grundrechtsauswahl und Methodik	219
B. Einzelne Grundrechte.....	220
I. Allgemeine Handlungsfreiheit	220
1. Wesensrelevante Gehalte	220
2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe	222
3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie.....	222

II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	223
1. Wesensrelevante Gehalte und Verhältnis zur Menschenwürde.....	223
2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe.....	226
III. Recht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG	230
1. Wesensrelevante Gehalte.....	230
2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe.....	232
a) Finaler Rettungsschuss.....	232
b) Schwangerschaftsabbruch.....	237
3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie	238
IV. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	239
1. Wesensrelevante Gehalte und allgemeine Verletzungsgrenzen	239
2. (Lebenslange) Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung... ..	244
a) Betroffene Grundrechte.....	245
b) Berührung des Wesens	246
c) Existenz eines Wesensgehaltsvorbehaltes.....	248
aa) Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG.....	248
bb) Art. 102 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	249
cc) Art. 104 Abs. 2 GG	249
d) Art und Grenzen des Wesensgehaltsvorbehaltes	253
e) Unterbringung in Heil- und Pflegeanstalten	255
3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie	256
V. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Art. 9 GG.....	256
1. Vereinigungsfreiheit.....	257
a) Wesensrelevanz und Verletzungsgrenzen.....	257
b) Art. 9 Abs. 2 GG als Wesensgehaltsvorbehalt für das Vereinigungsverbot.....	259
c) Verhältnis zur Menschenwürdegarantie.....	261
2. Koalitionsfreiheit.....	262
a) Besonderheiten der Wesensbestimmung.....	262
aa) Offenheit und Anknüpfung an historische Entwicklung	262
bb) Heranziehung der Kernbereichsrechtsprechung..	263
cc) Ausgestaltungsbedürftigkeit und Bindung der Judikative an Art. 19 Abs. 2 GG.....	264
b) Wesensrelevanz	265
aa) Gründung und Bestand	265

bb) Autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen und Arbeitskampf.....	266
cc) Wirkung der Tarifverträge	269
c) Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe.....	269
d) Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit.....	273
aa) Regelungsinhalt.....	274
bb) Umfang der Grundrechtsverweh rung	275
(1) Streikrecht	277
(2) Wirkungsverlust des Minderheitstarifvertrages	279
(3) Benachteiligung von Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften	281
cc) Ausreichende Grundrechtsverwirklichung?	282
e) Streikverbot für Beamte	285
f) Verhältnis zur Menschenwürdegarantie.....	288
C. Weitere Grundrechte im Überblick.....	289
I. Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit, Art. 4 GG.....	289
II. Meinungs- sowie Informations- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG.....	291
III. Elternrecht: Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG.....	294
IV. Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG.....	295
V. Berufsfreiheit, Art. 12 GG.....	297
VI. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG	299
VII. Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG.....	303
VIII. Auslieferungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 GG.....	307
IX. Verwirkung, Art. 18 GG	307
4. Teil: Ergebnis und Fazit	309
A. Schlussbetrachtung/Schlussbemerkung	309
B. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	310
Literaturverzeichnis.....	313

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordnete, -n, -r
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AK-GG	Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentar
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Z)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Z)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Z)
Art.	Artikel
A.S.	Alexander Stock
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Z)
Beschl.	Beschluss
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayVfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Betriebs-Berater (Z)
BeckOK-GG	Epping/Hillgruber [Hrsg.], Beck'scher Online- Kommentar Grundgesetz
BeckOK-PolR	Möstl/Schwabenbauer [Hrsg.], Beck'scher Online- Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern
Bayern	
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BK-GG	Kahl/Waldhoff/Walter [Hrsg.], Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Z)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Z)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Z)
E	Entscheidung/Entscheidungsband
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Ents.	Entscheidung
ErgL.	Ergänzungslieferung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (Z)
etc.	et cetera
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Z)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Z)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Z)
Fn.	Fußnote
ff.	fortfolgende
FPPK	Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (Z)
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Z)
HbdDStR	Anschütz/Thoma [Hrsg.], Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HbdVerfR	Benda/Maihofer/Vogel [Hrsg.], Handbuch des Verfassungsrechts
HGR	Merten/Papier [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

Hs.	Halbsatz
HStR	Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
I-Con	International Journal of Constitutional Law (Z)
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i.O.	im Original
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Z)
JR	Juristische Rundschau (Z)
Jura	Juristische Ausbildung (Z)
JuS	Juristische Schulung (Z)
JZ	Juristenzeitung (Z)
Kammerbeschl.	Kammerbeschluss
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Z)
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Z)
LS	Leitsatz
m.E.	meines Erachtens
MMR	MultiMedia und Recht (Z)
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Z)
MüKo-StGB	Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
NF	neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift (Z)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Z)
NK	Neue Kriminalpolitik (Z)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Z)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Z)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report (Z)
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht (Z)
o.ä.	oder ähnliche(s)

OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Z)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
sog.	sogenannte, -r, -s
str.	strittig
u.a.	unter anderem
UN	Vereinte Nationen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung (Z)
VfSlg	Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Österreich
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorlagebeschl.	Vorlagebeschluss
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Z)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
Z	Zeitschrift
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Z)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Z)
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Z)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Z)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z)

Einleitung: Die Wesensgehaltsgarantie als vernachlässigte Schutznorm der Grundrechte

A. Vom Tabu zur Abwägung

Die Existenz von Tabus bestimmt seit langer Zeit das Menschsein, unsere Gesellschaft, Sitten und auch das Rechtssystem. Bereits die Bibel als ein Faktor der gesellschaftlichen Entwicklung¹ beginnt mit einem Tabu (Gen. 2,16-17):² „Von allen Bäumen des Gartens darfst du essen, doch vom Baum der Erkenntnis von Gut und Böse darfst du nicht essen; denn sobald du davon isst, wirst du sterben.“ Das Menschsein nach der göttlichen Erschaffung gründet in der Schöpfungsgeschichte kurzerhand unmittelbar in ein Verbot, ein Tabu, das es zu befolgen gilt, die eingangs umfassend gewährte Freiheit („von allen Bäumen“) wird prompt wieder eingeschränkt.

Dieses Tabu wird anschließend noch ausgeweitet und verschärft (Gen. 3,3): „Davon dürft ihr nicht essen und *darin dürft ihr nicht rühren*, sonst werdet ihr sterben.“³ So wird aus dem Verzehrverbot ein Berührungsverbot⁴, übertragen in die Sprache des Grundgesetzes: Ein Gebot der Unantastbarkeit.

¹ Das folgende Beispiel soll hier rein als einleitender Vergleich und Paradigma für eine frühe Orientierung der Menschheit an Tabus und absoluten Grenzen herangezogen werden, ohne die Thematik anschließend umfassend darauf aufbauen oder generell das (deutsche) Recht damit begründen zu wollen. Auch eine Rückführung des Grundgesetzes (allein) auf christliche Werte oder eine Transzendentalisierung ist damit weder gefordert noch irgendwie intendiert, wenngleich sich die teilweise bestehenden christlichen Wurzeln des Grundgesetzes nicht leugnen lassen, erkenntlich etwa in der Bezugnahme auf die Verantwortung vor Gott in der Präambel.

² Die Anknüpfung an die Geschichte vom Baum der Erkenntnis ist angelehnt an eine Ausarbeitung von *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, S. 7 ff. mit der gleichen Intention: Die Übertragung der biblischen Geschichte als Paradigma eines Tabus auf das Gebiet des Staats- und Verfassungsrechts (S. 12). Die Transferierung erfolgt allerdings aus einer unterschiedlichen Perspektive und dementsprechend mit differierenden Schlüssen. *Isensee* behandelt das Tabu bezogen auf Grenzen grundrechtlicher Freiheiten (S. 10 ff.); der hier gewählte Ansatzpunkt ist im Gegensatz dazu auf die Grenzen staatlichen Handelns bezogen.

³ Je nach Übersetzung ist das Berührungsverbot noch deutlicher als in der oben zitierten Einheitsübersetzung, z.B. lautet der Wortlaut auch „Esset nicht davon, *rühret sie auch nicht an*, dass ihr nicht sterbet!“ (Lutherbibel 1984) bzw. „Ihr dürft von ihnen nicht essen, *ja sie nicht einmal anrühren*, sonst müßt ihr sterben!“ (Hermann Menge Übersetzung) – Hervorhebung jeweils A.S.

⁴ *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, S. 7.

Das Grundgesetz selbst kennt elementare Verbote, deren Schutzgut nie angetastet werden darf, das Unantastbarkeitsdogma findet sich im Grundgesetz an drei Standorten.⁵

Zuallererst an prominentester Stelle, am Anfang der Verfassung: Die Menschenwürde als „höchste[r] Rechtswert“⁶, unantastbar sowohl in Form der Achtens- als auch der Schutzpflicht, wissenschaftlich fast inflationär diskutiert⁷ und gegebenenfalls überstrapaziert⁸.

Weiterhin darf durch den Ewigkeitsschutz nach Art. 79 Abs. 3 GG bei einer Grundgesetzänderung der Verfassungskern nicht „berührt“ werden; Ziel ist die Sicherung der elementaren, identitätsbildenden Substanz.⁹

Daneben befindet sich die Terminologie der Unantastbarkeit noch an anderer, unbekannter Stelle, in Art. 19 Abs. 2 GG: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“ Obwohl zweifelsohne deutliche Ähnlichkeiten zu der Formulierung zur Menschenwürde¹⁰ und auch zu Art. 79 Abs. 3 GG¹¹ zu erkennen sind, stellt die Wesensgehaltsgarantie bislang eine der am wenigsten beachteten und dogmatisch aufbereiteten Normen des Grundgesetzes dar. Infolgedessen wird sie gelegentlich als „rechtstheoretisch überflüssig“¹²

⁵ Der sog. „Dreiklang“ nach *Dürig*, vgl. Maunz/*Dürig/Dürig*, GG, Voraufgabe 1958, Art. 1 Rn. 81, 85; *ders.*, AöR 81 (1956), 117, 121 f. Zusammenhang auch bei *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 91. Zur Bezeichnung von Art. 1 Abs. 1 GG als „Tabugrenze“ bei *Poscher*, JZ 2004, 756, 756, 758 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: *Deppenheuer* u.a. [Hrsg.], Staat im Wort, S. 491, 494. *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, S. 45 ff., sieht Art. 79 Abs. 3 GG nicht als Tabu an.

⁶ BVerfGE 45, 187, 227; vgl. auch BVerfGE 6, 32, 41; E 27, 1, 6; E 30, 173, 193; E 32, 98, 108: „oberster Wert“ des Grundgesetzes.

⁷ *Tejke*, Das Prinzip Menschenwürde, S. 1, spricht von einer „gegenwärtigen literarischen Massenproduktion zum Thema Menschenwürde“; *Tiedemann*, DÖV 2009, 606, 606 vom „inflationären Gebrauch der Menschenwürde“.

⁸ v. *Bernstorff*, JZ 2013, 905, 914; *ders.*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 116; *Isensee*, AöR 131 (2006), 173, 188 f.; *Dreier/ders.*, GG I, Art 1 I Rn. 47 ff.

⁹ Maunz/*Dürig/Herdegen*, GG, Art. 79 Rn. 2; vgl. auch *Hömig/Wolff/Schnapauß*, GG, Art. 79 Rn. 4; *BeckOK-GG/Dietlein*, GG, Art. 79 Rn. 15; BVerfGE 30, 1, 24; E 142, 123, 188.

¹⁰ Ebenso v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 123; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 61; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 91 auch zu Art. 79 Abs. 3 GG; *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1091; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 415, 419.

¹¹ Vgl. BVerfGE 30, 1, 24 mit der Bezeichnung von Art. 19 Abs. 2 GG als „verwandte Formel“ von Art. 79 Abs. 3 GG und der gleichen Bedeutung von „berühren“ und „antasten“; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 841: „innere[r] Zusammenhang“.

¹² v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 a.

oder „leerlaufende Verfassungsnorm“¹³ bezeichnet und auch für streichbar erachtet¹⁴.

Dementsprechend unterscheiden sich diese Verbote trotz nicht zu verkennender Gemeinsamkeiten in Prominenz und praktischer Bedeutung erheblich.

Zwischen dem Tabu der Bibel und den genannten Bestimmungen des Grundgesetzes besteht auch weitere inhaltliche Kongruenz. In der Schöpfungsgeschichte gibt Gott den Menschen die Freiheit, von allen Früchten zu essen, beschränkt durch ein Tabu: Nur vom Baum der Erkenntnis von Gut und Böse darf nicht gegessen werden. Der parlamentarische Rat als „Schöpfer des Grundgesetzes“ gab dem (verfassungsändernden) Gesetzgeber ebenso die grundsätzlich umfassende Möglichkeit, durch (qualifizierte) Mehrheitsvoten die Grundrechte zu beschränken¹⁵, ausgehend von den Gesetzesvorbehalten über die Entwicklung der verfassungsimmanenten Schranken für Eingriffe auch in vorbehaltlose Grundrechte, stellte ihm hierbei aber die genannten materiellen, geschriebenen Grenzen auf: Die Würde des Menschen muss unangetastet bleiben, der Wesensgehalt eines Grundrechts darf in keinem Falle angetastet werden und auf der Ebene der Verfassungsänderung sind Änderungen, die den Kern des Grundgesetzes berühren, unzulässig. Von allen Früchten darf der (einfache bzw. verfassungsändernde) Gesetzgeber nehmen, von diesen aber nicht. Für beide Vergleichsobjekte ist nach der Formulierung keine Ausnahme aus bestimmten, überwiegenden Gründen vorgesehen, es handelt sich um apodiktische Verbote. Die Verlockung, gerade das Verbotene zu tun, besteht deshalb in besonderer Weise. In der Schöpfungsgeschichte wird die Versuchung durch eine Schlange symbolisiert hervorgerufen, die den Menschen zum Essen reizt, damit ihnen die Augen aufgehen und sie Gut und Böse erkennen (Gen. 3,1-6).

¹³ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 235.

¹⁴ v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 63.

¹⁵ Die Möglichkeit der Grundrechtsbeschränkung durch den einfachen Gesetzgeber folgt denklösig bereits aus den Gesetzesvorbehalten und ist auch aus den Erwägungen des Parlamentarischen Rates ersichtlich, vgl. hierzu JöR NF 1 (1951), 43 ff., 177.

Die Anziehung wird zu groß, und sie essen, und es gehen ihnen tatsächlich die Augen auf.¹⁶

Lässt sich dies auch auf das Grundgesetz übertragen? Auch hier besteht die Gefahr, der Verlockung zu unterliegen. An der Unantastbarkeit der Menschenwürde wurde jahrzehntelang nicht gerüttelt, als „tragendes Konstitutionsprinzip“¹⁷ der Verfassung war sie eine kategorische Grenze, in keinem Falle anzutasten und deshalb von besonderer Sensibilität. In jüngerer Zeit bestehen dagegen Tendenzen, dieses klare Tabu aufzuweichen, es zu zersetzen: Während das Verkommen zur „kleinen Münze“¹⁸ durch Berufung auf die Menschenwürde bei trivialen Eingriffen¹⁹ durch entschiedenes Entgegenreten auch bei fernliegenden Verletzungsbehauptungen sicher abgewendet wurde,²⁰ steht die Garantie nun wieder an einem Scheidepunkt. Angesichts neuer Herausforderungen und Entwicklungen in Bioethik²¹ und in Sicherheitsfragen,²² z.B. im Rahmen der Terrorbekämpfung, ist eine offene Debatte um die Abwägbarkeit der Menschenwürde mit anderen Verfassungsgütern

¹⁶ Allerdings um den Preis der Scham aufgrund ihrer Nacktheit, die sie nun erkennen und der anschließenden Verbannung aus dem Garten Eden (Gen 3,7-24).

¹⁷ BVerfGE 6, 32, 36; E 45, 187, 227; E 72, 105, 115; E 109, 279, 311; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 9, betont die Unbestrittenheit als „Grund- und Leitnorm für das Gesamtverständnis der Grundrechte“.

¹⁸ *Dürig*, *ÄöR* 81 (1956), 117, 124, 131.

¹⁹ Beispielsweise das Vorlegen von Spesenbelegen zur steuerlichen Absetzung, BVerfGE 2, 292, 295; Robenzwang für Rechtsanwälte, BVerfGE 26, 14, 15 f.; Veränderung der Haar- und Bartracht zur Identifizierung bei Beschuldigten, BVerfGE 47, 239, 247; Zwang, ein Fahrtenbuch zu führen, BVerfGE 18, 107, 109; Verwendung von Umlauten im Namen bei der Datenverarbeitung, BVerfGE 31, 236, 237.

²⁰ Maunz/*Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 83.

²¹ Insbesondere zur Embryonenforschung, vgl. hierzu statt vieler *Böckenförde*, *JZ* 2003, S. 809 ff.; *Ladeur/Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, S. 41 ff.; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 1 I Rn. 98 ff.; *Starck*, *JZ* 2002, 1065 ff.; *Herdegen*, *JZ* 2001, 773, 775 f.; *Kreß*, *ZRP* 2011, 68 ff. In Großbritannien wurden jüngst erstmals Genversuche an Embryonen vom *Francis Crick Institute* durch die britische Kontrollbehörde *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) zugelassen, vgl. <https://www.crick.ac.uk/news/science-news/2016/02/01/hfea-decision/> (zuletzt abgerufen am 10.12.2017).

²² Etwa zur Folterdebatte, vgl. hierzu *Poscher*, Menschenwürde als Tabu, in: *Beestermöller/Brunckhorst* [Hrsg.], Rückkehr der Folter, S. 75 ff.; *Jäger*, *JA* 2008, 678 ff.; *Götz*, *NJW* 2005, 953 ff.; *Hofmann*, *NVwZ* 2010, 217 ff.; *Glaeser*, Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht, in: *Deppenheuer u.a.* [Hrsg.], Staat im Wort, S. 507 ff.; *Wittreck*, *DÖV* 2003, 873 ff.; *Merten*, *JR* 2003, 404 ff.; *Enders*, *DÖV* 2007, 1039 ff.; *Plicht*, *NVwZ* 2017, 862 ff. Zum Luftsicherheitsgesetz etwa *Höfling/Augsberg*, *JZ* 2005, 1080 ff.; *Merkel*, *JZ* 2007, 373 ff.

entfacht.²³ Der Versuchung muss widerstanden werden, das Unantastbarkeitsdogma durch (vermeintlich) höhere Rechtsgüter zu relativieren und damit gegebenenfalls anzutasten.

Die Frage, ob es sich bei der Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) um eine absolute, jeglicher Relativierung entzogene Grenze handelt, lässt sich auch noch anders stellen. Stellt die Würde des Menschen, an vorderster Stelle des Grundgesetzes aufgeführt als besonders klare Reaktion auf die Verletzungen in der Zeit des Nationalsozialismus,²⁴ noch den „Höchstwert der Verfassung“²⁵ dar, oder ist dies nicht längst ein anderer Grundsatz: Das Gebot der Verhältnismäßigkeit als nun alles beherrschendes Prinzip der Rechtmäßigkeit?²⁶

In Bezug auf die Wesensgehaltsgarantie ist diese Tendenz bereits einen Schritt weiter:²⁷ Aufgrund der Schwierigkeit der Bestimmung des Inhalts von Art. 19 Abs. 2 GG wurde schon in den 50er Jahren teilweise die Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung einer kategorialen Grenze angenommen und hieraus die „bloße“ Relativität des Schutzes

²³ *Nettesheim*, AöR 130 (2005), 71, 85, spricht offen vom Bedeutungsverlust der Norm. Für Abwägbarkeit entgegen der h.M. *Baldus*, AöR 136 (2011), 529, 545 ff.; *ders.*, JZ 2008, 218 ff.; *Hain*, Der Staat 45 (2006), 189, 206 ff.; *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46 ff.; *ders.*, JZ 2001, 773, 774 f.

²⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, GG I, Art. 1 Rn. 10.

²⁵ *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 4.

²⁶ Kritisch gegenüber einem Überhandnehmen des Übermaßverbots bereits zu Beginn der 60er Jahre *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 7: „Zu Beginn dieser Arbeit glaubte sich der Verfasser über eins im klaren: daß die Bindung des Gesetzgebers an eine spezifische Erforderlichkeit und eine spezifische Angemessenheit bei den wenigen damals vorhandenen Stimmen aus Lehre und Praxis zu gering eingeschätzt werde. Im Fortschritt der Arbeit wandelte sich das Bild. Heute neigt eine Überfülle wenn auch nur verstreuter und flüchtiger Äußerungen leichter Hand zur Überdehnung des gesetzesbindenden Übermaßverbots. Dadurch droht dessen Wert zu entschwinden, noch bevor er recht begriffen wird.“ Vgl. auch v. *Bernstoff*, JZ 2013, 905, 911 f.: „[D]as nun scheinbar selbst mit absoluter Geltung ausgestattete ‚Abwägungsprinzip‘ [...]“.

²⁷ Ähnlich *Schmidt-Jortzig*, Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: *Depenheuer* u.a. [Hrsg.], Staat im Wort, S. 491, 494: „Das, was heute allenthalben als ‚Werte‘ bezeichnet wird, die gemeinsamen Überzeugungen, die festen Regeln des moralisch Verbotenen, sie haben sich in vielem aufgelöst, mindestens sind sie unklarer und weniger bestimmend geworden. Einzig die Menschenwürdegarantie scheint noch [...] als allgemeines ethisches Fundament übriggeblieben zu sein, alle anderen Tabus sind weitgehend gefallen.“

hergeleitet.²⁸ Auch die Verletzung des Wesensgehaltes ist in der Anfangsphase der Bundesrepublik willkürlich bei Grundrechtsbeschränkungen angeführt worden.²⁹ Infolgedessen ist die Wesensgehaltsgarantie neben dem Verhältnismäßigkeitsgebot und der Berufung auf die Menschenwürde bzw. den Menschenwürdegehalt der Grundrechte in der Rechtfertigungssystematik mehr und mehr in die Bedeutungslosigkeit versunken³⁰ und zur „kleinen Münze“ geworden; nur noch fünftes Rad am Wagen. Ohne Beachtung des Tabus kann die Art. 19 Abs. 2 GG zgedachte Aufgabe nicht erfüllt werden. Aufgabe dieser Dissertation ist es zu überprüfen, ob die Wesensgehaltsgarantie zu Recht vergessen wurde oder ob ihr nicht mehr Aufmerksamkeit in der weiteren Rechtsentwicklung und der Schrankensystematik zukommen sollte.

Im Vergleich zum biblischen Tabu ist auch zu fragen, welche Folgen die beschriebenen Tendenzen haben: Werden uns auch die Augen aufgehen, gibt es einen „Preis“ im Falle der Aufgabe der drei Verbote? Albert Einstein hat durch seine Relativitätstheorie gezeigt, dass sogar ursprünglich naturwissenschaftlich feststehende Größen wie Raum und Zeit ihre Absolutheit verlieren können.³¹ Im Bereich der Biomedizin sind jedenfalls erhebliche Fortschritte an Heilungsmöglichkeiten zu erwarten, und das Beiseiteschieben der Wesensgehaltsgarantie hat bislang wohl nicht zum weitgehenden Leerlaufen der Grundrechte geführt. Andererseits könnten gerade kategoriale Verbote einen erheblichen Beitrag zur Sicherung der Grundrechte leisten.³²

²⁸ v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 47 f., 57; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 58 f., 218 f. In Grundzügen auch bereits Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 42 ff.

²⁹ Dürig, AöR 81 (1956), 117, 133.

³⁰ v. Bernstorff, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 49; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 109; Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 32; a.A. in Bezug auf die Rechtsprechung wohl Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 34. Genauer zur gegenwärtigen Bedeutung S. 34 ff.

³¹ Vergleich nach Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 183.

³² Siehe hierzu S. 44 ff.

B. Grundintention und Aufgabenstellung

„Es ist schon alles gesagt, nur noch nicht von allen.“ – Karl Valentin.

Von diesem Standpunkt aus könnte man diesem Werk kritisch gegenüberstehen. Eine Vielzahl von bedeutend(er)en Juristen hat sich über Jahrzehnte zur Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG geäußert, und doch ist keine allgemein anerkannte Auslegung³³ gefunden worden, die der Garantie eigene Bedeutung zuweist und dabei nicht mit überwiegend als rechtmäßig (weil verhältnismäßig) angesehenen Maßnahmen z.B. aus der Gefahrenabwehr kollidiert. Schon von Beginn an dreht sich die Kontroverse um den absoluten oder relativen Schutzgehalt der Wesensgehaltsgarantie.³⁴ Damit ist zu fragen, inwiefern ein erneutes Aufrollen der Thematik einen Mehrwert verspricht oder auch nur andeuten kann. Eine jüngere Monographie geht hiervon nicht aus und beschäftigt sich deshalb rein mit der Aufarbeitung und Analyse der bisher vertretenen Ansichten.³⁵ Doch gerade angesichts des Fortschreitens der Rechtswissenschaft und der weitgehenden Nichtberücksichtigung von Art. 19 Abs. 2 GG in Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten könnte ein erneuter Versuch die festgefahrene Diskussion um die Auslegung erneut beleben und so der Wesensgehaltsgarantie einen kleinen Stoß aus dem Schattendasein in Richtung eines eigenen Bedeutungsgehaltes geben.

³³ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 146; Stein/Frank, Staatsrecht, S. 247; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 15.

³⁴ Siehe hierzu S. 104 ff.

³⁵ Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 20: „In Anbetracht der Tatsache, dass gerade in diesem Bereich ein überaus reichhaltiger Fundus unterschiedlichster ‚Wesensgehaltstheorien‘ – insbesondere aus dem Feld der Literatur kommend – existiert, geht es dieser Arbeit nicht darum, eine ‚neue‘, vielleicht noch weiter ausdifferenzierte Theorie zum Inhalt des Art. 19 II GG zu entwickeln. Das hier verfolgte Ziel besteht vielmehr darin, die bisher vertretenen bzw. aufgrund der bisherigen Aussagen denkbaren Ansichten möglichst umfassend dazulegen und zu analysieren, denn eine solche ausführliche, auch die neueren Ansätze einbeziehende Behandlung dieser Thematik fehlt bisher. Daneben soll aber auch auf die übrigen in Bezug auf Art. 19 II GG diskutierten Problemfelder eingegangen werden – insofern sieht sich diese Arbeit auch als eine Zusammenfassung der mittlerweile über 50 Jahre währenden Diskussions- und Interpretationsbemühungen.“ Ähnlich bereits Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 341: „Soweit dieser [Der Theorienstreit zu Art. 19 Abs. 2 GG, Anm. A.S.] überhaupt behandelt wird, werden meist alte Positionen lediglich wiederholt, findet sich Skepsis oder gar Resignation, ja Agnostizismus [...]“

Weiterhin ist insofern bereits einer Feststellung aus dem Jahre 1963 zuzustimmen, der über 50 Jahre später umso mehr an Wahrheitsgehalt zukommt: „Die einzig sichere Lehre, die aus dieser Diskussion gezogen werden kann, scheint die Erkenntnis, daß der siebzehn Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes noch immer nicht entschiedene Streit über den Sinn einer zentralen Verfassungsnorm seit geraumer Zeit unergiebig und letzten Endes schädlich ist. [...] Denn das System der Grundrechte und ihrer Sicherungen droht insgesamt Schaden zu nehmen, wenn es nicht gelingt, das vielfältig gebrochene Bild des Art. 19 Abs. 2 GG wieder zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen.“³⁶ Die Schädlichkeit des Streites zeigt sich deutlich an der marginalen Verwendung in der heutigen Zeit und der alleinigen Argumentation mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Art. 1 Abs. 1 GG. Nur vereinzelt wird gegenwärtig noch für eine verstärkte Anwendung der Wesensgehaltsgarantie plädiert und mögliche Anwendungsbereiche aufgezeigt.³⁷

Hiermit ist auch die Grundintention der vorliegenden Arbeit angesprochen: Die Frage nach einem eigenständigen, relevanten Bedeutungsgehalt durch systematische Vorgehensweise und stärkere Beachtung in der Praxis und Auflösung des Konflikts um die Auslegung der Wesensgehaltsgarantie. Obwohl hierzu schon verschiedene, letztlich nicht „erfolgreiche“ Ansätze entwickelt sind, soll ein weiterer Versuch gestartet werden, durch verfassungssystematische Auslegung zu einer konsistenten Wesensgehaltstheorie zu gelangen, bei der dieser ein eigener Bedeutungsgehalt zukommt und die Garantie nicht „rein deklaratorisch“³⁸ ist.

³⁶ Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 12; aus späterer Zeit für eine Fortführung der Auslegung Stern, Staatsrecht III/2, S. 863, 865.

³⁷ U.a. durch v. Bernstorff, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40 ff.; ders., JZ 2013, 905 ff.; u.a. auch auf internationaler Ebene ders., Der Staat 50 (2011), 165 ff.; in Bezug auf Pflichtenkollisionen ders., Der Staat 47 (2008), 21 ff.; ders., Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 106 ff.; für die Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie in Bezug auf das Verbot der Belastungskumulation Schaks, DÖV 2015, 817 ff.; allgemein zur Wesensgehaltsgarantie ders., Jus 2015, 407 ff.

³⁸ So aber Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 f.

Angangspunkt der Untersuchung ist die Auffassung, dass eine Fortentwicklung und Handhabarmachung von Art. 19 Abs. 2 GG eine wertvolle Entwicklung des Verfassungsrechts wäre. Die Wesensgehaltgarantie zählt zu den „unverzichtbaren Elementen einer modernen Verfassung“³⁹ und kann ihre Zielrichtung als Norm des Grundrechtsschutzes⁴⁰ nur im Falle eines eigenständigen Anwendungsbereichs und Verwendung verwirklichen.

Dieser Grundintention stehen einige, auszuräumende Bedenken entgegen: Worin kann ein eigener Bedeutungsgehalt liegen, wenn es mit dem Prinzip der Abwägung und dem Schutz der Menschenwürde bzw. dem Menschenwürdegehalt einzelner Grundrechte einfach(er) scheint, effektive Schranken vor dem Zugriff des Gesetzgebers aufzustellen und es bei diesen Grenzen überflüssig wäre, noch ergänzend den Wesensgehalt zu beachten? Wäre nicht vielmehr jede Antastung des Grundrechtskerns ohnehin unverhältnismäßig und Art. 19 Abs. 2 GG ohne Bedeutung? Wenn es bereits einen absolut unantastbaren Bereich gibt, der durch die Menschenwürde bzw. den einzelnen Grundrechten innewohnenden „Menschenwürdegehalt“ garantiert ist, welcher sogar dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen ist (Art. 79 Abs. 3 GG), worin kann dann eine eigene Funktion und ein Anwendungsbereich des Wesensschutzes liegen?

Möglichkeiten, die Widersprüche einer absoluten Wesensgehaltskonzeption in Fällen zu lösen, in denen selbst der gesamte Entzug des individuellen Grundrechts für verfassungsrechtlich zulässig erachtet wird, wie z.B. der finale Rettungsschuss bei einer Geiselnahme, könnten sich aus dem Adressatenkreis von Art. 19 Abs. 2 GG ergeben.⁴¹

³⁹ Müller, *Recht* 11 (1993), 33, 37; ähnlich auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 70: „zentrales Strukturelement der Grundrechtsdogmatik“.

⁴⁰ Statt vieler Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 1, 26; v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, S. 40, 49; Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 7: „Doch ist die Schutzintention dieser ‚Garantienorm‘ von hinlänglicher Deutlichkeit und Klarheit: Sicherung der Grundrechtssubstanz vor einem unbeschränkten, ohne eine derartige Sicherungszone zur vollständigen Entleerung und praktischen Auslöschung des Grundrechts führenden Zugriff des einfachen (nicht: des verfassungsändernden) Gesetzgebers.“

⁴¹ Siehe hierzu S. 58 ff.

Konkret wäre dies zu erwägen durch die Ent- bzw. Fortentwicklung einer mehr oder minder neuen bzw. wenigstens fast unbeachteten Option aus dem Adressatenkreis der Wesensgehaltsgarantie, durch die die verfassungsgebende bzw. -ändernde Gewalt eine Auflösung des noch näher zu bezeichnenden Konflikts erreichen bzw. auch schon geschaffen haben könnte.⁴² Den bislang entwickelten absolut-subjektiven Theorien – so wird noch zu zeigen sein – fehlt es an einer durchdringenden und konsistenten Lösung für (alle) diese Fälle, weshalb ihnen teilweise zu Recht der Vorwurf der Aufgabe ihrer kategorischen Gewährleistung gemacht wird. Im Gegensatz dazu soll hier eine möglichst konsistente Lösung entwickelt werden, aus der sich ein Nutzen für die Sicherung und den Schutz der Grundrechte ergibt.

Dazu ist es erforderlich, neben allgemeinen Regeln der Auslegung auch die konkrete Anwendung und insbesondere Anwendungsfälle mehrerer Grundrechte darzustellen und so einen „Grundfundus“ an wesensgehaltsrelevanten Maßnahmen zu etablieren, anhand derer sich alsdann in Zukunft orientiert werden kann. Denn bislang erfolgte zumeist eine zu abstrakte Diskussion um die Wesensgehaltsgarantie losgelöst von greifbaren Beispielen oder oft nur zu denselben Problemen, was somit nicht zu Typisierung und Fallgruppenbildung führt(e)⁴³ und deshalb mangels Basis, auf der Weiteres aufgebaut werden konnte, das Wesen als möglicherweise „unerkennbare Größe“⁴⁴ deklariert wurde.

Die Herkulesaufgabe einer umfassenden Fallgruppenbildung und vor allem Wesensbestimmung für jedes einzelne Grundrecht kann diese Arbeit natürlich nicht alleine leisten. Vielmehr bedarf es hierzu eines längeren Prozesses, zu dem diese Arbeit ein Stein des Anstoßes zu sein erhofft.

⁴² Siehe hierzu S. 128 ff.

⁴³ Befund auch bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 31, 71; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324, der selbst allerdings auch nur „Grundlinien“ entwickelt. Vgl. auch v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114, der ebenso auch keine tiefgehende Systematik und Fallgruppenbildung erarbeitet. *Stern*, Staatrecht III/2, S. 863, fordert ein „schärferes Profil“ für Art. 19 Abs. 2 GG.

⁴⁴ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598.

C. Problemdarstellung: Auslegungsmöglichkeiten und -komplifikationen der Wesensgehaltsgarantie

I. Die Wesensgehaltsgarantie in der bestehenden verfassungsrechtlichen Diskussion – Auslegung und Folgeprobleme im Überblick

„In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“ Noch einmal der Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG als Ursprung der Thematik zur Verdeutlichung: So eindeutig wie diese apodiktische Formel scheint,⁴⁵ so schwierig und umstritten ist doch die Bedeutung und Auslegung dieser Norm sowohl generell als auch im konkreten Fall.

Dabei ist die Formulierung doch scheinbar zweifelsfrei:⁴⁶ „In keinem Falle“ bedeutet „nie“, das Antastverbot findet sich ähnlich in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, „ein Grundrecht“ ist (auf den ersten Blick) auch nicht missverständlich. Diffizil erscheint allenfalls, was denn der „Wesensgehalt“ im Detail sein soll.⁴⁷

Die Problematik der Auslegung beginnt jedoch bereits bei den vermeintlichen Offensichtlichkeiten: Umstritten ist schon die Frage, welche Grundrechte in den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 2 GG einbezogen sind, also welche Rechte unter den Begriff des „Grundrechts“ tatsächlich fallen. Gemeint könnten tatsächlich alle Grundrechte sein, andererseits könnte man systematisch aus dem Zusammenhang zu Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG davon ausgehen, es seien nur Grundrechte umfasst, die „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ eingeschränkt werden können,⁴⁸ oder dass die Gleichheitsrechte aufgrund ihrer

⁴⁵ v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 49, sieht in Art. 19 Abs. 2 GG „eine besonders klar formulierte Verfassungsnorm“.

⁴⁶ Vgl. ähnlich *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 15.

⁴⁷ Kritisch hierzu *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 59 f.: „Das Wesen des Wesens ist unbekannt“.

⁴⁸ So BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 21; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 329; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 39, allerdings mit analoger Anwendung auf die betroffenen Grundrechte; ebenso *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, Art. 19 Rn. 8; gewisse Gleichsetzung auch bei BVerfGE 13, 97, 122: Keine Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG auf den Regelungsvorbehalt bei Art. 12 Abs. 1 GG.

„Andersartigkeit“ nicht zur Wesensgehaltsgarantie passen.⁴⁹ Es könnten aber auch noch die grundrechtsgleichen Rechte umfasst sein.⁵⁰ Weiterhin umstritten sind mangels expliziter Nennung in Art. 19 Abs. 2 GG die Normadressaten der Wesensgehaltsgarantie: Neben dem unstreitig verpflichteten Gesetzgeber⁵¹ werden auch die Exekutive und Judikative,⁵² teilweise aber auch der verfassungsändernde Gesetzgeber als (jedenfalls teilweise oder mittelbar) gebunden erachtet.⁵³

Hauptstreitpunkt ist aber die Frage nach dem Inhalt und dem Schutzgehalt, dem „Wesen“ des Grundrechts, welches nicht angetastet werden darf. Zum einen wird kontrovers diskutiert, ob Schutzgegenstand des Art. 19 Abs. 2 GG nur das Grundrecht in objektiv-rechtlicher⁵⁴ (also der Schutz der Grundrechtsnorm „als solche“) oder auch in subjektiv-rechtlicher

⁴⁹ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 241 f., 247; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 236 m. Fn. 314.

⁵⁰ Dagegen *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 241 f., 247; hinsichtlich Art. 101 und 103 GG auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 4; dafür *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 408 f.; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 102; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 53.

⁵¹ Gesetzgeber als „der eigentliche und primäre Adressat“, vgl. nur v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 116; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 34; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 21; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 b; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschränken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 75; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 877; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 26.

⁵² U.a. v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 22; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 19 Rn. 5; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 34; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 44; wohl auch BVerfGE 6, 32, 41; E 16, 194, 201; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 36 f.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 877, 881 m. w. Nw.; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 24, 29 m. w. Nw.

⁵³ Direkte Bindung bei *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 105; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 120; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 597; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 86 ff., 90, der die Änderungsresistenz aber auch mit Art. 1 GG begründet; ohne Begründung *Schelter*, ZRP 1994, 52, 55; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 1998, 87, 88; mittelbare Bindung bei AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33; uneindeutig Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 30 f.; *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), 326, 330; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 20.

⁵⁴ *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27 ff.; *ders.*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239 zu absoluten Gehalten; *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 205; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 ff.; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c, V 6; *Huber*, DÖV 1956, 135, 142 f.; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 111, 113; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.

Sicht⁵⁵ (Schutz des Grundrechtskerns jedes einzelnen Grundrechtsträgers) ist. Zum anderen ist fraglich, wie der Schutz der Wesensgehaltsgarantie wirkt: Muss ein gewisser Grundrechts-„Rest“ generell, also absolut und ohne jede Rechtfertigungsmöglichkeit durch (überwiegende) Rechts- bzw. Verfassungsgüter bestehen⁵⁶ oder ist der Schutz „nur“ relativ im Sinne einer Abwägung zu verstehen, wodurch die Wesensgehaltsgarantie es verbietet, dass ein Grundrecht mehr als nötig eingeschränkt wird?⁵⁷

Unabhängig von möglichen Argumenten für und gegen die jeweiligen Ansichten ergeben sich aus der jeweiligen Auslegung nicht zu vernachlässigende, behauptete und noch zu überprüfende Folgen:

- Bei einem relativen Verständnis der Wesensgehaltsgarantie wäre diese identisch mit dem Übermaßverbot und dementsprechend weitgehend ohne eigene Bedeutung.⁵⁸

⁵⁵ *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 224; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 412 f.; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; *Höfling*, Jura 1994, 169, 172; *Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 327 f.; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 211; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 138; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 870; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 168 f.; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 111 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 52.

⁵⁶ *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 101; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 31; BVerfGE 34, 238, 245; E 80, 367, 273 f.; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 139; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 867; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598, 600 f.; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 26; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 335; *Schaks*, DÖV 2015, 817, 823 f.; *ders.*, JuS 2015, 407, 408 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410 f.; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 39 ff.; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 46 f.; *Henssler*, ZfA 1998, 1, 9 ff.; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 24; im Ausgangspunkt auch *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234 f. und *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324 f.; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 210; *Hömig/Wolff/Antoni*, GG, Art. 19 Rn. 5; sowie *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 182, der für reine Abwehr- bzw. Zustandsrechte allerdings die relative Theorie vertritt, S. 261 ff.

⁵⁷ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 272; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 17; BVerfGE 109, 133, 156 f.; E 115, 118, 165; E 117, 71, 95; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 58 f.; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 293; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 176 f.

⁵⁸ v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 63 m. Fn. 61; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599; *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 100 f.; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 104 f.; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 31; *Häberle*, Die

- Bei absolut-objektiver Auslegung fehlt es an einer wesentlichen Komponente der Funktion des Grundrechtsschutzes, Grundrechte sollen gerade auch die Minderheiten und jedes Individuum schützen.⁵⁹ Eine Auslegung, die mehr oder weniger nur das Abschaffen des Grundrechtes für die Allgemeinheit verbietet, ignoriert diese grundlegende Funktion der Grundrechte und verspricht wenig Mehrwert, Art. 19 Abs. 2 GG wäre auch hiernach weitgehend überflüssig⁶⁰.
- Die absolut-subjektive Auslegung hingegen sieht sich Vorwürfen in Bezug auf das sogenannte Problem oder Argument der Verfassungswirklichkeit⁶¹ ausgesetzt. In einer Vielzahl von überwiegend für verfassungsrechtlich zulässig erachteten Maßnahmen⁶² wird dem Grundrechtsträger ein erheblicher Teil der Freiheit oder gar das gesamte Grundrecht genommen. Als typische Beispiele werden u.a. der finale Rettungsschuss, die lebenslange Freiheitsstrafe und Enteignungen diskutiert. Dies ist jedenfalls auf den ersten Blick mit einer absolut-subjektiven Sichtweise der Wesensgehaltsgarantie nur schwer in Einklang zu bringen,⁶³ will man die jahrelange Praxis nicht als rechtswidrig einstufen. Die bisher hierzu

Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 f., 341; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 66 f. Teilweise wird eine verbleibende Funktion durch die „Signalbedeutung“ angenommen, *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 32.

⁵⁹ Vgl. *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 210; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248.

⁶⁰ Dies eingestehend als Vertreter der objektiven Ansicht *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239; als Argument für die subjektive Ansicht *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 104; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; v. *Bernstorff*, Kerngehalte in Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 111; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 867; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 176.

⁶¹ Begriff von *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 185 ff.

⁶² *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 17, 29, spricht von „unbestreitbar rechtmäßige[n] Eingriffen“, weswegen dies „schlechterdings unerfüllbar“ erscheine, und stellt die Frage, ob das Grundgesetz und die Verfassungswirklichkeit in Widerspruch stünden. Ob die Eingriffe so unbestreitbar rechtmäßig sind und der mögliche Widerspruch nicht aufzulösen ist, wird noch zu überprüfen sein.

⁶³ Häufig wird deshalb ein absolut-subjektives Verständnis als praktisch nicht durchhaltbar angesehen, vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 237; *ders.*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 29; vergleichbar für absolute Sichtweisen von Art. 1 Abs. 1 GG Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 47.

angebotenen Lösungen sehen entweder eine massive Zurücknahme des unantastbaren Grundrechtskerns vor, sodass Art. 19 Abs. 2 GG (fast) nie greift, oder sie münden in die Aufgabe des absoluten Kerns durch verdeckte Rechtfertigungen oder den Ausschluss der Geltung der Wesensgarantie durch mehr oder minder fundiert begründete Ausnahmen.

Jede der Auslegungsvarianten weist demzufolge Unzulänglichkeiten auf, die der tatsächlichen Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG entgegenstehen. Zutreffend ist insofern bereits geäußert worden: „Art. 19 Abs. 2 GG wurde geschaffen, um ein Leerlaufen der Grundrechte zu verhindern; er darf nicht selbst leerlaufen.“⁶⁴

II. Rechtsdogmatische Zielsetzung und methodische Vorbemerkungen

1. Zielsetzung

Aus dem dargestellten Befund ergibt sich der Auftrag an diese Untersuchung. Es ist der Versuch, Inhalt und Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie für die Schrankensystematik des Grundgesetzes zu bestimmen und mit den beklagten Insuffizienzen in Einklang zu bringen. Die Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, ein Verständnis der Garantie aufzuzeigen, das der angedachten Bedeutung der Norm Rechnung trägt, einen eigenständigen Anwendungsbereich aufzeigt und Widersprüche auflöst. Hierfür sind eine konsistente Auslegung und eine überzeugende dogmatische Fundierung (fort-) zu entwickeln, die dem Zweck und der Funktion⁶⁵ der Wesensgehaltsgarantie gerecht wird und auch zu einer verstärkten Berücksichtigung der Wesensgehaltsgarantie in Rechtsprechung und Literatur führt.

2. Vorgehensweise

Die Vorgehensweise folgt aus der gegebenen Zielsetzung. Zu Beginn gilt es im ersten Teil,⁶⁶ die Grundlagen für die weitere Arbeit, namentlich die Funktion, den Geltungsbereich und Inhalt der Wesensgehaltsgarantie zu

⁶⁴ Stern, Staatsrecht III/2, S. 851.

⁶⁵ Siehe hierzu S. 30 ff.

⁶⁶ S. 23 ff.

ermitteln. Innerhalb dieses Abschnittes sind mehrere Zwischenschritte zu be- bzw. erarbeiten: Zum einen ist die bisherige Wesensgehaltforschung aufzuarbeiten, diese zu überprüfen, ob und inwieweit deren Unzulänglichkeiten zutreffen und was aus den bereits geäußerten Ansichten und Theorien an verwertbaren Material zu entnehmen ist. Zum anderen kann eine eigenständige Bedeutung – das ist vorab schon ersichtlich – nur unter der Prämisse bestehen, dass der Inhalt des Art. 19 Abs. 2 GG nicht gleichlaufend mit anderen verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen ist. Diese Kontroverse stellt sich insbesondere im Rahmen der relativen Auslegung, die jedenfalls erhebliche Übereinstimmungen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aufweist und infolgedessen die Wesensgehaltsgarantie auch als überflüssig angesehen wird. Darüber hinaus würde dem Wesensschutz bei Identität mit dem nach Art. 1 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG unantastbaren Menschenwürdegehalt eines Grundrechtes keine autonome Geltung zuteil. Grundbedingung der weiteren Arbeit ist deshalb auch die Aufklärung, ob teilweise behauptete Übereinstimmungen tatsächlich vorliegen.

Aus den hieraus gezogenen Schlüssen wird anschließend im zweiten Teil⁶⁷ eine konsistente Auslegung entwickelt und diese dogmatisch verortet. Die Überzeugungskraft und dementsprechend auch das stärkere berücksichtigen von Art. 19 Abs. 2 GG in der Rechtspraxis ist dabei nicht nur abhängig von der notwendigen Systematisierung, Fallgruppenbildung und theoretischen Basis, sondern maßgeblich auch von der im dritten Teil⁶⁸ vorzunehmenden, exemplarischen Bearbeitung verschiedener Grundrechte. In diesem Abschnitt ist deshalb nicht nur das unantastbare Wesen einzelner Grundrechte in Umsetzung der zuvor gewonnenen Erkenntnisse zu ermitteln, sondern auch insbesondere die praktische Verwertbarkeit und Konsistenz nachzuweisen.

Diese Arbeit versteht sich entsprechend der Zwecksetzung nicht als umfassendes, überwiegend deskriptiv arbeitendes Werk. Eine erschöpfende Darstellung aller Problemfelder und bereits existierender Wesensgehaltstheorien wird man deshalb hier vergeblich suchen, hierfür

⁶⁷ S. 128 ff.

⁶⁸ S. 219 ff.

sei auf die in den Fußnoten angegebene Literatur verwiesen. Dem entspricht auch die (soweit möglich) gewählte Kürze der Grundlagenforschung und Aufarbeitung des wissenschaftlichen Streitstandes, die nur soweit für die weitere Ausarbeitung und zum Verständnis der eigenen Konzeption erforderlich erfolgen.

III. Begriffsklärung und thematische Abgrenzungen

Vor der vertiefenden Analyse ist die verwendete Terminologie als Ausgangsbasis vorzustellen sowie eine thematische Ein- und Abgrenzung von anderen kern- oder wesensgehaltsschützenden Figuren vorzunehmen.

1. Umschreibungen des Wesensgehaltes

Art. 19 Abs. 2 GG spricht wortwörtlich vom „Wesensgehalt“. Was genau der Gehalt ist, der das „Wesen“ eines Grundrechtes ausmacht, ist Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion und Teil der hier gestellten Aufgabe. Ohne bereits die spätere Begriffs- und Funktionsuntersuchung vorwegzunehmen, ergibt sich aus dem Wortlaut sowie der Entstehungsgeschichte, dass der Teil eines Grundrechtes, der essentiell für dieses ist, nicht angetastet werden darf. Es geht um die identitätsbildenden Charakteristika eines Grundrechtes.⁶⁹ „Wesensgehalt“ bedeutet den Gehalt, also den „Inhalt“ des Wesens. Dieser Inhalt ist nichts anderes als das „Wesen“ selbst, weshalb die Begriffe „Wesensgehalt“ und „Wesen“ synonym zu verwenden sind.⁷⁰ Die hierfür denkbaren, übrigen Umschreibungsmöglichkeiten und Synonyme dessen, welche das Wesen eines Grundrechtes beschreiben, sind vielfältig: Kern des Grundrechtes, Kerngehalt, Wesenskern, Substanz, Kernbereich, Kernsubstanz, das, was den Charakter des Grundrechtes ausmacht, das, ohne welches das Grundrecht nicht mehr dasselbe wäre, der Stoff des Grundrechtes und weitere. All diese Paraphrasen beschreiben zuletzt in ähnlicher Weise den Schutz der Wesensgehaltsgarantie, weshalb sie ohne Unterscheidung verwendet werden.

⁶⁹ Stern, Staatsrecht III/2, S. 875 f.; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 153.

⁷⁰ Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 50; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 153.

2. Thematische Abgrenzungen

Die Fokussierung der Analyse auf den Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten führt zu einer thematischen Begrenzung. Bestandteil der Thematik ist allein Art. 19 Abs. 2 GG, andere kern- oder wesensgehaltsschützende Figuren sind davon abzugrenzen.

a) Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG ist nicht zu verwechseln mit dem Kerngehalt, oft aber auch Wesensgehalt genannt,⁷¹ kommunaler Selbstverwaltung.⁷² Gleichwohl bestehen erhebliche Parallelen: Der Gesetzgeber darf „die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung weder faktisch noch rechtlich beseitigen“⁷³, wobei die Determination dieser charakteristischen Merkmale ebenso diffizil ist wie auch als unlösbar angesehen wird.⁷⁴ Anders als bei Art. 19 Abs. 2 GG fehlt aber eine grundgesetzliche Norm, die diesen Kernbestand ausdrücklich garantiert. Um aber durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 GG („im Rahmen der Gesetze“) die Selbstverwaltungsgarantie nicht zur freien Verfügung des Gesetzgebers zu stellen, entwickelte das Bundesverfassungsgericht durch Auslegung und Fortführung der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs zu Art. 127 WRV die Kernbereichslehre.⁷⁵ Der Kerngehalt kommunaler Selbstverwaltung wird auch nur als institutionelle Garantie aller Gemeinden, nicht dagegen für jede einzelne Gemeinde gewährleistet,⁷⁶ während bei Art. 19 Abs. 2 GG nach überwiegender, wenn auch umstrittener Auffassung vom Schutz auch für jeden einzelnen Grundrechtsträger ausgegangen wird.⁷⁷

⁷¹ BVerfGE 76, 107, 113; E 79, 127, 143, 146; E 83, 363, 381.

⁷² BVerfGE 1, 167, 175, 178; E 8, 332, 359; E 17, 172, 182; E 23, 353, 365; E 26, 172, 180; E 59, 216, 226; E 76, 107, 118; E 79, 127, 146; E 107, 1, 12; E 125, 141, 167 f.

⁷³ BVerfGE 107, 1, 12; vgl. auch E 22, 180, 204 f.; E 83, 363, 381.

⁷⁴ Maunz/Dürig/Mehde, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 113; v. Mangoldt/Klein/Starck/Tettinger/Schwarz, GG II, Art. 28 Rn. 191. Das BVerfG sieht keinen bestimmten Aufgabenkatalog als umfasst an, sondern nur die Berechtigung, sich grundsätzlich allen örtlichen Angelegenheiten anzunehmen, BVerfGE 79, 127, 145.

⁷⁵ v. Mangoldt/Klein/Starck/Tettinger/Schwarz, GG II, Art. 28 Rn. 189 ff.; siehe auch BVerfGE 79, 127, 143.

⁷⁶ BVerfGE 103, 332, 366.

⁷⁷ Dazu näher unten S. 95 ff.

b) Kernbereich der drei Staatsgewalten

Ähnliches gilt für die Garantie eines Kernbereiches der verschiedenen Gewalten. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip folgende Gewaltenteilung⁷⁸ ist nicht im Sinne einer vollständigen Trennung zu verstehen, sondern als System von Gewaltenhemmung und Gewaltenverschränkung.⁷⁹ Jedenfalls in einem Kernbereich aber sind jeweils Exekutive, Judikative und Legislative vor jeglicher Verschränkung geschützt,⁸⁰ und damit ist ein Verlust der typischen Aufgaben einer der Gewalten ausgeschlossen.⁸¹

c) Kerngehaltsrechtsprechung zur Koalitionsfreiheit

Im Rahmen der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG hatte das Bundesverfassungsgericht ursprünglich die sogenannte Kernbereichslehre entwickelt,⁸² die allerdings 1995 aufgegeben wurde.⁸³ Nach dieser Lehre sollte das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nur in seinem Kernbereich geschützt sein; dieser Kernbereich sollte nur diejenigen Betätigungen umfassen, die zur Erhaltung der Koalition und zur Erreichung des Koalitionszwecks unerlässlich sind.⁸⁴ Nicht ganz klar war, ob der Bereich außerhalb des Kernbereichs bereits nicht in den Schutzbereich des Grundrechtes fallen⁸⁵ oder ob der Kernbereich einen absolut geschützten Bereich darstellen sollte.⁸⁶ Diese Rechtsprechung lässt sich mit der damals

⁷⁸ Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.] HStR II, § 26 Rn. 47.

⁷⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommernann, GG II, Art. 20 Rn. 210 ff.

⁸⁰ BVerfGE 9, 268, 280; E 30, 1, 27 f.; E 34, 52, 59; E 68, 1, 87.

⁸¹ BVerfGE 95, 1, 15.

⁸² BVerfGE 17, 319, 333 f.; E 19, 303, 321 f.; E 28, 295, 304; E 38, 281, 305; E 38, 386, 393; E 50, 290, 368; E 57, 220, 245 f.; Anschluss durch das BAG, Urt. v. 23.02.1979, 1 AZR 172/7, AP GG Art. 9 Nr. 30; Urt. v. 30.08.1983, 1 AZR 121/81, AP GG Art. 9 Nr. 38; Urt. v. 23.09.1986, 1 AZR 597/85, AP GG Art. 9 Nr. 45; BAGE 68, 200, 215.

⁸³ Bereits 1991 implizit in BVerfGE 84, 212, 224; klarstellend 1995 in BVerfGE 93, 352, 358 f.; ausdrückliche Aufgabe 1996 in BVerfGE 94, 268, 283.

⁸⁴ BVerfGE 17, 319, 333 f.; E 28, 295, 304; E 38, 281, 305.

⁸⁵ In diesem Sinne BVerfGE 19, 303, 321; „Art. 9 Abs. 3 GG schützt auch bei der Personalvertretung nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung [...]“. Zur Rechtsprechung als Schutzbereichsgrenze Zachert, AuR 1979, 358, 361 ff.; Herschel, AuR 1981, 265, 267; vgl. auch Kersten, Neues Arbeitskampfrecht, S. 42; ders., Koalitionsfreiheit als Kampfmittelefreiheit?, in: Rieble/Junker/Giesen [Hrsg.], Neues Arbeitskampfrecht?, S. 61, 65; Farthmann/Coen, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hrsg.], HbdVerfR, § 19 Rn. 31, die ein solches Verständnis jedoch ablehnen.

⁸⁶ Ewer, NJW 2015, 2232, 2234; Zechlin, NJW 1985, 585, 590 f.; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, S. 64.

noch nicht entwickelten Dogmatik der Schutzpflichten erklären; die Kernbereichsrechtsprechung sollte den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten sichern.⁸⁷ Ursache waren die wegen der Vorbehaltlosigkeit des Art. 9 Abs. 3 GG bestehenden Beschränkungsschwierigkeiten des Grundrechts bei einer weiten Schutzbereichsauslegung.⁸⁸ Im Zeitraum der Anwendung der Kernbereichslehre war das Verhältnis zur Wesensgehaltsgarantie umstritten,⁸⁹ angesichts der Aufgabe der Lehre kann ein umfassender Vergleich zwischen Wesensgehaltsgarantie und Kernbereichslehre unterbleiben.⁹⁰ Im Rahmen des später behandelten Wesens der Koalitionsfreiheit⁹¹ wird nochmals auf die Kernbereichslehre als Orientierungspunkt für die Wesensbestimmung zurückzukommen sein.

d) Kernbereich privater Lebensgestaltung

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung als unantastbarer Teil der Persönlichkeitsentfaltung beinhaltet eine absolute Grenze staatlicher Tätigkeit im Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), der dem Zugriff des Staates gänzlich entzogen ist.⁹² Schutzgut dieser durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten dogmatischen Figur ist die innerste Entfaltung der Persönlichkeit, geprägt durch den höchstpersönlichen Charakter des Sachverhaltes.⁹³

⁸⁷ *Farthmann/Coen*, Tarifaufonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hrsg.], HbdVerfR, § 19 Rn. 44; v. Münch/Kunig/Löwer, GG I, Art. 9 Rn. 73 f.

⁸⁸ v. Münch/Kunig/Löwer, GG I, Art. 9 Rn. 73.

⁸⁹ Für Kongruenz *Butzer*, RdA 1994, 375, 380; *Henssler*, ZfA 1998, 1, 10; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 89; Kernbereich „ähnelt“ dem Wesensgehalt bei *Zechlin*, NJW 1985, 585, 591; a.A. *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 266; *Schwarze*, Jus 1994, 653, 657 f.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 428; *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 85; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 153.

⁹⁰ Vgl. hierzu aber *Henssler*, ZfA 1998, 1, 9 f.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 423 ff.; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 89 ff.; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfp pluralität, S. 64, 143 m. Fn. 603.

⁹¹ Siehe hierzu S. 262 ff.

⁹² BVerfGE 96, 56, 61; E 109, 279, 313; E 121, 69, 90 f.; *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 13 f.

⁹³ BVerfGE 109, 279, 313 f.; E 141, 220, 276.

Ursprünglich begründete das Bundesverfassungsgericht die Figur neben Art. 1 Abs. 1 GG auch mit der Wesensgehaltsgarantie⁹⁴, in neueren Entscheidungen ist der Verweis hierauf nicht mehr zu finden.⁹⁵ Dies ist zu begrüßen, denn die Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung leitet sich im Wesentlichen aus dessen Bestandteil an der Menschenwürde ab,⁹⁶ während Art. 19 Abs. 2 GG das Wesen unabhängig von einem Menschenwürdebestandteil eines Grundrechts schützt.⁹⁷ Zudem unterscheiden sich die Normadressaten: Wegen der Bezugnahme auf die Menschenwürde ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung durch die Ewigkeitsgarantie auch vor dem verfassungsändernden Gesetzgeber geschützt, während die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG nicht in Art. 79 Abs. 3 GG genannt ist.⁹⁸ Inwieweit dennoch Parallelen oder Unterschiede zwischen dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung und dem Wesensgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehen, wird im Abschnitt zu den Wesensgehalten der verschiedenen Grundrechte untersucht.⁹⁹

e) Kern der Einrichtungsgarantien

Weiterhin abzugrenzen ist die Wesensgehaltsgarantie von der insbesondere durch *Schmitt* geprägten Lehre von den Instituts- und institutionellen Garantien.¹⁰⁰ Grundgedanke der Lehre ist, dass bestimmte,

⁹⁴ BVerfGE 6, 32, 41; E 80, 367, 373 f.

⁹⁵ BVerfGE 27, 344, 350 f. („Überdies“ spricht für eine weitere Grenze und nicht für eine Begründung des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung); E 32, 373, 379; E 34, 238, 245; E 80, 367, 374; E 109, 279, 311 ff.; E 113, 348, 390 f.; E 120, 274, 335.

⁹⁶ BVerfGE 109, 279, 279: „Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung“; E 80, 367, 374: „[D]er Kern der Persönlichkeit [wird] durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt“; E 120, 274, 335 „[...] Kernbereich privater Lebensgestaltung, dessen Schutz sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt“; *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 25, 86 f.; *Kutscha*, NJW 2005, 20, 21.

⁹⁷ Siehe hierzu näher S. 209 ff.; ebenso *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 178.

⁹⁸ *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 86; genauer zum diskutierten Ewigkeitsschutz von Art. 19 Abs. 2 GG siehe S. 59 ff.

⁹⁹ Siehe hierzu S. 223 ff.

¹⁰⁰ Vgl. grundlegend *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders. [Hrsg.], Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 140 ff.; *ders.*, Verfassungslehre, S. 170 ff. Vgl. zuvor schon *Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe Kahl, S. 5 ff.

in der Verfassung enthaltene Einrichtungen auch durch die Legislative¹⁰¹ nicht abgeschafft aber auch ihre typusprägenden Inhalte nicht ausgehöhlt werden dürfen.¹⁰² Typischerweise bedürfen die Einrichtungen zur Freiheitsausübung der ausgestaltenden Tätigkeit des Gesetzgebers. Hierfür ist ein Kernbestand an Normen garantiert, der geschaffen werden, auch weiter bestehen muss und nicht beseitigt werden darf.¹⁰³ Beispiele für diese Einrichtungsgarantien waren bzw. sind vor allem als zivilrechtliche Institutsgarantien die Ehe- und Eigentumsfreiheit und als öffentlich-rechtliche institutionelle Garantien die gemeindliche Selbstverwaltung und das Berufsbeamtentum.¹⁰⁴

Allein von der Garantie und der Bezugnahme auf den „Kern“ her weist die Lehre von den Einrichtungsgarantien Überschneidungen mit der Wesensgehaltsgarantie auf. Nicht zuletzt aufgrund der möglichen objektiven Auslegung der Wesensgehaltsgarantie könnten hier Gemeinsamkeiten oder auch Deckungsgleichheit zwischen den Einrichtungsgarantien und der Wesensgehaltsgarantie bzw. dem Kern einer Institutsgarantie und dem Wesen eines Grundrechtes bestehen, worauf noch zurückzukommen ist.

¹⁰¹ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 278.

¹⁰² *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 595 f.; *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: *ders.* [Hrsg.], Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 140, 146, 155; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 761, 855.

¹⁰³ *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 596; *Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, S. 46, 72, 89 f.

¹⁰⁴ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 171 ff.; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 278; *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 46 f.; vgl. auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 80.

1. Teil: Grundfragen der Wesensauslegung: Funktion, Geltungsbereich und Inhalt der Wesensgehaltsgarantie

Mit einer Rekapitulation des Zwecks und der Funktion der Wesensgehaltsgarantie, der bestehenden Theorien und des Inhalts von Art. 19 Abs. 2 GG sind die Grundlagen als unentbehrliche Basis für die weitere Bearbeitung zu legen.

A. Rechtsstaatliche Funktion und Schutzrichtung

Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung ist eine genaue Bestimmung der im Wesentlichen anerkannten Funktion und Schutzrichtung von Art. 19 Abs. 2 GG. Neben den Erwägungen des Verfassungsgebers und der Auswertung der Literatur (dazu II.) erfolgt zunächst ein kurzer Rückblick auf die Ausgangslage des Parlamentarischen Rates aufgrund der Erfahrungen in der Weimarer Republik und der Zeit des Nationalsozialismus (dazu I.). Anschließend wird die derzeitige Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie in Rechtsprechung und Literatur im In- und Ausland näher betrachtet (dazu III.).

I. Ausgangslage: Grundrechtsschutz in der Weimarer Zeit und der des Nationalsozialismus

Die Funktion des Art. 19 Abs. 2 GG lässt sich zu einem nicht unerheblichen Teil wie auch das Grundgesetz insgesamt¹⁰⁵ als Reaktion auf die Erfahrungen der Weimarer Zeit verstehen. Die Analyse von Bindungswirkung und Grenzen der Beschränkbarkeit der Grundrechte unter der Weimarer Reichsverfassung zeichnen aber ein ambivalentes Bild. Häufig wird verkürzt der bloße Programmcharakter der Grundrechte attestiert und hieraus das Leerlaufen des Grundrechtsschutzes angenommen¹⁰⁶ wie auch insgesamt die Weimarer Reichsverfassung als

¹⁰⁵ Ganßer, Abwehrbereit. Demokratie und Verfassungsschutz, S. 17 ff.

¹⁰⁶ So in Bezug auf die Entwicklung der Wesensgehaltsgarantie etwa v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 112; BVerfGE 6, 32, 40; Müller, Recht 11 (1993), 33, 33; Krüger, DVBl. 1950, 625, 626.

missglückt und schwach angesehen.¹⁰⁷ Doch trotz dieses im Ergebnis faktisch überwiegend zutreffenden Befundes war die Grundrechtsdogmatik diffiziler.

Die Aufnahme, Bedeutung und insbesondere die Bindungswirkung der Grundrechte war bereits im Verfassungsausschuss der Nationalversammlung umstritten und sollte von Grundrecht zu Grundrecht unterschiedlich beurteilt werden.¹⁰⁸ Klar war auch, dass nur wenige Grundrechte den Charakter einer Eingriffe ausschließenden Norm hatten.¹⁰⁹ Zu Beginn waren die Grundrechte angesichts der „Neuheit“ dieser Materie weitgehend Nichtbeachtung und Kritik ausgesetzt.¹¹⁰ In einer zweiten Phase ab 1924 waren die Grundrechte präsenter und erhielten (mehr oder minder) Geltungskraft, bevor diese ab dem ersten Präsidialkabinett unter *Brüning* bis zur sogenannten Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933 wieder deutlich abnahm.¹¹¹ Ab diesem Zeitpunkt wurden die Grundrechte unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft (fast) gänzlich ignoriert;¹¹² die Reichstagsbrandverordnung wurde entgegen der nach Art. 48 Abs. 2 WRV vorgesehenen, nur vorübergehenden Geltung dauerhaft aufrechterhalten.

Die Gründe für diese geringe Berücksichtigung in der Weimarer Republik (neben der grundsätzlichen Frage um den bloßen Programmcharakter und

¹⁰⁷ Vgl. statt vieler *Ganßer*, Abwehrbereit. Demokratie und Verfassungsschutz, S. 17; mit deutlich positiverer Sicht auf die Weimarer Reichsverfassung in neuerer Zeit insbesondere die Beiträge von *Zypries*, Weimar – die unterschätzte Verfassung; *Gusy*, Die Weimarer Verfassung und ihre Wirkung auf das Grundgesetz; *Pyta*, Welche Erwartungen weckte die Weimarer Verfassung und welche Erfahrungen vermittelte sie an die Gründerväter der Bundesrepublik Deutschland? und *Dreyer*, Weimar als wehrhafte Demokratie – ein unterschätztes Vorbild, jeweils in: Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg.], Die Weimarer Verfassung, S. 17 ff., 27 ff., 51 ff., 161 ff. sowie *Grimm*, Mißglückt oder Glücklos? Die Weimarer Reichsverfassung im Widerstreit der Meinungen, in: Winkler [Hrsg.], Weimar im Widerstreit, S. 151 ff.

¹⁰⁸ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 121 ff.; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 74 ff., 281. Vgl. auch *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.] HStR F, § 5 Rn. 33 ff.

¹⁰⁹ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 97 ff.

¹¹⁰ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III, S. 110.

¹¹¹ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III, S. 110.

¹¹² *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 838.

positiven Rechts mit Bindungswirkung¹¹³ der Grundrechte) sind vielfältig und nicht allein in den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung zu suchen, die in der Tat keine Begrenzungsnorm für den Gesetzgeber beinhaltet. Infolgedessen sah die herrschende Lehre in den Grundrechten, die unter Gesetzesvorbehalt¹¹⁴ standen und die Mehrzahl ausmachten, weitgehend leerlaufende Rechte.¹¹⁵ Trotz namhafter Kritik wurde auch der (einfache) Gesetzgeber nicht als grundsätzlich an die Verfassung gebunden gesehen und konnte so von den Grundrechtsnormierungen abweichen.¹¹⁶ Darüber hinaus bestand kein Verfassungsgericht, welches die bei den Grundrechten ohne Programmcharakter bestehende Wirkung hätte durchsetzen können.¹¹⁷ Zwar konnte das Reichsgericht nach mehrheitlicher Auffassung Gesetze, die mit Normen der Verfassung divergierten, für nichtig erklären.¹¹⁸ Eine konsequente Umsetzung dieser Kompetenz erfolgte jedoch nicht, geschweige denn bestand ein Verfahren,

¹¹³ Siehe hierzu *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 585 ff., 598 ff.; Klassifizierung einiger Grundrechte bei *Nawiasky*, VVDStRL 3 (1927), 25, 30 ff.

¹¹⁴ Zur Systematisierung und Aufteilung der Gesetzesvorbehalte in den allgemeinen Gesetzesvorbehalt (Art. 114, 115, 152, 153 WRV), den Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes (Art. 118, 135 WRV), den Vorbehalt der Reichsgesetze (Art. 111, 112 Abs. 1, 117, 151 Abs. 3, 154, 157 WRV), den Vorbehalt der Strafgesetze (Art. 124, 137 Abs. 1 WRV), den Sondervorbehalt (Art. 118, 123 WRV) und den sozialen Vorbehalt (Art. 151, 153 WRV) *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 98 f. Vgl. hierzu mit leichten Divergenzen auch *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 282; *ders.*, Weimar – die wehrlose Republik?, S. 44 f.

¹¹⁵ Vgl. bereits kritisch hierzu aus der Zeit *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 585 ff., 591 f.; *Smend*, VVDStRL 4 (1928), 44, 44 f.; Befund aus späterer Zeit nur beispielsweise bei *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 321 f. m. w. Nw.

¹¹⁶ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 125 m. w. Nw. Vgl. kritisch *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 586 f.; *Triepel*, AöR 39 (1920), 456, 537 f. mit klarer Äußerung für eine Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte. Zur Diskussion um die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz des Art. 109 WRV siehe die Beiträge von *Kaufmann* und *Nawiasky*, VVDStRL 3 (1927), 2 ff., 25 ff.

¹¹⁷ Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III, S. 111. Einschränkung *Gusy*, Weimar – die wehrlose Republik?, S. 45: „Die Übersicht [der verschiedenen Gesetzesvorbehalte, Anm. A.S.] zeigt deutlich, daß keineswegs alle Freiheitsrechte der WRV einem umfassenden Zugriffsrecht der Legislative unterlagen. Der Grundrechtsteil bestand also nicht nur aus ‚leerlaufenden‘ Versprechungen.“

¹¹⁸ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 125; erfolgt in RG, Urt. v. 04.11.1925, V 621/24, RGZ 111, 320, 322 ff.; vehement abgelehnt dagegen von *Thoma*, Grundbegriffe und Grundsätze, in: Anschütz/Thoma, HbdDStR II, S. 108, 142 ff. Für ein richterliches Prüfungsrecht auch *Kaufmann*, VVDStRL 3 (1927), 2, 11, 18 f.; *Stier-Solmo*, AöR 59 (1931), 7, 15; *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 12 ff.; *Triepel*, AöR 39 (1920), 456, 536 f.

in welchem der Einzelne die Wahrung seiner Grundrechte hätte erzwingen können.¹¹⁹

Weiterhin führte die Möglichkeit des Reichspräsidenten (unter Gegenzeichnung des Reichskanzlers), durch Notverordnungen gemäß Art. 48 Abs. 2 WRV einige Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft zu setzen, zu einer erheblichen Schwächung der ohnehin geringen Bedeutung.¹²⁰ Mit den hiervon erfassten Grundrechten der Freiheit der Person (Art. 114 WRV), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 115 WRV), dem Brief-, Post-, Telegraf- und Fernsprecheheimnis (Art. 117 WRV), der Meinungs- (Art. 118 WRV), Versammlungs- (Art. 123 WRV), Vereinigungs- (Art. 124 WRV) und der Eigentumsfreiheit (Art. 153 WRV) konnten elementare Freiheitsrechte zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abbedungen werden. Diese „Diktaturgewalt“ war also eine die Grundrechte durchbrechende Gewalt und wurde in den rund 14 Jahren der Weimarer Republik häufig genutzt.¹²¹ Gedacht und unter der Reichspräsidentschaft von Friedrich Ebert auch überwiegend als vorübergehendes Instrument zur Sicherung des Staates und der Verfassung in den vorhergesehenen Krisenzeiten genutzt, wurden die Notverordnungen im Laufe der Weimarer Zeit nach kurzer Stabilitätsphase ein Dauerinstrument.¹²² Schließlich wurden die genannten Grundrechte durch die Notverordnungen vom 4. und 28. Februar 1933 dauerhaft beseitigt.¹²³

Die Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Republik entsprach also nicht dem umfassenden Grundrechtskatalog, den die Weimarer

¹¹⁹ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 214; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 322; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III, S. 117.

¹²⁰ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 125.

¹²¹ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 715; *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR P, § 5 Rn. 67 f.

¹²² Vgl. *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 108 f., 114 f., 142; *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR P, § 5 Rn. 54 ff., 66 ff., 72, 87; *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR P, § 6 Rn. 4; *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 322 f., 338 f.; v. *Lewinski*, JuS 2009, 505, 510.

¹²³ Vgl. *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 108 f., 114 f., 142; *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR P, § 5 Rn. 54 ff., 66 ff., 72, 87; *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR P, § 6 Rn. 4; *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 322 f., 338 f.; v. *Lewinski*, JuS 2009, 505, 510.

Reichsverfassung in ihrem zweiten Hauptteil (Art. 109-165 WRV) enthielt und der letztlich einen Kompromiss der in der Nationalversammlung vertretenen Kräfte und parteipolitischen Strömungen darstellte.¹²⁴ Sowohl die umfangreiche Aufführung von Rechten, denen eine rein gesetzliche Normierung genüge getan hätte¹²⁵ als auch die Aufnahme von eindeutig nur programmatischen Rechtssätzen führten in ihrer Gesamtheit ebenso zu dieser Abwertung.¹²⁶

Insgesamt ist die geringe Berücksichtigung und Geltungskraft der Grundrechtssätze damit auf eine Gesamtschau verschiedener Gründe zurückzuführen: Zum einen in der Weimarer Reichsverfassung selbst, die anders als das Grundgesetz nicht auf Erfahrungswerte zurückgreifen konnte und der wirkungsvolle Begrenzungen fehlten, zum anderen natürlich die wechselhaften und unbeständigen Zeiten, die zu bipolaren Kräften und zu immer geringerer Beachtung der Verfassung führten.¹²⁷ Begünstigt wurde dies durch die noch am Anfang stehende Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie, welche den Grundrechten nicht mehr Bedeutung zusprechen konnte.

Doch gab es auch zu Weimarer Zeit bereits Tendenzen der Grundrechtsstärkung, die sich allerdings nicht durchsetzen konnten. Dies war zum einen die insbesondere durch *Schmitt* geprägte Lehre von den Instituts- und institutionellen Garantien,¹²⁸ die nicht nur Exekutive und Judikative, sondern auch die Legislative binden sollten.¹²⁹ Maßgeblicher Inhalt der Garantie war der Schutz des „Kerns“ der Einrichtung, womit die einzelnen Einrichtungen nicht nur nicht abgeschafft, sondern auch die typusprägenden Inhalte nicht ausgehöhlt werden durften.¹³⁰ Dabei galt der

¹²⁴ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 74 ff., 78 ff., 274 f.

¹²⁵ Vgl. *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 586 f., *ders.*, Verfassungslehre, S. 163.

¹²⁶ Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 542.

¹²⁷ *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.] HStR P, § 5 Rn. 68.

¹²⁸ *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: *ders.* [Hrsg.], Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 140 ff.; *ders.*, Verfassungslehre, S. 170 ff. Vgl. zuvor schon *Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe Kahl, S. 5 ff.

¹²⁹ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 278.

¹³⁰ *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 595 f.; *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle

Kernschutz nicht für alle Grundrechte, sondern vielmehr nur für die entwickelten Einrichtungsgarantien, die jedoch nur einige Grundrechte als Institutsgarantien umfasste.¹³¹ Diese Lehre wird häufig als Quelle der „Neuschöpfung“ der Wesensgehaltsgarantie in Art. 19 Abs. 2 GG gesehen,¹³² womit das Grundgesetz diesen Kernbereichsschutz auf alle Grundrechte übertragen wollte.¹³³

Neben diesem Substanzschutz durch Einrichtungsgarantien gab es in der Staatsrechtslehre aber auch Strömungen, die unabhängig von möglichen Instituts- oder institutionellen Garantien einen allzu unbegrenzten Zugriff des parlamentarischen Gesetzgebers auf die Grundrechte verhindern wollten.

Wenig gewinnbringend war die Bestimmung des Sinnes der Grundrechte als einem „Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“, durch das die Grundrechte als bloße Auslegungsregeln Geltung erlangen sollten.¹³⁴

Aussichtsreicher war die Bestrebung, die unglaubliche Weite bzw. die Verwendung der Gesetzesvorbehalte und das damit verbundene Leerlaufen der Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt durch die Begrenzung auf umgrenzte Ausnahmen zu verringern, wobei allerdings dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum eingeräumt wurde.¹³⁵ Damit verknüpfte

Garantien der Reichsverfassung, in: ders. [Hrsg.], Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 140, 146, 155; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 761, 855.

¹³¹ Vgl. zu Beispielen *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 171 ff.; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 278; für das Grundgesetz heute *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 46 f.

¹³² *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 1; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 24; Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2; *Krüger*, DVBl. 1950, 625, 627; zustimmend *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 28.

¹³³ Vgl. *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 400 m. w. Nw.

¹³⁴ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 162 ff.; *ders.*, VVDStRL 4 (1928), 44, 44 ff.

¹³⁵ „Eine Freiheit ‚nach Maßgabe der Gesetze‘ ist überhaupt keine Freiheit im liberalen Sinne. Der Vorbehalt des Gesetzes ist daher niemals der Vorbehalt einer Maß- oder Inhaltsangabe, sondern immer nur der Vorbehalt einer Ausnahme, und zwar einer Ausnahme, die als solche prinzipiell begrenzt, berechenbar und nachprüfbar sein muß.“ So *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbDDStR II, S. 572, 592. Ähnlich auch *ders.*, Verfassungslehre, S. 158, 164: „Rechte, welche dem Belieben eines absoluten Fürsten oder einer einfachen oder qualifizierten Parlamentsmehrheit ausgeliefert sind, können ehrlicher Weise nicht als Grundrechte bezeichnet werden. [...] Die rechtliche Bedeutung ihrer Anerkennung und ‚Erklärung‘ liegt darin, daß diese Anerkennung [...] bedeutet: eine prinzipiell unbegrenzte Freiheitssphäre des Einzelnen und eine prinzipiell begrenzte, meßbare und kontrollierbare Eingriffsmöglichkeit des Staates.“ S. 166: „Alle echten Grundrechte sind absolute Grundrechte, d.h. sie werden nicht ‚nach Maßgabe der Gesetze‘ gewährleistet, ihr Inhalt

Schmitt aber die weitere Eingrenzung, dass der Gesetzgeber das Freiheitsrecht nicht als solches beseitigen dürfe,¹³⁶ eine klare Bestrebung gegen das Leerlaufen aufgrund der Gesetzesvorbehalte. Ähnlich formuliert *Hensel* eine „Ergänzung“ der zum Leerlauf führenden (herrschenden) Vorbehaltstheorie, wonach der Gesetzgeber bei Vorbehaltsgrundrechten „den Wert der grundrechtlichen Entscheidung unangetastet lassen muß; die Ausnahme hat die Regel zu bestätigen [...]. Die werthafte Einheit, welche die Verfassung darstellt, [...] darf auch durch Ausübung des Vorbehaltsrechts nicht gesprengt werden.“¹³⁷ Die Unbestimmtheit, die mit diesem „Wertdenken“ einhergeht, wird durch den gleichwohl aus beiden Ansätzen heraustretenden Gedanken aufgewogen: Die Grundintention dessen, was das Grundrecht als (freiheitssicherndes) Recht bewirken und schützen soll – die Substanz –, sollte vom Vorbehaltsgesetzgeber nicht beseitigt werden dürfen. Der damit zum Ausdruck kommende Gedanke des Schutzes des „Wesens“ eines Grundrechtes (unabhängig von einigen Einrichtungsgarantien) ist damit nicht erst auf das Grundgesetz, sondern bereits auf die Dogmatik der Staatsrechtswissenschaft in der Weimarer Zeit zurückzuführen,¹³⁸ obgleich sich auch diese Strömung durch das Ende der Weimarer Zeit nicht durchsetzen konnte.

Die Garantie der Unantastbarkeit des Wesens eines Grundrechtes ist mithin nicht nur Reaktion auf die Weimarer Republik und die anschließende nationalsozialistische Herrschaft, sondern hat ihren Ursprung bereits in der Weimarer Zeit und konnte sich dort nur angesichts der immer schwieriger werdenden parlamentarischen Lage und mangels

ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern der gesetzliche Eingriff erscheint als Ausnahme und zwar prinzipiell begrenzte und meßbare, generell geregelte Ausnahme.“

¹³⁶ *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 572, 592, der ausdrücklich betont, dass diese Festlegung zwar einer Institutsgarantie ähnlich, aber doch davon zu trennen ist, hierzu auch *ders.*, Verfassungslehre, S. 170, 179. Dies verkennend *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 27; wonach *Schmitt* keinen Schutz für die Grundrechte als solche vorgesehen habe.

¹³⁷ *Hensel*, Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: Anschütz/Thoma [Hrsg.], HbdDStR II, S. 313, 316 m. Fn. 2.

¹³⁸ So ähnlich *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, S. 100, dessen Ergebnis, wonach „der Gesetzesvorbehalt des Weimarer Grundrechtskatalogs [...] unter der immanenten Schranke der unantastbaren Wesensgehaltsgarantie“ stand, allerdings zu weitgehend ist, ebenso auch Maunz/Dürig/*Remmert*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3.

ausreichender Geltungsdauer der Reichsverfassung nicht mehr ausreichend entwickeln.¹³⁹

II. Funktion der Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes

Im Gegensatz zur konkreten Umsetzung und Wirkweise der Wesensgehaltsgrenze ist die rechtsstaatliche Funktion und Schutzrichtung von Art. 19 Abs. 2 GG als Vorschrift zur Sicherung und zum Schutz der Grundrechte grundsätzlich anerkannt.¹⁴⁰

1. Intentionen der Verfassungsväter

Diese Intention kann auch historisch nachgewiesen werden. Nach den Erfahrungen aus der Weimarer Zeit und natürlich auch aus der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft war die Stärkung des Grundrechtsschutzes ein wesentlicher Faktor der Beratungen des Herrenchiemseer Konvents und des Parlamentarischen Rates. Die zunächst noch offene Frage, ob denn das Grundgesetz überhaupt selbst Grundrechte aufnehmen oder dies nicht mittels einer Verpflichtungsnorm allein den Länderverfassungen überantwortet werden sollte,¹⁴¹ wurde mit einem klaren Beschluss für eine Aufnahme der Grundrechte insbesondere auch an herausragender Stelle zu Beginn des Grundgesetzes und für eine gesteigerte Bedeutung beantwortet.¹⁴² Ziel war es, das jedenfalls teilweise erfolgte Leerlaufen der Grundrechte in der Weimarer Zeit und das

¹³⁹ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 125, betont allerdings, dass auch eine Unantastbarkeitsgarantie der Verfassung den totalitären Gesetzgeber unter Adolf Hitler wohl nicht hätte begrenzen können.

¹⁴⁰ *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 15 m. w. Nw.; *Müller*, Recht 11 (1993), 33, 33, 37; *Stern*, Staatsrecht II/2, S. 864.

¹⁴¹ Vgl. Bericht des Unterausschusses I im Grundsatzausschuss des Herrenchiemseer Konvents, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band II, S. 214; ebenso der Abgeordnete *Schmid*, a.o.O., Band II, S. 68 f.

¹⁴² Vgl. Abg. *Schmid*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band IX, S. 37: „Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren; sie dürfen nicht nur ein Anhängsel des Grundgesetzes sein, wie der Grundrechtskatalog von Weimar ein Anhängsel der Verfassung gewesen ist. Diese Grundrechte sollen nicht bloße Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, nicht nur Anforderungen an die Länderverfassungen, nicht nur eine Garantie der Länder-Grundrechte, sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben können.“ Ebenso *ders.*, a.o.O., Band V, S. 11: „Ohne einen gewissen Mindeststandard von Grundrechten können wir nicht leben und dürfen wir nicht leben wollen.“ Für eine Aufnahme auch der Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates nach Berichterstatter *Bergsträsser*, a.o.O., Band V, S. 15, 32; Beschluss für Aufnahme a.o.O., Band V, S. 40; für die Aufnahme bereits *Brill*, a.o.O., Band II, S. 73.

Ignorieren während des Nationalsozialismus auf Verfassungsebene auszuschließen.¹⁴³ Neben dem klaren Bekenntnis, dass Grundrechte nicht mehr nur bloße Programmsätze sein sollten (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), führten weitere verschiedene Vorschriften und Anpassungen in der Erarbeitung des Grundgesetzes durch den Parlamentarischen Rat zu einer deutlichen Stärkung der Grundrechte und des Grundrechtsschutzes. Sichtbar und nachdrücklich hierzu war die Abweichung von Art. 21 Abs. 3 des Herrenchiemseer Entwurfs, der einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt für alle Grundrechte vorsah und in Erwägung der Weimarer Zeit aus Sicht der Mitglieder des Parlamentarischen Rates die Grundrechte entwertete.¹⁴⁴ Gleichermaßen zu dieser Forcierung führte die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts, das als „Hüter der Verfassung“¹⁴⁵ die Einhaltung der Grundrechte nun auch einer Prüfung unterziehen konnte¹⁴⁶ und mit der 1951 geregelten Verfassungsbeschwerde die Möglichkeit für den Einzelnen, die Verletzung seiner Grundrechte zu rügen, geschaffen wurde.

Neben dieser prinzipiellen Stärkung der Grundrechte sollte aber auch eine explizite Schutznorm aufgenommen werden, die gerade auch bei den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt ein unbeschränktes Eingreifen des Parlaments verhindern sollte. Im Rahmen der Ausformung der einzelnen Grundrechte wurde vor allem in den Beratungen des Grundsatzausschusses darauf hingewiesen, dass die Grundrechte im Rahmen der Gemeinschaftsinteressen Eingriffen des Gesetzgebers offen stünden und aus diesem Grunde unbedingt eine Norm erforderlich sei, die Eingriffe in die Substanz des Grundrechts untersage.¹⁴⁷ Eine solche wurde

¹⁴³ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 864.

¹⁴⁴ Abg. *Schmidt*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band IX, S. 37 f.; im Anschluss hieran auch Abg. *Süsterhenn*, a.a.O., Band IX, S. 56. Im Grundsatzausschuss ebenso Abg. *Zinn*, a.a.O., Band V, S. 42.

¹⁴⁵ BVerfGE 1, 184, 195; E 1, 396, 408; E 2, 124, 129; E 40, 88, 93.

¹⁴⁶ Abg. *Schmidt* und *Süsterhenn*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band IX, S. 37, 67. Gegen eine Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers dagegen Abg. v. *Mangoldt*, a.a.O., Band V, S. 150.

¹⁴⁷ Abg. v. *Mangoldt*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 150: „[D]as ist der zweite Punkt, daß *also die Substanz durch die gesetzlichen Regelungen nicht angegriffen werden darf*. Die Vorschrift scheint mir unbedingt erforderlich. Wir haben immer in allen Artikeln gesagt: dieses Grundrecht steht im Rahmen der Gemeinschaftsinteressen, und zum Schutz der Gemeinschaftsinteressen ist nun in einer gewissen

mit der Wesensgehaltsgarantie geschaffen, die nach mehreren Formulierungs- und Standortänderungen schließlich in Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes ihre Regelung fand: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“

Obwohl insgesamt im Entstehungsprozess des Grundgesetzes nur wenig über die Wesensgehaltsgarantie diskutiert wurde, lässt sich wie gezeigt deren Funktion und Bedeutung aus Sicht des Parlamentarischen Rates in den Protokollen dennoch klar nachweisen. Insbesondere der Vorsitzende des Grundsatzausschusses v. *Mangoldt* betonte das zwingende Erfordernis der Norm zum Schutz der Substanz der Grundrechte (auch) vor der Gesetzgebung.¹⁴⁸ Die schwierige und bis heute umstrittene Frage der Abgrenzung der Substanz eines Grundrechts von den übrigen Teilen wurde im Parlamentarischen Rat erkannt, aber dem Gesetzgeber überantwortet.¹⁴⁹ Detaillierte Vorstellungen, so lassen die Protokolle erkennen, hatte der Parlamentarische Rat von der Abwehr hinsichtlich Möglichkeit und Grenzen der Grundrechtseingriffe nicht.¹⁵⁰

Historisch gesehen kommt Art. 19 Abs. 2 GG damit die Aufgabe zu, der eingreifenden Staatsgewalt Grenzen aufzuerlegen. Die Anknüpfung hierzu an Entwicklungen in der Zeit unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung, die sich doch nicht durchsetzen konnten, erscheint trotz deren Erfolglosigkeit nicht als fehlgeleitet. Unter den geänderten Rahmenbedingungen der Bundesrepublik und der Fortentwicklung durch das Grundgesetz mit weiteren Sicherungsmechanismen und der hieraus anknüpfenden Entfaltung der Grundrechtsdogmatik konnten die

Konkretisierung die Möglichkeit gegeben, durch Gesetz in diese Freiheiten einzugreifen. Hier taucht natürlich die Frage auf, *daß diese Gesetzgebung nie so weit gehen darf, daß sie das Grundrecht als solches in seinem Bestand angreift*. Das müßte natürlich in einer entsprechenden Formulierung zum Ausdruck gebracht werden. [...] Also darüber ist sich der Ausschuß wohl einig, daß eine Formulierung in dieser Beziehung unbedingt erfolgen müßte.“ – Hervorhebung A.S.

¹⁴⁸ Abg. v. *Mangoldt*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 119: „wichtiger Grundsatz des Herrenchieser Entwurfs“; S. 150: „unbedingt erforderlich“.

¹⁴⁹ Abg. *Schmid*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1948, Band XIV, S. 1429.

¹⁵⁰ Ebenso *Jansen*, Der Staat 36 (1997), 27, 50 m. w. Nw.; zur Wesensgehaltsgarantie Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 8 ff.; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 125, der aber die klaren Vorstellungen von der Funktion der Wesensgehaltsgarantie betont.

Mitglieder des Parlamentarischen Rates auf tatsächlichen Schutz vor dem unbegrenzten Zugriff des Gesetzgebers hoffen.

2. Grundsätzlicher Zweck aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Übereinstimmend mit den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates, dem Wortlaut und der Teleologie wird die Garantie in der Literatur als Schranken-Schranke zum Schutz der Grundrechte gesehen.¹⁵¹ Zweck der Garantie ist primär die Begrenzung des einfachen Gesetzgebers als „Kontrapunkt“¹⁵² des Grundrechtsleerlaufs in der Weimarer Zeit zum Schutz vor einer Aushöhlung¹⁵³ sowie auch eine Stärkung der Grundrechte.¹⁵⁴ Dem Gesetzgeber soll auch das Entleeren eines Grundrechtes auf mittelbarem Wege durch umfassendes Ausnutzen der Gesetzesvorbehalte untersagt werden, während das unmittelbare Abschaffen eines Grundrechtes durch den einfachen Gesetzgeber bereits durch die besonderen Anforderungen des Art. 79 Abs. 1 und 2 GG ausgeschlossen ist.¹⁵⁵ Darüber hinaus ordnet der Schutz des Wesens einen „gewissen Vorrang der Grundrechtsbindung der Staatsgewalt vor den dieser zugleich und ebenfalls mit Verfassungsrang eingeräumten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Grundrechte an.“¹⁵⁶ Dabei steht die Garantie in Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 GG, der zwar die Gewalten an die Grundrechte bindet, jedoch nicht festlegt, wie diese Bindung auszusehen hat.¹⁵⁷ Die Grenzen der Zugriffsoption der Staatsgewalten

¹⁵¹ v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 33; Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 7; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 112 f.; Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 136 f.; ders., Staatsrecht III/2, S. 866 f.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 334 f.; Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereiches der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 26; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II, S. 16, 28.

¹⁵² Schaks, DÖV 2015, 817, 824.

¹⁵³ Stern, Staatsrecht III/2, S. 840, 864; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 67; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 116; Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 17, 62; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 26.

¹⁵⁴ Stern, Staatsrecht III/2, S. 840.

¹⁵⁵ Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407; Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 7; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 18; ohne Art. 79 GG direkt anzusprechen auch Krüger, DVBl. 1950, 625, 627.

¹⁵⁶ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 18.

¹⁵⁷ Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 62. Ob allerdings Art. 19 Abs. 2 GG tatsächlich eine „Konkretisierung“ von Art. 1 Abs. 3 GG darstellt (Schneider, a.a.O.), wird noch zu prüfen sein.

werden unter anderem durch die Wesensgehaltsgarantie bestimmt. Dieser intendierte Grundrechtsschutz konkurrierte 1949 noch nicht wie heute mit dem nun zumeist angewandten Gebot des verhältnismäßigen Grundrechtseingriffs, welches diese Funktion jedenfalls teilweise übernommen hat;¹⁵⁸ die Verhältnismäßigkeit als begrenzende Schranken-Schranke für Eingriffe war für den Grundrechtsbereich außerhalb des Verwaltungsrechts noch nicht verbreitet bzw. entwickelt.¹⁵⁹ Dieser grundsätzliche Zweck der Errichtung von Art. 19 Abs. 2 GG zur Limitierung der Grundrechtseinschränkung ist in der Literatur unstrittig.¹⁶⁰

III. Vernachlässigung und Erfolg

In der aktuellen Anwendung in der Rechtsprechung offenbart sich ein diametrales Bild zwischen der derzeit marginalen Verwendung der Wesensgehaltsgarantie in Deutschland und der Vorbildwirkung des Grundgesetzes für andere Verfassungen.

1. Aktuelle Funktion und Bedeutung für das Grundgesetz

Über die genaue Wirkungsweise des angestrebten Grundrechtsschutzes besteht gleichwohl erhebliche Uneinigkeit. Für die eine Seite kommt der Gewährleistung des Wesensgehaltes keine eigenständige Funktion mehr zu, die Norm habe vielmehr nur deklaratorischen Charakter¹⁶¹ oder könne auch als überflüssig gestrichen werden¹⁶². Wenngleich auch die Signalbedeutung¹⁶³ als „mahnende[s] „Ausrufungszeichen““¹⁶⁴ noch herausgestellt wird, bleibt es dennoch bei dem Befund, dass der Wesensgehaltsgarantie nach dieser Auslegung bei der

¹⁵⁸ Vgl. für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 329.

¹⁵⁹ *Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura/Scholz [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens, S. 165 ff., 171 auch allgemein zur Entwicklung des Übermaßverbots; vgl. auch *Ossenbühl*, Jura 1997, 617, 617.

¹⁶⁰ Vgl. auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 272.

¹⁶¹ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 113; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 f.; vergleichbar auch v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 a: „rechtstheoretisch überflüssig, weil sie eine Selbstverständlichkeit normiert.“

¹⁶² v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 63.

¹⁶³ *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 32.

¹⁶⁴ v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 b.

Grundrechtssicherung keine Aufgabe mehr zukommt. Kaum gegensätzlicher kann die andere Sicht sein, die demgegenüber mehr an die Erwartungen und Zwecksetzungen des Parlamentarischen Rates angeknüpft. Betont werden die überaus wichtige Sicherungsfunktion als Sicherungsmechanismus für „Bestand, Bedeutung, Verständnis und Interpretation der Grundrechte“ durch eine klare Aufwertung der Grundrechte und dass trotz der geringen Anwendung Gefahren für den Kern dieser aufgrund der Normierung bereits nicht auftraten.¹⁶⁵ Art. 19 Abs. 2 GG sei „zentrale Sicherung der Grundrechte gegen inhaltliche Aushöhlung“, ohne die die Bindungskraft von Art. 1 Abs. 3 GG nicht weit reichen würde.¹⁶⁶ Indem die Autonomie des Bürgers im Bereich des Wesens eines Grundrechtes geschützt werde, würde erst die „Freiheit überhaupt“ wie auch die Lebendigkeit der Pluralität innerhalb eines Staates ermöglicht.¹⁶⁷

a) Allgemeiner Befund

Entsprechend der Uneinigkeit über die konkrete Funktion im Schrankenregime des Grundgesetzes wird der Norm allgemein aktuell eine geringe Bedeutung konstatiert.¹⁶⁸ Das Bundesverwaltungsgericht und der Bundesgerichtshof, die sich frühzeitig zum Wesensgehaltsschutz wenn auch sehr heterogen äußerten und ihre Judikatur darauf stützten,¹⁶⁹ ziehen die Garantie immer weniger zur Entscheidung heran. Auch die Jurisdiktion des Bundesverfassungsgerichts ist divergent sowohl in der Verwendungshäufigkeit als auch in der Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG. Von den Grundgesetzkommentaren und Lehrbüchern meist noch (knapp) mitgeführt, erfolgen in der Literatur in jüngerer Zeit nur noch singular

¹⁶⁵ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 840, 865.

¹⁶⁶ *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 17, 62.

¹⁶⁷ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 597.

¹⁶⁸ So auch *Schaks*, JuS 2015, 407, 407; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 108 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 840.

¹⁶⁹ Vgl. die Nachweise bei *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 18 m. Fn. 17 und insb. die Besprechung auf S. 113 ff. für den Bundesgerichtshof und S. 118 ff. für das Bundesverwaltungsgericht; „überaus häufige Heranziehung des Art. 19 Abs. 2 GG durch Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht“ bei *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 839.

neue Auseinandersetzungen; eine deutliche Divergenz zur vielbesprochenen und -verwendeten Menschenwürde. Partiiell werden neue mögliche Anwendungsfälle wie z.B. das Verbot der Belastungskumulation debattiert¹⁷⁰ oder Untersuchungen zum Kerngehaltsschutz durch kategoriale Argumentationsstile¹⁷¹ vorgenommen.

b) Neuere Rechtsprechung zur Wesensgehaltsgarantie

Eine kurze Bestandsaufnahme zeichnet die Anwendung der Wesensgehaltsgarantie in der Rechtsprechung jüngerer Datums nach.¹⁷²

aa) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes

Das Bundesverwaltungsgericht rekurriert in neuerer Zeit wieder gelegentlich auf den Schutz des Wesensgehaltes.¹⁷³ Teilweise erfolgt allerdings ein bloßer Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zum Wesensschutz der EMRK-Rechte („essence of the right“¹⁷⁴),¹⁷⁵ oder auf die des Europäischen Gerichtshofes wegen der in Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh normierten Achtung des Wesensgehaltes der Unionsgrundrechte.¹⁷⁶ Die Ausführungen zum Wesensgehalt sind allerdings nur auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Wesensgehalt der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 Abs. 1 EU-GRCh gestützt, es wird nicht an Art. 19 Abs. 2 GG angeknüpft.¹⁷⁷ In anderen Entscheidungen wird aber wiederum Bezug zur

¹⁷⁰ Schaks, DÖV 2015, 817 ff.; genauer hierzu siehe S. 123 ff.

¹⁷¹ v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, passim; ders., Der Staat 50 (2011), 165 ff.; genauer hierzu siehe S. 119 ff.

¹⁷² Auf eine erneute Darstellung der älteren Rechtsprechung soll hier verzichtet werden, für eine Analyse und Auflistung der älteren Rechtsprechung bis zum Jahre 2004 sowohl des Bundesgerichtshofes, des Bundesverwaltungsgerichtes als auch des Bundesverfassungsgerichtes siehe Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 113 ff. oder auch Stern, Staatsrecht III/2, S. 848 ff.

¹⁷³ Die nachfolgenden Ausführungen betreffen wie insgesamt nur die Rechtsprechung zur Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG und nicht die Rechtsprechung zur Kernbereichs- oder Wesensgehaltsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG.

¹⁷⁴ U.a. EGMR, Urte. v. 12.07.2003, 42527/98, NJW 2003, 649, 650, 652; Urte. v. 18.02.1999, 26083/94 u.a., JuS 2000, 388, 388; Urte. v. 03.04.2012, 54522/00, NJOZ 2013, 1355, 1360; beginnend mit dem Urte. v. 23.07.1968, 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298, 300.

¹⁷⁵ U.a. BVerwGE 149, 117, 129; BVerwG, Urte. v. 28.06.2012, 2 WD 34/10, - Juris, Leitsatz in NVwZ-RR 2013, 616.

¹⁷⁶ U.a. BVerwGE 146, 303, 315.

¹⁷⁷ BVerwGE 146, 303, 315 unter Bezugnahme auf EuGH, Urte. v.22.12.2010, C 279/09, EuZW 2011, 137, 140. Gleichwohl verkennt das BVerwG, dass der EuGH in dieser Entscheidung

Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes genommen, indessen nur in geringem Umfang und ohne erhebliche Bedeutungszumessung. Zum einen wird der Parteivortrag, die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft verletze das Wesen der Eigentumsfreiheit des Grundstückseigentümers, ohne Bezugnahme auf diese Argumentation rein mit Verhältnismäßigkeitserwägungen verneint.¹⁷⁸ Zum anderen erfolgt eine bloße Feststellung der Nichtantastung des Wesensgehalts der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Versagung waffenrechtlicher Erlaubnisse aufgrund fehlender Zuverlässigkeit.¹⁷⁹ Neue Erkenntnisse wie auch überhaupt nur eine Relevanz für die Entscheidungsfindung sind auf bundesverwaltungsgerichtlicher Ebene nicht feststellbar.

bb) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Ähnliches gilt für die Judikatur des Bundesgerichtshofes. Auch hier sind einige Verweise auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh¹⁸⁰ ebenso wie kurze Ablehnungen einer Wesensgehaltsantastung¹⁸¹ zu finden. Eine kurze, inhaltliche Auseinandersetzung nimmt der BGH zum Wesen des Rechts auf Verteidigung aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG vor.¹⁸² Eine Beschränkung

den Wesensgehaltsschutz aus Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleichsetzt mit der Formulierung „Der nationale Richter hat insoweit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe eine Beschränkung des Rechts auf Zugang zu den Gerichten darstellen, die dieses Recht in seinem Wesensgehalt selbst beeinträchtigen, ob sie einem legitimen Zweck dienen und ob die angewandten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.“, wie das BVerwG allerdings den EuGH interpretiert: „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet eine Zulässigkeitsregelung, die das Recht auf Zugang zum Gericht in seinem Wesensgehalt selbst beeinträchtigt, ohne einem unionsrechtlich legitimen Zweck zu dienen und im Verhältnis dazu angemessen zu sein (EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 a.a.O. [...]).“ Die Wortwahl des EuGH spricht vielmehr für eine Trennung von Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit. Die Rechtsprechung des EuGH hierzu ist allerdings schwankend, in EuGH, Urt. v. 12.05.2005, C-347/03, GRUR 2006, 66, 70, erfolgt eine deutliche Gleichsetzung.

¹⁷⁸ BVerwG, Urt. v. 14.04.2005, 3 C 31/04 – juris, in NVwZ 2006, 92 ff. ohne den Vortrag des Berufungsklägers.

¹⁷⁹ BVerwG, Beschl. v. 27.03.2007, 6 B 108/06 – juris.

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 26.11.2015, I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, 272 f.; BGH, Beschl. v. 17.03.2014, NotZ (Brfg) 21/13, NJW-RR 2014, 1085, 1086.

¹⁸¹ BGH, Urt. v. 14.04.2011, III ZR 30/10, NVwZ 2011, 1081, 1083; BGH, Beschl. v. 04.03.2008, KVR 21/07, NJW-RR 2008, 996, 1000.

¹⁸² BGH, Beschl. v. 05.06.2007, 5 StR 383/06, NJW 2007, 3010, 3012 (auch zu den nachfolgenden Darstellungen der Entscheidung); allerdings unter weitgehendem Verweis auf seine frühere Rechtsprechung in BGH, Urt. v. 09.12.1988, 2 StR 279/88, NJW 1989, 1228, 1129.

der Aussagegenehmigung, die den Wesensgehalt des Verteidigungsrechts berühre, dürfe auch bei gewichtigen Geheimhaltungsinteressen nicht erfolgen; ein Strafverfahren dürfe wegen der im Raum stehenden Beschneidungen grundlegender Verteidigungsoptionen in diesem Fall nicht durchgeführt werden. Hingegen dort, wo die Beschränkung das Recht auf Verteidigung nur im Randbereich treffe, könne es aus gewichtigen verfassungsrechtlichen Gründen eingeschränkt werden. In der Entscheidung wird also eine klare Differenzierung zwischen abwägungsfestem Wesensgehalt und abwägungsoffenem Randbereich vorgenommen. Doch wird der Wesensgehalt des Rechts auf Verteidigung in Art. 1 Abs. 1 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip verortet.¹⁸³ Die rein begriffliche Verwendung des Wortes „Wesensgehalt“ stellt keine Bezugnahme zu Art. 19 Abs. 2 GG dar, sondern dient eher nur der Abgrenzung, wann eine Menschenwürdeverletzung vorliegt. Mit dem in Frage stehenden Aussageverbot hätte dagegen eine Verortung im bzw. eine Betroffenheit (auch) des grundrechtsgleichen Rechtes aus Art. 103 Abs. 1 GG auf rechtliches Gehör vor Gericht und die hierauf anzuwendende Norm des Art. 19 Abs. 2 GG¹⁸⁴ sehr nahe gelegen.

cc) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Auch auf der Stufe der verbindlichen Verfassungsinterpretation des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht¹⁸⁵ besteht in jüngerer Zeit (weiterhin) eine diffuse und vernachlässigende Bezugnahme auf den Wesensgehaltsschutz. Dabei käme doch dem Bundesverfassungsgericht, sofern der Garantie tatsächlich Bedeutung zukommt, als selbsternanntem „Hüter der Verfassung“¹⁸⁶ die Aufgabe zuteil, die Konformität von Grundrechtsbeschränkungen mit der Wesensgarantie zu kontrollieren und dementsprechend diese auch bei weitgehenden Eingriffen in Grundrechte zu prüfen. Die Analyse der jüngeren Rechtsprechung kann dies in Bezug auf Art. 19 Abs. 2 GG nicht nachweisen.

¹⁸³ BGH, Beschl. v. 05.06.2007, 5 StR 383/06, NJW 2007, 3010, 3012.

¹⁸⁴ Siehe hierzu S. 80 ff.

¹⁸⁵ *Kriele*, ZRP 1975, 73, 74; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 10, 15; auch BVerfGE 40, 88, 93; „maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“ und E 112, 268, 277: „verbindliche[r] Instanz in Verfassungsfragen“.

¹⁸⁶ BVerfGE 1, 184, 195; E 1, 396, 408; E 2, 124, 129; E 40, 88, 93.

Die Verletzung eines Grundrechts in seinem Wesensgehalt rügen Beschwerdeführer trotz der gegenwärtig geringen Relevanz in der Rechtsprechung nach wie vor in manchen Fällen. Für das Bundesverfassungsgericht ist dies aber nicht in jedem Fall ein Grund, zu der behaupteten Verletzung in den Entscheidungsgründen überhaupt Stellung zu nehmen.¹⁸⁷ Deutlich erkennbar ist die Prävalenz von Menschenwürde(-gehalt) und Verhältnismäßigkeit für die Entscheidungserheblichkeit, sowohl bei geringfügigen als auch bei besonders intensiven Grundrechtseingriffen. Auch in Entscheidungen, in denen die Wesensgehaltsgarantie vom Gericht selbst als Maßstab und Grenze grundrechtsbegrenzenden Staatshandelns aufgestellt wird,¹⁸⁸ bleibt das Bundesverfassungsgericht genauere Aussagen über den Inhalt der Schranken-Schranke und deren Einhaltung im konkreten Fall schuldig. Meist beschränken sich diese in der bloßen Normtextwiedergabe oder der Erwähnung von Art. 19 Abs. 2 GG, dass eine Einschränkung das Grundrecht unangetastet lassen müsse. Wenige, aber auch kaum erhellende Worte finden sich in den Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung.¹⁸⁹ In der ersten Entscheidung wird diese als mit dem Wesensgehalt der Freiheit der Person vereinbar gesehen, begründet vor allem mit der nach dem Bundesverfassungsgericht sogar bestehenden Vereinbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem Wesensgehalt. Denn schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie die gegebenenfalls lebenslange Sicherungsverwahrung verstießen nicht gegen den Wesensgehalt, „solange gewichtige Schutzinteressen Dritter den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der

¹⁸⁷ U.a. in BVerfGE 96, 10, 17; BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.03.2016, 1 BvR 2844/13 – juris bzw. NVwZ 2016, 761 ff.; BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.01.1995, 2 BvR 2689/94 u. 2 BvR 52/95 – juris bzw. NJW 1995, 950 f. Wegen der verkürzten Urteilswiedergabe ist der Vortrag zur Wesensantastung nur im Entscheidungsvolltext über juris zu finden. Im Rahmen einer einstweiligen Anordnung mit dementsprechend geringerem Prüfungsumfang auch BVerfGE 122, 63, 72.

¹⁸⁸ Etwa in BVerfGE 100, 313, 328, 332, 376; E 113, 273, 301; E 115, 118, 127, 139, 165; E 117, 71, 96; E 125, 260, 289, 302, 322; E 128, 326, 372; BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.02.2011, 2 BvR 1596/10 u. 2 BvR 2346/10 – juris; BVerfG, Kammerbeschl. v. 03.09.2009, 2 BvR 1826/09, EuGRZ 2009, 686, 688; BVerfG, Kammerbeschl. v. 18.09.1996, 2 BvR 103/92, NJW 1996, 771, 772.

¹⁸⁹ BVerfGE 109, 133 ff.; E 128, 326 ff.

Verhältnismäßigkeit gewahrt ist“.¹⁹⁰ Insofern erfolgt eine klare Relativierung des Wesensgehaltsschutzes, der hiernach einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern zugänglich ist und wodurch eine (Teil-)Identifikation mit der Verhältnismäßigkeit stattfindet. Zu diesen Schutzinteressen zähle der Schutz vor schweren Schäden seelischer oder körperlicher Art, auch habe die Sicherungsverwahrung bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits bestanden, ohne dass der Parlamentarische Rat einen Widerspruch zur Wesensgehaltsgarantie gesehen hätte.¹⁹¹ Eine andere Linie ist in der zweiten Entscheidung zu vermuten, in der das Bundesverfassungsgericht feststellt: „Die Vorschriften [zur Sicherungsverwahrung, Anm. A.S.] tasten dieses Grundrecht zwar nicht in seinem Wesensgehalt an. Sie genügen jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht.“¹⁹² Dies steht im Widerspruch zur obigen Aussage, wonach der Wesensgehaltsschutz insbesondere durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird; zudem wird durch die klare Differenzierung eine inhaltliche Trennung von Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit angedeutet. Leider fehlen Erklärungen zur Wahrung von Art. 19 Abs. 2 GG, obwohl das Gericht selbst betont, dass es sich bei der unbefristeten Sicherungsverwahrung um „einen schweren – wenn nicht gar den schwersten vorstellbaren – Eingriff in das sachlich berührte Grundrecht auf Freiheit der Person“ handelt.¹⁹³ Angesichts der erkannten Intensität und möglichen Dauer des Eingriffs ist das Fehlen differenzierter Aussagen zu Art. 19 Abs. 2 GG nicht nachzuvollziehen.

Ein Mittelweg deutet sich in der zeitlich zwischen den beiden Urteilen liegenden Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten an.¹⁹⁴ Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfolgt die Feststellung, die sechsmonatige Speicherung verletze weder den Menschenwürdekern noch das Wesen von Art. 10 Abs. 1 GG.¹⁹⁵ Auch die Begründung hierfür ist

¹⁹⁰ BVerfGE 109, 133, 156; ähnlich auch BVerfGE 117, 71, 96; E 115, 118, 165.

¹⁹¹ BVerfGE 109, 133, 156 f.

¹⁹² BVerfGE 128, 326, 372.

¹⁹³ BVerfGE 128, 326, 390. Näher zur Sicherungsverwahrung unten S. 244 ff.

¹⁹⁴ BVerfGE 125, 260 ff.

¹⁹⁵ BVerfGE 125, 260, 322.

anders: Eine Verletzung liege deshalb nicht vor, weil die Speicherung inhaltlich und zeitlich begrenzt sei und sie keine Totalerfassung der Kommunikation der Bürger insgesamt darstelle.¹⁹⁶ Dies entspricht einer inhaltlichen und zeitlichen Grenzziehung, die unabhängig von eventuell bestehenden Schutzinteressen gezogen wird und damit eher einer kategorischen Grenzziehung ähnelt. Angesichts der unmittelbar aufeinanderfolgenden Nennung von Menschenwürdekern und Wesensgehalt lässt sich diese absolute Wirkung nicht nur auf die unabwägbare Menschenwürde beziehen.

Ähnliche Schlussfolgerungen lassen sich aus der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehlgesetz ziehen,¹⁹⁷ deren hier relevante Passagen sich später ebenso in einer stattgebenden Kammerentscheidung gegen die Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls finden.¹⁹⁸ Der Gesetzgeber habe „über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt“, also verhältnismäßig sei.¹⁹⁹ Aus der Wortwahl kann man zwei Schlüsse ziehen: Zum einen besteht keine Identität von Wesensgehaltsschutz und Verhältnismäßigkeit, denn die Abwägung geht „über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus“, ist mithin von dieser zu trennen. Zum anderen folgt daraus, dass für das Bundesverfassungsgericht der Schutz über die Verhältnismäßigkeit weitergehend als der des Wesensgehaltes ist, dieser vielmehr eine von Abwägungsgesichtspunkten unabhängige, engere Schranken-Schranke darstellen soll.

Eine klare Position des Bundesverfassungsgerichts zu Inhalt und Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie fehlt folglich. Trotz der genannten Passagen spielt diese für die eigentlichen Entscheidungen keine Rolle, sie beruhen maßgeblich entweder auf Verhältnismäßigkeitsabwägungen oder auf der Argumentation mit Art. 1 Abs. 1 GG. Dies wird in dem kürzlich ergangenen Urteil zum Bundeskriminalamtgesetz außerordentlich

¹⁹⁶ BVerfGE 125, 260, 322; ähnlich bereits E 100, 313, 376 f. auch zur Telekommunikationsüberwachung.

¹⁹⁷ BVerfGE 113, 273 ff.

¹⁹⁸ BVerfGK 16, 177 ff.

¹⁹⁹ BVerfGE 113, 273, 301; BVerfGK 16, 177, 183.

deutlich; in den Entscheidungsgründen werden basierend auf Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten umfangreich (fehlende) verfahrensrechtliche Absicherungen gefordert trotz gleichzeitiger Betonung, wie intensiv doch teilweise die geregelten Eingriffe sind.²⁰⁰ Eine Überprüfung, ob angesichts des festgestellten Ausmaßes der Wesensgehalt der betroffenen Grundrechte gewahrt ist, klingt in den Gründen nicht an; Art. 19 Abs. 2 GG wird nicht einmal erwähnt. Unmissverständliche Kritik an der Überdehnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips findet sich in den Sondervoten der Richter *Eichberger* und *Schluckebier*. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gestatte es dem Gericht nicht, dem Gesetzgeber derart diffizile, detaillierte Vorgaben zu machen und sich damit weitgehend an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.²⁰¹ Dem ist zuzustimmen und zugleich danach zu fragen, ob anstelle dessen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber durch die erwägenswerte vermehrte Stützung auf „harte“ Grenzen – wie sie eventuell die Wesensgehaltsgarantie ist – eher der notwendige Gestaltungspielraum gewährleistet wird.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt Art. 19 Abs. 2 GG demzufolge keine bedeutsame Norm der Grundrechtssicherung dar, jedenfalls in der Hinsicht, sie zwingend bei intensivsten Eingriffen auch als (relevante) Entscheidungsgrundlage anzuführen. Die jüngere Rechtsprechung setzt damit die frühere fort: Fehlende Homogenität und sich widersprechende Äußerungen lassen eine eindeutige Auslegung vermissen.²⁰²

c) Ursachen der geringen Entscheidungsrelevanz und Verwendung

Die Ursachen der geringen Entscheidungsrelevanz sind vielfältig, aber auch relativ eindeutig: Neben der nur sehr schwach ausgeprägten

²⁰⁰ BVerfGE 141, 220, 275 f., 298 ff., 333 ff.

²⁰¹ BVerfGE 141, 220, 353 ff., 362 ff.

²⁰² *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 122, 131; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 144; v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 50; schwankend *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 850 f.: „Eine eindeutige Festlegung des Gerichts zur Auslegung des Art. 19 Abs. 2 GG existiert jedenfalls nicht“, dagegen S. 853: „Analysiert man die spärliche Judikatur des Gerichts [...], so wird man feststellen können, daß das Gericht im Wesensgehaltsschutz eine ‚absolute Grenze‘ erblickt [...].“

Kasuistik sowohl in Rechtsprechung und Literatur²⁰³ ist auch die andauernde Unentschiedenheit des Auslegungstreits²⁰⁴ gerade auch mangels Festlegung des Bundesverfassungsgerichts²⁰⁵ sowie die alleinige Entscheidungspraxis des Gerichtes über Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte²⁰⁶ ursächlich.

2. Vorbildwirkung

Im Gegensatz zu der konstatierten Vernachlässigung steht dagegen die „Erfolgsgeschichte“ des Art. 19 Abs. 2 GG, die „Vorbildwirkung“²⁰⁷ durch Übernahme in andere Verfassungen²⁰⁸ bzw. supranationale Ordnungen²⁰⁹ oder auch ohne verfassungstextliche Bezugnahme in die Rechtsprechung oberster Gerichte anderer Staaten als Begründungstopos²¹⁰. Aufgrund dessen wird die Wesensgehaltsgarantie als der „erfolgreichste grundrechtliche ‚Export-Artikel‘ des deutschen Grundgesetzes“ bezeichnet.²¹¹ Ohne dass dies hier die geeignete Stelle

²⁰³ Befund auch bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 31, 71; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324, der selbst allerdings auch nur „Grundlinien“ entwickelt. Vgl. auch v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114, der allerdings ebenso keine tiefgehende Systematik und Fallgruppenbildung aufstellt. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 863, fordert ein „schärferes Profil“ für Art. 19 Abs. 2 GG.

²⁰⁴ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 12.

²⁰⁵ Kritisch hierzu insbesondere auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 856: „Das Gericht hat kaum einen wissenschaftlichen Beitrag zur Interpretation aufgegriffen, geschweige denn verarbeitet.“ Vgl. auch *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 328.

²⁰⁶ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 839 f.; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 8; hieran anschließend v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 49 f. ²⁰⁷ *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschränken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 76 f.

²⁰⁸ U.a. in Art. 36 Abs. 4 der Schweizer Bundesverfassung, Art. 53 Abs. 1 S. 3 der spanischen Verfassung, Art. 18 Abs. 3 der portugiesischen Verfassung; § 11 der estnischen Verfassung; weitere bei *Häberle*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 7 Rn. 36 m. Fn. 73.

²⁰⁹ Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh.

²¹⁰ Vgl. die Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, etwa Erkenntnis v. 03.12.1980, B 206/75, VfSlg 8981/1980 m. w. Nw.; hierzu *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 104 ff.; die Rechtsprechung des EGMR, Ur. v. 12.07.2003, 42527/98, NJW 2003, 649, 650, 652; Ur. v. 18.02.1999, 26083/94 u.a., JuS 2000, 388, 388; Ur. v. 03.04.2012, 54522/00, NJOZ 2013, 1355, 1360; beginnend mit Ur. v. 23.07.1968, 1474/62 u.a., EuGRZ 1975, 298, 300.

²¹¹ *Häberle*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 7 Rn. 36. Vergleichbar auch BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 1: „Siegeszug als wichtigster ‚Exportartikel‘ des GG in Europa“; v. *Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165, 172, spricht von dem „verfassungsrechtliche[n] Exportschlager“.

wäre, diese Garantien in den anderen Rechtsordnungen näher zu analysieren,²¹² zeigt es doch einen gewissen Widerspruch zwischen der deutschen Praxis und der erwarteten Bedeutung aufgrund vielfältiger Übernahme in andere Verfassungen, die trotz der geringen Relevanz des Vorbildes den Schutz des Wesens eines Grundrechtes für elementar und normierungsbedürftig hielten.²¹³

B. Wesen und Wert abwägungsfester Grundrechtsgehalte

„Abwägung ist operationalisierte Gerechtigkeit, Gerechtigkeit in Aktion.“²¹⁴

Der Streit um die Auslegung der Wesensgehaltsschranke ist bestimmt von der Diskussion um die Absolutheit oder Relativität des gewährten Schutzes. Während die Vorzüge ,aber auch die Nachteile um den Abwägungstopos seit langem aufgearbeitet und auch regelmäßig Gegenstand neuer wissenschaftlicher Behandlung sind,²¹⁵ finden sich

²¹² Vgl. u.a. zur Rechtsprechung des EGMR und des UN-Menschenrechtsausschusses v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 9 f., 119 ff., 168 ff., 187 ff.; *ders.*, Der Staat 50 (2011), 165 ff.; zur Rechtsprechung des EGMR *Klein*, Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR VI/1, § 150 Rn. 26; zur Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 104 ff.; zur Schweiz, Österreich, Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh und der Rechtsprechung des EGMR und des französischen Conseil constitutionnel *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 78 ff.; zu Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh *Ehlers*, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: *ders.* [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 14 Rn. 108 f.; zu Spanien kurz v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 204.

²¹³ Gleichwohl fehlen in der Rechtsprechung einiger Staaten bzw. Staatenverbänden ebenso teilweise Konkretisierungsversuche und tatsächlich eindeutige Äußerungen ähnlich wie in Deutschland; vgl. im Überblick *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 87; „Leerformel“ für Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh bei v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 202.

²¹⁴ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 484.

²¹⁵ Siehe nur beispielsweise *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 127 ff., 151 ff.; *Christensen/Lerch*, JZ 2007, 408 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 94 ff., 325 ff.; *Hofmann*, Abwägung im Recht, passim; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, passim; *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, passim; *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer u.a. [Hrsg.], Staat im Wort, S. 253 ff.; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 120 ff.; aus der U.S.-amerikanischen Debatte u.a. *Aleinikoff*, Yale Law Journal 96 (1987), 943 ff.; *Ely*, Harvard Law Review 88 (1975), 1482 ff.; *Webber*, The Negotiable Constitution, passim; vgl. auch die Beiträge von *Möller*, Constructing the Proportionality Test; *Bilchitz*, Necessity and Proportionality; v. *Bernstorff*, Proportionality

deutlich weniger Analysen über das Wesen und den Wert kategorischer, abwägungsresistenter Grundrechtsgehalte. In gebotener Kürze sollen mögliche Faktoren und Vorzüge abwägungsunabhängiger Grenzen für den Grundrechtsschutz erarbeitet und beschrieben werden. Ziel ist dabei nicht, die Sinnhaftigkeit von Abwägung und Verhältnismäßigkeit grundsätzlich in Frage zu stellen. Abwägung in Form des Vergleiches und Gewichtens betroffener Rechtsgüter oder Grundrechte ist aus der Praxis und der gegenwärtigen Grundrechtsdogmatik nicht wegzudenken.²¹⁶ Trotz der teils zu Recht bestehenden Vorbehalte ist Abwägung angesichts der Komplexität und Vielgestaltigkeit möglicher Sachlagen auch grundsätzlich zur Schaffung von (Einzelfall-)Gerechtigkeit notwendig und unabdingbar.²¹⁷

Zweck dieses Abschnitts ist vielmehr darzulegen, ob aus Grundrechtsperspektive Gründe bestehen, neben²¹⁸ gewichtender Entscheidungsfindung auf abwägungsresistente Grenzen für staatliches Handeln abzustellen, insbesondere wegen der hier gewählten Thematik bei kern- bzw. wesensgehaltsrelevanten Eingriffen. Zugleich ist es naturbedingt nur begrenzt möglich, Vorzüge kategorialer Entscheidungsfindung hervorzuheben, ohne sich hierbei auch gelegentlich kritisch zu gewichtender Argumentation zu äußern. Eine generelle Ablehnung von Verhältnismäßigkeit und eine damit möglicherweise einhergehende, umfassende Neusystematisierung der Grundrechtsdogmatik in Bezug auf die Sinnhaftigkeit von Einzelfallabwägung ist damit aber hier nicht verbunden.²¹⁹ Dementsprechend unterscheidet sich die nachfolgende Argumentation teilweise deutlich von denen, die *anstelle* von Proportionalität und

Without Balancing und von *Yowell*, Proportionality in United States Constitutional Law, jeweils in: Lazarus/McCruden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 31 ff.; 41 ff.; 63 ff.; 87 ff.

²¹⁶ *Aleinikoff*, Yale Law Journal 96 (1987), 943, 943.

²¹⁷ Statt vieler *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 486.

²¹⁸ Keine Aufgabe der Abwägung, sondern Ergänzung um kategorische Gehalte – somit kein Verzicht auf Grundrechtsschutz, wie wenn vollständig auf eine abwägungsbasierte Entscheidung verzichtet würde, vgl. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 322 f.

²¹⁹ Vgl. zu solchen Ansätzen aber u.a. *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, passim; v. *Bernstorff*, Proportionality Without Balancing, in: Lazarus/McCruden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 63 ff.; *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165 ff.

Relativität mehr oder rein abwägungsunabhängige Grundrechtsgehalte zu etablieren versuchen.

I. Wesen kategorischer Grundrechtsgehalte

Das Wesen kategorischer Grenzen bzw. abwägungsfester Grundrechtsgehalte ist diametral verschieden von dem der Abwägungsmethode: Bei der Verhältnismäßigkeit erfolgt eine Interessenabwägung verschiedener Grundrechte, Rechtsgüter und sonstiger Interessen, gegebenenfalls auch sonstiger „Werte“, deren Realisierung bzw. Nichtrealisierung im Einzelfall zu eruieren und die Wertigkeit der gegenüberstehenden Interessen zu gewichten und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen ist.²²⁰ Es erfolgt eine Zweck-Mittel-Relation.²²¹

Anders als bei jeglicher Proportionalitätsmethodik spielen bei den absoluten Grenzen nach dem hier entwickelten Verständnis die Grundrechte oder Interessen anderer Grundrechtsträger oder Interessen des Staates keine Rolle, sondern bleiben bei der Ermittlung dieser Schrankenziehung vollkommen unberücksichtigt; die zu erforschende Eingriffsgrenze ist „abwägungsresistent“.²²² Zentrale Methode der Ermittlung ist die Auslegung der Norm (an dieser Stelle natürlich Verfassungsnorm), die sich rein nach dem Inhalt der Norm richtet und gänzlich unabhängig von entgegenstehenden Interessen zu bestimmen ist. Dabei sind zwar andere Grundrechte und Rechtspositionen insofern zu berücksichtigen, als sie insbesondere für die systematische Auslegung

²²⁰ Vgl. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 785, 814 ff.; BVerfGE 7, 198, 210 f., 220: „Es wird deshalb eine ‚Güterabwägung‘ erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln. [...] Da im Zusammenleben in einer großen Gemeinschaft sich notwendig ständig Interessen- und Rechtskollisionen zwischen den einzelnen ergeben, hat im sozialen Bereich ständig ein Ausgleich und eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte nach dem Grade ihrer Schutzwürdigkeit stattzufinden.“

²²¹ *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 23.

²²² Vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 12; *ders.*, Der Staat 50 (2011), 165, 173; *Baldus*, AöR 136 (2011), 529, 530. Zum Kernbereich privater Lebensgestaltung BVerfGE 34, 238, 245: „Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.“

heranzuziehen sind, eine Berücksichtigung entgegenstehender Rechte ist aber wegen der Abwägungsresistenz ausgeschlossen. Die durch die Auslegung ermittelte Begrenzung staatlichen Handelns ist damit absolut, der unantastbare Gehalt kann nicht durch entgegenstehende Rechtsgüter gleich welchen Gewichts, gleich in welcher Ausnahmesituation, eingeschränkt werden. Auch eine verdeckte oder implizite Abwägung hat zu unterbleiben.²²³

Die Unabwägbarkeit (auch bereits auf Bestimmungsebene²²⁴) muss zur Folge haben, dass sich unabwägbar Grundrechtsinhalte eher in geringerem Maße, für extreme Situationen und für besonders schützenswerte Schutzbereichsteile ziehen lassen, etwa als letzte „Minima“ des (Grund-)Rechtsschutzes, als Gewährleistung aufgrund spezieller, eindeutiger Verbote (z.B. Verbot der Folter und der Todesstrafe) oder Ähnlichem.²²⁵ In der Mehrzahl der übrigen Fälle stellt sich verstärkt die Frage, inwieweit die Freiheitsausübung mit anderen Freiheiten kollidieren und diese eventuell zurückdrängen kann oder selbst zurücktreten muss. Eine rein abwägungsfrei orientierte Entscheidungsfindung würde durch zu abstrakte Grenzen zu Problemen in der Gleichbehandlung führen, indem Ungleiches nach der Regel gleich behandelt wird.²²⁶ Am Beispiel der nächtlichen Ruhe wird dies deutlich: Ab welcher Lautstärke muss die allgemeine Handlungsfreiheit der feiernden Personen gegenüber dem Recht der Nachbarn auf Ruhe und eventuell auch auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurücktreten und ab welcher Uhrzeit?²²⁷ Welche Grenze kann der

²²³ So (leider teilweise zu Recht) der Vorwurf von *Meister*, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, S. 113 f.; *Klatt/Meister*, I-Con 10 (2012), 687, 701. In zu vielen Fällen absoluter Theorien wird in den entscheidenden, kritischen Fällen abwägend bzw. abwägungsorientiert argumentiert.

²²⁴ Zur nur vorgezogenen Abwägung auf der Definitionsebene sogleich.

²²⁵ So auch für Art. 1 Abs. 1 GG *Ladeur/Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, S. 29; für die Wesensgehaltsgarantie v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55.

²²⁶ Vgl. hierzu *Schauer*, Playing by the rules, S. 137; zur Gefahr, absolute Grenzen zu weit zu interpretieren und dadurch deren Bedeutung abzuschwächen bzw. zu beseitigen *Isensee*, AöR 131 (2006), 173, 187 ff.

²²⁷ Ähnlich *Ely*, Harvard Law Review 88 (1975), 1482, 1501 für „sound-trucks“, deren Verwendung in Krankenhaushöhe oder in der Nacht nicht durch kategorische Methoden bestimmt werden kann.

Gesetzgeber, welche der Richter oder die einschreitende Exekutive für „korrekt“ halten? Derartige Fragen lassen sich nicht durch kategoriale Auslegung auflösen; es ist nicht bestimmbar, welcher Inhalt bzw. hier welche Lautstärke abwägungsfrei der allgemeinen Handlungsfreiheit den „Ruhestörern“ zukommt. Nur durch einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Rechte ist in diesen Fällen ein gerechtes Ergebnis zu ermitteln. Durch diese Zurücknahme kategorischer Entscheidungsfindung auf spezifische, umgrenzte Fälle entfallen auch die deutlichsten Kritiken an ihr – so werden weder Fälle umfasst, die einer kategorischen Entscheidung gar nicht sinnvoll zuzuführen sind noch Sachverhalte ausgeschlossen, die sie eigentlich erfassen sollten.²²⁸ Auch die oftmals angenommenen Entscheidungsspielräume im kategorialen Argumentationsmodus²²⁹ können sich so deutlich zurückdrängt werden. Absolute Entscheidungsfindung ist nach dem hier zugrunde gelegten Modell nur ein Teil der Entscheidungsfindung, die neben anderen, nicht kategorial argumentierenden Methoden anzuwenden ist.

Von der hier als „absolut“ gedachten Methode sind auch diejenigen zu trennen, die mehr oder minder nur scheinbar abwägungsunabhängig sind und bei denen nur das Ergebnis, nicht aber die Vorgehensweise und die Ermittlung kategorial sind. Dazu gehört insbesondere das sogenannte *definitional balancing*²³⁰, bei dem in einem vorgezogenen Abwägungsverfahren bestimmt wird, ob bestimmte Tätigkeiten überhaupt geschützt sein sollen. In der Rechtsprechung des US Supreme Court besteht zum Beispiel das Verbot von Kinderpornographie, welches wegen der Kindesschutzinteressen das Recht der Meinungsfreiheit aus dem *First Amendment* der U.S.-amerikanischen Verfassung so massiv überwiege, dass keine Einzelfallabwägung erforderlich sei.²³¹ Absolut ist dann aber

²²⁸ Vgl. dazu *Schauer*, *Playing by the rules*, S. 31 ff.; *Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, S. 73.

²²⁹ *Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, S. 75.

²³⁰ Hierzu v. *Bernstorff*, *Proportionality without Balancing*, in: *Lazarus/McCruden/Bowles* [Hrsg.], *Reasoning Rights*, S. 63, 76; *ders.*, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, S. 12 (zum weiten Verständnis des Wesensbegriffs v. *Bernstorffs*), 69 ff., 94 f.

²³¹ Vgl. v. *Bernstorff*, *Der Staat* 50 (2011), 165, 174 mit Fn. 27; *ders.*, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, S. 69 ff. (der dies als kategorialen Argumentationsstil ansieht), jeweils mit Verweis auf U.S. Supreme Court, *New York vs. Ferber*, *Urt. v. 02.07.1982*, 458 U.S. 747,

nur die Folge, dass diese Tätigkeiten nach der (vorgezogenen) Abwägung definitiv und generell nicht mehr zum geschützten Verhalten zählen sollen, während die Schutzbereichsbestimmung in einem Abwägungsverfahren erfolgt und somit die Abwägung nur vorverlagert wird.

II. Wert abwägungsunabhängiger Verbote

Kategorische Grenzen, Rechtsetzungen und Gehalte finden sich immer weniger in unserer Rechtsordnung: Durch den Einfluss des Verfassungsrechts auf das einfache Recht ist in fast jeder Situation bei der Anwendung der Normen der Einfluss der Grundrechte und des gesamten Verfassungsrechts auf die zugrundeliegende Tätigkeit zu berücksichtigen; in so vielen Sachlagen stehen sich (Grund-)Rechte gegenüber, die in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.

Angesichts dieser Vielzahl an (unvorhersehbaren) Lebenslagen scheint es zweifelhaft, ob abwägungsunabhängige Ge- oder Verbote, die Rechte und Interessen anderer unberücksichtigt lassen, in unserer heutigen üblichen, ausdifferenzierten Entscheidungsfindung nicht eher „Rückschritt“ oder „Bremse“ der (gerechten) Entscheidungsfindung sind. Die Probleme solcher Schranken-Schranken zeigen sich bereits an Art. 1 Abs. 1 GG. Trotz der Einstufung als „oberster Wert“ des Grundgesetzes²³² und Einigkeit über die restriktive Anwendung des Antastverbots²³³ dauern die Versuche an, angesichts neuer Entwicklungen oder technischer Möglichkeiten, u.a. im Bereich der Biotechnologie, den scheinbar einfacheren Weg zu gehen und auch die Abwägungsfähigkeit des „Allerheiligsten“ der Verfassung zu fordern.²³⁴

Vorzüge oder jedenfalls Argumente für abwägungsunabhängige Grenzsetzungen müssen erst einmal bestimmt werden.

S. 747, 763 f.: „[T]he evil to be restricted so overwhelmingly outweighs the expressive interests, if any, at stake, that no process of case-by-case adjudication is required.“

²³² BVerfGE 6, 32, 41; E 27, 1, 6; E 30, 173, 193; E 32, 98, 108; E 45, 187, 227.

²³³ Statt vieler Dreier/*ders.*, GG I, Art. 1 I Rn. 43, 47 ff.; Sachs/*Höfling*, GG, Art. 1 Rn. 18; Maunz/*Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 44.

²³⁴ Ähnlich kritisch auch v. *Bernstorff*, JZ 2013, 905, 913: „Wichtig ist nur, dass über den Verlauf der Grenze gestritten wird und nicht die Existenz der Grenze in Frage gestellt wird.“ Vgl. auch *Isensee*, AöR 131 (2006), 173, 199.

1. Klarheit und Vorhersehbarkeit

a) Stoppsignal und Grundrechtsschutz

Im Gegensatz zu abwägungsbasierten Entscheidungen stehen abwägungsunabhängige Grenzen für eine klare Entscheidung, ein deutliches Stoppsignal an den Rechtsanwender: Bis hier hin und nicht weiter.²³⁵ Ein eindeutiger Maßstab wie etwa feste, einzuhaltende Grenzwerte im Umweltbereich lassen sich leichter befolgen und die Einhaltung kontrollieren als eine „angemessene Luftreinhaltung“. Ein unabwägbares Verbot beinhaltet eine unveränderliche Entscheidung, die gerade nicht in jedem Einzelfall aufgrund der in jedem Sachverhalt unterschiedlich zu gewichtenden und auch gehäuft auftretenden Interessen zu einem anderen Ergebnis kommen kann. Egal, wie hoch die Zahl an entgegenstehenden Rechten ist und wie gewichtig ihre Erfüllung sein mag, ein Überwiegen bzw. auch nur eine Berücksichtigung in der Bestimmung der kategorischen Grenze ist und muss ausgeschlossen bleiben, soll sie ihren Charakter nicht verlieren. Damit einhergehend ist der Schluss, dass kategorische Grenzen aufgrund ihrer Unabhängigkeit gerade in Krisenzeiten den Grundrechtsschutz besser verteidigen als abwägungsorientierte Entscheidungen.²³⁶ Der Argumentation, nur die Abwägung könne wegen der ausgleichenden Gewichtung der Interessen des Staates, des Bürgers und der Bürger untereinander zu gerechten Entscheidungen führen,²³⁷ kann Verschiedenes entgegengehalten werden. Zunächst: Sind kategorische Verbote normativ vorgesehen, sind sie mit ihren Vor- und Nachteilen anzuwenden. Allein ihre Existenz legitimiert und verpflichtet zur Anwendung.

²³⁵ Für die Menschenwürde *Ladeur/Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, S. 10; vgl. auch *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 47: „Die Absolutheit des Würdeschutzes kommt der menschlichen Sehnsucht nach einfachen Gewissheiten entgegen, die den Urteilenden von der Last komplexer Abwägung möglichst befreien. Diese Sehnsucht befriedigen kategorische Verbote, die sich auf möglichst wenige, vorzugsweise sinnlich begreifbare Elemente des Verletzungsurteils stützen. Dafür eignen sich am besten Ableitungen, die auf einer möglichst hohen Abstraktionsstufe rein *gegenständlich-modal* begründet werden (etwa: kategorisches Verbot *jedlichen* Abhörens oder visueller Ausforschung des Wohnraumes, Verbot *jeder* Zwangsernährung). Denn sie entbinden von Differenzierungen nach der Finalität eines Eingriffes und seiner Intensität im Einzelfall.“ – Hervorhebung i.O.

²³⁶ Vgl. *Ely*, Harvard Law Review 88 (1975), 1482, 1500.

²³⁷ Vgl. *Sullivan*, Harvard Law Review 106 (1992), 22, 66 f.

Weiterhin sind zwei Punkte gegen das Argument der fehlenden Flexibilität und Starrheit kategorischer Normen einzuwenden: Die Starrheit besteht primär in Bezug auf die Irrelevanz entgegenstehender Belange im Rahmen einer (wie auch immer gearteten) Gewichtung und Proportionalität. Dies bedeutet aber nicht, dass der so ermittelte Gehalt bis in alle Zeiten unverändert bleibt oder bleiben muss. Vielmehr folgt bereits aus der Entwicklung durch Auslegung die dieser immer zukommende Möglichkeit der Auslegungsänderung²³⁸ durch Verfassungswandel und geänderte Ansichten.²³⁹ Aufgrund geänderter Gesamtumstände kann sich nicht nur die Auslegung einer Norm, sondern auch die einer kategorischen Grenze bzw. eines abwägungsunabhängigen Grundrechtsgehaltes ändern und dem veränderten Gesellschaftsbild anpassen.²⁴⁰

Wegen der bereits angesprochenen Typik kategorialer Verbote als grundsätzlicher Ausnahmefall des Schutzes minimaler, unentziehbarer Freiheitsverbürgungen kann und soll sich eine solche Auslegungsänderung zugegebenermaßen aber auch deutlich seltener vollziehen als bei einer durch Abwägung ermittelten Auslegung. Sonst kann sich die mit der Abwägungsresistenz verknüpfte Regelwirkung auch kaum entfalten²⁴¹ und es widerspräche dem Charakter einer absoluten Norm, wenn man die Starrheit vor Abwägung „durch die Hintertür“ durch allzu leichte Auslegungsänderung umgehen könnte.

Eine weitere Lockerung der Inflexibilität besteht in der Möglichkeit, Ausnahmen von der gewichtungsresistenten Norm zuzulassen: Ebenso wie die Einführung einer kategorischen Grenze einer Normierung zugänglich ist, könnte die Norm selbst auch spezifische Ausnahmen von der Abwägungsunabhängigkeit enthalten oder auch nachträglich einführen – sofern kein höherrangiges Recht entgegen steht.²⁴² Jede Bestimmung regelt selbst, wie weit ihr Regelungsgehalt gilt und wenn von diesem Regelungsgehalt gewisse Sachverhalte oder Merkmale

²³⁸ BVerfGE 34, 269, 288.

²³⁹ So auch *Webber*, *The Negotiable Constitution*, S. 144; *Isensee*, *Tabu im freiheitlichen Staat*, S. 46.

²⁴⁰ Zu den damit einhergehenden weit(er)gehenden Begründungspflichten sogleich.

²⁴¹ Dazu genauer sogleich.

²⁴² Ähnlich v. *Bernstorff*, *Der Staat* 50 (2011), 165, 175 f.

ausgenommen sind, kommt ihnen diese Wirkung (hier die absolute) nicht zu. Auf Ebene der Verfassung müssten diese natürlich die Garantien der Ewigkeitsklausel von Art. 79 Abs. 3 GG beachten.

Auch an dieser Stelle ist wieder darauf hinzuweisen, dass die Norm durch beliebige Ausnahmemöglichkeiten und zu freizügige Interpretationen von Ausnahmen nicht ihren absoluten Charakter verlieren darf.²⁴³ Derartige Perspektiven würden den Zweck unabwägbarer Grenzen wieder zunichtemachen. Vor allem aber können Ausnahmen nur da begründet werden, wo sie mehr oder minder (explizit) erkennbar zugelassen sind, ungeschriebene Ausnahmefälle oder rechtswertungsfreie Räume, die in Grenzsituationen, vor denen die absolute Norm eventuell gerade schützen soll, ohne normative Rückanknüpfung gelten sollen, sind damit auszuschließen.²⁴⁴

b) Stärkere Regelerorientierung

Mit dem deutlichen Stoppsignal und der klaren Entscheidung eines abwägungsresistenten Verbotes geht auch eine stärkere Regelerorientierung einher.²⁴⁵ Bedingt durch die Abwägungsunabhängigkeit entstehen für zukünftige Entscheidungen klarere Vorgaben über die Einhaltung der Norm als bei einem gewichtenden Ansatz, der (mehr oder weniger) jedes Mal von den spezifischen Umständen des Einzelfalles und deren rechtlicher wie auch tatsächlicher Gewichtung abhängig ist.

Das stärkere Abstrahieren lässt die entwickelten Schutzgehalte in gleichartigen oder verwandten Fällen besser als Bewertungsmaßstab aktivieren.²⁴⁶ Dies folgt daraus, dass diese abstraktere Entscheidung unabhängig von den im Einzelfall entgegenstehenden Interessen auch dazu zwingt, mehr als nur den konkreten Fall im Blick zu haben und für

²⁴³ So auch v. *Bernstorff*, *Der Staat* 50 (2011), 165, 176.

²⁴⁴ So zu Recht die Kritik von *Pawlik*, *FAZ* v. 29.09.2008, S. 37 zu verschiedenen Ausnahmesituationen und „rechtswertungsfreien Räumen“ bei *Ladeur/Augsberg*, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, u.a. S. 32, 40, 42 f.

²⁴⁵ *Rusteberg*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, S. 64, 69; v. *Bernstorff*, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, S. 12, 80; *ders.*, *JZ* 2013, 905, 914.

²⁴⁶ v. *Bernstorff*, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, S. 67; *ders.*, *Der Staat* 50 (2011), 165, 173.

die Bestimmung der Grenze die Bedeutung für das (Grund-)Recht als solches zu berücksichtigen.²⁴⁷

Zuzugestehen ist natürlich, dass auch Abwägungsentscheidungen auf zukünftige, ähnlich gelagerte Fälle unter Berücksichtigung der jeweils bestehenden Unterschiede übertragbar sind.²⁴⁸ Die Gewichtung und die genaue Berücksichtigung der Divergenzen sind aber der Unsicherheitsfaktor, der zu weniger Generalisierung führt.²⁴⁹

Mithin führen kategorische Verbote trotz der bereits angesprochenen (gebremsten) Fortentwicklungsmöglichkeiten zu einer ausgeprägteren Regelorientierung.

c) Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung

Mit der ausgeprägteren Regelorientierung gehen unmittelbar auch zwei Folgewirkungen einher: Die größere Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung und die mögliche Orientierung des Gesetzgebers an den regelhaften Verboten. Zunächst zur besseren Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung: Absolute Verbote führen aufgrund ihrer Unabhängigkeit des Ergebnisses von entgegenstehenden Interessen im jeweiligen Einzelfall zu größerer Berechenbarkeit in der Judikatur.²⁵⁰ Durch die Regelförmigkeit können bereits getroffene Entscheidungen mangels notwendiger Einzelfalluntersuchung aller zu berücksichtigender Belange in zukünftigen, ähnlichen Fällen eher abgerufen werden, wodurch auch eine Entlastung der Gerichte erreicht werden kann, die gerade auch in (Ausnahme-)Situationen mit hohem politischen Druck sichtbar werden könnte.²⁵¹ Ein definitives Verbot, auf dass sich in einer solchen Situation

²⁴⁷ v. Bernstorff, Proportionality without Balancing, in: Lazarus/McCruden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 63, 85.

²⁴⁸ So u.a. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 152; Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 122, 258; hieran anschließend Meister, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, S. 156.

²⁴⁹ Zu fehlender Verallgemeinerungsfähigkeit Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 799; Müller, Die Einheit der Verfassung, S. 199.

²⁵⁰ Schauer, Playing by the Rules, S. 137 ff. auch zu Nachteilen, die m.E. bei der hier intendierten Konzeption angesichts der Beschränkung kategorischer Verbote auf eng umgrenzte Fälle nicht so sehr ins Gewicht fallen; zu fehlender Bindungswirkung und Rechtsunsicherheit bei Abwägung Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 62 f., 69; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 72; v. Bernstorff, Proportionality without Balancing, in: Lazarus/McCruden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 63, 67.

²⁵¹ v. Bernstorff, Der Staat 50 (2011), 165, 187; ders., Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 67.

gestützt werden kann, bringt verbunden mit dem „Stopp-signal“ eine erleichterte Entscheidung.²⁵² Die Folge dessen ist mehr Rechtssicherheit,²⁵³ an der es abwägungsbasierter Rechtsprechung durch die Relativität eher fehlt, da sie zwangsläufig nur zu einer vorläufigen und bedingten Verbindlichkeit führen kann.²⁵⁴ Zwar lässt sich auch Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung u.a. durch lange Konkretisierung in gewissem Maße hervorsehen,²⁵⁵ jedoch nicht in gleichem Umfang.

d) Orientierungswirkung für den Gesetzgeber und andere Gewalten

Sowohl aus der Bedeutung eines eindeutigen Verbotes als auch der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen der Rechtsprechung folgt die höhere Eignung als Orientierung für den Gesetzgeber – die nicht zuletzt weniger abhängig und beeinflussbar von äußeren oder kurzfristigen Einflüssen wie z.B. der Medien²⁵⁶ ist als die Abwägungsentscheidung.²⁵⁷ In diese Richtung geht auch die Kritik an der Entdifferenzierung der Grundrechte und der damit einhergehenden Ausweitung des richterlichen Entscheidungsspielraums und Verschiebung des Gewichtes zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht²⁵⁸, welche durch kategorische Schranken-Schranken jedenfalls vermindert werden könnte. Dies insbesondere angesichts der Entwicklung, dem Gesetzgeber nicht nur die

²⁵² Kritisch in Bezug auf einen absoluten Schutz von Wesensgehalten *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 112: „Ich halte einer solchen These entgegen, daß kein Verfassungsgericht in einem demokratischen Staatswesen, jedenfalls ohne eine *ausdrücklich* und eindeutig darauf abzielende Verfassungsbestimmung (und eine solche gibt es weder in der österreichischen Verfassungsordnung, noch denke ich, daß Art 19 Abs 2 GG sich tatsächlich so deuten läßt), je aussprechen wird, daß eine Maßnahme des Gesetzgebers zwar durch das Allgemeininteresse *gefordert* wird, aber an einer substanzhaft verstandenen Institutsgarantie eines Grundrechts scheitert.“ – Hervorhebung i. O. Die Auffassung von *Stelzer* sollte u.a. mit dem Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz widerlegt sein (welches zwar an Art. 1 Abs. 1 GG anknüpft, dies ist aber generell auf absolute Gehalte übertragbar), in der es trotz eventuell überwiegender Allgemeininteressen an dem kategorialen Anspruch des Art. 1 Abs. 1 GG festhielt (bei reiner Abwägung verbunden mit dem „Abzählen“ von Menschenleben wäre das Gericht m.E. nach wohl zu einer anderen Entscheidung gelangt).

²⁵³ *Schauer*, *Playing by the Rules*, S. 137 f.

²⁵⁴ *Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 219, 221; *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 69; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 72.

²⁵⁵ *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 122, 258; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 152.

²⁵⁶ *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 11: Einfluss von tagespolitischen Faktoren.

²⁵⁷ Vgl. *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 70.

²⁵⁸ Vgl. hierzu *Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 185, 217 ff., 223 ff. m. w. Nw.

verfassungsrechtlichen Grenzen eines Gesetzes aufzuzeigen, sondern auch gleich den einzuschlagenden, konkreten Weg vorzugeben,²⁵⁹ was zu berechtigter Kritik auch aus den eigenen Reihen des Bundesverfassungsgerichts geführt hat.²⁶⁰ Diese in manchen²⁶¹ Situationen bestehende Tendenz, aus Verhältnismäßigkeitserwägungen detaillierte Vorgaben für den Gesetzgeber zu entwickeln und damit mehr oder minder rechtsetzend tätig zu werden, würde durch weniger Abwägung zurückgehen. Die allerdings verbleibende Frage, ob Verfassungsgerichte durch kategoriale Grenzziehungen denn nicht eine stärkere Konfrontation mit dem Gesetzgeber bewirken, kann verneint werden. Zum einen würden nur verfassungsrechtlich vorgegebene und zudem als letzte Grenzen ausgestaltete Schranken-Schranken vollzogen. Zum anderen wirkt die stärkere Regelorientierung sekundär auch konfliktvermeidend, indem die mit der Regelwirkung einhergehende klare Grenzziehung längerfristige Konflikte verhindert.²⁶²

2. Erhöhte Begründungspflichten

Der besondere Schutz für die Grundrechte folgt auch aus stärkeren Begründungspflichten sowohl der Gerichte als auch der übrigen Staatsgewalten bei der Einhaltung (und Bestimmung) abwägungsresistenter Verbote.

Stärkere Begründungserfordernisse bestehen bereits für die konkrete Ermittlung der Grenze. Aufgrund der üblicherweise bestehenden Typik kategorischer Verbote als letzte Grenzen muss sich der Rechtsanwender der besonderen Sensibilität und Kerngehaltsrelevanz für die Grundrechte bewusst sein: In den Fällen möglicher Betroffenheit sind ausgesprochen sensible Bereiche berührt, die grundsätzlich zu Zurückhaltung bei Eingriffen aber auch mit mehr Begründungsaufwand dahingehend

²⁵⁹ Nachweise aus Rechtsprechung etwa BVerfGE 88, 203 ff.; E 117, 163 ff.; E 141, 220 ff.

²⁶⁰ Deutlich die Sondervoten der Richter *Eichberger* und *Schluckebier*, BVerfGE 141, 220, 353 ff., 362 ff.; weitere Nw. bei *Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 228 mit Fn. 201.

²⁶¹ Eine generelle „Ersatzgesetzgeberschaft“ ist dem BVerfG nicht vorzuwerfen.

²⁶² Ähnlich v. *Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165, 188 f. in Bezug auf völkerrechtliche Spruchkörper.

verbunden sind, warum diese Grenze hier noch nicht erreicht ist.²⁶³ Bei der Einhaltung kategorialer Grenzen kommt es deshalb wegen der angesprochenen Normstruktur zu einer Neuverteilung der Argumentationslasten: Der „simple“ Verweis auf höherrangige Rechtsgüter ist der Staatsgewalt versagt.²⁶⁴ Dies zwingt zu einer Auseinandersetzung mit und zu einer Bezugnahme auf die unabwägbareren Gehalte. Auch das Bundesverfassungsgericht müsste sich näher mit absoluten Gehalten beschäftigen und eine Nichtverletzung besonders begründen – dies gilt insbesondere dann, wenn der Antragsteller eine Verletzung explizit rügt.²⁶⁵

Durch die Regelwirkung der kategorialen Grenzen kommt es zu einer dauerhaften Strukturierung. Die einmal ermittelte Grenze und die Inhalte, die den abwägungsfesten Gehalten innewohnen, bestehen potentiell dauerhaft – die zugehörigen Inhalte können nun nicht mehr durch eine neue Situation mit gewichtigeren, entgegenstehenden Rechtsgütern überwunden und so die Grundrechtsposition versagt werden. Eine Präjudizienänderung ist zwar generell mit höheren Argumentationslasten verbunden,²⁶⁶ gewiss können auch kategoriale Grenzen einem Auslegungswandel unterliegen (deshalb auch potentiell dauerhaft).²⁶⁷ Anders aber als bei der Abwägungsmethode ist ausgeschlossen, dass eine Änderung allein durch eine neue Gewichtung²⁶⁸ der entgegenstehenden Belange erfolgt. Da das Ausmaß der Bindung an Präjudizien von den

²⁶³ Zu letzterem in Bezug auf die Wesensgehaltsgarantie v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 115.

²⁶⁴ Insbesondere in Bezug auf den eingreifenden Gesetzgeber v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 115 zu Art. 19 Abs. 2 GG; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 57 f.; zum Begründungsdefizit bei der Abwägungsmethode *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 64.

²⁶⁵ Zu Art. 19 Abs. 2 GG v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 58. Vgl. hierzu oben S. 38 f. zu Entscheidungen des BVerfG, in denen dieses trotz der Rüge einer Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG dazu keine Stellung genommen hat. Von den erhöhten Begründungspflichten ausgenommen sind gleichwohl solche Anträge, die offensichtlich von absoluten Grundrechtsgehalten entfernt sind.

²⁶⁶ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 335 ff.

²⁶⁷ Siehe oben S. 51.

²⁶⁸ Eventuell auch nur vorgeschobene Gewichtung, vgl. *Webber*, The Negotiable Constitution, S. 88: „The discourse of balancing and proportionality camouflages much of the scholar’s and the court’s thinking underlying rights.“

Abweichungsmöglichkeiten abhängt,²⁶⁹ ist eine Präjudizienabweichung abwägungsunabhängiger Verbote deshalb mit einer erheblich größeren Begründungslast (gerade angesichts der hier vorgeschlagenen Anwendung zum Schutz von Freiheitsminima) verbunden, warum ein Verhalten nun nicht mehr in den als abwägungsfest ermittelten Gehalt fallen soll.²⁷⁰ Dies schließt Willkür (insbesondere bei der erstmaligen Bestimmung) zwar nicht aus, sichert aber jedenfalls zukünftig die als dazugehörig bestimmten Gehalte.

3. Zweck des absoluten Kerngehaltsschutzes

Ein letztes, diesen Abschnitt abschließendes Argument betrifft den Sinn von (letzten) absoluten Grenzen als solche: Sie führen zu einem Gehalt, der unabhängig von anderen betroffenen Belangen nicht angetastet werden darf und können so bestimmte, konkrete und deshalb meist außergewöhnlich sensible, grundlegende Gehalte von jedem Eingriff freihalten. Sie dienen damit der Beschränkung der allgegenwärtigen Relativität, durch die es keinen Schutz auch vor extrem tiefgreifenden Eingriffen gibt, solange gewichtigere Gründe für ein Eingreifen bestehen. „Ein als überragend bewertetes Allgemeininteresse ist [...] im Endeffekt immer dazu in der Lage, jegliche entgegenstehende Individualposition einzuschränken.“²⁷¹ Dies gilt umso mehr, als nach der bereits beschriebenen Entwicklung auch bei Art. 1 Abs. 1 GG bisher als tabu bzw. „sakrosankt“ geltende Maßnahmen als legitime Mittel diskutiert werden.²⁷² Bestimmte, in jedem Fall zu schützende Grenzen müssen absolut gewährt werden, um einen Kern- und Mindestbestand an Freiheit abwägungsunabhängig zu sichern.²⁷³ Der intendierte Grundrechtsschutz kann aber nicht allein durch das Aufstellen solcher Normen erreicht werden, sondern hat nur das Potential hierzu und hängt insbesondere von

²⁶⁹ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 339.

²⁷⁰ Ähnlich v. Bernstorff, Der Staat 50 (2011), 165, 188 f.

²⁷¹ Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 72.

²⁷² Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 6.

²⁷³ So Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 7 in Bezug insbesondere auf Art. 79 Abs. 3 GG; v. Bernstorff, JZ 2013, 905, 915: „Ohne ein juridisch einlösbares Bild der letzten Grenze sind alle Grund- und Menschenrechte nichts.“ Zur Aushöhlung von Freiheiten im Sicherheitsrecht *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 42 ff.

der konkreten Auslegung, aber auch von der regelhaften Verwendung und den zu ermittelnden bzw. ermittelten Grenzziehungen ab.²⁷⁴

C. Inhalt der Wesensgehaltsgarantie

Der nachfolgende Abschnitt ist der Frage nach der Reichweite und der inhaltlichen Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG gewidmet: Welche Teile der Staatsgewalt sind als Adressaten an die Wesensgehaltsgarantie gebunden (I.) und welche „Grundrechte“ sind durch die Regelung in ihrer Substanz geschützt (II.)? Gilt der vermittelte Schutz für jeden einzelnen Grundrechtsträger oder nur für das Grundrecht „als solches“ (III.)? Und zuletzt: Gewährleistet Art. 19 Abs. 2 GG einen unabwägbaren Kern für jedes Grundrecht oder ist die Wesensgehaltsgarantie relativ zu verstehen (IV.)?

I. Adressaten

Neben der Bindung des einfachen Gesetzgebers kommen auch der verfassungsändernde Gesetzgeber, Exekutive und Judikative sowie der Hoheitsrechte übertragende Gesetzgeber sowie die Europäische Union als Verpflichtungsadressaten in Betracht.

1. Bindung des (einfachen) Gesetzgebers

Unbestritten ist der einfache Gesetzgeber an die Vorgaben des Art. 19 Abs. 2 GG gebunden, er ist auch der primäre Adressat der Wesensgehaltsgarantie.²⁷⁵ Dies zeigen auch die Äußerungen im Parlamentarischen Rat²⁷⁶ und ist auch folgerichtig, denn der Gesetzgeber ist als Normsetzer in der Lage, Grundrechte über die Gesetzesvorbehalte (und die verfassungsimmanen Schranken) zu beschränken. Um die

²⁷⁴ Vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehaltsschutz im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 79.

²⁷⁵ Vgl. nur v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 116; *BK-GG/Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 126 f.; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 34; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407; *BeckOK-GG/Enders*, Art. 19 Rn. 21; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 b; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 75; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 877; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 26.

²⁷⁶ Vgl. Abg. v. *Mangoldt*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 119, 150, 951: Bei Beschränkungen „durch Gesetz“. Bindung des Gesetzgebers als „historisches Ziel“ bei *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 75.

Funktion der Wesensgehaltsgarantie als Schranken-Schranke zur Sicherung der Grundrechte vor inhaltlicher Aushöhlung zu erfüllen, ist der die Grundrechte beschränkende Gesetzgeber an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden, um das beschriebene „Leerlaufen“ der Grundrechte wie in der Weimarer Zeit auszuschließen.²⁷⁷ Der damit begründete Schutz soll eine schleichende Entwertung und Entleerung eines Grundrechts durch den einfachen Gesetzgeber, ohne dieses formal zu beseitigen (dies ist bereits durch die spezifischen Vorgaben des Art. 79 GG ausgeschlossen)²⁷⁸, verhindern.

2. Keine Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers

Neben der Exekutive und der Judikative ist von besonderer Relevanz auch für spätere Konzeption, ob der Wesensgehaltsschutz an der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG teilhat und damit auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen ist. Dies wird überwiegend abgelehnt,²⁷⁹ es finden sich aber auch Ansichten, die das Antastungsverbot direkt²⁸⁰ oder auch mittelbar bzw. „materiell“ über andere Schutzgüter des Art. 79 Abs. 3 GG als geschützt ansehen.²⁸¹

Zwar legt der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 GG („In keinem Falle“) zunächst nahe,²⁸² dass jeder Akt der staatlichen Gewalt erfasst sein soll

²⁷⁷ Siehe hierzu oben S. 23 ff.

²⁷⁸ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 7; *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 18; ohne Art. 79 GG direkt anzusprechen auch *Krüger*, DVBl. 1950, 625, 627.

²⁷⁹ BVerfGE 109, 279, 310 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 405 ff.; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 128 f.; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 c; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 21; *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 30; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 10; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 65; *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 159; *Maunz/Dürig/Papier*, GG, Art. 13 Rn. 55; *Braun*, NVwZ 2000, 375, 382; *Petersen*, KJ 2004, 316, 317; *Erichsen*, NJW 1976, 1721, 1722; *Schoch*, DVBl. 1993, 1161, 1167; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 35.

²⁸⁰ *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 105; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 120; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 597; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 86 ff., 90, der die Änderungsresistenz aber auch mit Art. 1 GG begründet; ohne Begründung *Schelter*, ZRP 1994, 52, 55; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 1998, 87, 88.

²⁸¹ AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 20; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33; wohl auch *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 30 f.; *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), 326, 330; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 117.

²⁸² Vgl. *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 28; *Stern*, Staatsrecht III/2, 882.

und damit auch die verfassungsändernde Gewalt.²⁸³ Dies darf jedoch nicht zu voreiligen Schlüssen verleiten, denn diese Vorgabe gilt nur für die Normadressaten und legt diese nicht selbst fest. Vorgaben für die Zulässigkeit und Grenzen von Verfassungsänderungen für den verfassungsändernden Gesetzgeber finden sich allein in Art. 79 GG,²⁸⁴ der Art. 19 Abs. 2 GG aber nicht nennt. Auch historisch ist dies kein Versehen des Verfassungsgebers. Anträge im Parlamentarischen Rat, die Wesensgehaltsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG aufzunehmen, wurden von der Mehrheit im Hauptausschuss²⁸⁵ und im Plenum²⁸⁶ abgelehnt. Sowohl die Historie als auch Wortlaut und Systematik von Art. 79 Abs. 3 GG sprechen deshalb klar gegen eine Einbeziehung in den Ewigkeitsschutz. Ansichten, die Art. 19 Abs. 2 GG selbst unmittelbar durch Art. 79 Abs. 3 GG umfasst sehen, müssten somit mehr als nur überzeugende Argumente aufbringen. Die Auffassung von *Jäckel*, das Bundesverfassungsgericht hätte durch seine Formulierung im Urteil über das Saarstatut die Wesensgehaltsgarantie „mit den in Art. 79 Abs. 3 GG bezeichneten Grundsätzen auf eine Stufe gestellt und damit den besonderen Rang des Art. 19 Abs. 2 GG innerhalb der ihm formell gleichgeordneten Verfassungsnormen bekräftigt“,²⁸⁷ kann eine Zugehörigkeit zu Art. 79 Abs. 3 GG gegen den klaren Wortlaut und den expliziten Willen der Verfassungsväter und -mütter nicht begründen. Auch enthält die Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts²⁸⁸ abgesehen

²⁸³ Dies vertritt auch *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 87.

²⁸⁴ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33, 37; *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 31; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 c; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 404.

²⁸⁵ Abstimmung über den Antrag des Abg. *Seebohm* (DP-Fraktion) in der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 05.05.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 1806.

²⁸⁶ Abstimmung über den Antrag des Abg. *Seebohm* (DP-Fraktion) in der 9. Sitzung des Plenums am 06.05.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band IX, S. 470.

²⁸⁷ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 120 mit Verweis auf BVerfGE 4, 157, 169 f., wo es heißt „Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die auch in diesem Fall gezogen sind und deren Überschreitung die Ungültigkeit des Vertragsgesetzes zur Folge hätte, liegen dort, wo unverzichtbare Grundprinzipien des Grundgesetzes klar verletzt würden, also etwa die in Art. 79 Abs. 3 oder Art. 19 Abs. 2 GG.“ Die bloße Formulierung gemeinsam in einem Satz bei der Bestimmung der Grenzen für das Statut begründet richtigerweise keine Verfassungsänderungsfestigkeit.

²⁸⁸ Vgl. Fn. zuvor.

von dem geringen Aussagegehalt aufgrund der Nennung der Artikel in einem Atemzug keine Aussage über die Verfassungsänderungsfestigkeit von Art. 19 Abs. 2 GG. Denn im Urteil ging es um die Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrags in Gesetzesform, dessen Inhalt wegen der Bindung des einfachen Gesetzgebers an Art. 19 Abs. 2 GG zu messen war, und nicht um eine Verfassungsänderung.²⁸⁹ Soweit eine unmittelbare Bindung trotz fehlender Nennung in Art. 79 Abs. 3 GG damit begründet wird, dass „keine Modifikation [...] den grundrechtlichen Wesenskern (Substanz) angreifen“ dürfe,²⁹⁰ wird vermutlich an den angesprochenen Wortlaut „In keinem Fall“ angeknüpft, der aus genannten Gründen aber kein durchdringendes Argument darstellt.

Eine Verfassungsänderungsresistenz lässt sich somit nur begründen, wenn die Wesensgehaltsgarantie Teil einer der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Gehalte ist und somit zwar nicht direkt, aber über diese Gehalte mittelbar geschützt wäre. Die Streichung oder Änderung von Art. 19 Abs. 2 GG durch ein verfassungsänderndes Gesetz berührt weder die Gliederung des Bundes in Länder noch deren grundsätzliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung. Es verbleiben somit nur die Grundsätze des Art. 1 und 20 GG, über die die Wesensgehaltsgarantie geschützt sein könnte. Teilweise wird insofern vertreten, dass Art. 19 Abs. 2 GG zwar nicht formell (weil nicht in Art. 79 Abs. 3 GG genannt), aber „materiell“ änderungsfest sei.²⁹¹ Begründet wird dies damit, dass eine Beseitigung ausgeschlossen sei, soweit damit auch der Menschenwürdegehalt (Art. 1 Abs. 1 GG)²⁹² oder Menschenrechtsgehalt

²⁸⁹ Trotz des vom BVerfG eingeschränkten Beurteilungsmaßstabes aufgrund der damaligen politischen Situation.

²⁹⁰ *Giese*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 19 Anm. 4.

²⁹¹ *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 20; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 86; wohl auch *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 30 f.; *Dürig*, *ZgesStW* 109 (1953), 326, 330.

²⁹² *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 20; *Dürig*, *AöR* 81 (1956), 117, 136; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 35. Vgl. auch *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], *HStR* V², § 122 Rn. 30, der zwar eine Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers ablehnt, jedoch eine Wesensantastung auch die Grundsätze der Menschenwürde und des Rechtsstaats berühren würde.

(Art. 1 Abs. 2 GG)²⁹³ der Grundrechte betroffen wäre, dass an die Stelle von Art. 19 Abs. 2 GG keine Norm treten dürfe, die die Grundrechte allgemein zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stelle (Art. 1 Abs. 3 GG)²⁹⁴ oder eine Antastung des Wesensgehaltes eines Grundrechtes zugleich das Rechtsstaatsprinzip berühren würde.²⁹⁵ Dies ist jedenfalls ungenau oder missverständlich.²⁹⁶ Aufgrund des klaren Wortlautargumentes und der Historie ist Art. 19 Abs. 2 GG nicht von Art. 79 Abs. 3 GG umfasst, eine Änderung, Einschränkung oder sogar die vollständige Streichung von Art. 19 Abs. 2 GG ist damit durch verfassungsänderndes Gesetz möglich. Davon unberührt bleiben allerdings die von Art. 19 Abs. 2 GG zu trennenden Gehalte des Art. 79 Abs. 3 GG, die durch eine Streichung der Wesensgehaltsgarantie nicht betroffen sind, nicht betroffen sein dürfen und aufgrund von Art. 79 Abs. 3 GG auch nicht beseitigt werden können. Alleiniger Maßstab einer Verfassungsänderung bleiben damit die in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze, die Garantie des Wesens eines Grundrechtes ist weder formell noch materiell geschützt. Soweit Art. 19 Abs. 2 GG wegen eines behaupteten, möglicherweise teilweise bestehenden Gleichlaufs mit Art. 1 Abs. 1 bis 3 GG oder des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG „materiell“ änderungsfest sein soll, so ist auch dem nicht zuzustimmen. Denn nur die Gehalte, die als Teil der Grundsätze von Art. 1 und 20 GG auch ewigkeitsfest sind, könnten eine „materielle“ Bindung begründen – doch besteht kein oder jedenfalls kein vollständiger Gleichlauf der Wesensgehaltsgarantie mit diesen Grundsätzen, der eine vollständige Bindung begründen könnte.

Nicht jede Grundgesetzänderung, die ein Grundrecht in seinem Wesen beseitigt, berührt den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit oder die Bindung an Grundrechte aus Art. 1 Abs. 3 GG, ansonsten hätte der Parlamentarische Rat die Grundrechte oder deren Wesen insgesamt in

²⁹³ Dürig, ZgesStW 109 (1953), 326, 330; ders., AöR 81 (1956), 117, 136; AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 35.

²⁹⁴ AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33.

²⁹⁵ Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 30.

²⁹⁶ Ähnlich Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407.

Art. 79 Abs. 3 GG aufnehmen müssen.²⁹⁷ Durch die Einbeziehung von Art. 1 Abs. 3 GG in Art. 79 Abs. 3 GG wird deutlich gemacht, dass zum unabänderlichen Kernbestand der Verfassung die Existenz von einklagbaren Grundrechten in Form eines *Mindestbestandes* garantiert ist.²⁹⁸ Die Existenz aller Grundrechte oder auch der Schutz des Wesens aller Grundrechte ist damit nicht ewigkeitsfest garantiert, auch die Streichung eines Grundrechtes (unter Beachtung der Grenzen aus den Grundsätzen von Art. 1 und 20 GG) oder der Wesensgehaltsgarantie beeinträchtigt das Rechtssystem nicht so sehr, dass nicht mehr von einem Rechtsstaat gesprochen werden könnte.²⁹⁹ Grundrechte könnten zulässigerweise durch Verfassungsänderung verändert, beschränkt oder auch ganz gestrichen werden, solange Art. 79 Abs. 3 GG nicht berührt ist.³⁰⁰ Der Passus, wonach an die Stelle der Wesensgehaltsgarantie keine Norm treten dürfte, „die die Grundrechte generell zur Disposition des Gesetzgebers stellte“³⁰¹ ist insofern zwar zutreffend, knüpft aber nicht an Art. 19 Abs. 2 GG an, sondern folgt allein aus Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG.

Gleiches gilt für die „materielle“ Änderungsfestigkeit über die Menschenwürde bzw. der den Grundrechten innewohnenden Menschenwürdegehalt. Nur wenn und soweit der Menschenwürdegehalt mit dem Wesensgehalt übereinstimmt oder mit dem Wesensgehalt zugleich der Menschenwürdegehalt angetastet würde, könnte überhaupt eine solche (gemeinsame) Resistenz bestehen. Gegen eine umfassende Gleichsetzung spricht zunächst die damit einhergehende Überflüssigkeit von Art. 19 Abs. 2 GG.³⁰² Auch wäre es widersprüchlich, gewisse Gehalte

²⁹⁷ Auf die Aufnahme aller Grundrechte in Art. 79 Abs. 3 GG wurde vom Verfassungsgeber bewusst verzichtet, Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 79 Rn. 123. Ausdrücklich auch der Wortlaut von Art. 79 Abs. 3 GG: „die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“, nicht dagegen Art. 1 bis 20.

²⁹⁸ Dreier/ders., GG II, Art. 79 III Rn. 32; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 79 Rn. 123 f.

²⁹⁹ Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 406; BVerfGE 94, 49, 103; E 109, 279, 310.

³⁰⁰ BVerfGE 109, 279, 310.

³⁰¹ AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 3; auch Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 33.

³⁰² Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 29; Middendorf, Jura 2003, 232, 236; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 360; Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 414.

doppelt zu schützen, nur einen Teil davon aber auch in Art. 79 Abs. 3 GG zu verankern.³⁰³ Doch selbst wenn man den Wesensgehalt mit dem Menschenwürdegehalt der Grundrechte gleichsetzen will,³⁰⁴ so wird dabei übersehen, dass nicht jedes Grundrecht einen Gehalt aufweist, der von der Menschenwürde getragen ist,³⁰⁵ zugleich aber jedes Grundrecht einen Wesensgehalt hat.³⁰⁶ Am Beispiel der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG wird beispielsweise deutlich, dass dem „bloßen“ Recht, sich in Vereinen und Gesellschaften zusammenzuschließen, weniger ein solcher Gehalt zukommt,³⁰⁷ der bei einer Beseitigung dieses Rechts die Menschen in ihrem grundlegenden, absoluten Recht auf Achtung ihrer Würde berührt und den Eigenwert des Menschen als Kernbestandteil des Würdeanspruchs³⁰⁸ missachtet. Zugleich lässt sich – im Rahmen der bestehenden Definitionsschwierigkeiten – nicht verneinen, dass Art. 9 Abs. 1 GG einen Wesensgehalt hat, der darin besteht, dass die Bildung (und auch die Betätigung) von Vereinen und Gesellschaften nicht auf

³⁰³ Deshalb wird der Menschenwürdegehalt von der herrschenden Meinung für nicht identisch mit dem Wesensgehalt gehalten, vgl. nur BVerfGE 109, 279, 311; *Augsberg*, Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth/Krings [Hrsg.], Gesetzgebung, § 28 Rn. 42; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236; *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 29; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 128 f.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 1 I Rn. 162 m. w. Nw.; *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26 m. w. Nw.

³⁰⁴ So *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 136; *ders.*, ZgesStW 109 (1953), 326, 329; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 126 ff.

³⁰⁵ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 360; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 63; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 86; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 418; vgl. auch BVerfGE 94, 49, 103 f.; selbst *Dürig*, der den Wesensgehalt mit dem Menschenwürdegehalt bzw. dem Menschenrechtsgehalt (vgl. *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 119 f.) gleichsetzt, sieht nicht in jedem Grundrecht einen Menschenwürde- bzw. Menschenrechtsgehalt, *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), 326, 329 bzw. erkennt einen über den Menschenwürde- bzw. Menschenrechtsgehalt hinausgehenden Inhalt des Art. 19 Abs. 2 GG an, *ders.*, AöR 81 (1956), 117, 156. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 158, geht dagegen von einem Menschenwürdegehalt in jedem Grundrecht aus, der aber auch nur einen Teil des Wesensgehalts ausmache.

³⁰⁶ Das gibt auch *Dürig* an, AöR 81 (1956), 117, 136 f. Vgl. auch BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 55; *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, S. 19.

³⁰⁷ Geringe Bezüge zur Menschenwürde bei Art. 9 Abs. 1 GG bei *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 1 I Rn. 163.

³⁰⁸ BVerfGE 109, 279, 313: „Achtung des Wertes [...], der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt. [...] Missachtung seines Wertes als Mensch [...]“; vgl. auch BVerfGE 30, 1, 25; E 45, 187, 228; BayVGHE (NF) 11, 164, 181; E (NF) 29, 38, 42. Betonung des Eigenwertes auch bei *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 125 f. und insbesondere auch S. 127: „Degradierung des Menschen zum Ding“.

Dauer so beschränkt werden kann, dass faktisch die Freiheit nicht mehr besteht.³⁰⁹

Das Beispiel zeigt bereits: Die Unterschiede im Schutz von Wesen- und Menschenwürdegehalt sind dabei meist größer bei Grundrechten, welche die Betätigung in oder als Gruppe und insbesondere auch das Kollektiv als solches selbst schützen. Jedenfalls für das Kollektiv kann es einen Wesensschutz, dagegen keinen Menschenwürdeschutz geben, zudem fehlt es in der Regel kollektiv ausgeübten Grundrechten stärker an einem Menschenwürdegehalt.

Vergleichendes gilt für die Anknüpfung an den Menschenrechtsgehalt,³¹⁰ bei dem *Dürig* trotz der von ihm angenommenen Verknüpfung bzw. Identität zum Wesensgehalt³¹¹ feststellt, dass zwar alle Grundrechte einen Wesensgehalt, aber nicht alle auch einen Menschenrechtsgehalt haben.³¹² Aufgrund dieser nur gelegentlich und zufällig³¹³ übereinstimmenden Inhalte kann nicht generalisiert von einer materiellen Verfassungsänderungsfestigkeit gesprochen werden.

Ein „materieller“ Ewigkeitsschutz kann also nur für die Wesensgehalte bestehen, die zugleich einen der Grundsätze von Art. 1 und 20 GG berühren, die übrigen Gehalte sind abänderbar und können auch gänzlich gestrichen werden. Insofern könnte man allenfalls von einer teilweise bestehenden „materiellen“ Änderungsfestigkeit sprechen, soweit Übereinstimmungen bestehen – oder man lässt diese Missverständlichkeit weg und spricht von den eindeutigen Vorgaben des Art. 79 Abs. 3 GG: Jede Änderung des Grundgesetzes muss (allein) „die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten

³⁰⁹ Genauer zum Wesensgehalt von Art. 9 Abs. 1 GG siehe S. 257 ff.

³¹⁰ Keine Identität von Wesen- und Menschenrechtsgehalt vertreten etwa v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 1 b; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 421.

³¹¹ *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), 326, 329: „Jene ‚Substanz‘, jener ‚Wesensgehalt‘ und ‚unantastbarer Kern‘, die nach Art. 19 Abs. II verbleiben müssen, sind nur synonym gebrachte Ausdrücke für den Menschenrechtsgehalt der Grundrechte“; *ders.*, AöR 81 (1956), 117, 140: „Menschenrechtsgehalt = Wesensgehalt der Grundrechte“.

³¹² *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), 326, 329 mit Fn. 3.

³¹³ Ähnlich *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 405: „der zufällig gleichen Schranken verschiedener Gewalten“ – Hervorhebung i. O. und S. 416: „partieller Gleichlauf“.

Grundsätze“ unberührt lassen.³¹⁴ In jedem Falle kann Art. 19 Abs. 2 GG uneingeschränkt (durch den verfassungsändernden Gesetzgeber) beschränkt, geändert und aufgehoben werden, denn: Die Garantie des Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit den einbezogenen Gehalten sind weiterhin änderungsfest und werden damit auch ohne Wesensgehaltsgarantie ihren Schutz aufrechterhalten. Wird durch eine Änderung des Grundgesetzes ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt berührt oder die Wesensgehaltsgarantie insgesamt durch Verfassungsänderung beseitigt, dann ist nicht Art. 19 Abs. 2 GG Grenze des verfassungsändernden Gesetzgebers, sondern allein die ewigkeitsfesten Gehalte des Art. 79 Abs. 3 GG.

3. Exekutive und Judikative

a) Bindung auch bei Maßnahmen der gesetzgebundenen Gewalten

Mittlerweile überwiegend anerkannt ist auch die Bindung von Exekutive und Judikative an Art. 19 Abs. 2 GG neben dem in erster Linie gebundenen Gesetzgeber;³¹⁵ gegenteiliges wird jüngst soweit ersichtlich nicht mehr neu vertreten.³¹⁶ Das früher gelegentlich gebrachte Argument, Art. 19 Abs. 2 GG stehe in Zusammenhang mit Absatz 1 und sei deshalb auf dessen Anwendungsbereich³¹⁷ und Adressatenkreis beschränkt,³¹⁸ konnte sich zu Recht nicht durchsetzen. Angesichts des Wortlautes als unbedingtes Verbot hätten sich schon deutliche Argumente für eine Beschränkung des Adressatenkreises finden müssen,³¹⁹ wie es für den

³¹⁴ Ähnlich auch BVerfGE 109, 279, 311: „Eine mögliche Kongruenz im Einzelfall ändert nichts daran, dass Maßstab für eine verfassungsändernde Grundrechtseinschränkung allein der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Menschenwürdegehalt eines Grundrechts ist.“ Hieran anschließend BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 129.

³¹⁵ Für eine Bindung auch von Exekutive und Judikative Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 19 Rn. 5; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 34; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 44; wohl auch BVerfGE 6, 32, 41; E 16, 194, 201; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 36 f.

³¹⁶ Bindung nur des Gesetzgebers bei *Brinkmann/ders.*, Grundrechts-Kommentar, Art. 19 Anm. I 5; wohl auch *Erichsen*, NJW 1976, 1721, 1722, 1724.

³¹⁷ Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 GG nur auf Grundrechte, „die auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber beschränkt werden dürfen“, BVerfGE 83, 130, 154; E 113, 348, 366.

³¹⁸ *Brinkmann/ders.*, Grundrechts-Kommentar, Art. 19 Anm. I 5 d; *Erichsen*, NJW 1976, 1721, 1722, 1724; andeutungsweise auch *Hönsch*, Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG, S. 82.

³¹⁹ Vgl. *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 44.

verfassungsändernden Gesetzgeber mit Art. 79 GG der Fall ist. Zu wenige Argumente sprechen für eine Einheit, zu viele dagegen: Systematisch zunächst die Tatsache, dass Art. 19 Abs. 2 GG einen eigenständigen Absatz und nicht nur Satz 3 des ersten Absatzes darstellt.³²⁰ Sodann sprechen sowohl der (anders gefasste und weitere) Wortlaut³²¹ als auch Sinn und Zweck³²² von Art. 19 Abs. 2 GG gegen einen engen Zusammenhang. Überaus deutlich wird dies auch daran, dass die Absätze 3 und 4 ebenso nicht an Absatz 1 geknüpft und für inhaltlich übereinstimmend erachtet werden, sondern jeder Absatz für sich steht.³²³ Der Wesensgehaltsschutz bindet deshalb auch die rechtsprechende und die vollziehenden Gewalt: Wenn die Gesetzgebung als unmittelbar demokratisch legitimierte Gewalt an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden ist, muss dies auch erst recht für die Gewalten gelten, die nur mittelbar demokratisch legitimiert sind.³²⁴ Dies entspricht letztlich auch dem Zweck der Vorschrift,³²⁵ der vor allzu weitgehenden Eingriffen unabhängig von deren Art und Ursprung schützen soll.

b) Relevanz der Verpflichtung

Von der Verpflichtung der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt zur Achtung des Wesens ist aber der noch nicht umfassend geklärte Punkt zu trennen, ob diese die Wesensgehaltsgarantie auch bei korrekter Gesetzesanwendung verletzen können und insofern Art. 19 Abs. 2 GG für sie überhaupt tatsächlich relevant wird.

aa) Vorbehalt des Gesetzes

Sowohl Exekutive als auch Judikative sind wegen Art. 20 Abs. 3 GG unmittelbar an Gesetz und Recht gebunden; für grundrechtsrelevante Einschränkungen bedarf es nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer

³²⁰ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 878; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 29; a.A. v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c.

³²¹ *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 29; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 878; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 19; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 44 f.

³²² So (allerdings zu den umfassten Grundrechten) *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 22; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 19.

³²³ Vgl. *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 47 f.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 878.

³²⁴ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 29.

³²⁵ Vgl. *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 19.

formell gesetzlichen, verfassungsmäßigen Grundlage für jeden Eingriff.³²⁶ Damit ist das Handeln von Exekutive und Judikative im grundrechtsrelevanten Bereich (darum geht es sicherlich bei der Verpflichtung zur Wesensachtung) legislativ vorgezeichnet³²⁷ und deshalb unklar, ob die Gewalten bei der Anwendung dieser Gesetze eigenständige Gefahren für den Wesensgehalt eines Grundrechtes begründen können,³²⁸ wenn dieses verfassungsgemäß ist und rechtmäßig angewandt wird.

Bei der gebundenen Verwaltung oder Rechtsprechung ohne Einräumung von Spielräumen ist die Bindung an Art. 19 Abs. 2 GG ohne eigene Bedeutung.³²⁹ Dementsprechend ist es zutreffend formuliert, wenn davon gesprochen wird, dass in solchen Situationen die vollziehende oder rechtsprechende Gewalt durch die Gesetze „gefiltert“³³⁰ werden und die (zwar bestehende) Verpflichtung zur Achtung von Art. 19 Abs. 2 GG keine eigenständige Relevanz hat. Aufgrund der vollumfänglichen Bindung ohne Abwehloption besteht praktisch keine Möglichkeit, bei richtiger Anwendung eines verfassungskonformen, wesensgehaltsachtenden Gesetzes ein Grundrecht in dessen Wesen anzutasten.

Dagegen kommt ein eigenständiges Antasten des Wesens durch die gesetzgebundenen Gewalten, sozusagen „ungefiltert“³³¹, dann in Betracht, wenn Spielräume bestehen – etwa bei der Einräumung von Ermessen, von Beurteilungsspielräumen oder Freiräumen der Judikative.³³² Im Rahmen der Ausfüllung dieser Räume besteht die

³²⁶ Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 82.

³²⁷ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 27; Stern, Staatsrecht III/2, S. 877: „gefiltert“; v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 49: „mittelbar auch gegenüber der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung“.

³²⁸ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 27.

³²⁹ Vgl. Schneider, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 35; hieran anschließend Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 31.

³³⁰ Stern, Staatsrecht III/2, S. 877.

³³¹ Vgl. Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 32.

³³² Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 19 Rn. 5; BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 131 ff.; AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2; v. Münch/Kunig/Krebs, GG I, Art. 19 Rn. 22; Schneider, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 35 ff.; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 6 c; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 Rn. 25; Sachs/ders., GG, Art. 19 Rn. 36 f.; Krausnick, JuS 2007, 1088, 1091; Drews, Die

Möglichkeit, trotz rechtmäßiger Gesetzesanwendung ein Grundrecht so einzuschränken, dass sein Kern nicht mehr verbleibt. Bei der Ausfüllung dieses Rahmens müssen die Gewalten dann darauf achten, in betroffene Grundrechte nicht so weit einzugreifen, dass deren Substanz getroffen wird. Insofern besteht auch tatsächlich ein Bedürfnis, Exekutive und Judikative selbstständig an Art. 19 Abs. 2 GG zu schnüren.

Teilweise wird davon gesprochen, dass sich diese Bindung auch bei Spielräumen nur als verfassungskonforme Auslegung der Ermächtigungsnorm auswirken könnte.³³³ Für den Regelfall der Rechtsanwendung ist dies zutreffend, wenn auch keine Einschränkung zur angesprochenen Bindung, die ja auch „nur“ bei der Anwendung der Gesetze die Einhaltung von Art. 19 Abs. 2 GG und damit im Ergebnis die verfassungskonforme Gesetzesanwendung fordert. Nicht zuzustimmen ist dieser Ansicht aber bei tatsächlich eingeräumten Handlungsspielräumen³³⁴ sowie für gesetzlich nicht geregelte Bereiche³³⁵, in denen es über die verfassungskonforme Gesetzesanwendung hinaus auf eine Verpflichtung ankommt.

bb) Einfluss der Wesentlichkeitstheorie

Ein kaum untersuchter, für eine stärkere Filterung der Exekutive und Judikative aber möglicherweise relevanter Punkt könnte die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wesentlichkeitslehre sein.

Aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip folgend „muss der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“.³³⁶ Grundlegend ist ein solcher Bereich insbesondere, wenn es um Grundrechtsbeschränkungen geht, darüber

Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 31 f.; Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 11, der jedoch auch betont, dass derartige Fälle selten sein dürften. Mit Beispiel *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 70 f., 116 f. Für die Judikative v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 120.

³³³ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 120; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 1 a, V 7 b: „Auslegungsregel für vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“; Sodan/*ders.*, GG, Art. 19 Rn. 9; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 25; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 881.

³³⁴ Differenzierung zwischen Handlungsspielräumen (dann Bindung) und Rechtsanwendung (verfassungskonforme Auslegung) auch bei Sachs/*ders.*, GG, Art. 19 Rn. 36 ff.

³³⁵ Dazu noch S. 74

³³⁶ BVerfGE 84, 212, 226; E 33, 125, 158; E 34, 165, 192 f.; E 41, 251, 260; E 49, 89, 126 f.; E 108, 282, 311 f.

hinaus enthält die Lehre auch eine Komponente mit inhaltlichen Anforderungen an die Regelungsdichte: Je intensiver der Grundrechtseingriff und je bedeutsamer die Angelegenheit für die Allgemeinheit ist, desto detaillierter und genauer muss die gesetzliche Grundlage für den Eingriff sein.³³⁷ Bei Normen, die wegen ihrer Weite auf Rechtsfolgenseite auch Eingriffe in den Wesensgehalt zuließen (wie z.B. die Generalklauseln des Polizeirechts), müssen die Folgen dieser Lehre genauer untersucht werden. Wenn mittels einer solchen Norm auch eine Wesensgehaltsverletzung eines Grundrechtes möglich wäre, dann müsste diese nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sehr detailliert die Eingriffsvoraussetzungen regeln, da Eingriffe in das Wesen eines Grundrechtes kaum intensiver und damit „wesentlicher“ sein könnten. Genau genommen könnte man annehmen, dass solche gesetzlichen Ermächtigungen insgesamt inhaltlich zu unbestimmt sind, die (unzulässige) Eingriffe in den Wesensgehalt zuließen, denn solche Maßnahmen wären so „wesentlich“, dass aufgrund der dann geforderten Regelungsdichte durch die Regelung ein solcher Eingriff explizit ausgeschlossen sein müsste. Davon scheint das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung auch auszugehen, indem es zum Verbot eines pornographischen Romans ausführt: Die Wesentlichkeitstheorie „ist vielmehr auch dafür maßgeblich, wie weit diese Regelungen im einzelnen gehen müssen [...]. Das ergibt sich aus der Pflicht, mit der Abgrenzung der konkurrierenden Freiheitsrechte *der gesetzesanwendenden Verwaltung im einzelnen inhaltlich vorzugeben, bis zu welchem Grade sie* den durch die Indizierungentscheidung betroffenen Freiheitsbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG *beschränken darf*“.³³⁸ Aufgrund des Antastverbotes müssten die detaillierten Regelungen ausschließen, dass durch Ermessen eine die Garantie des Art. 19 Abs. 2 GG berührende Entscheidung möglich sein kann. Bei solchen Anforderungen wäre eine Verletzung der Substanz eines Grundrechtes erst durch eine Maßnahme der Exekutive damit ausgeschlossen.

³³⁷ BVerfGE 71, 162, 172; E 83, 130, 142, 152; E 98, 49, 60; E 108, 282, 311 f.

³³⁸ BVerfGE 83, 130, 152 – Hervorhebung A.S.

Gleichwohl sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus mehreren Gründen so nicht zu verstehen. Nicht nur würde dies zu einer Regelungsflut führen, auch wären viele gesetzliche Ermächtigungen sicher nicht so regelbar, dass sie jeden denkbaren, möglichen Fall hinreichend bestimmt ausschließen würden. Vor allem würde eine solche Lesart jegliche Generalklauseln ausschließen, die aufgrund ihrer Weite gar nicht für jeden Fall detailliert die Grenze regeln könnten und die gerade als Reaktionsmöglichkeit auf neue, noch nicht vorhersehbare Fälle notwendig sind³³⁹. Zwar bestehen in Bezug auf die Wesentlichkeitslehre ohnehin Bedenken gegenüber Generalklauseln (z.B. des Sicherheitsrechts)³⁴⁰, dennoch werden sie auch in Bezug auf die Wesentlichkeitslehre als rechtmäßig erachtet.³⁴¹ Aus der Kombination zu Art. 19 Abs. 2 GG lässt sich auch kein generelles Verbot von Generalklauseln herleiten; dies wurde frühzeitig bereits diskutiert und abgelehnt.³⁴² Dies folgt schon daraus, dass die Wesentlichkeitslehre keine bis ins Einzelne gehenden Instruktionen vorgibt.³⁴³ Derartig enge, detaillierte Ermächtigungen wären aus Wesensgehaltssicht auch gar nicht notwendig, wenn man wie hier davon ausgeht, dass vollziehende und rechtsprechende Gewalt unmittelbar an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden sind. Daneben gilt auch weiterhin, dass grundrechtsintensive Eingriffe, welche nicht nur vorübergehend auftreten, dem Regelungsvorbehalt des Parlamentes unterliegen und eine Spezialbefugnis erfordern.³⁴⁴ Nichtsdestotrotz bleibt es natürlich möglich, dass eine gesetzliche Ermächtigung der Wesentlichkeitstheorie nicht gerecht wird und wesensgehaltsrelevante Grundrechtseingriffe nicht ausreichend detailliert

³³⁹ Vgl. Hermes/Reimer/Reimer, Landesrecht Hessen, § 5 Rn. 190.

³⁴⁰ Vgl. z. B. zu Art. 7 Abs. 2 LStVG und Art. 11 BayPAG BeckOK-PolR Bayern/Holzner, LStVG Art. 7 Rn. 107.

³⁴¹ BVerwGE 109, 29, 37 ausdrücklich zur Wesentlichkeitstheorie.

³⁴² Vgl. Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 35 f.; Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 68 f.; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 6 c. Die jeweils zitierten Entscheidungen des VGH Württ-Bad., Urt. v. 31.08.1950, II 293/1949, DVBl. 1950, 754, 755 und des OVG Hamburg, Urt. v. 13.10.1950, Bf. I 353/50, DVBl. 1951, 317, 318 f., die Art. 19 Abs. 2 GG als Grenze von vollständig unbegrenzten Ermessensentscheidungen heranziehen, scheinen mehr oder minder nur den falschen Anknüpfungspunkt anstelle des Bestimmtheitsgebotes gewählt zu haben.

³⁴³ Stein/Frank, Staatsrecht, S. 158.

³⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012, 1 BVR 22/12, LKV 2013, 30, 31.

regelt.³⁴⁵ Für die Ursache einer Wesensgehaltsverletzung durch die gesetzgebundenen Gewalten dürfte es zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Hat die handelnde Gewalt den gesetzten Spielraum der Ermächtigung überschritten und damit gegen den Vorrang des Gesetzes verstoßen, hat sie ihn zwar eingehalten, aber das ermächtigende Gesetz hat nicht entsprechend der Wesentlichkeitslehre den Eingriff ausreichend beschränkt und infolgedessen eine Wesensantastung ermöglicht, oder hat die handelnde Gewalt das Gesetz nicht verfassungskonform im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG ausgelegt und angewandt? Die Ursache für das eventuell im Raum stehende Antasten in der Abgrenzung der verschiedenen Varianten dürfte nur im jeweiligen Einzelfall festzustellen sein.

cc) Bestätigung durch eindeutige Anwendungsfälle

Die trotz einiger Einschränkungen verbleibende Relevanz der Bindung von Exekutive und Judikative an das Verbot der Wesensantastung wird auch durch spezielle Fälle, in denen eine „Filterung“ eindeutig nicht vorliegt, bestätigt.

(1) Verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen

Eine Verpflichtung zur Achtung von Art. 19 Abs. 2 GG besteht jedenfalls grundsätzlich in den Fällen, in denen trotz Grundrechtseingriffs kein ermächtigendes Gesetz notwendig ist bzw. ein solches rein deklaratorisch wäre. Gemeint sind damit einige Regelungen im Grundgesetz, die unmittelbar die Exekutive oder Judikative zu Grundrechtseingriffen ermächtigen, ohne hierfür ein formelles Gesetz als Grundlage zu fordern.³⁴⁶

Die Begrifflichkeit für diese Art von Ermächtigung ist schwankend, meines Erachtens nach scheint der Begriff der verfassungsunmittelbaren Eingriffsermächtigungen³⁴⁷ als Sonderfall einer verfassungsunmittelbaren

³⁴⁵ Ebenso *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 70, 116.

³⁴⁶ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 509; zu Art. 13 Abs. 7 Alt. 1 GG *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 277.

³⁴⁷ *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 82; *Degenhart* nennt diese verfassungsunmittelbare Schranken oder Vorbehalte, *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 509 ff., spricht von „Vorbehalte[n]“ für Grundrechtsbeeinträchtigungen ohne Zwischenschaltung des

Schranke auf die genannten Eigenschaften am treffendsten zu sein. Verfassungsunmittelbare Schranken sind Beschränkungen, die mit Wirkung aus der Verfassung ein Grundrecht einschränken und somit durch das Grundgesetz selbst aufgestellt werden;³⁴⁸ die Rechtsfolge wird unmittelbar durch die Verfassung selbst normiert.³⁴⁹

Verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen für Exekutive und Judikative finden sich nur vereinzelt im Grundgesetz. Ein Beispiel hierfür ist Art. 13 Abs. 7 Alt. 1 GG (Eingriffe und Beschränkungen dürfen im Übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr [...] vorgenommen werden). Aus dem Gegenschluss zu Alt. 2 (Eingriffe und Beschränkungen dürfen [...] *auf Grund eines Gesetzes* auch zur Verhütung dringender Gefahren [...] vorgenommen werden) lässt sich erkennen, dass Alt. 1 keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf.³⁵⁰ Eine

Gesetzgebers“ bzw. „Exekutivvorbehalten“, „Judikativvorbehalten“ und „Behördenvorbehalten“; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gornig*, GG I, Art. 13 Rn. 155, spricht bei Art. 13 Abs. 7 Alt. 1 GG von einem „Verfassungsunmittelbare[n] Gefahrenabwehrvorbehalt“; gleicher Begriff auch bei v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 13 Rn. 57.

³⁴⁸ v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Vorb. Anm. B XV 3 a; *Meister*, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, S. 25; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 74; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 258 f.; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 38; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 414, 494, 496, 505; implizit auch BVerfGE 59, 231, 263; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61; v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118, 119. Für ein dennoch zu forderndes Ermächtigungsgesetz *Hermes*, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 20, 22; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50 f. Ausdrücklich zwar auch BVerfGE 111, 147, 158 mit Verweis auf BVerfGE 83, 130, 141; E 108, 282, 297, 302, 311, aber unter unzutreffender Begriffsverwendung, in den entschiedenen Fällen ging es um verfassungsimmanente Schranken. Der gelegentlich vorkommende Verweis hierauf in der Literatur, u.a. auch bei *Hermes*, a.a.O., ist deshalb nicht geeignet, das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zu belegen.

³⁴⁹ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 494, 496; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 74.

³⁵⁰ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gornig*, GG I, Art. 13 Rn. 155; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 13 Rn. 57; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 82; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61; *Sachs/Kühne*, GG, Art. 13 Rn. 50; zur Vorgängernorm (Art. 13 Abs. 3 Hs. 1 GG a.F.) *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 509, sowie *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 36. A.A. *Hermes*, Grundrechtsschranken und Grundrechtsbeschränkungen, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 22; *Dreier/Hermes*, GG I, Art. 13 Rn. 117, der jedoch wegen der grundgesetzlichen Regelung niedrigere Bestimmtheitsanforderungen zugrunde legt;

verfassungsunmittelbare Ermächtigung für die Judikative, konkret des Bundesverfassungsgerichts, findet sich in Art. 18 GG.³⁵¹ Mangels eines Gesetzes, welches die Entscheidung von Exekutive oder Judikative vorfiltert, besteht in diesen Fällen direkt das Bedürfnis, die Gewalten an Art. 19 Abs. 2 GG zu binden.

(2) Gesetzlich nicht geregelte Bereiche

Die gleiche Notwendigkeit besteht in den Bereichen, die gesetzlich nicht oder nur unzureichend geregelt sind und in denen die Rechtsprechung Grundrechtskollisionen durch richterliche Rechts(fort-)bildung auflösen muss.³⁵² Hier ist insbesondere das Arbeitskampfrecht zu nennen, das trotz langwieriger Aufforderungen in Rechtsprechung³⁵³ und Literatur³⁵⁴ immer noch nicht (abgesehen von wenigen Einzelregelungen) gesetzlich geregelt ist. In diesen normativ unregulierten Bereichen übernimmt die Rechtsprechung mehr oder minder die Aufgabe der Legislative als „Ersatzgesetzgeber“ und führt die kollidierenden Grundrechte durch Rechts(fort-)bildung zu einem Ausgleich.³⁵⁵ Von einer (reinen) Rechtsanwendung kann bei derartigem Richterrecht mit

ebenso Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, Art. 13 Rn. 35 sowie *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 1022.

³⁵¹ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 44 f.; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 82; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 32; BK-GG/*Degenhart*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 99.

³⁵² Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 120; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 132.

³⁵³ U.a. in BVerfGE 50, 290, 368 f.; E 57, 220, 245 f.; E 84, 212, 226: Es sei „Sache des Gesetzgebers“, Streitigkeiten zwischen den Koalitionen zu regeln; resignierend etwa BVerfGE 88, 103, 115 f.: „So ist das Arbeitskampfrecht gesetzlich weitgehend unreguliert geblieben. Insoweit sind die Arbeitsgerichte berufen, Streitigkeiten zwischen den Tarifvertragsparteien über die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen zu entscheiden. Sie müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen, zwischen Bürgern oder auch zwischen privaten Verbänden geltenden Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Das gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre [...]“. Vgl. auch bereits BVerfGE 84, 212, 226 f.

³⁵⁴ Statt vieler v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 37; *Lerche*, NJW 1987, 2465, 2471; *Litschen*, NZA-RR 2015, 57, 64.

³⁵⁵ Vgl. für das Arbeitskampfrecht *Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V³, § 100 Rn. 53, 56; *ErfK/Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 111; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Hanau*, Gesamtes Arbeitsrecht II, GG Art. 9 Rn. 97, 103.

gesetzesvertretender Qualität nicht mehr gesprochen werden,³⁵⁶ deshalb ist bei dieser rechtsprechenden Tätigkeit als „Ersatzgesetzgeber“ umso mehr der Wesensgehalt der betroffenen Grundrechte zu achten. Die Urteile dürfen nicht über das hinausgehen, was auch der Gesetzgeber hätte erlassen können.³⁵⁷

c) Vorlagepflicht

Neben der eigenen Bindung ist die Judikative über Art. 100 Abs. 1 GG auch mittelbar an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden, indem sie verpflichtet ist, verfassungswidrige Gesetze wegen des Antastens der Substanz nicht anzuwenden und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, sofern eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist.³⁵⁸ Bei unterlassener Vorlage verletzt auch die Entscheidung des Gerichts die Wesensgehaltsgarantie.³⁵⁹ Die Gerichte müssen damit auch Gesetze auf ihre Konformität mit Art. 19 Abs. 2 GG prüfen und eventuell das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung anrufen. Vorrangig ist aber die Beachtung der eigenen Bindung an Art. 19 Abs. 2 GG und durch verfassungskonforme Auslegung.

d) Ergebnis

Zusammenfassend sind auch die Gesetzesanwendenden Gewalten zur Achtung des Wesens verpflichtet. Bei ihrer grundrechtseingreifenden Tätigkeit ist bei intensiven Eingriffen darauf zu achten, dass der Kern des Grundrechtes unangetastet bleibt. Nur sofern eine vollständig gesetzesgebundene Anwendung besteht, kann eine selbstständige Verletzung nicht in Betracht kommen. Hier ist aber das Gesetz im Kollisionsfalle unangewendet zu lassen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen bzw. für die Verwaltung stellt sich nach der grundsätzlich vorrangigen Aussetzungs- und Vorlagepflicht gegenüber dem Vorgesetzten bis zu einem Verfahren vor dem

³⁵⁶ BVerfGE 59, 231, 256 f.; BVerwGE 69, 208, 214; Sachs/*Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 103; vgl. auch BAGE 23, 292, 319.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 59, 231, 256 f.; E 84, 212, 228 ff.

³⁵⁸ v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 22; Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 27.

³⁵⁹ Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 27.

Bundesverfassungsgericht die Frage nach der Nichtanwendungskompetenz.³⁶⁰

4. Bindung des Hoheitsrechte übertragenden Gesetzgebers und der Europäischen Union

Mit Blick auf die Adressaten von Art. 19 Abs. 2 GG ist noch die Bindung des Hoheitsrechte übertragenden Gesetzgebers sowie der Hoheitsgewalt der Europäischen Union zu klären. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gilt für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen der vertraglichen Grundlagen und vergleichbarer Regelungen, also der Übertragung von Hoheitsrechten, Art. 79 Abs. 2 und 3 GG. Neben den besonderen Mehrheiten nach Art. 79 Abs. 2 GG ($\frac{2}{3}$ der Mitglieder sowohl des Bundestags als auch des Bundesrats) sind bei der Hoheitsübertragung die ewigkeitsfesten Gehalte aus Art. 79 Abs. 3 GG zu achten. Wenn man wie hier davon ausgeht, dass Art. 79 Abs. 3 GG weder die Wesensgehaltsgarantie beinhaltet noch „materiell“ über einen Gleichlauf mit ewigkeitsfesten Gehalten schützt,³⁶¹ sind aufgrund der Beschränkung nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nur Art. 79 Abs. 2 und 3 GG Integrationsgrenze. Eine Bindung an Art. 19 Abs. 2 GG besteht dementsprechend nicht.³⁶² Teilweise wird aus der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in der Solange-Rechtsprechung, nach der dieses seine Gerichtsbarkeit solange nicht ausübt, wie ein wirksamer Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Europäischen Union generell gewährleistet ist, „der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt“³⁶³ und der Formulierung des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG angenommen, Grenze der

³⁶⁰ Vgl. hierzu BVerwGE 79, 142 ff.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 124 ff.

³⁶¹ Siehe hierzu oben S. 59 ff.

³⁶² Wie hier u.a. BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 24; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 4; *Horn*, DVBl. 1995, 89, 91; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 21, allerdings mit Verweis auf die „indirekte“ Bindung; ebenso auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 37 ff. und Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 32 f.

³⁶³ BVerfGE 73, 339, 387; vergleichbarer Wortlaut auch in E 89, 155, 174 f. mit folgender Erweiterung: „Das Bundesverfassungsgericht sichert so diesen Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft“, ebenso E 102, 147, 162 ff.

Integration sei auch Art. 19 Abs. 2 GG.³⁶⁴ Dem kann mit Blick auf die Grenzziehung in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG, die Art. 19 Abs. 2 GG nicht umfasst, und die sowohl inhaltlich als auch vom Wortlaut enthaltene Unterscheidung zwischen „ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet“ und „dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ nicht gefolgt werden.³⁶⁵

Bezüglich der Hoheitsgewalt der Europäischen Union ist auch keine Bindungswirkung gegeben.³⁶⁶ Die Grundrechte des Grundgesetzes richten sich an die deutsche Staatsgewalt und nicht an supranationale Organisationen.³⁶⁷ Für die deutschen Vertreter in den Organen der Union, wenn Bundesregierung oder Ländervertreter an der europäischen Gesetzgebung mitwirken (und sie nicht reine Organwalter der Europäischen Union sind)³⁶⁸, gilt Entsprechendes wie für den Hoheitsrechte übertragenden Gesetzgeber. Auch für diese gelten nur die Vorgaben von Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 und 3 GG;³⁶⁹ sie müssen aber auf die Einhaltung der Vorgaben des Grundgesetzes und damit von Art. 19 Abs. 2 GG hinwirken.³⁷⁰

Der Vollzug der Unionsnormen ist Ausübung deutscher Staatsgewalt.³⁷¹ Bei der Anwendung ist wie für rein innerstaatliche Normen zu

³⁶⁴ Vgl. umfassend hierzu v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 181 ff.; Stern, Staatsrecht III/2, S. 883 f.; Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 253; Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 86 ff.; ablehnend wie hier Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 41 f.; Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 4 f.; v. Münch/Kunig/Krebs, GG I, Art. 19 Rn. 21; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 Rn. 24; unklar BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 137 ff., der zum „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ auch die Wesensgehaltsgarantie zählt, anschließend aber die Bindung nur an Art. 79 Abs. 3 GG nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG betont.

³⁶⁵ So auch zutreffend Horn, DVBl. 1995, 89, 91.

³⁶⁶ v. Münch/Kunig/Krebs, GG I, Art. 19 Rn. 21; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 33; Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 4 f.; a.A. Stern, Staatsrecht III/2, S. 884; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 Rn. 24.

³⁶⁷ BVerfGE 58, 1, 27; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 33 m. w. Nw.

³⁶⁸ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 35.

³⁶⁹ Vgl. Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 38 f. m. w. Nw.; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 34.

³⁷⁰ BVerfGE 92, 203, 237; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 34 m. w. Nw.; Cornils, AöR 129 (2004), 336, 341 ff.; Streinz, Bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle über die deutsche Mitwirkung am Entscheidungsprozeß im Rat der Europäischen Gemeinschaften, S. 22 ff.; BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 140 ff.

³⁷¹ Zutreffend BVerfGE 37, 271, 283; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 39.

differenzieren: Ist die Anwendung inhaltlich umfassend vorgegeben, müssen die Unionsnormen so angewandt werden; bestehen dagegen Spielräume, sind sie so auszulegen und anzuwenden, dass kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG zustande kommt.³⁷²

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Im Anschluss an die Verpflichtungsadressaten ist der Anwendungsbereich des Wesensgehaltsschutzes festzustellen. Dem Wortlaut nach darf „ein Grundrecht“ nicht „in seinem Wesensgehalt angetastet werden“, die genaue Bedeutung und Bestimmung der umfassten Grundrechte und die Frage der Beschränkung des Schutzes auf Eingriffe sind Teil des nachfolgenden Abschnittes.

Die Entstehungsgeschichte kann nur wenig zur Beantwortung beitragen, vertiefte Äußerungen und nachvollziehbare Gedankengänge im Parlamentarischen Rat über die umfassten Grundrechte von Art. 19 Abs. 2 GG sind kaum vorhanden.³⁷³ Dennoch lässt sich aus der Entstehungsgeschichte in Verbindung mit der daraus ersichtlichen Funktion des Kerngehaltsschutzes³⁷⁴ feststellen, dass dieser Intention eher eine weite als eine enge Reichweite des Anwendungsbereichs entspricht.³⁷⁵

1. Umfasste Grundrechte

Für die Gegenstände, auf welche sich Art. 19 Abs. 2 GG beziehen soll, lassen sich zwei Problemfelder erkennen: Sind nur Grundrechte im Sinne von Art. 19 Abs. 1 GG erfasst (dazu a), und umfasst „ein Grundrecht“ auch die grundrechtsgleichen Rechte und die Gleichheitsrechte (dazu b)?

a) Keine Beschränkung auf Grundrechte i.S.v. Art. 19 Abs. 1 GG

Ähnlich wie bei den Verpflichtungsadressaten wurde vereinzelt die Wesensgehaltsgarantie bei der Frage nach den umfassten Grundrechten in

³⁷² Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 35; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 42 f.

³⁷³ Vgl. auch Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 10.

³⁷⁴ Siehe hierzu oben S. 30 ff.

³⁷⁵ Ähnlich auch Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 408; Schaks, JuS 2015, 407, 408 (in Bezug auf die Einbeziehung der Gleichheitsgrundrechte); Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 48 (in Bezug auf die Beschränkung auf Grundrechte i.S.v. Art. 19 Abs. 1 GG).

Verbindung zu Art. 19 Abs. 1 GG gesehen und der Anwendungsbereich entsprechend beschränkt.³⁷⁶ Erfasst wären danach nur Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt.³⁷⁷ Gleichwohl sprechen die oben genannten Argumente gegen eine solche Gleichsetzung, weshalb diese von der herrschenden Auffassung zu Recht abgelehnt wird.³⁷⁸ Allein aus der Aufeinanderfolge von Abs. 2 auf Abs. 1 den gleichen Anwendungsbereich anzunehmen, lässt sich dies auch mit der Entstehungsgeschichte kaum begründen.³⁷⁹ Insbesondere die Funktion von Art. 19 Abs. 2 GG, die ein Leerlaufen der Grundrechte wie in der Weimarer Zeit auch ohne eindeutige Beseitigung verhindern sollte, spricht gegen eine Beschränkung nur auf Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt. Der Gefahr des Leerlaufens unterliegen auch die Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt. Es wäre vielmehr sogar widersprüchlich, den Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG bei vorbehaltlosen Grundrechten auszuschließen, deren Vorbehaltlosigkeit gerade für einen stärkeren Grundrechtsschutz und

³⁷⁶ BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 21; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 329; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 39, allerdings mit analoger Anwendung auf die betroffenen Grundrechte; ebenso Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, Art. 19 Rn. 8; gewisse Gleichsetzung auch bei BVerfGE 13, 97, 122: Keine Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG auf den Regelungsvorbehalt bei Art. 12 Abs. 1 GG.

³⁷⁷ BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 21; auch *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 39, allerdings mit entsprechender Anwendung auf die übrigen Grundrechte. Ebenso Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, Art. 19 Rn. 8.

³⁷⁸ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 408; *Knüllig*, Bedeutung und Auslegung des Art. 19 Abs. I und II des Grundgesetzes, S. 104; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 97; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 878; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 47 f.; Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 21 f.; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331; Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 47 f.; v. *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 48; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 58 ff.; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599; abweichend von BVerfGE 13, 97, 112 auch das BVerfG durch Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG auf Art. 11 Abs. 2 GG (BVerfGE 2, 266, 285), Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 12, 281, 295; E 33, 303, 353; E 61, 82, 113), auf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 21, 92, 93; E 58, 300, 348; E 61, 82, 113) und Art. 9 Abs. 3 GG (BVerfGE 84, 212, 228); einschränkend *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 7 ff., wonach Art. 19 Abs. 2 GG zwar auf jeden Gesetzesvorbehalt Anwendung finde, Bedenken aber bei vorbehaltlosen Grundrechten bestünden.

³⁷⁹ *Schaks*, Jus 2015, 407, 408 mit Verweis auf Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 21 f. *Knüllig*, Bedeutung und Auslegung des Art. 19 Abs. I und II des Grundgesetzes, S. 104 f., weist die inhaltliche Trennung der beiden Absätze in der Entstehungsgeschichte nach.

Einschränkbarkeit nur durch verfassungsimmanente Schranken spricht.³⁸⁰ Dementsprechend müssen diese „erst recht“ Anteil am Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG haben.³⁸¹ Zudem ist kein Grund ersichtlich, aus Schutzzwecksicht einen Unterschied zwischen einem Gesetzesvorbehalt der Formulierung „durch“ oder „aufgrund“ eines Gesetzes gegenüber anderen Eingriffsformulierungen wie z.B. dem Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG oder der Schranke der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG zu machen. Bei den Freiheitsgrundrechten ist somit davon auszugehen, dass Art. 19 Abs. 2 GG auf alle anwendbar ist.

b) Gleichheitsrechte und grundrechtsgleiche Rechte

Nur vereinzelt wird ausdrücklich diskutiert, ob auch das Wesen der Gleichheitsrechte und die grundrechtsgleichen Rechte der Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103, 104 GG von Art. 19 Abs. 2 GG umfasst sind. Die Rechtsprechung hat hierzu bislang gar nicht Stellung bezogen.³⁸²

Soweit in der Literatur die Thematik nicht angesprochen wird, lässt sich für diese Abhandlungen allerdings nicht herleiten, es würde damit von einer Nichtanwendbarkeit ausgegangen.³⁸³ Obgleich damit natürlich keine Position für die Geltung begründet werden kann, liegen die Gründe für die Nichtbehandlung eher an der bislang fehlenden Einigkeit über die Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG. Bei dem Streit um die absolute, relative, objektive oder subjektive Auslegung und damit einhergehend die Problematik verschiedener, intensivster Eingriffe, die in Einklang mit Art. 19 Abs. 2 GG zu bringen sind, spielen die Gleichheits- und grundrechtsgleichen Rechte zunächst eine eher untergeordnete Rolle.

aa) Unterschiedliche Normstruktur

Gegen eine Geltung auch bei den Gleichheits- und grundrechtsgleichen Rechten wird die unterschiedliche Normstruktur im Gegensatz zu den Freiheitsrechten angebracht: Diese hätten keinen Gesetzesvorbehalt, ihre

³⁸⁰ Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 48; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 311; v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 41; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 48.

³⁸¹ Schaks, Jus 2015, 407, 408; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 48.

³⁸² Vgl. Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 50, 57.

³⁸³ So aber Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 59, in Bezug auf die Gleichheitsrechte.

Normstruktur untersage Beschränkungen und damit könne Art. 19 Abs. 2 GG auf sie keine Anwendung finden.³⁸⁴ Allein zeigt schon die Geltung auch bei den vorbehaltlosen Grundrechten, dass die Anwendung nicht an einem fehlenden Gesetzesvorbehalt scheitert – diese werden von *Stein/Frank* aber auch nicht von der Geltung ausgeschlossen.³⁸⁵ Damit könnte die Nichtgeltung nur mit der unterschiedlichen Art von Gleichheits- und grundrechtsgleichen Rechten und für letztere mit ihrer Stellung außerhalb des Grundrechtsteils begründet werden. Die unterschiedliche Normstruktur wird im Wesentlichen damit begründet, dass Freiheitsrechte eigenes Verhalten schützen und Rechte gewähren durch Abwehr von Ge- und Verboten, während die grundrechtsgleichen Rechte nur an das Verhalten anknüpfen würden, aber keine Freiheit schützen, sondern nur „die rechtliche Anerkennung dieses Tuns“.³⁸⁶ Dass auch Gleichheits- und grundrechtsgleiche Rechte Freiheiten schützen, nur auf andere Weise, wird dabei übersehen: Was wären die Freiheitsrechte ohne eine effektive rechtliche Durchsetzung in einem fairen Verfahren, ohne die freie Wahl des Freiheitsrechte einschränkenden Parlamentes, ohne Gleichbehandlung bei der Einschränkung von Freiheitsrechten? Hier kommen erneut die Funktion und der Schutzzweck der Wesensgehaltsgarantie zum Tragen; der Schutz vor dem Leerlaufen hat auch einen Sinn bei Gleichheits- und grundrechtsgleichen Rechten und widerspricht einer Ausklammerung.³⁸⁷ Die Geltung wäre nur dann nicht vonnöten, wenn bei diesen gar nicht die Gefahr besteht, diese Rechte in ihrem Wesen zu berühren – dazu scheint ja auch die Bemerkung auf den fehlenden Gesetzesvorbehalt hinzudeuten. Dies lässt sich jedoch nicht bestätigen bzw. wird von den Vertretern auch nicht näher

³⁸⁴ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 241 f., 247; ähnlich für die Gleichheitsrechte *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 236 Fn. 314; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 22; Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 4 f.

³⁸⁵ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 241 f., 247 f.

³⁸⁶ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 241 f., 437. Vgl. auch Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 4 f., wonach die Gleichheitsrechte ihr Wesenskriterium im Verbot sachwidriger Ungleichbehandlung in sich tragen. Nach der hier vertretenen Ansicht schließt dies eine Anwendung auf Art. 19 Abs. 2 GG nicht aus.

³⁸⁷ Ähnlich *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 408 f.; hinsichtlich der grundrechtsgleichen Rechte auch BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 102.

herausgearbeitet.³⁸⁸ Vielmehr unterscheidet sich die Normstruktur von Freiheits-, und Gleichheits- bzw. grundrechtsgleichen Rechten kaum bzw. nähert sich auch immer mehr an.³⁸⁹ Gerade bei einigen grundrechtsgleichen Rechten besteht der Unterschied im Wesentlichen nur in der Stellung außerhalb des Grundrechtsteils. Darüber hinaus lässt sich die Notwendigkeit eines Wesensgehaltsschutzes auch (zunächst bei den Gleichheitsrechten) zeigen: Gleichheit bedeutet rechtliche Gleichheit – aber keine völlige Gleichbehandlung.³⁹⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss „nicht unter allen Umständen Gleiches gleich und Ungleiches ungleich“ behandelt werden; „[n]ur dann ist nach Art. 3 Abs. 1 GG Gleiches gleich oder Ungleiches aber nach seiner Eigenart zu behandeln, wenn die Gleichheit oder Ungleichheit in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam ist, daß ihre Beachtung bei einer gesetzlichen Regelung nach einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise geboten erscheint“.³⁹¹ Die daraus mögliche Ungleichbehandlung von Gleichem oder Gleichbehandlung von Ungleichem beruht auf der tatsächlichen Unmöglichkeit, für jegliche Unterschiedlichkeit eigene, auf die jeweilige Eigenart passende Regelungen zu erlassen. Naturgemäß sind Gesetze als abstrakt-generelle Regelungen zu Abstrahierungen gezwungen – dementsprechend muss eine Erheblichkeitsschwelle existieren, ab der dann eine Rechtfertigung zu prüfen ist. Die damit einhergehende Möglichkeit der Ungleichbehandlung von Gleichem bzw. der Gleichbehandlung von Ungleichem darf aber nicht so weit gehen, dass das Wesen der Gleichheit z.B. durch eine Vielzahl von Regelungen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle berührt wird – ebenso wie auch über dieser Schwelle trotz eventueller Rechtfertigungsgründe die (Un-)Gleichbehandlung nie so weit gehen darf, dass das Wesen des Gleichheitsrechts berührt ist.³⁹²

³⁸⁸ Verweis auf gleiche Gefahr bei *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 408 f.; vgl. auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 6.

³⁸⁹ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 49 ff., 58, 297 f. m. w. Nw.

³⁹⁰ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 6; Maunz/Dürig/*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 72; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 404.

³⁹¹ BVerfGE 9, 124, 129.

³⁹² Ebenso v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 154.

Darüber hinaus lässt die Verfassung durch verschiedene Regelungen ausdrücklich Ungleichbehandlungen zu – z.B. in Art. 6 Abs. 1 GG zum Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 4 GG zum Schutze der Mutter, Art. 12a GG zu Lasten der Männer aufgrund der Möglichkeit der Einziehung oder Ersatzdienstleistung. Diese zugelassenen Ungleichbehandlungen lassen dem eingreifenden bzw. regelnden Gesetzgeber Spielräume – deshalb besteht hier ein Bedürfnis diese Ungleichbehandlungen nicht so weit gehen zu lassen, dass das Wesen verletzt wird.

Auch bei den grundrechtsgleichen Rechten besteht keine von den Freiheitsrechten so unterschiedliche Normstruktur, dass Eingriffe in das Wesen ausgeschlossen wären. Abzulehnen ist demzufolge die Ansicht, wonach es den grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 101 und 103 GG an einem (bestimmbaren) Wesen fehle und deshalb diese nicht zum Anwendungsbereich gehören könnten.³⁹³ Das Recht auf rechtliches Gehör könne nur erfüllt oder verweigert werden, ohne dass ein Kern sich feststellen ließe.³⁹⁴ Dem stehen deutliche Bedenken entgegen: Ausgehend davon, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht das Recht auf einen bestimmten Richter schützt und nur untersagt, dass ein Richter für den Einzelfall bestimmt oder auf andere Weise der Ausgang des Verfahrens manipuliert wird,³⁹⁵ sind Abstufungen in der Zulässigkeit möglich. So sind von einer reinen Zuständigkeitsänderung durch allgemeine, nicht Einzelfälle betreffende Organisationsakte wie z.B. Festlegung der Bezirke über solche Änderungen, die nur eine geringe Zahl an Fällen betreffen bis hin zur absolut unzulässigen Bestimmung eines Richters im Einzelfall möglich. Dies trifft auch auf den Schutz rechtlichen Gehörs zu: Nicht jede/r und nicht jede Äußerung muss vor Gericht gehört werden, ebenso wie nicht jede Versagung rechtlichen Gehörs in einem wenig relevanten Punkt des Verfahrens nicht den Kern, die Substanz von Art. 103

³⁹³ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 4.

³⁹⁴ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 4.

³⁹⁵ Willkürformel des BVerfG, BVerfGE 3, 359, 363 f.; E 13, 132, 144; E 15, 245, 248; BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.01.2001, 2 BvR 1620/01, NJW 2001, 1814, 1814; vgl. auch Maunz/Dürig/Maunz, GG, Art. 101 Rn. 23, 51 f. Näher zu den verschiedenen Grenzen bei der Bestimmung des gesetzlichen Richters *Eser*, Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung im Einzelfall, in: ders. [Hrsg.], Festschrift Salger, S. 247 ff.

Abs. 1 GG verletzen muss. Auch hier existieren verschiedene Ausprägungen und Einschränkungen unterschiedlicher Intensität,³⁹⁶ woraus sich solche Beschränkungen als Wesensverletzungen herauslösen lassen, die so gravierend sind, dass man nicht mehr von einem Recht auf rechtliches Gehör sprechen kann.

bb) Terminologie und Systematik

Gegen eine Einbeziehung der grundrechtsgleichen Rechte werden außerdem noch die unterschiedliche Terminologie und die Stellung außerhalb des Grundrechteteils angeführt.³⁹⁷ Die Differenzierung zwischen Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten allein aufgrund ihrer unterschiedlichen Stellung in der Verfassung ist aber nur eine systematische und terminologische, keine inhaltliche Entscheidung mit der Folge, dass Art. 19 Abs. 2 GG nicht auch auf sie zu erstrecken wäre.³⁹⁸ Die Verletzung grundrechtsgleicher Rechte kann ebenso wie die Grundrechte mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden; sie sind im Schutz deshalb gleichgestellt.³⁹⁹ Die rein unterschiedliche Systematik durch die Stellung außerhalb des Grundrechteteils erscheint mit Blick auf Sinn und Zweck der Wesensgarantie nicht als überzeugender Grund, sie von der Geltung auszunehmen. Gegen die Anwendung des Antastungsverbotes auch auf Gleichheits- und grundrechtsgleiche Rechte bestehen deshalb keine Bedenken.

2. Anwendung auch bei Ausgestaltung

Überwiegend wird Art. 19 Abs. 2 GG allein zu Grundrechtseingriffen problematisiert und behandelt. Dies überrascht nicht, denn die Beschränkung von Grundrechten durch Eingriffe ist am ehesten in der Lage, das Wesen eines Grundrechtes anzutasten – entsprechend richtet sich Art. 19 Abs. 2 GG primär gegen Grundrechtsbeschränkungen.

³⁹⁶ Vgl. nur Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 15 ff.

³⁹⁷ So *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 4.

³⁹⁸ BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 102; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 52.

³⁹⁹ Dem entspricht es, dass auch die Verletzung grundrechtsgleicher Rechte mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann und sie im Schutz deshalb gleichgestellt sind, vgl. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 52.

Umstritten ist aber auch, ob das Antastverbot nicht nur bei Grundrechtseinschränkungen, sondern auch bei Grundrechtsausgestaltung greift.⁴⁰⁰ Einige Grundrechte sind normgeprägt bzw. auf nähere Regelung angewiesen, erst durch diese Ausgestaltung erfahren sie nähere inhaltliche Konturen, und die gesetzliche Ausformung ist Voraussetzung für den Grundrechtsgebrauch, wie beispielsweise bei Art. 6 Abs. 1 GG.⁴⁰¹ Ausgestaltungen wirken damit zunächst und in erster Linie freiheitsgewährend, nicht freiheitsverkürzend.⁴⁰² Dennoch können Ausgestaltungsregelungen auch (mittelbar) Beschränkungen in der Freiheitsausübung bewirken, weshalb die Abgrenzung fließend ist.⁴⁰³

Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich zur Anwendung auf Grundrechtsausgestaltungen keine zwingenden Schlüsse ableiten.⁴⁰⁴ Während die Formulierung des späteren Art. 19 Abs. 2 GG noch in Art. 21 Abs. 4 des Herrenchiemseer Entwurfes lautete „Die Einschränkung eines Grundrechts *oder die nähere Ausgestaltung* durch Gesetz muß das Grundrecht als solches unangetastet lassen“⁴⁰⁵ und damit dem Wortlaut

⁴⁰⁰ Für die Geltung *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331, 333; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 10; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, S. 143; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 209 f.; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 266; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 430; *Krüger*, DVBl. 1950, 625, 627; *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 31; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 10; entsprechende Anwendung bei *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 42. Dagegen *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 35; teilweise auch das BVerfG, vgl. BVerfGE 31, 58, 69 (keine Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG auf Art. 6 Abs. 1 GG, allerdings vornehmlich damit begründet, dass Art. 6 Abs. 1 GG keine „Einschränkung“ im Sinne von Art. 19 Abs. 1 GG zulasse).

⁴⁰¹ *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 162 f.; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 333; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 266 ff.

⁴⁰² *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 266; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 14, 18.

⁴⁰³ *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 14, 18.

⁴⁰⁴ *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5 ff., 10, allgemein zu Schlüssen aus der Entstehungsgeschichte.

⁴⁰⁵ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band II, S. 582 – Hervorhebung A.S.; sicherlich auch beeinflusst von den bestehenden Landesverfassungen, vgl. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 838. Die Landesverfassungen sahen teilweise eine ähnliche Regelung bereits vor und schlossen dabei auch ausdrücklich die Ausgestaltung mit ein, z.B. Art. 63 Abs. 1 der Hessischen Verfassung von 1946: „Soweit diese Verfassung die Beschränkung eines der vorstehenden Grundrechte durch Gesetz zulässt oder die nähere Ausgestaltung einem Gesetz vorbehält, muß das Grundrecht als solches unangetastet bleiben“, vergleichbar auch Art. 123 Abs. 1 S. 1 der Verfassung von Baden aus 1947: „Soweit diese

nach auch Grundrechtsausgestaltungen umfasste, fand die Formulierung im Laufe der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates verschiedene Fassungen. Der Unterausschuss des Grundsatzausschusses änderte die Formulierung mit späterer Übernahme des Grundsatzausschusses in „Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht *eingeschränkt* werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden.“⁴⁰⁶ Gründe für die sprachliche Bezugnahme allein auf Einschränkungen sind nicht ersichtlich.⁴⁰⁷ Der Allgemeine Redaktionsausschuss schlug später die heutige Formulierung („In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“⁴⁰⁸) vor, wobei auch hier Motive für die sprachliche Umgestaltung und mögliche (wohl unbewussten) Folgen nicht festgehalten sind.⁴⁰⁹ Der Grundsatzausschuss behielt die vorherige Formulierung dagegen bei, im Wesentlichen aber nur aufgrund des mit der neuen Fassung im gleichen Artikel eingefügten Zitiergebotes.⁴¹⁰ Nach erneutem Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses⁴¹¹ wurde die Fassung aber sowohl

Verfassung die Beschränkung eines Grundrechtes durch Gesetz zuläßt oder die nähere Ausgestaltung einem Gesetz vorbehält, muß das Grundrecht als solches unangetastet bleiben.“ Anders dagegen der weniger eindeutige Wortlaut von Art. 21 S. 1 der Saarländischen Verfassung: „Die Grundrechte sind in ihrem Wesen unabänderlich.“

⁴⁰⁶ JöR NF 1 (1951), S. 178 – Hervorhebung A.S.; a.a.O. auch die nur in der Wortreihenfolge geänderte Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 16.11.1948: „Soweit ein Grundrecht nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesen nicht angetastet werden.“

⁴⁰⁷ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6.

⁴⁰⁸ Entwurf zum Grundgesetz in der vom Allgemeinen Redaktionsausschuß redigierten Fassung, Stand vom 13.–18.12.1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band VII, S. 144.

⁴⁰⁹ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 7.

⁴¹⁰ Der Grundsatzausschuss lehnte nur die Formulierung des Art. 20c Abs. 1 des Allgemeinen Redaktionsausschusses ab, wonach u.a. das einschränkende Gesetz das beschränkte Grundrecht bezeichnen muss und wies deshalb den neuen Vorschlag insgesamt ab, vgl. den Grundsatzausschuss in der 32. Sitzung v. 11.01.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 951 f. Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 8, geht dagegen von einer expliziten Ablehnung der Formulierung zum Wesensgehalt aus.

⁴¹¹ Vorschläge des Fünfer-Ausschusses des Allgemeinen Redaktionsausschusses v. 28.02.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band VII, S. 446; übernommen vom Allgemeinen Redaktionsausschuss in der Sitzung v. 02.05.1949, a.a.O., Band VII, S. 501.

vom Hauptausschuss⁴¹² als auch vom Plenum⁴¹³ angenommen und fand so ihren Einzug in Art. 19 Abs. 2 GG.

Nachdem also zwischenzeitlich der Wortlaut ohne bewusste oder jedenfalls festgehaltene Begrenzung, sondern wohl nur terminologisch auf Grundrechtseinschränkungen beschränkt war, ist die heutige Formulierung doch eher offen und sie erfasst nicht nur Einschränkungen von Grundrechten, sondern schließt mangels Begrenzung hierauf eine Anwendung auch bei der Ausgestaltung von Grundrechten nicht aus.

Bedenken gegen eine Geltung auch bei Ausgestaltungen könnten aus dem erheblichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers⁴¹⁴ bei der Inhaltsbestimmung folgen. Die Geltung der Wesensgehaltsgarantie würde diesen Spielraum aber nur unerheblich einschränken, da Art. 19 Abs. 2 GG nur als Minimalschutz konzipiert ist und damit den Regelfall der Inhaltsbestimmung durch Ausgestaltung nicht beschränkt.

Neben dem Wortlaut spricht erneut die Funktion von Art. 19 Abs. 2 GG, die Grundrechte vor inhaltlicher Aushöhlung zu bewahren, für eine Anwendung auch auf Ausgestaltungen.⁴¹⁵ Auch bei diesen besteht die Gefahr, durch zu weitgehende Aus- bzw. in diesem Falle dann Umgestaltungen das Wesen des betroffenen Grundrechts zu verändern. Angesichts dessen muss auch der Ausgestaltungsgesetzgeber den Wesensgehalt von Art. 19 Abs. 2 GG wahren.

Daran schließt sich allerdings die Frage an, ob dem besondere Bedeutung zukommt. Dies wäre nur der Fall, wenn die Ausgestaltungsbefugnis die Möglichkeit eröffnen würde, die Substanz eines Grundrechtes zu berühren.⁴¹⁶ In der Tat kann durch Ausgestaltungen in weitem Umfang der Inhalt eines Grundrechtes so „umdeterminiert“ werden, dass das Grundrecht nicht mehr „das alte“ ist. Deshalb ist allgemein anerkannt, dass

⁴¹² Beschluss des Hauptausschusses in der Sitzung v. 05.05.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 1792.

⁴¹³ Plenum, Sitzung v. 06.05.1949 und 08.05.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band IX, S. 459, 572 ff.

⁴¹⁴ BVerfGE 21, 73, 83; E 58, 81, 110; E 79, 29, 40.

⁴¹⁵ So auch *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 209; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 430; *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2.

⁴¹⁶ *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 35, lehnt auch die Erstreckung auf die Ausgestaltung ab, da diese die grundrechtliche Substanz gar nicht berühren könne.

sich die Inhaltsbestimmung am Schutzgut und Normziel des Grundrechtes⁴¹⁷ oder den vorgefundenen Merkmalen⁴¹⁸ orientieren muss. Bei Beachtung dieser Grenze als „zwingende Orientierung an der jeweiligen verfassungsrechtlichen Leitnorm“⁴¹⁹ sind Inhaltsbestimmungen, die das Wesen verändern würden, ausgeschlossen.⁴²⁰ Es ist kaum vorstellbar, dass eine wesensantastende Ausgestaltung noch die Anforderungen der Inhaltsbestimmung wahrt und damit noch Ausgestaltung oder ob die gesetzliche Regelung in dieser Dimension nicht vielmehr ein Eingriff ist; im Falle einer Einstufung als Ausgestaltung wäre Art. 19 Abs. 2 GG aber zu wahren. Ob man die zwingende Orientierung am Schutzgut an die Wesensgehaltsgarantie knüpft, allgemein an rechtsstaatliche Anforderungen oder die Orientierung am Zweck als das Charakteristikum der Ausgestaltung ansieht – in jedem Fall darf die Ausgestaltung das Grundrecht nicht so umgestalten, dass keine Schutzgutkonformität mehr vorliegt bzw. das Wesen verändert wird. Ausgestaltungen müssen deshalb ebenso wie Grundrechtseinschränkungen das Wesen eines Grundrechtes unangetastet lassen, eine zusätzliche Einschränkung aus Art. 19 Abs. 2 GG wird aber damit in aller Regel nicht begründet.

3. Schutzpflichtensituation

Nach klassischem liberalem Grundrechtsverständnis dienen die Grundrechte als Abwehrrechte vor allem dazu, die grundrechtlich gewährte Freiheit vor dem unbegrenzten Zugriff des Staates zu schützen.⁴²¹ Im Laufe der Zeit wurde insbesondere vom

⁴¹⁷ Vgl. BVerfGE 50, 290, 355; E 73, 118, 166; E 74, 297, 334; insb. E 92, 26, 41: „Die Ausgestaltung muß sich jedoch am Normziel [...] orientieren.“

⁴¹⁸ *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 56.

⁴¹⁹ *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 54.

⁴²⁰ *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 35: „Nicht erfasst wird im Übrigen bloße gesetzliche Ausgestaltung, da diese grundrechtliche Substanz gar nicht berühren kann.“ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 333, spricht Art. 19 Abs. 2 GG deshalb hier nur „zielbestimmende Kraft“ zu; vgl. auch *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 293 f.

⁴²¹ Vgl. BVerfGE 7, 198, 204 f.: „Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von

Bundesverfassungsgericht neben den speziellen Schutzvorschriften im Grundgesetz (u.a. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 6 Abs. 4 GG) auch eine für jedes Grundrecht geltende, umfassende Schutzpflicht entwickelt.⁴²² Diese Schutzpflicht enthält aber aufgrund des weiten Gestaltungsspielraums bei der Wahrung der dem Gesetzgeber obliegenden Schutzpflichten⁴²³ grundsätzlich kein Recht auf bestimmte Maßnahmen, sondern nur auf Tätigwerden, sofern die staatlichen Organe entweder vollständig untätig oder die bereits getätigten Maßnahmen offensichtlich ungenügend sind,⁴²⁴ insofern geht es um die Gewährleistung des Unterraßverbotes.⁴²⁵

In Bezug auf die Anwendbarkeit der Wesensgehaltsgarantie besteht wegen des weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eine ähnliche Problematik wie bei der Ausgestaltung, sodass auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden kann. Dem demokratietheoretisch nicht durch (verfassungsgerichtliche) Kontrolle zu unterlaufenden Spielraum des Gesetzgebers kann mit einer die notwendige Freiheit des Parlaments sichernden, nicht ausufernd verstandenen Wesensgehaltstheorie ausreichend Rechnung getragen werden.

Abweichungen bestehen dagegen hinsichtlich der Entstehungsgeschichte. Aus dieser lässt sich nichts bezüglich einer Einbeziehung der Schutzpflichten in den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 2 GG ermitteln, denn die allgemeine Schutzpflicht für alle Grundrechte war zur Zeit der Verfassungsgebung noch nicht entwickelt. Dies spricht aber ebenso wenig gegen die Anwendung wie auch die Entwicklung der Schutzpflichten als solche. Die allgemeine Schutzpflicht war den Verfassungsvätern und –müttern nicht bekannt und dennoch ist die

Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.“ Vgl. auch *Klein*, NJW 1989, 1633, 1633; *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 191 Rn. 16 ff.

⁴²² Grundlegend BVerfGE 39, 1, 42; E 46, 160, 164.

⁴²³ BVerfGE 77, 170, 214 f.; E 79, 174, 202; E 85, 191, 212; E 92, 26, 46 (weiter Gestaltungsspielraum); Anerkennung des Spielraums ohne Betonung der Weite bereits in BVerfGE 39, 1, 51; E 46, 160, 164.

⁴²⁴ BVerfGE 77, 170, 215; E 85, 191, 212; E 89, 276, 286; E 92, 26, 46.

⁴²⁵ BVerfGE 88, 203, 254 f.

Schutzpflichtendimension als Grundrechtsfunktion mittlerweile allgemein anerkannt.⁴²⁶

„Klassisch“ sind die Grundrechte zwar Abwehrrechte gegenüber dem Staat. Trotz dieser primären Verpflichtung darf sich der Staat nicht zurückziehen und muss die Grundrechte auch vor dem Zugriff durch Private schützen.⁴²⁷ Dementsprechend spricht diese Erkenntnis auch für eine Einbeziehung der Schutzpflichtensituation in den Anwendungsbereich der Wesensgehaltsgarantie. Die Grundrechte bedürfen zu ihrer Verwirklichung (teils) staatlicher Aktivität. Zur Sicherung des Wesensgehaltes vor Zugriffen Dritter sollten Schutzpflichten in den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 2 GG einbezogen werden.⁴²⁸ Der Staat kann sich nicht darauf beschränken, selbst nicht aktiv in die Substanz eines Grundrechtes einzugreifen, sondern sollte das Antastverbot auch bei Handlungen Privater gewähren. Besteht deshalb auch als Schutzpflichtendimension grundsätzlich das Bedürfnis, den unantastbaren Kern des Grundrechtes durch den Staat zu schützen, bleiben Bedenken, wie dies umzusetzen ist bzw. wie inwieweit dies gewährleistet werden kann. Im Unterschied zum Abwehrrecht mit einer strengen Eingriffsabwehr durch einen weit vor Art. 19 Abs. 2 GG gezogenem Verhältnismäßigkeitsschutz wird die Schutzverpflichtung nur als Ergebnis- und Minimalkontrolle verstanden,⁴²⁹ die viel näher am Kern eines Grundrechtes liegt und deshalb ist an zusätzlichem Schutz über Art. 19 Abs. 2 GG zu zweifeln.⁴³⁰

⁴²⁶ Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 191 Rn. 26, 162 f.; *Klein*, JuS 2006, 960, 960.

⁴²⁷ Vgl. *E. Klein*, NJW 1989, 1633, 1635; *O. Klein*, JuS 2006, 960, 960 f. jeweils m. w. Nw.

⁴²⁸ Für eine Anwendung deshalb *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 177 f.; *BK-GG/Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 111 ff.; *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 45; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 5; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 27; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 210 f.; noch offen, aber gleichwohl keine ablehnende Haltung bei *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 54 ff., 297; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 369 f.; zurückhaltend wegen des großen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums auch *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 10; gegen die Anwendung auf die Schutzpflichtendimension *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 5 Rn. 1.

⁴²⁹ *Klein*, JuS 2006, 960, 961; Evidenzkontrolle bei BVerfGE 56, 54, 80; BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.02.2002, 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638, 1639.

⁴³⁰ Vgl. auch v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 132: Erhebliche Verbindungen zwischen Untermaßverbot und Art. 19 Abs. 2 GG, „wenn nicht sogar eine weitgehende

Abgesehen von bloßen Wiederholungen der bereits aus der Schutzverpflichtung folgenden abwägenden Anforderungen⁴³¹ sind in der Wissenschaft keine systematisierenden Äußerungen vorhanden, worin das zu konkret zu schützende, unantastbare Wesen eines Grundrechtes in seiner Schutzdimension bestehen soll bzw. kann. Um die Anwendbarkeit überprüfen zu können, ist an dieser Stelle ein kurzer Vorgriff auf das mögliche Wesen eines Grundrechtes in der Schutzpflichtdimension vonnöten. Eines wird hierbei schnell klar: Um einen absoluten, in jedem Fall einzuhaltenden Wesensschutz gegenüber Privaten kann es nicht gehen – dazu wäre der Staat weder in der Lage noch wäre dies überhaupt möglich. Auch durch weitreichende Sicherheitsbefugnisse⁴³² ist es nicht zu verhindern, dass Menschen von Dritten getötet, durch Abgase und Feinstaub Menschen sterben, Kinder von ihren Eltern misshandelt oder von Dritten entführt und von den Eltern getrennt aufgezogen, ungeborenes Leben abgetrieben und in Wohnungen von Privaten eingebrochen, Wanzen angebracht und die Räume durchsucht werden. Vor allem würde der Versuch, absolute Sicherheit zu gewähren, das Wesen diverser Freiheitsgrundrechte tangieren. Für die Schutzpflichten allgemein wird deshalb schon zu Recht festgestellt: „Absolute Sicherheit ist nicht herstellbar.“⁴³³ Selbst in einem totalitären Staat⁴³⁴ und der Maximierung

Deckungsgleichheit“; zurückhaltend wegen des großen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums auch Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 10; Sachs/*ders.*, GG, Art. 19 Rn. 34.

⁴³¹ Etwa bei *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 211 ff.; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 179 ff.; *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 45.

⁴³² Mit dem durch Freiheitsverlust infolge von umfassenden Überwachungstätigkeiten wohl einhergehenden Wesensantastungen der Persönlichkeitssphäre etc.

⁴³³ *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *ders./Kirchhof*, HStR IX³, § 191 Rn. 219, 274 ff.; hieran anschließend m. w. Nw. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 240; *Hornung*, Grundrechtssinnovationen, S. 52; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 221; ebenso BVerfGE 49, 89, 141: „Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, [...] hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und [...] jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen.“

⁴³⁴ *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *ders./Kirchhof*, HStR IX³, § 191 Rn. 219, 274 ff., der auch darauf hinweist, dass dies wegen des damit einhergehenden Freiheitsverlustes nicht zu wünschen wäre – unabhängig von der Unzulässigkeit der damit verbundenen Freiheitseinschränkungen. Ähnlich auch *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 221.

sowohl personeller als auch finanzieller Mittel könnte nicht verhindert werden, dass es in manchen Fällen zu Übergriffen kommt. Entsprechend kann für das Wesen eines Grundrechtes in der Schutzdimension nichts Anderes gelten. Würde das Wesen in der Garantie des Wesens in jedem einzelnen Falle gegenüber Privaten bestehen, müsste jede dennoch geschehene Wesensantastung eine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG durch den Staat darstellen.

Auch verspricht es keinen Erfolg, einschränkend nur bei einer realen Möglichkeit der Verhinderung einer Wesensantastung von einer Verletzung auszugehen, denn die Möglichkeit ist immer verbunden mit bzw. abhängig von den bereitgestellten Mitteln. Weder sollte sich der Staat durch eine Minimalisierung der Mittel einer tatsächlichen Schutzmöglichkeit selbst „berauben“ können noch könnten die Mittel in die Schutzpflicht einbezogen werden. Eine absolute Verpflichtung zum Schutz jedes einzelnen Wesensgehaltes „soweit möglich“ stünde vor der Frage, wie viele Mittel sachlich und personell für den Wesensgehaltsschutz „ausreichend“ sind – was sich aber nur durch Abwägung beantworten lässt. Schutzpflichten stellen damit vielmehr Handlungspflichten für den Gesetzgeber auf, teilweise wird auch von „Optimierungsgeboten“ gesprochen.⁴³⁵ Deutlich kommt dies auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch⁴³⁶ zum Ausdruck: Es geht darin nur um die Frage, wie sich das ungeborene Leben ausreichend schützen lässt und ob der Gesetzgeber zu diesem Schutz hinreichende Regelungen getroffen hat. In keinem Fall wird vom Gesetzgeber ein Erfolg im Sinne einer (nicht einhaltbaren) Garantie gefordert, jeglichen Lebensentzug zu verhindern. Absolut zu schützende Substanz kann also jedenfalls nicht das sein, was das Wesen einer Schutzpflicht ausmacht, sondern könnte nur die Existenz und Verwirklichung des Grundrechtes als Ganzes für die Allgemeinheit zum Gegenstand haben, was sich aber mit dem Zweck der Schutzpflicht

⁴³⁵ Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, HStR IX³, § 191 Rn. 269, der das Optimierungsgebot aber auf die Umsetzung beschränkt; vgl. auch *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 236, 241; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 221.

⁴³⁶ BVerfGE 39, 1 ff.; E 88, 203 ff.

auch für jeden Einzelfall konträr verhält. Auch mit einer relativen Ermittlung des „Wesens“ in Bezug auf die Schutzpflichten gibt es keine „Substanz“ im Sinne eines unantastbaren Bereiches, der durch Abwägung ermittelt würde und wonach das unantastbare Wesen den Gehalt darstellen würde, der nach Abwägung mangels überwiegender Rechtsgüter nicht anzutasten wäre⁴³⁷. Ergebnis des Untermaßverbotes ist nicht ein erst nach Abwägung unantastbarer Bereich des Grundrechtes, sondern „nur“ eine Verpflichtung des Staates zur Bereitstellung ausreichender Schutzmaßnahmen. Schutzpflichten zwingen nur, die Verwirklichung der Grundrechte zu ermöglichen und können aber keine wie auch immer geartete Grundrechtssubstanz garantieren. Als das einzig Substantielle könnte man die Schaffung eines Mindestbestandes an Schutznormen einordnen, was aber nicht mit dem Wesen eines jedes einzelnen Grundrechtes zu verwechseln ist, sondern bloß die Folge der allgemeinen Schutzpflicht darstellt.

Andererseits können die aus abwehrrechtlicher Sicht entwickelten Anforderungen von Art. 19 Abs. 2 GG nicht eins-zu-eins auf die Schutzpflichtendimension übertragen werden,⁴³⁸ es sind deshalb auch Unterscheidungen denkbar. Der nicht zu garantierende Substanzschutz beruht auf den differierenden Charakteristika zwischen Abwehrrecht und Schutzpflicht. Ein staatlicher Eingriff kann schlicht unterlassen werden, insofern kann durch bloßen Verzicht auch der Grundrechtskern gewahrt bleiben. Der Schutz eines Grundrechtes ist ungleich diffiziler und kann auch bei extensivem Gebrauch der Handlungspflicht die Achtung des Grundrechtskerns nicht allgemein gewährleisten. Infolgedessen sind Anpassungen des Wesensverständnisses in der Übertragung auf die Verwirklichungsebene nicht generell auszuschließen, müssen aber einer genauen Überprüfung unterzogen werden.

Im Hinblick auf bloße Leistungsrechte, die nicht an Drittschutz aus Schutzpflichten anknüpfen, sondern allein dem Einfluss des Staates unterliegen, sind Mindestgewährleistungen eines Grundrechtes denkbar

⁴³⁷ Vgl. *Schmidt*, AöR 106 (1981), 497, 515; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 323.

⁴³⁸ v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 27.

und wären wohl auch praktikabel.⁴³⁹ Auch scheint es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, für Schutzpflichten nicht an einer geforderten Substanz als dem Wesen eines Grundrechtes zu verhaften, sondern auch einen Grundbestand an Schutznormen der Freiheitssicherung zur Verwirklichung eines Grundrechtes als das Wesen des Grundrechtes in seiner Schutzdimension anzusehen – sozusagen ein Minimum an *Schutzvorkehrung*. Maßstab wäre dann nicht, dass das Grundrecht tatsächlich gegenüber jedem anderen in seinem Kern garantiert wird, sondern nur, ob das Wesen vor Dritten durch einen Mindestbestand an Normen und Vorkehrungen geschützt wäre. In Unterscheidung zu den allgemeinen Schutzpflichtanforderungen, die sich je nach Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter richtet,⁴⁴⁰ müsste dieser Grundbestand allerdings für jedes Grundrecht unabhängig von der Bedeutung des Grundrechtes als Wesensschutz der realen Entfaltungsmöglichkeiten bestehen.

Worin dieser Minimalbestand an Normen aber bestehen sollte – viel mehr als eine Grundverpflichtung kann es kaum darstellen, die sich ohnehin schon aus der allgemeinen Schutzpflicht ergibt. Teilweise wird deshalb der Wesensschutz mit dem Untermaßverbot gleichgesetzt.⁴⁴¹ Art. 19 Abs. 2 GG böte dazu wohl keinen ergänzenden Schutz, sofern man nicht Art. 19 Abs. 2 GG als Grundlage der Schutzpflichten sieht,⁴⁴² wogegen schon die fehlende Begrenzung derselben auf den Wesensschutz spricht. Es spricht allerdings auch einiges dafür, dass die Schutzpflichtendimension auf die Wesensgehaltsgarantie nicht „passt“. Die nähere Konkretisierung bedürfte einer eigenständigen, umfassenden Untersuchung und Konkretisierung des Schutzgehaltes von Art. 19 Abs. 2 GG in Bezug auf die Schutzpflichtendimension. Mit Blick auf die Intention der Arbeit muss es bei diesen Andeutungen verbleiben.

⁴³⁹ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 5, aber auch unter Einbezug der Schutzpflichten.

⁴⁴⁰ BVerfGE 50, 290, 332 f.; E 76, 1, 51 f.; fast identischer Wortlaut auch in BVerfGE 88, 203, 262.

⁴⁴¹ Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 45; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 132 ggf. „sogar weitgehende Deckungsgleichheit“.

⁴⁴² v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 132 f.; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 210 f.; andeutungsweise auch BVerfGE 39, 1, 43. A.A. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 147.

4. Abschließende Vorbemerkung für den weiteren Arbeitsauftrag

Ungeachtet der festgestellten Anwendbarkeit nicht nur auf die Abwehr von wesensantastenden Eingriffen in Freiheitsrechte, sondern auch auf Gleichheits- und grundrechtsgleiche Rechte, bei der Tätigkeit des grundrechtsausgestaltenden Gesetzgebers und möglicherweise im Rahmen der Schutzpflichtensituation, wird sich die weitere Arbeit aufgrund der Zielsetzung und des hierzu erforderlichen Umfangs im Wesentlichen auf die abwehrrechtlichen Fälle der Freiheitsgrundrechte konzentrieren. Soweit sich aus dem Zusammenhang nichts Anderes ergibt, sind die Feststellungen auf die übrigen Bereiche entsprechend zu übertragen; an einzelnen Stellen wird aber auch auf die übrigen Fälle eingegangen. Für die Zukunft könnten dann ausgehend von dieser Arbeit weitere Felder bearbeitet werden.

III. Subjektive, individuelle oder nur objektive, institutionelle Auslegung

Nachdem nun Adressatenkreis und Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 2 GG geklärt sind, geht es um die nähere inhaltliche Bestimmung der Wesensgehaltsgarantie. Die Frage nach der Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG als subjektive, individuelle oder objektive bzw. relative oder absolute Garantie bildet den Kernpunkt der Streitigkeit um das Verständnis von Art. 19 Abs. 2 GG. Eine Aufarbeitung der umfangreichen, häufig sich nur in Nuancen unterscheidbaren Ansichten in Literatur und Rechtsprechung ist damit jedoch nicht verbunden.⁴⁴³

Die erste Auslegungsthematik betrifft das Schutzgut von Art. 19 Abs. 2 GG. Im Wesentlichen geht es darum, ob maßgeblicher Bezugspunkt nur das Grundrecht als objektives Recht,⁴⁴⁴ also das

⁴⁴³ Für eine umfassende Zusammenfassung der vertretenen Ansichten mit weiteren Differenzierungen vgl. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 59 ff., 62 ff., 151 ff.

⁴⁴⁴ Die objektive Theorie wird (auch von Vertretern der subjektiven Ansicht) unterschiedlich benannt und beschrieben, teilweise wird auch vom „Grundrecht in objektivrechtlicher Hinsicht“ (v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 23); von „institutionelle[r] Ausrichtung“ (v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 161), vom „objektivrechtliche[n] Rechtsinstitut“ (AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 4); von „objektiver Rechteinrichtung“ und der „institutionelle[n]“ Auslegung (*Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324); von „Bestands- und Institutsgarantie der Grundrechte“ (*Jäckel*, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtssicherung,

Bestehen des Grundrechtskerns gegenüber der Allgemeinheit gemeint ist⁴⁴⁵ oder ob der Wesensgehaltsschutz (auch, d.h. neben dem objektiven Schutz)⁴⁴⁶ jedem Einzelnen zukommt,⁴⁴⁷ mithin die konkrete Rechtsposition des einzelnen Grundrechtsträgers unangetastet bleiben muss.⁴⁴⁸ Am einfachsten lässt sich dies an einem Beispiel, z.B. dem des polizeilichen Rettungsschusses, zeigen: Durch einen Schuss auf eine einzelne Person wird die Gewährleistung des Lebensgrundrechtes gegenüber der Allgemeinheit nicht im Geringsten berührt, für den Getöteten selbst hingegen wird die gesamte Rechtsposition endgültig entzogen. Für ihn bleibt vom Grundrecht (und allen übrigen) nichts mehr übrig.

Bei der Frage der objektiven oder subjektiven Auslegung ist zu beachten, dass der Bestand der Grundrechtsnorm bereits durch Art. 79 GG garantiert

S. 110); vom „institutionelle[n] Gehalt“ (*Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239), gesprochen. Soweit damit begrifflich eine Nähe zu den Einrichtungsgarantien verbunden ist, so ist auch in der objektiven Auslegung der Anwendungsbereich nicht auf diese klassischen Instituts- und institutionellen Garantien (z.B. Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) beschränkt, sondern umfasst jedes Grundrecht als Institut, vgl. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 81.

⁴⁴⁵ *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27 ff.; *ders.*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239, zu absoluten Gehalten; *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 204; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 f.; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c, V 6; *Huber*, DÖV 1956, 135, 142 f.; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 111, 113; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.

⁴⁴⁶ Dies wird insbesondere in der älteren Literatur nicht immer deutlich, neben dem subjektiven Grundrecht ist jedoch auch immer das Grundrecht als Institut geschützt, vgl. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 870; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 87; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 63; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 23; *Höfling*, Jura 1994, 169, 172; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 212 f.; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 210; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 146 f. m. w. Nw.

⁴⁴⁷ *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 224; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 412 f.; AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; *Höfling*, Jura 1994, 169, 172; *Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 327 f.; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 211; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 138; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 870; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 168 f.; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 111 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 52; *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 12 Rn. 143.

⁴⁴⁸ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 77.

ist⁴⁴⁹ – nur im Verfahren der Verfassungsänderung mit den entsprechenden Zuständigkeiten und Mehrheiten kann ein Grundrecht unter Beachtung von Art. 79 Abs. 3 GG beseitigt werden. Dem „einfachen“ parlamentarischen Gesetzgeber sowie der Exekutive und Judikative ist es bereits durch Art. 79 GG untersagt, durch Grundrechtsbeschränkungen das Grundrecht „als solches“ auszulöschen. Dementsprechend kann der Schutzgehalt bei der objektiven Theorie nur auf den Bereich umfassen, der die Grundrechtsnorm als solches (auch faktisch) unangetastet lässt, zugleich aber so erheblich beschränkt, dass vom Grundrecht für die Allgemeinheit „so gut wie nichts“ übrig⁴⁵⁰ bleibt.⁴⁵¹ Kombiniert mit der Grundaussage, dass Art. 19 Abs. 2 GG das Grundrecht als „Institut“ bzw. die generelle Bedeutung eines Grundrechtes „für das soziale Leben im Ganzen“⁴⁵² schützt, ist einer der grundlegenden Kritikpunkte an der objektiven Theorie angesprochen. Mit dieser ist die Wesensgehaltsgarantie weitgehend überflüssig⁴⁵³ und kein relevanter Faktor des Grundrechtsschutzes. Grundsätzlich ist jedoch „in Zweifelsfällen diejenige Auslegung zu wählen ist, welche die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet“.⁴⁵⁴

Nun wäre nur die Tatsache, dass eine Grundrechtsnorm weitgehend leerläuft, kein alleiniger Grund für eine anderweitige Auslegung. Mit der

⁴⁴⁹ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407 m. Fn. 26.

⁴⁵⁰ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324.

⁴⁵¹ Deshalb ist die Charakterisierung von *Jäckel*, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtssicherung, S. 110, Art. 19 Abs. 2 GG sei eine „Bestands- und Institutsgarantie der Grundrechte“, hinsichtlich der Bestandsgarantie überflüssig; der Bestand der Grundrechte vor dem einfachen Gesetzgeber ist bereits durch Art. 79 GG garantiert. Gleiches gilt für v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 6 b, wonach der Wesensgehalt des Grundrechtes mit der Grundrechtsgeltung gleichzusetzen sei.

⁴⁵² BVerfGE 2, 266, 285, ebenso v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 5.

⁴⁵³ Dies eingestehend als Vertreter der objektiven Ansicht *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239; als Argument für die subjektive Ansicht *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 104; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 111; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 867; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 176.

⁴⁵⁴ BVerfGE 6, 55, 72; E 32, 54, 71; E 39, 1, 38. Vgl. auch *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 15: Verfassungsinterpretation „steht unter dem Gebot optimaler Verwirklichung der Norm“.

Möglichkeit der Grundrechtsbeseitigung⁴⁵⁵ durch die verfassungsändernde Gewalt unter Einhaltung der Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG ist allerdings auch eine erkennbare Intention verbunden: Das Grundrecht als objektives, für alle Grundrechtsberechtigten geltendes Recht kann nur durch Verfassungsänderung beseitigt werden. Es wäre doch überraschend, wenn eine Norm wie Art. 19 Abs. 2 GG, die offensichtlich den Schutz der Grundrechte bezweckt, für den einfachen Gesetzgeber und die Exekutive und Judikative nur die minimal vorgelagerte Schwelle aufstellen würde, dass der Kern eines Grundrechtes nicht angetastet werden darf, ohne das Grundrecht insgesamt zu beseitigen. Zwar ist die Entstehungsgeschichte auch bezüglich des Schutzgutes nicht ergiebig,⁴⁵⁶ die Intention des verstärkten Grundrechtsschutzes jedoch klar erkennbar. Der geringe Bereich zwischen der (rechtlichen oder faktischen) Abschaffung eines Grundrechtes und der Beschränkung der substantiellen Merkmale, des Grundrechtskerns als „Wesen“ für die Allgemeinheit dürfte dem bezweckten Schutz nicht entsprechen, sondern spricht für eine eigenständige Garantie durch Art. 19 Abs. 2 GG.

Wann das Grundrecht als objektives Recht im Wesen angetastet ist, wird nur gelegentlich genauer bestimmt. So wird Art. 19 Abs. 2 GG als verletzt angesehen, wenn die Grundrechtsbeschränkung(en) für die Mehrheit der Grundrechtsträger keinen das Wesen der Grundrechtsverbürgung achtenden Inhalt mehr belassen⁴⁵⁷ bzw. mit der Formulierung der

⁴⁵⁵ Die Abschaffung einzelner Grundrechte durch Verfassungsänderung ist durch Art. 79 GG nicht untersagt, sofern die Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG eingehalten sind. Dieser spricht ausdrücklich nur von den Grundsätzen des Art. 1 und 20 GG, nicht von jedem einzelnen Grundrecht. Auch garantiert Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG nicht die Gewährleistung jedes Grundrechtes, sondern generell den Bestand von Grundrechten, vgl. Dreier/*ders.*, GG II, Art. 79 III Rn. 32; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 79 Rn. 123 f.

⁴⁵⁶ AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 1, 4; a.A. *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 18.

⁴⁵⁷ Vgl. u.a. *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 47 f., 117, weiter noch S. 119: Das Institut wäre angetastet, wenn das Grundrecht nicht von einer Vielzahl noch genutzt würde. Im Grundsatz noch weitergehend als reine Bestands- und Institutsgarantie im Sinne einer generellen Aufhebung des Grundrechtes *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 112: „Art. 19 Abs. 2 GG tritt auf den Plan, wann immer die öffentliche Gewalt sich aus vermeintlich zwingenden Gründen und zum Schutz angeblich übergeordneter Rechtsgüter anschickt, ein Grundrecht *generell* zu beseitigen oder wesentlich zu verkürzen.“ – Hervorhebung i. O.; einschränkend dagegen S. 109 ff. Weitgehend auch *Basten*, Die

„Bedeutung für das soziale Leben im Ganzen“ jedenfalls angedeutet⁴⁵⁸ – solange also mehr als 50 % der Grundrechtsberechtigten das Grundrecht im Wesentlichen noch ausüben können, wäre Art. 19 Abs. 2 GG nicht verletzt.⁴⁵⁹ Damit würde die Schutzrichtung der Grundrechte weitgehend ignoriert⁴⁶⁰ und der diesen innewohnenden Minderheitenschutz vollkommen vernachlässigt.⁴⁶¹ Der Minderheitenschutz ist im Grundgesetz an mehreren Stellen erkennbar und dient der Einschränkung des grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip handelnden Gesetzgebers.⁴⁶² Nimmt man die intendierte Schutzrichtung der Grundrechte und der Wesensgehaltsgarantie ernst, kann es nicht (nur) um

Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f., wenn „ein Grundrecht [...] für alle Grundrechtsträger unwirksam gemacht wird“.

⁴⁵⁸ v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 a, V 6 a, b: Der Wesensgehalt sei gleichzusetzen mit der allgemeinen Geltung des Grundrechtes; Grundrecht i.S.v. Art. 19 Abs. 2 GG sei nur die Grundrechtsbestimmung insgesamt; einschränkend wird auch als ausreichend für eine Antastung erachtet, wenn das Grundrecht rechtstatsächlich nicht mehr für genügend Grundrechtsträger gilt. Das wohl auf die Mehrheit oder einen massiven Teil der Bevölkerung abgestellt wird findet Bestätigung darin, dass die objektiven Vertreter allgemein in der Freiheitsstrafe keine Wesensgehaltsverletzung sehen, obwohl beispielsweise zum Stand vom 31.08.2017 25.155 Strafgefangene eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr absitzen bzw. insgesamt 64.223 Strafgefangene sich in Haft befinden, vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten, Stichtag 31. August 2017, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile, S. 5 f. (Zuletzt abgerufen am 10.12.2017).

Wenn die objektiven Theorien in der Freiheitsstrafe offensichtlich keine Kollision mit Art. 19 Abs. 2 GG sehen, ist diese (zukünftig potentiell auch steigende) Zahl aus ihrer Sicht wohl noch weit von einer objektiven Antastung entfernt (vgl. etwa *Erichsen*, NJW 1976, 1721, 1724, der mit Blick auf empirische Daten zur lebenslangen Freiheitsstrafe feststellt, dass „mit Sicherheit“ noch keine leerlaufende Grundrechtsnorm vorliege). Kritisch zur Betroffenheit erst bei der „Mehrheit von Grundrechtsausübungen“ mit Blick auf den Minderheitenschutz AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 167.

⁴⁵⁹ Deziert *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 65: „Dann bleibt aber tatsächlich auf dieser ersten – statistischen – Ebene nur noch übrig, daß der Wesensgehalt die Grundrechtsposition einer Mehrheit schützt, während die Minderheit sich letztlich damit bescheiden muß, daß sie mangels zahlenmäßiger Bedeutung nicht ins Gewicht fällt. Das läuft im Ergebnis auf die These hinaus, daß auch ‚Jedermannsrechte‘ nicht für jedermann gelten.“

⁴⁶⁰ Vgl. *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 210; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248.

⁴⁶¹ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 111; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 52; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 212; bereits bei *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598, ist die Gefahr angesprochen, die Mehrheit könnte alles Unliebsame unterdrücken.

⁴⁶² *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 209.

einen Schutz in der Mehrzahl der Fälle gehen, sondern gerade die einzelne Position ist schützenswert und notwendig für Pluralität und individuelle Freiheit.⁴⁶³ Dies kommt auch in den angesprochenen Anforderungen an eine Verfassungsänderung (und eine mögliche Grundrechtsaufhebung) zum Ausdruck: Nur durch qualifizierte Mehrheiten in einem besonderen Verfahren und unter besonderen, nicht anzutastenden Schranken kann ein Grundrecht durch Grundgesetzänderung aufgehoben werden. Nicht nur die *doppelt erforderliche qualifizierte Mehrheit* in Bundestag und Bundesrat gewährleistet den Schutz von Minderheiten, sondern auch das besondere öffentliche Interesse an einer Verfassungsänderung und die Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG begründen einen Minderheitenschutz für das gesamte objektive Grundrecht. Angesichts dieser Wertung wäre es widersinnig, wenn *allein* der einfache Gesetzgeber ein Grundrecht mit *einfacher* Mehrheit soweit beschränken könnte, bis es im Großen und Ganzen nicht mehr im Kern erhalten ist.⁴⁶⁴

Teilweise werden auch geringere Abstufungen vertreten bzw. angedeutet, u.a. könne auch durch Außerkraftsetzung weniger individueller Grundrechtspositionen das Grundrecht als Ganzes ins Mark getroffen werden.⁴⁶⁵ Konkret zieht *Jäckel* ein an die Verwirkung aus Art. 18 GG anknüpfendes Beispiel heran: In Krisenzeiten könne die Regierung die kritische Presse mittels einiger Verfahren nach Art. 18 GG ausschalten; das Bundesverfassungsgericht müsse in so einem Fall prüfen, ob mit stattgebenden Urteilen die Pressefreiheit nicht insgesamt aufgehoben würde.⁴⁶⁶ Unabhängig von den bestehenden Streitigkeiten um das Verhältnis von Art. 18 GG zu Art. 19 Abs. 2 GG sollten die engen

⁴⁶³ Vgl. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 148; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; *Guttenberg*, NJW 1993, 567, 571.

⁴⁶⁴ Ungeachtet der durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung gezogenen Schranke.

⁴⁶⁵ *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 29; *ders.*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 245. Ähnlich mit gleichwohl unklarem Gehalt v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 6 b: „Wird durch sachliche Einschränkung eines Grundrechtes (etwa durch erheblich verschärfte Berufszulassungsvoraussetzungen) der Kreis derjenigen zu groß, für die das Grundrecht (der Freiheit des Berufs) rechtstatsächlich nicht (mehr) gilt, weil sie mit ihrem subjektiv-öffentlichen Recht auf Wahl und Ausübung des betreffenden Berufs nichts (mehr) anfangen können, verliert das Grundrecht – trotz normativen Weitergeltens für alle – u. U. seine vom Grundgesetz intendierte ‚Bedeutung für das soziale Leben im Ganzen‘ [...].“

⁴⁶⁶ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 109 f.

Anforderungen an den Ausspruch eines solchen Urteils⁴⁶⁷ und die damit festgestellte Verfassungsfeindlichkeit es verhindern, dass die Pressefreiheit als objektives Recht durch einzelne Verwirkungsurteile im Ganzen als kaum noch vorhanden betrachtet wird. Es ist kaum denkbar, dass einige wenige Verwirkungsurteile *unter Beachtung der Voraussetzungen* des Art. 18 GG eine solche Wirkung hätten, dass die Pressefreiheit insgesamt im Wesen verletzt wäre – dazu müsste sich dann schon ein erheblicher Teil der Presse fortgesetzt staatsfeindlich⁴⁶⁸ betätigen, womit dann wiederum eine größere Zahl notwendig wäre.⁴⁶⁹ Obwohl im Grundsatz der Gedanke zutreffend ist, dass auch Maßnahmen gegenüber einer Minderheit das Grundrecht als objektives Institut im Wesen berühren könnten, ist auch diese Auslegungsvariante aus mehreren Gründen abzulehnen. Erneut spricht zunächst das Abzählen der Grundrechtsberechtigten verbunden mit der Frage, ab welcher Zahl oder Prozentzahl von einer Betroffenheit der objektiven Norm auszugehen ist, gegen einen solchen Ansatz.⁴⁷⁰ Die damit einhergehenden Bestimmungsprobleme und die erhebliche Abhängigkeit von subjektiven Sichtweisen führen nicht zu Rechtssicherheit und verhindern damit auch essentiell eine Berufung auf Art. 19 Abs. 2 GG vor Gericht. Auch die praktischen Folgen erscheinen fragwürdig. Angenommen, es käme zeitlich nacheinander zu einer solchen Mehrzahl an Grundrechtsbeschränkungen, sodass man von einer Betroffenheit des objektiven Grundrechtsinstitutes sprechen könnte – während für die Letztbetroffenen im gerichtlichen Prozess der Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG vorliegen würde, wäre bei den Erstbetroffenen trotz gleicher Maßnahme noch keine Verletzung der objektiven Wesensgehaltsgarantie

⁴⁶⁷ Vgl. die beiden Verfahren in BVerfGE 11, 282 ff., E 38, 23 ff., die jeweils auch erfolglos blieben.

⁴⁶⁸ Hömig/Wolf/Antoni, GG, Art. 18 Rn. 3.

⁴⁶⁹ Ungeachtet dessen, ob die Veröffentlichung verfassungsfeindlicher und auf die Beseitigung des Bestandes der demokratischen Grundordnung abzielender Presseerzeugnisse noch zum Wesensgehalt der Pressefreiheit gehören kann.

⁴⁷⁰ Vgl. Kaufmann, ARSP 70 (1984), 384, 388; AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; Middendorf, Jura 2003, 232, 233; Herbert, EuGRZ 1985, 321, 324. Deutlich auch Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 64: Der institutionelle Ansatz biete keinen Maßstab, ab wann die Quantität in Qualität umschlagen würde.

gegeben.⁴⁷¹ Diese nur zeitlich begründete Ungleichbehandlung ist nicht zu begründen.

Trotz der mit der Erweiterung verbundenen Subjektivierungstendenz würde auch hier der Charakter der Grundrechte nicht ausreichend berücksichtigt. Diese sind zuallererst subjektive Rechte, sodass der Begriff des Grundrechts auch bei Art. 19 Abs. 2 GG in dieser Weise aufgefasst werden sollte.⁴⁷² Der einzelne Mensch ist in den Mittelpunkt des Grundgesetzes gestellt worden, wie auch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu erkennen gibt, von ihm aus muss das Recht auch im Übrigen ausgehen.⁴⁷³ Aus der subjektiv-rechtlichen Eigenschaft der Grundrechte folgt: Wenn der Wesensgehalt ein Bruchstück, den Kern eines Grundrechts ausmachen soll, und die Grundrechte subjektive Rechte sind, ist nicht zu erklären, „weshalb dieser Kern [...] qualitativ anders geartet sein sollte als die ihn umschließende Frucht“.⁴⁷⁴

Als wesentliches Argument für eine objektive Sichtweise verbleibt nur, dass sich die individuelle Ausrichtung – verbunden mit einer absoluten Auslegung – in einigen Fällen nicht durchhalten lassen soll.⁴⁷⁵ Die betreffenden, bereits angesprochenen Maßnahmen wie (lebenslange) Freiheitsstrafe, finaler Rettungsschuss usw. würden im Einzelfall nichts

⁴⁷¹ Diese könnte ggf. nachfolgend im Rechtsweg noch erkannt und ausgeräumt werden, würde aber nichts an bereits erfolgten (und zu diesem Zeitpunkt auch noch rechtmäßigen) Maßnahmen ändern.

⁴⁷² *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 147 f.; *Guttenberg*, NJW 1993, 567, 571.

⁴⁷³ *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 53 f.; *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; v. Münch/Kunig/Krebs, GG, Art. 19 Rn. 25; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 147 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 412.

⁴⁷⁴ v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 170. Ähnlich auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 870: „Dieser subjektiv-rechtliche Charakter ist Wesensmerkmal der Grundrechte des Grundgesetzes.“ Daran ändert auch nichts, dass Art. 19 Abs. 2 GG vom Wesen *eines* Grundrechts spricht und die subjektiv-rechtliche Eigenschaft Wesen *aller* Grundrechte ist, denn was zur Substanz aller Grundrechte gehört, kann auch Kern jedes einzelnen Grundrechts sein.

⁴⁷⁵ So u.a. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 187, 223; auch v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 29; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 237; *ders.*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27; v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 47 f.; *Kaufmann*, ARSP 70 (1984), 384, 387 ff.; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 140; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 26; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 111 f.

vom Grundrecht übrig lassen, dementsprechend könne Art. 19 Abs. 2 GG nicht individuell ausgelegt werden. Schon frühzeitig ist darauf hingewiesen worden, dass es sich hierbei um einen klassischen Zirkelschluss handelt.⁴⁷⁶ Einfachrechtlich legitimierte Maßnahmen als Auslegungsmaßstab einer Grundgesetznorm heranzuziehen widerspricht jeglicher Auslegungsmethode. Entsprechend wäre eine Kollision dieser Eingriffe mit Art. 19 Abs. 2 GG eher als Argument für deren Verfassungswidrigkeit und gegen eine Beibehaltung anzusehen, als umgekehrt die Verfassung am einfachen Recht auszulegen.⁴⁷⁷ Ob in jedem Falle auch eine Kollision vorliegt und wie eine solche Kollision zu lösen wäre, wird an späterer Stelle untersucht. Hier genügt die Feststellung, dass einfachrechtliche Eingriffe nicht maßgeblich die Auslegung einer Grundgesetznorm bestimmen können.

Zuletzt besteht noch eine vermittelnde Ansicht: Die Beurteilung, ob einem Grundrecht ein objektiver oder subjektiver Wesensgehalt zukomme, könne nach der Eigenart des Grundrechtes bestimmt werden. Beispielsweise gebe der Eingriffsvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, der auch Eingriffe in das Leben erlaubt, zu erkennen, dass angesichts dieser Möglichkeit von einem objektiven Wesensgehalt auszugehen sei.⁴⁷⁸ Gleichwohl wie diese Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nicht auszuschließen ist, fehlt eine dogmatische Aufbereitung oder allgemeine Erklärung, wann von einem objektiven Gehalt auszugehen ist und welche Anforderungen das Grundgesetz an eine solche Regelung stellen würde. Die weiteren Beispiele geben Anlass zur Vermutung, dass von einem objektiven Wesensgehalt insbesondere dann ausgegangen wird, wenn sich sonst eine subjektiv-absolute Auslegung nicht durchhalten ließe.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324; auch *Middendorf*, Jura 2003, 232, 233.

⁴⁷⁷ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 112; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 52; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 233; *Schaks*, JuS 2015, 407, 409; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599; *Schaks*, DÖV 2015, 817, 824 sowie *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410 f.

⁴⁷⁸ BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 27.

⁴⁷⁹ Dies kommt bei BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 27, u.a. im dort angesprochenen Beispiel der Freizügigkeit bei einer Seuchengefahr zum Ausdruck, mit der dann die objektive Bedeutung gerechtfertigt wird. Damit geht *Enders* mittelbar davon aus, wenn eine solche Maßnahme notwendig sei, könne es keinen subjektiven Wesensgehalt meinen. Darüber hinaus wird bei

Dementsprechend ist hiernach von einer prinzipiellen subjektiven Schutzrichtung des Wesensgehaltsschutzes auszugehen.

IV. Absoluter oder relativer Gehalt

1. Darstellung der Positionen und Argumentation

Der nachfolgende Abschnitt betrifft die Schlüsselstelle und „Kernfrage“ des Inhalts und der Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie. Die möglichen Auslegungsvarianten lassen sich grundsätzlich in zwei Sichtweisen einteilen:⁴⁸⁰ Muss ein gewisser Grundrechts-„Rest“ generell, also absolut und ohne die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch (überwiegende) Rechts- bzw. Verfassungsgüter bestehen⁴⁸¹ oder ist der Schutz „nur“ relativ im Sinne einer Abwägung zu verstehen, wodurch die Wesensgehaltsgarantie es verbietet, dass ein Grundrecht mehr als nötig

diesem Beispiel nicht berücksichtigt, inwiefern denn auch die zeitliche Komponente eine Rolle für die Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG spielen kann; scheinbar geht *Enders* davon aus, jegliche kurzfristige Freizügigkeitseinschränkungen wegen Seuchengefahr verletzen in jedem Falle die Substanz von Art. 11 Abs. 1 GG.

⁴⁸⁰ Einzelne, nur selten vertretene Verständnisse von Art. 19 Abs. 2 GG werden hier nicht näher aufgeschlüsselt, so u.a. die Ansicht, wonach der Wesensgehalt als reine Rechtsschutzgarantie verstanden werden müsse, vgl. *Roellecke*, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, S. 296 f.; OVG Hamburg, Urt. v. 30.03.1951, VerwRSpr 1951, 724, 736; teilweise auch *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 181 ff.; zutreffend dagegen BVerfGE 61, 82, 113: Wesensgehalt sei betroffen, „wenn jeglicher Störungsabwehranspruch, den die Rechtsordnung zum Schutz eines Grundrechtes einräumt, materiellrechtlich beseitigt oder wenn es verfahrensrechtlich verwehrt wird, ihn wirkungsvoll geltend zu machen [...]“, womit zwar ein Teilelement von Art. 19 Abs. 2 GG angesprochen ist, dieser sich darin aber aus zutreffender Sicht des BVerfG nicht erschöpft.

⁴⁸¹ *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 101; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 31; BVerfGE 34, 238, 245; E 80, 367, 273 f.; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 139; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 867; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598, 600 f.; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 5; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 26 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 335; *Schaks*, DÖV 2015, 817, 823 f.; *ders.*, JuS 2015, 407, 408 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410 f.; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 39 ff.; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 46 f.; *Henssler*, ZfA 1998, 1, 9 ff.; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 24; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 172 f.; im Ausgangspunkt auch *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234 f.; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 324 f.; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 210; v. *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 48; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 19 Rn. 5 sowie *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 182, 261 ff., der für reine Abwehr- bzw. Zustandsrechte allerdings die relative Theorie vertritt.

eingeschränkt wird?⁴⁸² Diese Optionen stehen sich unüberbrückbar gegenüber, der Streit ist festgefahren und besteht hauptsächlich aus (natürlich auch teils zu Recht) seit Jahren bzw. Jahrzehnten wiederholten Argumenten.

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist zunächst der Wortlaut der auszulegenden Norm: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“ Die absolute Auslegung teilt das Grundrecht in zwei Teile ein: Einen inneren, unantastbaren Kern – den Wesensgehalt – und eine äußere „Schale“ oder „Frucht“, welche beschränkbar ist.⁴⁸³ Die Formulierung „in keinem Falle“ deutet darauf hin, dass Ausnahmen, in denen der Wesensgehalt berührt wird, nicht zuzulassen sind – die Vertreter der absoluten Theorien gehen deshalb teilweise davon aus, der Wortlaut spreche eindeutig für eine Schutzwirkung unabhängig jeglicher Rechtfertigungspositionen.⁴⁸⁴ Demzufolge wäre jede hiervon abweichende Auslegung ein Verstoß gegen den Wortlaut.⁴⁸⁵

⁴⁸² Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 272; Dreier/*ders.*, GG, Art. 19 II Rn. 17; BVerfGE 109, 133, 156 f.; E 115, 118, 165; E 117, 71, 95; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 58 f.; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 293; Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 176 f.; Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 26; BGH, Beschl. v. 17.10.1955, VRG 4/55, DÖV 1955, 729, 730 f.

⁴⁸³ Vgl. u.a. Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 139; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 875; Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 69; Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 260. Unterscheidung eines äußeren oder inneren Kreises auch bei Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 68; hinsichtlich Kern und Frucht v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 170.

⁴⁸⁴ Krüger, DÖV 1955, 597, 598; Stein/Frank, Staatsrecht, S. 248; Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 29; „unstreitig“ auch bei Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87, 88; „ohne weiteres einsichtige Erkenntnis“ bei BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 13; BVerfGE 7, 377, 411 zieht aus dem „klare[n] Wortlaut“ die Schlussfolgerung, dass die Frage nach der Zulässigkeit von Eingriffen gegenstandslos ist; v. Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 205; Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 218; vgl. auch v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 108 f. Dass der Wortlaut für eine absolute Auslegung spricht, gestehen auch Vertreter der relativen Ansicht ein, u.a. v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; auch Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 83, der dies allerdings auch für einen Zirkelschluss hält, S. 101 m. Fn. 333.

⁴⁸⁵ So Stern, Staatsrecht III/2, S. 865.

Dennoch verstößt eine relative⁴⁸⁶, also gewichtende Wesensgehaltsauslegung nicht per se gegen den Wortlaut, sondern hat schlicht ein anderes Verständnis vom Begriff des Wesensgehaltes. „Wesensgehalt *der* Grundrechte“ sei es, „daß sie gegen gleich- und höherwertige Rechtsgüter, nämlich durch die immanenten Grenzen, die den Wesensgehalt umhegen, nach dem Grundsatz der Güterabwägung abgegrenzt werden.“⁴⁸⁷ Der Wesensgehalt der Grundrechte besteht danach in dem Rest, der „aufgrund einer Zweck-Mittel- (oder Verhältnismäßigkeits-)Prüfung *nicht* einschränkbar ist“.⁴⁸⁸ Im Unterschied zur absoluten Theorie existiert also kein feststehender Kern, welcher von jeglichen Beschränkungen durch im Rahmen einer Abwägung übergeordnete Rechte frei bleiben muss, sondern dieser Gehalt wird erst durch die Abwägung ermittelt und ist damit von deren Ergebnis abhängig, mithin relativ aufgrund der vorzunehmenden Gewichtung der entgegenstehenden Belange. Dieses Verständnis kollidiert, anders als dies teilweise gesehen wird, nicht generell mit dem Wortlaut, denn, wenn man diese Relativierung als Wesensgehaltsbegriff im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG versteht, erfolgt bei Beachtung der Verhältnismäßigkeit „in keinem Falle“ eine Antastung des relativ ermittelten Wesens. Nichtsdestotrotz finden sich keine Anhaltspunkte für eine Bedeutung des

⁴⁸⁶ Die relativen Theorien werden hier zusammengefasst behandelt, obwohl sie sich natürlich teilweise auch unterscheiden, indem nur eine teilweise Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip angenommen wird oder leicht differierende Varianten vertreten werden. Alle relativen Theorien haben aber einen Grundgedanken gemeinsam: Es besteht kein feststehender Gehalt des Wesens eines Grundrechtes, sondern dieser ist erst in Abwägung mit anderen Rechtsgütern zu ermitteln, oder eine Antastung des Wesens kann durch höherrangige Güter gerechtfertigt werden (vgl. die sog. „Immanenztheorie“ des BVerwG, BVerwGE 1, 48, 51 f.; E 1, 92, 94; E 2, 295, 300), was aber nur eine Verschiebung der Argumentation zur Folge hat. Vgl. etwa BGHSt 4, 375, 377 mit einer Gleichsetzung der Wesensgehaltsgarantie mit dem Erforderlichkeitsgrundsatz. Zum Verhältnis einer relativen Wesensgehaltsgarantie und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Überblick Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 18; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 82 mit der Annahme nur einer Teilidentität.

⁴⁸⁷ *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 59; ähnlich auch BGH, Beschl. v. 17.10.1955, VRG 4/55, DÖV 1955, 729, 729: „Das Wesen *der* Grundrechte besteht rechtlich darin, daß sie grundsätzlich Eingriffen des Gesetzgebers entzogen sind. Ein Grundrecht wird deshalb i.S. des Art. 19 II GG durch einen solchen Eingriff schon dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn der Eingriff nicht durch übergeordnete Rechtsgründe zwingend erfordert wird“ – jeweils Hervorhebung A.S.

⁴⁸⁸ *Schmidt*, AöR 106 (1981), 497, 515 – Hervorhebung i. O.; daran anschließend *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 323. Vgl. auch *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 84.

Begriffs „Wesensgehalt“ in der Norm, welche auf ein Verständnis im Sinne einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Grundrechtes hindeuten.⁴⁸⁹ Vor allem lässt der Wortlaut keine Intention erkennen, dass Art. 19 Abs. 2 GG nach dem Zweck der Beschränkung fragt bzw. inwiefern das Ausmaß der Beschränkung noch angemessen ist.⁴⁹⁰ Jedoch geht die relative Theorie bei der Begründung der notwendigen Abwägung überwiegend von einer unzutreffenden Grundlage aus. Diese wird häufig damit begründet, dass Abwägung den „Wesensgehalt *der Grundrechte*“⁴⁹¹ darstelle, während Art. 19 Abs. 2 GG hingegen den Wortlaut „*ein* Grundrecht in *seinem* Wesensgehalt“ beinhaltet, also nicht von einem

⁴⁸⁹ Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 867 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410 m. Fn. 42; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 334 f. Deutlich auch *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 76: „Dieses [...] Ergebnis wird durch die Tatsache gestützt, daß die [...] Norm des Art. 19 Abs. 2 GG weder ausdrücklich auf diesen Grundsatz [der Verhältnismäßigkeit, Anm. A.S.] Bezug nimmt, noch seine Anerkennung erkennbar zum Inhalt hat. Es liegt im Gegenteil näher, aus dem schlichten Wortsinn dieser Verfassungsbestimmung den Schluß zu ziehen, daß sie sich erkennbar *nicht* auf ein Moment der Proportionalität bezieht.“ – Hervorhebung i.O.

⁴⁹⁰ *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 334 f.; deutlich auch bereits *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 76 (siehe Fn. zuvor). Ebenso auch *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598: „Im übrigen aber haben Unantastbarkeit des Wesensgehaltes und Gebot der Verhältnismäßigkeit nichts gemein, sie sind sogar in jeder Hinsicht grundverschieden. [...] Entscheidend aber gegen eine Identifizierung beider Institute spricht, daß es der Sinn der Unantastbarkeit ist, gegebenenfalls auch die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszuschließen. Denn dieser Grundsatz verbietet die Verfolgung keines Zieles, vorausgesetzt lediglich, daß es ökonomisch verfolgt wird, während die Unantastbarkeit des Wesensgehaltes besagt, daß selbst das nützlichste Ziel und das sparsamste Mittel einen staatlichen Eingriff in die bürgerliche Freiheitssphäre nicht rechtfertigen können [...]“

⁴⁹¹ *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 59; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 26; BGH, Beschl. v. 17.10.1955, VRG 4/55, DÖV 1955, 729, 729 f.; *Kaufmann*, Was heißt „Wesensgehalt“ der Grundrechte?, in: Schünemann u.a. [Hrsg.], Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, S. 23, 27; vgl. auch BVerwGE 1, 48, 51 f.; E 1, 92, 94: wonach es zum „Inbegriff der Grundrechte“ gehört, „daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch andere Grundrechte [...] gefährdet werden“. Trotz anderer Wortwahl ist die gleiche Intention auch bei *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 66, erkennbar: „[E]s gehört also zum Wesen des Grundrechts, dass es nur dann in seinem Geltungsbereich beschränkt werden kann, wenn dies dem Schutz höherrangiger Rechtsgüter dient.“ Vgl. auch bereits den Titel bei *v. Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt *der* Grundrechte. Daneben findet sich die Formulierung auch in diversen Äußerungen und Titeln der absoluten Ansicht, vgl. *Herbert*, Der Wesensgehalt *der* Grundrechte, EuGRZ 1985, 321 ff.; *Krüger*, Der Wesensgehalt *der* Grundrechte i.S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, 597 ff.; wie hier dagegen *v. Bernstorff*, *Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz*, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40 ff., der durch die Mehrzahl „Die Wesensgehalte“ eine solche Einordnung nicht zu erkennen gibt – jeweils Hervorhebung A.S.

Wesensgehalt *aller* bzw. *der* Grundrechte spricht.⁴⁹² Hätte Art. 19 Abs. 2 GG die Formulierung „Wesen aller Grundrechte“, wäre die Bezugnahme auf die Verhältnismäßigkeit als das Wesen, Grundrechte nicht mehr als zum Schutz höherrangiger Rechtsgüter notwendig zu beschränken, im Wortlaut angelegt. Art. 19 Abs. 2 GG spricht aber vom Wesen *eines* Grundrechts, weshalb dieses Wesen auch spezifisch für jedes Grundrecht zu bestimmen ist.

Insbesondere ist das Verhältnismäßigkeitsgebot ein allgemeines Verfassungs- und Rechtsprinzip, während die Wesensgehaltsgarantie eine Norm zum Schutz allein der Grundrechte ist.⁴⁹³ Auch deshalb erscheint fraglich, warum dieses Prinzip das Wesen *eines* Grundrechtes sein soll. Insgesamt deutet der Wortlaut auch angesichts der Entstehungsgeschichte auf einen absoluten Schutz hin. Im Grundsatzausschuss wurde ausdrücklich auf Verschiedenes hingewiesen:

„[D]as ist der zweite Punkt, daß also die *Substanz* durch die gesetzlichen Regelungen nicht angegriffen werden darf. Die Vorschrift scheint mir unbedingt erforderlich. Wir haben immer in allen Artikeln gesagt: dieses Grundrecht steht *im Rahmen der Gemeinschaftsinteressen*, und zum Schutz der Gemeinschaftsinteressen ist nun in einer gewissen Konkretisierung die Möglichkeit gegeben, durch Gesetz in diese Freiheiten einzugreifen. Hier taucht natürlich die Frage auf, daß diese Gesetzgebung nie so weit gehen darf, daß sie *das Grundrecht als solches in seinem Bestand* angreift. [...] Also darüber ist sich der Ausschuß wohl einig, daß eine Formulierung in dieser Beziehung unbedingt erfolgen müßte.“⁴⁹⁴

⁴⁹² Betonung des Wortlautes im Singular auch bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 18 f.; ebenso *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 27: „Daß der Wesensgehalt für jedes Grundrecht gesondert [...] festzustellen ist, [...] ergibt sich aber bereits aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG, der ja verbietet, ‚ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt‘ anzutasten, nicht etwa ‚den Wesensgehalt der (aller) Grundrechte‘.“

⁴⁹³ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 872. In diese Richtung wohl auch *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 76.

⁴⁹⁴ Vorsitzender v. *Mangoldt* im Grundsatzausschuss, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 150 – Hervorhebung A.S.

Die Betonung, dass die Substanz nicht angegriffen werden darf, spricht gegen ein Verständnis des Wesensgehalts als Abwägungsgebot; der Begriff der Substanz weist auf ein materielles Verständnis hin.⁴⁹⁵ Auch ergibt sich aus der Gegenüberstellung zwischen Wesensgehaltsschutz und der Geltung der Grundrechte im Rahmen der Gemeinschaftsinteressen, dass hier etwas anderes gemeint ist als Abwägung. „[Z]um Schutz der Gemeinschaftsinteressen“ – also nur soweit zum Schutz erforderlich und angemessen, kann in Grundrechte eingegriffen werden; diese Beschränkung darf aber nie so weit gehen, dass die Substanz angegriffen wird. Diese zwar nicht leicht erkennbaren, aber doch klaren Vorstellungen des Grundsatzausschusses, insbesondere des Vorsitzenden v. Mangoldt, widersprechen einer abwägenden Auslegung der Garantie.⁴⁹⁶ Darüber hinaus schenkt eine solche Sichtweise der historischen Differenz zwischen dem Herausbilden des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Normierung der Wesensgehaltsgarantie durch verfassungsetzende Gewalt keine Beachtung.⁴⁹⁷

Gegen eine absolute und für eine abwägende Wesensgehaltsgarantie wird dagegen angebracht, kein Verfassungsgericht würde aussprechen, ein Gesetz sei zwar wegen eines überwiegenden Allgemeininteresses angemessen, aber wegen der absoluten Wesensgehaltsgarantie verfassungswidrig.⁴⁹⁸ Diese Auffassung sollte mit diversen

⁴⁹⁵ So teilweise (wenn auch kritisch) *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 152.

⁴⁹⁶ So auch, obwohl für eine relative Auslegung, v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; „absolute inhaltliche Grenze“ als Wille des Grundgesetzgebers auch bei *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 29; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 867 f.; a.A. *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 100 f. m. Fn. 333, wonach das Wortlautargument ein Zirkelschluss wäre. Dem ist insofern zuzustimmen, dass der Wortlaut nicht ohne jeden Zweifel für eine absolute Sichtweise spricht, zugleich ist entgegenzuhalten, dass er eben auch, u.a. verbunden mit der Entstehungsgeschichte, Anhaltspunkte für eine solche Auslegung enthält, während für eine relative Auslegung keinerlei Hinweise im Wortlaut zu finden sind.

⁴⁹⁷ *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 101. Dem kann natürlich teilweise entgegengehalten werden, dass auch eine längere Entwicklung ihre verfassungsnormative Anknüpfung durch Rückführung auf eine bereits bestehende Verfassungsnorm wie Art. 19 Abs. 2 GG finden kann – in der Entstehungsgeschichte und im Wortlaut lässt sich aber kein Anhaltspunkt für einen abwägenden Gehalt von Art. 19 Abs. 2 GG finden.

⁴⁹⁸ *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 112.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, u.a. mit dem Urteil des zum Luftsicherheitsgesetz,⁴⁹⁹ widerlegt sein. In der Entscheidung wird, trotz eventuell überwiegender Allgemeininteressen, generell an dem absoluten Anspruch des Art. 1 Abs. 1 GG festgehalten. Am Beispiel der Menschenwürde zeigt sich klar, dass das Bundesverfassungsgericht einen kategorischen Anspruch trotz bereits bestehender Relativierungstendenzen verteidigen kann und auch will – das spricht doch sehr dafür, dass das Gericht dies auch bei einer anderen, absolut zu verstehenden Verfassungsnorm wie Art. 19 Abs. 2 GG tun würde.

Das Problem der praktischen Umsetzbarkeit eines kategorischen Verständnisses betrifft auch das Argument der Unbestimmbarkeit eines feststehenden Kerns.⁵⁰⁰ Ausgehend von einer restriktiven Anwendung des Antastverbotes erscheint an dieser Stelle nicht ausgeschlossen, dass sich ein eng verstandener „Kern“, die unabdingbaren charakterlichen Züge eines Grundrechts, herausarbeiten lässt.⁵⁰¹ Die Bedenken scheinen eher aus der Richtung der Argumentation zuvor zu wehen, dass die Gerichte einen solchen Gehalt dann nicht umsetzen würden oder sich ein solcher Kern auch gar nicht durchhalten ließe.⁵⁰²

Insgesamt spricht eine Vielzahl von Argumenten für eine absolute Auslegung. Es ist schwerlich überzeugend, warum leichteste, aber z.B. ungeeignete Maßnahmen eine Verletzung des Wesens, des „Grundrechtskerns“, darstellen sollen, während andere, intensivste

⁴⁹⁹ BVerfGE 115, 118 ff. Bestätigt wird dies umso mehr dadurch, dass das BVerfG den unantastbaren Gehalt der Menschenwürde als Grenze der Integration gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG auch gegenüber der Europäischen Union aufrechterhält, vgl. u.a. BVerfGE 140, 317, 334 ff.; im OMT-Beschluss wird dies besonders deutlich, BVerfGE 134, 366, 386 f.: „Als abwägungsfähiger Belang aber genügt die nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV gebotene Achtung der nationalen Identität nicht dem Anspruch auf Schutz des unantastbaren und nicht abwägungsfähigen Kernbestands des Grundgesetzes im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG. Dieser obliegt allein dem Bundesverfassungsgericht.“ Das anschließende Urteil des BVerfG vom 21.06.2016, BVerfGE 142, 123, 195, geht noch weiter und sieht auch den Menschenwürdekern jedes Grundrechts als absolut integritätsfest an: „Im Rahmen der Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze [...] durch eine Maßnahme von Organen [...] der Europäischen Union berührt werden [...]. Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte [...] ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen.“

⁵⁰⁰ So u.a. Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie*, S. 176.

⁵⁰¹ Genauer zu den Wesensgehalten der einzelnen Grundrechte im 3. Teil, S. 219 ff.

⁵⁰² Dazu sogleich.

Grundrechtsbeschränkungen bei weitgehendem oder sogar vollständigem Grundrechtsentzug durch andere Rechtsgüter gerechtfertigt sein sollen, ohne das damit das Wesen des Grundrechts berührt wäre.⁵⁰³ Dies entspricht der Bedrohung, vor der nach der Entstehungsgeschichte und den Erfahrungen der Weimarer und nationalsozialistischen Zeit Art. 19 Abs. 2 GG gerade bewahren sollte: Die Grundrechte könnten im Angesicht von Allgemeininteressen „leerlaufen“.⁵⁰⁴ Die Wesensgehaltsgarantie sollte nach den Vorstellungen des parlamentarischen Rates einen wichtigen Pfeiler der Grundrechtsverteidigung darstellen. Einen solchen Leerlauf durch überwiegende Rechtsgüter und die damit verbundene Freiheitssicherung im Grundrechtskern kann nur eine unabwägbare Grenze sichern. Darüber hinaus kann an dieser Stelle auf die oben erfolgte Herausarbeitung des Wertes kategorischer Schrankenziehungen verwiesen werden.⁵⁰⁵

Dennoch gehen beide Ansichten davon aus, jeweils den stärkeren Grundrechtsschutz zu gewährleisten.⁵⁰⁶ Inwiefern die relative Sichtweise größtmöglichen Grundrechtsschutz gewährleisten will für mich nicht nachvollziehbar – eine Gleichsetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann nur dann mehr Schutz bieten als eine absolute Grenze, wenn man davon ausgeht, dass die absolute Theorie Art. 19 Abs. 2 GG als alleinige Norm zur Begrenzung staatlicher Gewalt ansieht. Davon kann jedoch nicht die Rede sein. Soweit ersichtlich, wird

⁵⁰³ Vgl. *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 77; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234.

⁵⁰⁴ Siehe hierzu oben S. 23 ff.; ebenso *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 163 f.; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 330 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 414.

⁵⁰⁵ Siehe oben S. 44 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 323; stärkerer Grundrechtsschutz der absoluten Theorie wird vertreten von *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 856; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 330; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 43; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: *Arndt u.a.* [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 54 f. Stärkerer Grundrechtsschutz der subjektiven Theorie bei v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 283; *Nierhaus*, AöR 116 (1991), 72, 107 f.; *BK-GG/ders.*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 78; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178 f.; vgl. auch BVerfGE 58, 300, 348; *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1092.

allgemein wie auch hier von einem Nebeneinander von Wesensgehaltsgarantie und Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgegangen. Würde man alleine auf die Schutzwirkung von Art. 19 Abs. 2 GG schauen, so wäre der relativen Ansicht hinsichtlich des reinen Grundrechtsschutzes der Wesensgehaltsgarantie zuzustimmen: Eine abwägende Auslegung im Sinne der starken Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt für sich genommen, durch den umfassenden, abwägenden Ansatz, zweifelsohne in den meisten Fällen „mehr“ Schutz als eine absolute Grenze, die sich auf den Schutz eines letzten Kerns beschränkt. Sofern man aber nicht isoliert auf Art. 19 Abs. 2 GG schaut, kann nur die absolute Auslegung ein „Mehr“ an Schutz bieten, denn nur diese erkennt neben der Überprüfung auf Verhältnismäßigkeit auch noch eine weitere Begrenzung der Hoheitsgewalt an.⁵⁰⁷ „Die Wesensgehaltsgarantie hat nicht den Charakter eines Abwehr*monopols* gegenüber einer bei ihrem Wegfall absolut zu denkenden Macht des einfachen Gesetzgebers. Sie stellt nur *eine* Grenze neben zahlreichen anderen, nicht aus Art. 19 GG herzuleitenden Begrenzungen dieser Macht dar. Sie ist, anders gesagt, nicht Grenze schlechthin, sondern eine spezielle Vorkehrung zum Schutz der Grundrechte gegenüber der in die rechtstaatliche Verfassung eingebetteten und von ihr begrenzten öffentlichen Gewalt.“⁵⁰⁸

Aufgrund der Gleichsetzung von Wesensgehaltsgarantie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre Art. 19 Abs. 2 GG bei einem relativen Verständnis überflüssig, wie es auch verbreitet konstatiert wird.⁵⁰⁹ Die bloße deklaratorische Funktion von Art. 19 Abs. 2 GG wird

⁵⁰⁷ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; ausdrücklich auch *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 104: „Keine andere Norm des Grundgesetzes als Art. 19 Abs. 2 GG aber artikuliert einen solchen Mindestschutz.“ Ebenso v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 171 f.; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 33, 40 f.; v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 49 ff.; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 185 Rn. 137 ff.; *ders.*, Staatsrecht III/2, S. 867; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 334 f.; *Sachs/ders.*, GG, Art. 19 Rn. 43.

⁵⁰⁸ So zutreffend *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 67.

⁵⁰⁹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 234 f., 341; v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 63 m. Fn. 61; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599;

teilweise durch zwei Varianten zu verneinen versucht: Zum einen damit, den Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 19 Abs. 2 GG zu verorten.⁵¹⁰ Zum anderen wird teilweise der Schutz der Verhältnismäßigkeitsprüfung zurückgefahren und mehr oder minder die nun nicht mehr umfassten Gehalte von Art. 19 Abs. 2 GG als (relativ) geschützt angesehen.⁵¹¹ Dagegen spricht wie oben dargelegt, dass sich für eine Herkunft des Abwägungsgedankens im Wortlaut keine Anhaltspunkte finden lassen. Außerdem unterscheidet sich historisch die längere Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegenüber der einmaligen verfassungsgebenden Normsetzung der Wesensgehaltsgarantie. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt zudem ein allgemeines Verfassungsprinzip dar, welches sich nicht wie Art. 19 Abs. 2 GG auf Grundrechte beschränkt.⁵¹² Dementsprechend ist es im Rechtsstaatsprinzip korrekt verortet.⁵¹³

Nun ist zutreffend eingewendet worden, dass das Argument der nur deklaratorischen Bedeutung kein zwingendes sei, es gäbe ja auch andere Verfassungsnormen mit dem gleichen Schicksal.⁵¹⁴ Dennoch sollte eine (vom Verfassungsgeber als wesentlich erachtete) Norm des Grundgesetzes nur dann keine eigene Bedeutung zukommen, wenn sich kein anderer Sinnzusammenhang als tauglich und vertretbar herausstellt – grundsätzlich ist die Auslegung zu wählen, welche Art. 19 Abs. 2 GG die stärkste (oder überhaupt eine) Wirkungskraft verleiht.⁵¹⁵

Wenn also die Wesensgehaltsgarantie in einer relativen Auslegung keine eigenständige Bedeutung hat und weder Sinn und Zweck noch der

Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 100 f.; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 104 f.; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 31; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 66 f.

⁵¹⁰ *Krebs*, Jura 2001, 228, 233; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 19 Rn. 25; *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 146; vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 272. Offen *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 85.

⁵¹¹ So *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 175 ff., insb. S. 177 f.

⁵¹² Ähnlich auch *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 77.

⁵¹³ BVerfGE 19, 342, 348 f.; E 90, 145, 173; *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 584 ff.; *Sachs/ders.*, GG, Art. 20 Rn. 146 m. w. Nw.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 771 ff.

⁵¹⁴ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 271; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234; v. Münch/Kunig/*Krebs*, GG I, Art. 19 Rn. 25.

⁵¹⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1, 38; E 32, 54, 71; E 6, 55, 72.

Wortlaut für diese Auslegung spricht, kann sie nur in Betracht kommen, wenn andere, bedeutsame Argumente für sie angebracht werden können. Dass es einen anderen Sinnzusammenhang gibt, nämlich die absolute Auslegung, ist offensichtlich. Dieser schafft auch einen weitergehenden Anwendungsbereich: Mangels Abwägung mit anderen Rechtsgütern wirkt eine kategorische Grenze als nicht einzuschränkender Grundrechtsschutz im Kernbereich und verhindert, dass sich die Grundrechte Einzelner in einer Zweck-Mittel-Relation gegenüber Interessen der Allgemeinheit ins „Nichts“ auflösen.⁵¹⁶ Der Gefahr einer Aushöhlung dessen, was das Wesen des einzelnen Grundrechtes ist, kann nur eine absolute Auslegung entgegenwirken, die den Kern nicht aufgrund gewichtigerer Gemeinschaftsinteressen dem einfachen Gesetzgeber (bzw. der gesetzesgebundenen Exekutive und Judikative) preisgibt.

Viel bedeutsamer ist aber die Frage, ob dieser andere Sinngehalt auch „tauglich“ ist – daran knüpft das Hauptargument der relativen Theorien an. Eine subjektiv-absolute Auslegung der Wesensgehaltsgarantie kollidiert mit verschiedenen, allgemein anerkannten (einfachrechtlichen) Eingriffen und somit mit der „Verfassungswirklichkeit“, wofür keine (akzeptable) Lösung bereitgestellt werde. Typischerweise werden hier die lebenslange Freiheitsstrafe, der finale Rettungsschuss, aber auch Enteignungen, objektive Berufszulassungsschranken und dergleichen angebracht. Diese Eingriffe würden mit dem Kern des jeweils betroffenen Grundrechtes kollidieren, aber doch von der Verfassungspraxis angewandt und überwiegend (allerdings auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung) für rechtmäßig erachtet werden.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Zu dieser Gefahr bei Gleichsetzung von Art. 19 Abs. 2 GG und Verhältnismäßigkeit *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 163; generell zu dieser Problematik der Verhältnismäßigkeit *Grimm*, NJW 1989, 1305, 1310; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 326.

⁵¹⁷ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 17, 29, spricht von „unbestreitbar rechtmäßige[n] Eingriffen“, vgl. auch *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 16: „allgemein als zulässig anerkannte Eingriffe“. Diesbezüglich als „Argument der Verfassungswirklichkeit“, teilweise von Vertretern der objektiven Theorie *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 187, 223; auch v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 47 f., 57; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 29; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 237; *ders.*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27; *Kaufmann*, ARSP 70 (1984), 384, 387 ff.; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 140; v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG I, Art. 19

Doch alle diese Fälle haben eines gemeinsam: Die Rechtmäßigkeit der Intensität des Eingriffs wird immer mit dem Schutz von anderen Rechtsgütern (Leben der Geiseln beim finalen Rettungsschuss, Sicherheit der Allgemeinheit bzw. der elementaren Werte der Gemeinschaft als Zweck des Strafrechts⁵¹⁸) begründet. Genau genommen werden diese Maßnahmen deshalb als gerechtfertigt angesehen⁵¹⁹, die Rechtmäßigkeit wird also mit dem Überwiegen bestimmter Rechtsgüter im Sinne der Abwägung gerechtfertigt, eine dezidierte Berücksichtigung der Wesensgehaltsgarantie erfolgt in diesen Fällen meist nicht.

Dass die absolut-subjektive Theorie grundsätzlich in der Lage ist, für den Einzelnen mehr Grundrechtsschutz zu gewährleisten, zeigt sich an ebendiesen Grundrechtseinschränkungen: Sie kollidieren oder verstoßen (jedenfalls auf den ersten Blick)⁵²⁰ gegen Art. 19 Abs. 2 GG und könnten deshalb als nicht verfassungsgemäß beurteilt werden. Beispielsweise wird der finale Rettungsschuss, der in das Grundrecht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingreift, aufgrund des für überwiegend erachteten Lebensschutzes der Geiseln bei keiner verbleibenden Alternative für verhältnismäßig erachtet⁵²¹ und kommt deshalb in der relativen Auslegung nicht mit Art. 19 Abs. 2 GG in Konflikt, während es aber zu erheblichen Konflikten durch den Lebensentzug bei einer absoluten-subjektiven Auslegung kommt – denn eine Berücksichtigung der Zwecke und der entgegenstehenden Grundrechte der Geiseln ist bei einer kategorischen Grenze ausgeschlossen. Zweifellos muss das Leben zum Kern des Grundrechtes auf Leben gehören und dies führt zu entsprechenden Fragen an die Vereinbarkeit dieser Maßnahme(n) mit Art. 19 Abs. 2 GG. Abwägungsfeste Kerngehalte wären also, sofern sie „durchhaltbar“ wären,

Rn. 26; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 111 f.

⁵¹⁸ *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 32; vgl. auch BVerfGE 22, 180, 219; E 45, 187, 223, 239; E 70, 297, 307; E 117, 71, 95.

⁵¹⁹ So genau auch die Formulierung bei *Middendorf*, Jura 2003, 232, 234: „gerechtfertigt erscheint“.

⁵²⁰ Ob in jedem der hier aufgezählten Fälle der Grundrechtskern betroffen ist, wird an späterer Stelle noch zu untersuchen sein.

⁵²¹ Vgl. statt vieler BVerfGE 115, 118, 162; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 37; *Augsberg*, JuS 2011, 28, 34.

als Ergänzung neben der Abwägung eine weitere Grenze und insofern auch im Sinne stärkeren Grundrechtsschutzes.

Das Argument der Verfassungswirklichkeit knüpft hieran an und sieht die absolute Theorie deshalb als unhaltbar an: Die absolute Ansicht könne angesichts dieser „unbestreitbar rechtmäßige[n] Maßnahmen“⁵²² ihren absoluten Anspruch nicht aufrechterhalten, weshalb sie gerade in den Fällen, in denen sie mehr Schutz gegenüber der relativen Auslegung verspreche, diesen Anspruch nicht einlösen könne.⁵²³

Das Argument kann aber nur teilweise überzeugen. Unzutreffend ist die häufig geäußerte Ablehnung absolut-subjektiver Theorien mit dem Argument, sie seien „nicht in der Lage, dogmatisch einwandfrei zu begründen, daß und weshalb die einschneidenden Grundrechtsbeschränkungen [...] mit Art. 19 Abs. 2 GG vereinbar und insofern verfassungsmäßig sind“.⁵²⁴ Vielfach wurde bereits darauf hingewiesen, dass selbst im Falle einer Unvereinbarkeit der durch die Verfassungspraxis anerkannten Maßnahmen dies nicht gegen eine absolute Auslegung, sondern vielmehr gegen deren Beibehaltung sprechen würde.⁵²⁵ Die betroffenen Maßnahmen wären als verfassungswidrig anzusehen, die entsprechenden einfachrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen für nichtig zu erklären und die Wesensgehaltsgarantie unvoreingenommen und nicht mit Blick auf bestimmte, gewünschte Ergebnisse auszulegen. Deshalb kann das Argument der Verfassungswirklichkeit nicht das entscheidende sein angesichts der Höherrangigkeit von Art. 19 Abs. 2 GG gegenüber den einfachrechtlichen Maßnahmen. Die absolute Auslegung ist aus den genannten Gründen die überzeugendere Auslegung.

Ungeachtet dessen ist aber, beispielsweise an dem seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Disput über die kategorische oder abwägende

⁵²² Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 17, 29.

⁵²³ Vgl. nur Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 187, 223; auch v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, § 9 Rn. 29.

⁵²⁴ Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 91.

⁵²⁵ v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 112; ders., Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 52; Middendorf, Jura 2003, 232, 234; Schaks, DÖV 2015, 817, 824.

Auslegung des Art. 19 Abs. 2 GG sowie an den verschiedenen „Rettungsmöglichkeiten“ absoluter Vertreter zu erkennen, dass eine absolute Auslegung in der Praxis schwierig umzusetzen wäre bzw. es an einem Umsetzungswillen fehlen könnte. Jahrzehntlang praktizierte Maßnahmen könnten bzw. müssten möglicherweise nachträglich für verfassungswidrig erkannt werden. Obwohl das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich kategorische Ansprüche wie am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzes auch gegen eventuell überwiegende Interessen verteidigt hat, wäre ein solcher Fall von anderer Dimension. Die mit dem Argument der Verfassungswirklichkeit gemeinten Maßnahmen kommen in deutlich größerer Zahl zum Einsatz als der bislang nur hypothetische Fall des Flugzeugabschusses nach dem früheren § 14 Abs. 3 LuftSiG. Eine absolut-subjektive Theorie, die jedenfalls einen Teil der Fälle ohne Aufgabe ihres kategorischen Anspruchs mit Art. 19 Abs. 2 GG in Einklang bringen würde, könnte sich leichter durchsetzen und wäre dementsprechend vorzugswürdig.

2. Unzulänglichkeit der bestehenden Lösungsoptionen zum Problem der Verfassungswirklichkeit

Es wurden deshalb bereits verschiedene Möglichkeiten angebracht, die Kollision der Handlungen mit der Wesensgehaltsgarantie aufzulösen. Teilweise wird das Wesen eines Grundrechtes soweit zurückgefahren, dass auch intensivste Maßnahmen nicht den Kern antasten,⁵²⁶ womit sich aber der Schutzgehalt von Art. 19 Abs. 2 GG auflöst. Beispielsweise führt die Begründung, die (lebenslange) Freiheitsstrafe berühre nicht den Kern

⁵²⁶ Vgl. nur beispielsweise AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 7: Die lebenslange Freiheitsstrafe verletze nicht das Wesen, solange die Chance bestehe, wieder in Freiheit zu gelangen; zustimmend v. Arnald, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 214; ebenso Herbert, EuGRZ 1985, 321, 332 sowie Krausnick, JuS 2007, 1088, 1092: Solange nicht jede Möglichkeit, die Freiheit wiederzuerlangen, beseitigt werde, keine Antastung; ähnlich auch Stern, Staatsrecht III/2, S. 880 f.: Lebenslange Freiheitsstrafe nur Wesensantastung, wenn sie tatsächlich lebenslang vollstreckt würde, im Übrigen bestünde durch die Möglichkeit der Begnadigung und des Straferlasses die Möglichkeit, die Freiheit wieder zu erlangen; bloße Chance möglicherweise ausreichend sowie möglicherweise ausreichender Freiheitsraum in lebenslanger Haft bei Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 53 f.; Grosskreutz, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 26, sieht auch in der lebenslangen Haft einen ausreichenden Freiheitsbereich durch ein verbleibendes „gewisses Maß an Freiheit“.

solange (irgend-)eine Chance bestehe, wieder die Freiheit zu erlangen,⁵²⁷ zu einer Festlegung des Wesens von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG als die bloße „Hoffnung auf Strafaussetzung“⁵²⁸. Der bezweckte Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG wird damit faktisch entwertet. Daneben „vergessen“ einige ihren eigentlich subjektiv-absoluten Ansatz und ziehen zur Rechtfertigung Verhältnismäßigkeitserwägungen an,⁵²⁹ womit auch eine Aufgabe der Unabwägbarkeit erfolgt. Teilweise wird auch faktisch kapituliert und von der Nichtanwendbarkeit von Art. 19 Abs. 2 GG auf bestimmte Fälle oder von Lücken ausgegangen, denn die Wesensgehaltsgarantie könne als allgemeine Bestimmung gar nicht alle Konstellationen umfassen.⁵³⁰

⁵²⁷ AK-GG/Denninger, Art. 19 Abs. 2 Rn. 7; v. Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 214; Herbert, EuGRZ 1985, 321, 332; Krausnick, JuS 2007, 1088, 1092; Stern, Staatsrecht III/2, S. 880 f.

⁵²⁸ Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 197.

⁵²⁹ Stern, Staatsrecht III/2, S. 880 f. zur (lebenslangen) Freiheitsstrafe: „Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dürfte im übrigen darin liegen, daß der Grundrechtsberechtigte im Falle der Verhängung massiv höchststrangige Grundrechte anderer, wie das Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, verletzt hat, so daß verfassungsrechtlich die Abwägung gerechtfertigt ist, ihn seines Rechtes auf Freiheit der Person in Gestalt der Inhaftierung für verlustig zu erklären“ – Hervorhebung A.S. Relativierung bei Grundrechtskollisionen auch bei Herbert, EuGRZ 1985, 321, 333 f.: „Dabei kann es, wenn die Begrenzung im Interesse der Sicherung des Wesensgehalts anderer Grundrechte geboten ist, von vornherein nicht um ‚absoluten‘ Schutz des Wesensgehalts, sondern nur um ‚relativ‘ optimale Sicherung des Wesensgehalts der kollidierenden Grundrechte gehen. [...] Mithin muß der gefährliche Geisteskranke selbst einen vollständigen Entzug seiner persönlichen Freiheit hinnehmen, wenn seine dauernde Unterbringung zum Schutz des Lebens Dritter erforderlich ist.“ – Hervorhebung i. O. Ähnlich auch v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 113 f., 184, dazu sogleich. Deutliche Abwägung auch bei Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 619 m. Fn. 949: „Ein komplettes Verbot einer Versammlung auch für alle denkbaren örtlichen und zeitlichen Alternativen bedarf hingegen wegen des Antastens des Wesensgehaltes einer Rechtfertigung durch entgegenstehende und gleichrangige Rechtsgüter im Wege praktischer Konkordanz“, der damit nicht nur für Menschenwürdekollisionen (S. 425) auf Abwägung zurückgreift. Zur insoweit auch inkonsequenten Rechtsprechung des BVerfG zwischen der Postulation eines absoluten Wesensgehaltes und klaren Relativierung in anderen Entscheidungen oben S. 38 ff.

⁵³⁰ Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 47 f.: „Dann mag man sich kurzerhand mit der Nichtanwendung dieser Regelung auf bestimmte Fallgruppen abfinden, auf die sie eben nicht paßt, oder man wird eine Lücke annehmen und diese mit den Hilfen juristischer Hermeneutik zu schließen versuchen. [...] Eine so allgemeine Bestimmung für sämtliche Grundrechtsbereiche konnte doch von vornherein schwerlich alle auftretenden Konstellationen erfassen.“ Kritisch hierzu auch Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 16 m. Fn. 63. In eine andere Richtung, aber vergleichbar auch Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 261 ff., wonach auf Abwehrrechte wegen der anderen Struktur die Absolutheit nicht aufrechterhalten werden könne und deshalb der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heranzuziehen sei.

Zuletzt werden vor allem Ausnahmen von Art. 19 Abs. 2 GG postuliert,⁵³¹ weshalb für bestimmte Grundrechte das Antasten des Wesens zulässig wäre, für die aber keine bzw. jedenfalls keine ausreichende dogmatische und mit der Verfassung in Einklang stehende Begründung angeboten wird. Eine weitere, allgemeine Ausnahme wird mit dem Fall der Wesensgehaltskollision begründet: Sind gleichzeitig zwei Wesensgehalte von verschiedenen Grundrechtsträgern bedroht, und lässt sich dieses Aufeinandertreffen nur zulasten eines Grundrechtsträgers lösen, müsse wegen des Aufeinandertreffens zweier unbedingter Ansprüche eine Abwägung erfolgen.⁵³² Damit ließe sich aber allenfalls das Problem des finalen Rettungsschusses lösen, sofern sich diesbezüglich tatsächlich zwei absolute, aus Art. 19 Abs. 2 GG folgende Pflichten gegenüberstehen.⁵³³ Die übrigen Fälle, in denen klar keine Wesensgehaltskollision vorliegt, können damit nicht gelöst werden.

3. Neuere, absolute Ansätze in der Literatur

Auch neuere Ansätze in der Literatur können die Anforderungen an eine stringente Begründung und Bestimmung des Wesensgehalts nicht einhalten.

a) *Kategoriale Argumentationsstile*

Die rechtswissenschaftliche Vergleichsstudie von v. *Bernstorff* zu Kerngehalten im Grundgesetz und Völker(vertrags-)recht befasst sich demzufolge auch mit Art. 19 Abs. 2 GG.

Zunächst wählt dieser einen unterschiedlichen Ansatz. Ausgangspunkt ist vor allem die Rechtsprechung der Gerichtshöfe verschiedener Staaten zu dortigen Grundrechtsgarantien, in deren Wortlaut und Jurisdiktion versucht wird, abwägungsunabhängige Kerngehalte und kategoriale *Argumentationsstile* zu finden. Diese Arbeitsweise knüpft weniger bzw. nicht nur an die Auslegung der wesens- bzw. kerngehaltsschützenden

⁵³¹ Angesichts der Vielzahl der möglichen Ausnahmen und deren Vertreter soll hier eine Auflistung ausbleiben, zu den jeweiligen Grundrechten siehe den 3. Teil, S. 219 ff.

⁵³² *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235. In die Richtung geht auch *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 425, der bei einer Kollision mit einem Menschenwürdegehalt von einer Rechtfertigung im Wege der praktischen Konkordanz ausgeht.

⁵³³ Zur Wesensgehaltskollision siehe S. 211 ff.

Normen an, sondern versucht, aus der Jurisdiktion der jeweiligen Gerichte von diesen als abwägungsunabhängig eingestufte Inhalte herauszuarbeiten. Beispielsweise wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wunsiedelbeschluss,⁵³⁴ wonach der Gesetzgeber erst dann einschränkend tätig werden könne, wenn eine Meinungsäußerung über eine Eingriffsschwelle hinaus erkennbare Gefahren und Realwirkungen zur Folge hat, eine kategoriale Grenze dahingehend gesehen, Äußerungen ohne äußere Gefahr wären Teil des einschränkungsfesten Kerns der Meinungsfreiheit.⁵³⁵ Obgleich einsichtig ist, dass solche Meinungsäußerungen wohl mangels Bedrohung keinen Angriffspunkt für ein rechtfertigendes Verbot liefern, ist damit noch nicht der unantastbare Wesensgehalt der Meinungsfreiheit umrissen,⁵³⁶ sondern betrifft vielmehr die Frage der Verhältnismäßigkeit: Ohne einen legitimen Zweck, den das Bundesverfassungsgericht an dieser Stelle auch prüft, kann ein Verbot nicht *gerechtfertigt* werden. Der so gefundene einschränkungs feste Gehalt ist vielmehr das Ergebnis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und (mangels bestehender Rechtsgutsbedrohung) entgegenstehenden Rechtsgütern. Die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts passt insofern in den verfolgten Zweck, Rechtsprechung auf kategoriale Formulierungsstile und verallgemeinerungsfähige Aussagen zu untersuchen, weniger aber zur Bestimmung des unantastbaren Grundrechtswesens. Solch kategoriale Argumentationsstile und -formulierungen mögen zwar in gewissem Maße kerngehaltsschützende Wirkung haben,⁵³⁷ sind aber für die Auslegung und Bewertung von Art. 19 Abs. 2 GG nur von Bedeutung, sofern sie sich im Einzelfall auch auf die Wesensgehaltsgarantie zurückführen lassen. *v. Bernstorff* recurriert für das genannte Beispiel aber selbst überhaupt nicht auf Art. 19 Abs. 2 GG, sondern allein auf die vermeintlich abwägungsunabhängige Eingriffsschwelle, die den absoluten Ansatz relativiert.

⁵³⁴ BVerfGE 124, 300, 333 ff.

⁵³⁵ *v. Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 148 ff.

⁵³⁶ Hierzu näher S. 291 ff.

⁵³⁷ Dies ist die Hauptthese *v. Bernstorffs*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 14, 64, 191.

Diese Gefahr zu Relativierungen setzt sich im Abschnitt unmittelbar zu Art. 19 Abs. 2 GG an mehreren Stellen fort. Bei der Wesensdetermination des Lebensgrundrechtes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird zwischen Unbeteiligten und Geiselnemern differenziert; nur hinsichtlich der Unbeteiligten würde im Falle des Lebensentzugs eine Wesensgehaltsverletzung vorliegen.⁵³⁸ Damit wird, auch wenn dies nicht zur Sprache kommt, durch Berücksichtigung der Tätereigenschaft auf Seiten des Geiselnemers mittelbar eine Rechtfertigung und Abwägung mit dem Lebensschutz der Unbeteiligten angenommen und somit die Tötung des Geiselnemers durch überwiegende Gründe gerechtfertigt. Obwohl diese Verknüpfung von Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst gesehen⁵³⁹ und vergleichbare Tendenzen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ausdrücklich kritisiert werden,⁵⁴⁰ wird der Widerspruch zu der vertretenen absoluten Theorie nicht erkannt und nur das Verbot der Tötung Unschuldiger als Wesen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angesehen. Die damit in die Bestimmung des Wesensgehalts vorgezogene Abwägung durch Zurechnungsgesichtspunkte ist wohl nichts anderes als eine verdeckte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das gefundene Ergebnis,

⁵³⁸ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 113 f., 184, 186 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55.

⁵³⁹ Vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 186: „Zur Rettung von unmittelbar bedrohten Menschenleben kann der Staat das Leben des für die Bedrohung verantwortlichen Mitbürgers nehmen. Die Wesensgehaltsgarantie wird hier an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gekoppelt.“

⁵⁴⁰ Dies ist insofern besonders widersprüchlich, als v. *Bernstorff* deutlich die Praxis des EGMR bemängelt, welcher im Falle eines Brechmitteleinsatzes zur Erlangung von Beweismitteln und Schutz des Dealers aus verschiedenen Faktoren die Intensität des Eingriffs ermittelt und hieraus bestimmt hat, ob eine unmenschliche Behandlung vorliegt, vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 177 f., 192: „So wird allerdings nur der Schein aufrecht erhalten, die Folter bleibe absolut verboten. Eine auf diese Weise vorgezogene Gesamtabwägung macht – trotz der Prüfung der Rechtfertigungsgründe unter dem Schwerekriterium – aus einer freiheitsschützenden ausnahmslosen Verbotsregel eine unter bestimmten Umständen einschränkbare Gewährleistung. Der Kerngehaltsschutz wird hierdurch insofern geschwächt, als die Intensität des Eingriffs nicht mehr allein aus der Opferperspektive bestimmt wird, sondern durch staatliche Einschränkungsziele relativiert werden kann. Die kategoriale Kerngehaltsdefinition löst sich in relationalen Erwägungen auf.“ Gerade die Bezugnahme auf staatliche Einschränkungsziele nimmt v. *Bernstorff* ebenso wie abwägende Ergebnisermittlung ausdrücklich selbst vor.

nämlich das (absichtliche)⁵⁴¹ Verbot der Tötung Unschuldiger, kann so zwar „absolut“ aufrecht erhalten werden. Gleichwohl wird der behauptete Absolutheitsanspruch teilweise aufgegeben, denn für die Feststellung dieses Ergebnisses ist maßgeblich auf Abwägungsgesichtspunkte zurückgegriffen worden und dem Geiselnnehmer wird wegen der Rechtsgutsbedrohung gegenüber den Geiseln die Berufung auf Art. 19 Abs. 2 GG untersagt. Deutlich wird dies durch eine klare Relativierung an späterer Stelle: Das Lebensrecht des Geiselnnehmers müsse hinter dem Opferschutz zurücktreten, die Tötung sei als letztes Mittel zur Gefahrenabwehr rechtfertigbar.⁵⁴²

Zur Begründung einer absolut-subjektiven Wesensgehaltstheorie, die das Wesen jedes Einzelnen ohne Berücksichtigung der verfolgten Zwecke und entgegenstehender Rechtsgüter, mithin kategorial schützt, ist eine solche Denkweise nicht geeignet, sie widerspricht der hier gewählten Zwecksetzung.

⁵⁴¹ Der Wesensgehaltsschutz umfasse nur das Verbot der absichtlichen Tötung Unschuldiger, v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 189. Damit wird nicht nur den Geiselnnehmern das Recht auf Leben abgesprochen, sondern auch die unabsichtliche Tötung von Unbeteiligten wäre keine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG. Dies dürfte nicht zuletzt auf der bei *v. Bernstorff* zu starken Anlehnung der Wesensgehaltsgarantie an die Menschenwürde beruhen, die an verschiedenen Stellen zum Ausdruck kommt. Aus Sicht von Art. 1 Abs. 1 GG kann es in Bezug auf die Missachtung des Eigenwertes der Person als maßgeblicher Teil der Würdebestimmung eine erhebliche Rolle spielen, ob es sich um die Tötung Unschuldiger und vor allem um die absichtliche Tötung handelt – eine absichtliche Tötung unschuldiger Personen missachtet deren Eigenwert und verletzt sie in ihrer Würde. Bei dem Grundrecht auf Leben und dessen Wesensgehalt spielt dabei diese Missachtung keine Rolle, jedes Leben ist Teil des unantastbaren Grundrechtswesens, sie ist ein Spezifikum von Art. 1 Abs. 1 GG und sollte deshalb auch nicht auf Art. 19 Abs. 2 GG übertragen werden.

⁵⁴² v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 184 im Anschluss an rechtfertigende Ansätze in der Literatur, womit bei „Eingriffen in das Recht auf Leben eines Verbrechens in diesen Konstellationen [...] – unabhängig von der Frage der anzuwendenden Querschnittsklausel (Art. 19 Abs. 2 oder Art. 1 Abs. 1 GG) – demnach kein Eingriff in den Kerngehalt des Lebensgrundrechts“ vorliege, sowie S. 187: „Für den Kerngehaltsschutz unter Art. 2 Abs. 2 GG im Falle von staatlichen Tötungen kann hier [...] festgehalten werden, dass absichtliche staatliche Tötungen von unbeteiligten Personen eine Kerngehaltsverletzung des Rechts auf Leben darstellen, die Tötung von Angreifern, die eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben anderer Personen darstellen dagegen nicht, wenn sie erforderlich sind, um den Angriff abzuwehren.“ – Hervorhebung A.S.

b) Verbot der Belastungskumulation als Teil von Art. 19 Abs. 2 GG

Jüngst wurde ein neueres⁵⁴³ Anwendungsfeld von Art. 19 Abs. 2 GG diskutiert, das sogenannte Verbot der Belastungskumulation bzw. die additiven Grundrechtseingriffe.⁵⁴⁴ Obwohl es sich damit nur um ein sehr spezielles Anwendungsfeld von Art. 19 Abs. 2 GG handeln könnte, soll es in dieser Arbeit um eine generelle Auslegung der Wesensgehaltsgarantie kurz Berücksichtigung finden – denn dadurch könnte der Anwendungsbereich präzisiert und ergänzt werden,⁵⁴⁵ wenn das konkrete Feld auch nicht weitgehend zur generellen Inhaltsbestimmung beitragen kann.

Eine Belastungskumulation⁵⁴⁶ liegt vor, wenn mehrere, selbstständige Eingriffe in ein Grundrecht desselben Grundrechtsträgers vorliegen, die für sich genommen jeweils verfassungsgemäß wären, in der Kumulation bzw. Addition jedoch eine zu hohe Intensität aufweisen und in der Gesamtbetrachtung unverhältnismäßig sein können.⁵⁴⁷ „In ihrer Summierung aber wirken diese Maßnahmen wie eine schleichende Verengung des Freiheitsspielraums: Das Grundrecht wird sozusagen verstopft wie ein Wasserrohr durch schleichende Kalkablagerung.“⁵⁴⁸ Bislang wird die Unzulässigkeit durch zu weitgehende selbstständige Grundrechtseingriffe ab einer bestimmten Häufung mit dem

⁵⁴³ Ganz neu ist dieses Anwendungsfeld gleichwohl nicht, auch wenn *Schaks*, DÖV 2015, 817, 821, davon ausgeht, additive Eingriffe würden im Bereich der Wesensgehaltsgarantie nicht diskutiert. Zwar erfolgt die Behandlung nicht unter derselben Begrifflichkeit, dennoch wird Art. 19 Abs. 2 GG gerade auch bei schleichender Entleerung eines Grundrechtes durch diverse Maßnahmen verwendet, statt vieler *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 407: Funktion von Art. 19 Abs. 2 GG in Verhinderung der Grundrechtsentleerung „durch immer weitergehende in Ausfüllung der Gesetzesvorbehalte erlassene Regelungen“; vergleichbar v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 21; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600; vgl. auch *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 218 f.

⁵⁴⁴ *Schaks*, DÖV 2015, 817 ff. Ebenso bereits *Klement*, AöR 134 (2009), 35, 74 ff.

⁵⁴⁵ Dies ist auch die Intention von *Schaks*, DÖV 2015, 817, 818.

⁵⁴⁶ In der Literatur finden sich verschiedene Begriffe für diese Figur, u.a. „kumulative Belastung“ bei *Kirchhof*, NJW 2006, 732, 732; „additiver Grundrechtseingriff“ in BVerfGE 112, 304, 319 f.; E 123, 186, 265; E 130, 372, 392; E 141, 220, 280; ebenso *Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 57 Rn. 53; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1469; „Kumulation von Grundrechtsbelastungen“ bei *Hufen*, NJW 1994, 2913, 2916.

⁵⁴⁷ BVerfGE 123, 186, 265 f.; E 130, 372, 392; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 8 Rn. 16; *Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 57 Rn. 53 f.; *Schaks*, DÖV 2015, 817, 819.

⁵⁴⁸ Anschaulich *Hufen*, NJW 1994, 2913, 2916.

Verhältnismäßigkeitsprinzip begründet:⁵⁴⁹ Die in der Häufung steigende Intensität des Eingriffs kann ab einem bestimmten Punkt nicht mehr gerechtfertigt werden, wie es terminologisch im *Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers*⁵⁵⁰ zum Ausdruck kommt. Die Figur des additiven Grundrechtseingriffs soll nach *Schaks* den Ursprung ihrer Grenze nun nicht (mehr) im Übermaßverbot finden, sondern in der Garantie des Wesensgehalts und somit auch als absolute Schranken-Schranke zu verstehen sein.⁵⁵¹ Die Anwendungsbereiche wären vielseitig: Die Figur wird beispielsweise im Glücksspielrecht⁵⁵², im Sicherheitsrecht,⁵⁵³ im Umweltrecht⁵⁵⁴ oder im Steuerrecht⁵⁵⁵ berücksichtigt.

Zwar lassen sich tatsächlich Ähnlichkeiten zwischen der Figur des Verbots der Belastungskumulation und Art. 19 Abs. 2 GG finden.⁵⁵⁶ In der gegenwärtigen Anwendung und den erkannten Grenzen von kumulativen Belastungen sind diese dennoch zu weitgehend, um ihren Ursprung in Art. 19 Abs. 2 GG zu haben. Zunächst – und dem wäre noch zuzustimmen – wird die Annahme einer Belastungskumulation an eine „schwerwiegende Substanzbeeinträchtigung des Grundrechts“ geknüpft,⁵⁵⁷ was eine starke Ähnlichkeit zu Art. 19 Abs. 2 GG aufweist. Im angesprochenen Beispiel der Spielautomatenregulierung, die eine Vielzahl von Regelungen und Einschränkungen zur Folge hat, wird allerdings die für eine Behandlung als Wesensgehaltsverletzung zu weitgehende Tendenz deutlich bzw. würde zu nicht tragbaren

⁵⁴⁹ Etwa BVerfGE 112, 304, 321; ausdrücklich BVerfGE 130, 372, 392: „Ob eine Kumulation von Grundrechtseingriffen das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität noch wahrt, hängt von einer Abwägung aller Umstände ab, in die auch gegenläufige Verfassungsbelange einzubeziehen sind.“ Ebenso *Hufen*, NJW 1994, 2913, 2916; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 24 Rn. 45; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1476 f.; *Klement*, AöR 134 (2009), 35, 61 ff.

⁵⁵⁰ *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1470, 1477.

⁵⁵¹ *Schaks*, DÖV 2015, 817, 819.

⁵⁵² BVerwGE 153, 116, 121 ff.; hierzu *Schaks*, DÖV 2015, 817, 818.

⁵⁵³ BVerfGE 112, 304, 320 f.; E 141, 220, 280.

⁵⁵⁴ *Klement*, AöR 134 (2009), 35 ff.

⁵⁵⁵ *Kirchhof*, NJW 2006, 832, 833 f.

⁵⁵⁶ Hierzu *Schaks*, DÖV 2015, 817, 820 ff.

⁵⁵⁷ *Schaks*, DÖV 2015, 817, 824.

Ungleichbehandlungen führen.⁵⁵⁸ Dabei geht es hauptsächlich um Berufsausübungsregelungen, die zugegebenermaßen die Ausübung des Berufs mehr als nur geringfügig erschweren, aber eben auch bei weitem nicht unmöglich machen. Dies zeigt bereits die Existenz und trotz der Regulierung weite Verbreitung von Spielautomaten. Wenn also bereits Berufsausübungsregelungen, die zwar in einer großen Zahl und insgesamt auch erheblicher Intensität vorliegen, aber weit davon entfernt sind, deren Betrieb unmöglich zu machen, in Konflikt mit Art. 19 Abs. 2 GG geraten würden – wie wären dann andere Maßnahmen zu beurteilen? Übertragen würde diese Auslegung bedeuten, dass jede Beschränkung (unabhängig von der Anzahl der beschränkenden Maßnahmen) eines speziellen Berufes, die diesen schwer auszuüben bzw. für den Einzelnen sogar unmöglich macht, zu einer Wesensgehaltsverletzung führen würde. Angesichts dessen, dass eventuelle Rechtfertigungsgründe bei absoluter Auslegung nicht zu berücksichtigen sind,⁵⁵⁹ müsste dementsprechend jedes Berufsverbot etwa aufgrund strafrechtlicher Verurteilung eine Verletzung des Wesens der Berufsfreiheit darstellen. Wenn schon die Kumulation von Maßnahmen, die den Beruf zwar weiter ausübbar macht und nur erheblich erschwert, eine solche Verletzung darstellen soll, wäre das Berufsverbot als intensiverer Eingriff sie auch alle Berufsausübungsverbote mangels Blick auf sicher rechtfertigende Gründe allesamt verfassungswidrig.⁵⁶⁰ Der Vergleich zeigt, dass die Anwendung der Wesensgehaltsgarantie umfassend auf das Verbot der Belastungskumulation nicht durchzuhalten wäre oder jedenfalls zu nicht nachvollziehbaren Differenzierungen führte. Es ist nicht einsichtig, warum mehrere Maßnahmen, die die Grundrechtsausübung als solche gar nicht unmöglich machen, einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG

⁵⁵⁸ Weitere, ebenso vor der Grenze des Art. 19 Abs. 2 GG liegende Anwendungsfälle des additiven Grundrechtseingriffs finden sich etwa bei *Kirchhof*, NJW 2006, 732, 732 f.: Die Zumutbarkeitsgrenze schütze den „Arbeitgeber vor einer Überbelastung durch verschiedene Verwaltungslasten“, etwa vom Lohnsteuerabzug bis hin zu arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen oder die umfangreichen Mietrechtsnormen zum Schutze der Mieter könnten die Vertragsfreiheit auflösen. Ähnlich das Beispiel bei *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1471 f. zur Abwassereinleitung. Von einer Antastung des absolut geschützten Wesens der jeweils betroffenen Grundrechte sind derartige Anwendungsfälle weit entfernt.

⁵⁵⁹ *Schaks*, DÖV 2015, 817, 823 f.

⁵⁶⁰ Kritisch insofern bereits *Klement*, AöR 134 (2009), 35, 77.

begründen sollen, während einzelne Maßnahmen, die die Berufsausübung insgesamt unmöglich machen, rechtmäßig sein sollen. Jedenfalls fehlt es an einer Stellungnahme, warum diese Beispiele nicht an Art. 19 Abs. 2 GG scheitern sollten bzw. umgekehrt, wie in der Praxis mit wegen Veruntreuung von Mandantengeldern verurteilten Rechtsanwälten oder Bankangestellten ohne ein Berufsverbot umgegangen werden müsste. Offen bleibt auch das Verhältnis zu Berufen mit hohen Qualifikationsanforderungen. Vergleichbar mit der Vielzahl an Anforderungen, die ein Spielautomatenbetreiber erfüllen muss, wären sicherlich auch die vielen Prüfungen und Nachweise, die ein (werdender) Arzt oder Jurist im Laufe seiner Ausbildung erbringen muss. Ohne Berücksichtigung des Zweckes müssten wegen der vergleichbaren Intensität und Addition von erschwerenden Eingriffen auch solche Berufsanforderungen als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG angesehen werden, was kaum nachzuvollziehen ist. Gleiches gilt für das Problem der verbotenen Berufe, sofern man sie nicht bereits vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausnimmt.⁵⁶¹ Die Wesensgehaltsgarantie wäre nicht letzte Bastion, sondern würde zur Verfassungswidrigkeit einer Vielzahl von relativ unproblematischen Maßnahmen führen, die noch viel vom Grundrecht an sich übrig lässt.

Angesichts dieser noch ungeklärten Problematiken besteht kein Grund, das gesamte Problemfeld der additiven Grundrechtseingriffe in Art. 19 Abs. 2 GG zu verorten. Vielmehr wäre die große Anzahl an Fällen, die unzulässig sein sollten, besser im Übermaßverbot aufgehoben. Durch eine Vielzahl an Einzelmaßnahmen, die für sich genommen verhältnismäßig sind, kann es insgesamt zu einer solchen Gesamtwirkung kommen, die unverhältnismäßig wäre. Dies betrifft aber nicht generell schon den Wesensgehalt des betroffenen Grundrechtes, weshalb das Verbot der Belastungskumulation auch nur auf Art. 19 Abs. 2 GG gestützt werden sollte, wenn es im Einzelfall tatsächlich das Wesen eines Grundrechtes antastet. Für die übrigen Fälle der „übermäßigen Gesamtbelastung des

⁵⁶¹ So zeitweise u.a. BVerfGE 13, 97, 106; E 14, 19, 22; BVerwGE 22, 286, 288 f. bzw. die Einschränkung auf schlechthin sozial- oder gemeinschaftsschädliche Verhaltensweisen in BVerfGE 117, 126, 137; E 115, 276, 301.

Bürgers“, die den Großteil der für unzulässig zu erachtenden Angelegenheiten ausmachen, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzuziehen.

4. Ergebnis

Nach eingehender Analyse der inhaltlichen Aussagen von Rechtsprechung und Literatur steht der folgende Befund: Die vertretenen absolut-subjektiven Theorien sind entweder inkonsequent, halten ihre getroffene Aussage nicht ein, finden nur Lösungen für einzelne Gesichtspunkte und nicht für alle Kollisionsfälle oder es fehlt an einer tragfähigen Begründung, „Ausnahmen“ zu konstatieren. Ohne überzeugende, in der Verfassung selbst begründete Darlegung der Zulässigkeit von „Ausnahmen“ oder „Herausnahmen“ aus dem Wesensgehalt eines Grundrechtes würde die Annahme von Ausnahmen den Absolutheitsanspruch willkürlich durchlöchern und trüge zu Recht den Vorwurf der Inkonsequenz. Kann also die absolute Theorie überhaupt einen weitergehenden Schutz durchhalten? Dies hängt von den Anforderungen und den Möglichkeiten der Existenz und der Einführung solcher „Ausnahmen“ ab. Daran schließen sich deshalb die zu klärenden Fragen an: Unter welchen Bedingungen wären überhaupt Ausnahmen von Art. 19 Abs. 2 GG zulässig, was genau wäre ihr Inhalt und wie wären sie verfassungsrechtlich einzuordnen? Bestehen bereits Herausnahmen von Inhalten aus dem Wesensgehalt eines Grundrechtes oder sind gar ganze Grundrechte aus dem Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 2 GG ausgenommen? Solange keine Auslegung gefunden ist, die diesen Fragen und Ansprüchen gerecht wird, bleibt es bei der Wahl zwischen Pest und Cholera: Eine absolute Auslegung, die dem Sinn und Zweck und dem Wortlaut der Norm aus den genannten Gründen eher gerecht wird, ihren Anspruch aber rechtstatsächlich nicht durchhält oder die abwägende Sichtweise, die der Norm keine Anwendbarkeit belässt und Art. 19 Abs. 2 GG so seinen Sinn nicht erfüllen kann. Der Bewältigung dieser Anforderungen will sich die nachfolgende Konzeption stellen.

2. Teil: Eigene Wesensgehaltskonzeption

A. Grundlagen des dogmatischen Konzeptes

Die einzige verbleibende Option zur Auflösung des Auslegungskonfliktes mit einem eigenständigen Bedeutungsgehalt der Wesensgehaltsgarantie erscheint also durch die Konstituierung und Begründung von Wesensbeschränkungen, wie sie vereinzelt als „Ausnahmen“ von Art. 19 Abs. 2 GG bereits konstatiert werden.

I. Beschränkungsmöglichkeit von Art. 19 Abs. 2 GG

Die Möglichkeit, die unterschiedlichen Eingriffe des Arguments der Verfassungswirklichkeit (jedenfalls teilweise) durch die Begründung von Ausnahmen zu Art. 19 Abs. 2 GG zu lösen, ist nicht neu, sondern wurde und wird in unterschiedlichem Umfang genutzt. Dennoch fehlt es an tragfähigen Begründungsansätzen und belastbaren verfassungsrechtlichen Anforderungen der Existenz bzw. der Schaffung solcher „Wesensgehaltsbeschränkungen“, darüber hinaus auch an Stringenz und Konsequenz in der Annahme der Ausnahmen. Nur aus der Verfassung heraus und aus den im ersten Teil erarbeiteten Grundlagen, insbesondere den festgestellten Verpflichtungsadressaten, kann ein solcher Ansatz verfassungsrechtlich begründet werden, der nicht zu einer Schwächung und Überflüssigkeit des Verbotes der Wesensantastung führt und auch den Absolutheitsanspruch der Wesensgehaltsgarantie gegenüber den an Art. 19 Abs. 2 GG gebundenen Gewalten nicht verwässert.

1. Keine Bindung der verfassungsändernden Gewalt

Die Herleitung und die Möglichkeit einer Beschränkungsmöglichkeit ist dabei vergleichsweise schnell konstatiert: Ausgangspunkt in der Begründung von Ausnahmeregelungen sind die oben bestimmten⁵⁶² Verpflichtungsadressaten der Wesensgehaltsgarantie. Zwar sind der einfache Gesetzgeber, Exekutive und Judikative, nicht aber der verfassungsändernde Gesetzgeber, der *pouvoir constituant constitué* oder

⁵⁶² Siehe oben S. 58 ff.

institué,⁵⁶³ an das Antastungsverbot gebunden. Wenn also die verfassungsändernde Gewalt nicht zur Achtung von Art. 19 Abs. 2 GG verpflichtet ist, sind ihr die Möglichkeiten gegeben, die den nicht-verfassungsändernden Gewalten, den *pouvoirs constitués*, versperrt sind: Die „Wesensantastung“ oder „Wesensbeschränkung“⁵⁶⁴ eines Grundrechtes durch deren Legalisation im Rahmen einer Verfassungsänderung. Die fehlende Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers wird zwar häufig gesehen, teilweise wird auch deutlich gemacht, dass dieser die Garantie beschränken könnte.⁵⁶⁵ Klare Schlüsse hieraus werden aber in Literatur und Rechtsprechung nicht gezogen. Art. 19 Abs. 2 GG kann durch Verfassungsänderung nicht nur vollständig beseitigt werden, sondern – als erst-recht-Schluss – die verfassungsändernde Gewalt kann für jedes einzelne Grundrecht im Einzelfall vollständig oder teilweise, für bestimmte Situationen oder allgemein den Wesensgehaltsschutz entziehen oder auch nur einzelne Gehalte des Kerns vom Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 2 GG ausnehmen. Dabei sind der verfassungsändernden Gesetzgebung nur die Grenzen des Art. 79 GG gesetzt, insbesondere die des Abs. 3 – solange also durch die Wesensgehaltsbeschränkung oder nur die Ermöglichung der Wesensantastung eines Grundrechtes nicht die Gehalte der Art. 1 und 20 GG zugleich mittelbar berührt sind,⁵⁶⁶ kann ein Antasten

⁵⁶³ Begriffe zurückgehend auf *Sieyès*, *Qu'est-ce le Tiers État?*, Kap. 5, S. 111; *Burdeau*, *Traité de Science Politique*, Tome III: *Le statut du pouvoir dans l'état*, S. 203 ff., 211. In Anlehnung hieran statt vieler *Stern*, *Staatsrecht I*, S. 152; *Wiederin*, *AöR* 117 (1992), 410, 415; *Maunz/Dürig/Herdegen*, *GG*, Art. 79 Rn. 7; *Augsberg*, *Das verfassungsändernde Gesetz*, in: *Kluth/Krings* [Hrsg.], *Gesetzgebung*, § 28 Rn. 3 m. w. Nw.

⁵⁶⁴ Zur Klassifikation als „Schranke“ oder „Grenze“ siehe die dogmatische Einordnung, S. 141 ff.

⁵⁶⁵ Explizit v. *Bernstorff*, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, S. 116; *ders.*, *Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz*, in: *Arndt u.a.* [Hrsg.], *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, S. 40, 58 f.; zur Unterscheidung von einfachem und verfassungsänderndem Gesetzgeber *Schulz*, *Änderungsfeste Grundrechte*, S. 417 ff.; *Leisner-Egensperger*, *Wesensgehaltsgarantie*, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], *HGR III*, § 70 Rn. 69 f.; vgl. auch *Kokott*, *Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken*, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], *HGR I*, § 22 Rn. 89.

⁵⁶⁶ Durch eine Grundgesetzänderung, die den Wesensgehalt eines Grundrechtes antastet, kann die Gliederung des Bundes in Länder sowie die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung (soweit ersichtlich) nicht berührt werden, deshalb sind diese hier nicht aufgeführt. Dem entgegen scheint es denkbar, dass die Beschränkung von Meinungs- und Versammlungsfreiheit in ihrem Wesen geeignet sein kann, in manchen Fällen das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG zu berühren, ebenfalls wie bei manchen grundrechtsgleichen Rechten das Rechtsstaatsprinzip bzw.

wesensgehaltzugehöriger Bestandteile eines Grundrechts ermöglicht werden.⁵⁶⁷ Die Besonderheit der Verfassungsänderung als „qualifizierte Gesetzgebung“⁵⁶⁸ mit anderen und qualifizierten formellen und materiellen Beschränkungen gegenüber der einfachen Gesetzgebung lässt auf diesem Verfahrenswege Eingriffe in Kerngehalte von Grundrechten möglich werden. Zutreffend wird auch aus der schweizerischen Staatslehre darauf verwiesen, dass der Verfassungsgeber selbst konkrete Kerngehalte festlegen könne und dies nicht nur der Verfassungsrechtsprechung überlassen solle.⁵⁶⁹ Entsprechend ist es dem verfassungsändernden Gesetzgeber auch für das Grundgesetz möglich, den Wesensgehalt eines Grundrechtes durch Ausklammerung bestimmter Gehalte zu bestimmen bzw. umgekehrt formuliert bestimmte Grundrechte oder Grundrechtsteile vom Wesensschutz auszunehmen.

2. Keine Verpflichtung des pouvoir constituant

In diesem Zusammenhang steht auch die bislang unbehandelte Stellung der verfassungsgebenden Gewalt, des *pouvoir constituant*,⁵⁷⁰ zu Art. 19 Abs. 2 GG. An eine irgendwie geartete Wesensgehaltsgarantie war der Parlamentarische Rat bei der Schöpfung des Grundgesetzes nicht gebunden.⁵⁷¹ Die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes als

bei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wiederum das Demokratieprinzip berührt sein könnte. Zu Art. 1 GG gehört nicht nur der Schutz der Menschenwürde, sondern auch der wegen Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG ewigkeitsfeste Schutz eines Mindestbestandes an Grundrechten, vgl. Dreier/*ders.*, GG II, Art. 79 III Rn. 32; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 79 Rn. 123 f.

⁵⁶⁷ Dies kommt etwa bei *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41 f., mittelbar zum Ausdruck, wenn darauf abgestellt wird, die Wesensgehaltsgarantie könne keine Freiheit absichern, „die das Grundgesetz selbst an anderer Stelle versagt“, wenn auch den anschließenden Folgerungen von *Chlosta* hier nicht gänzlich gefolgt wird.

⁵⁶⁸ *Augsberg*, Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth/Krings [Hrsg.], Gesetzgebung, § 28 Rn. 6.

⁵⁶⁹ *Morand*, Le noyau intangible des droits constitutionnels, in: Meyer-Bisch [Hrsg.], Le noyau intangible des droits de l'homme, S. 53, 60; hierzu *Müller*, Recht 11 (1993), 33, 35.

⁵⁷⁰ Begriffe *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* zurückgehend auf *Sieyès*, Qu'est-ce le Tiers État?, Kap. 5, S. 111; *Burdeau*, Traité de Science Politique, Tome III: Le statut du pouvoir dans l'état, S. 203 ff., 211. In Anlehnung hieran statt vieler *Stern*, Staatsrecht I, S. 152; *Wiederin*, AöR 117 (1992), 410, 415; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 79 Rn. 7; *Augsberg*, Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth/Krings [Hrsg.], Gesetzgebung, § 28 Rn. 3 m. w. Nw.

⁵⁷¹ Im Ansatz so bereits *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882, allerdings nur zu Art. 14 und 15 GG und später teilweise auch zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: „Weil Normadressat des Art. 19 Abs. 2 GG nur die verfassungsunterworfenen staatlichen Gewalten sind, konnte auch der Grundgesetzgeber selbst vom Wesensgehaltsschutz abweichen. Das war von Anfang an bei Art. 14 Abs. 3 GG und bei Art. 15 GG der Fall, die einen vollen Entzug des Eigentums erlauben, und damit den

Ausdruck der freien Selbstbestimmung des Volkes, erwähnt in der Präambel, unterlag keinen nationalen Schranken,⁵⁷² sondern war allenfalls an überpositives Recht gebunden,⁵⁷³ sofern man von dessen Existenz ausgeht.⁵⁷⁴ Für eine Zugehörigkeit von Art. 19 Abs. 2 GG zum überpositiven Recht bestehen aber keine Anhaltspunkte, dagegen spricht schon, dass nicht jedes vom Grundgesetz normierte Grundrecht zum überpositiven, unentziehbaren Recht gehört und deshalb auch nicht die Wesensgarantie zum Schutz eines Grundrechtsteils.

Wenn demzufolge auch der Parlamentarische Rat im Rahmen der Verfassungsschöpfung keiner Bindung an die Gewährleistung der Grundrechte in ihrem Wesen unterlag, konnte er sowohl die Grundrechte als auch Art. 19 Abs. 2 GG nach seinen Vorstellungen „formen“. Ausdrücklich hat das Bundesverfassungsgericht entsprechend formuliert: „Es liegt im Wesen des *pouvoir constituant*, daß er von seinen eigenen Grundsatznormen Ausnahmen statuieren kann [...]“.“⁵⁷⁵ Dementsprechend war es möglich, Grundrechte zu schaffen, auch den Schutz des Art. 19 Abs. 2 GG aufzustellen, ihn aber gleichwohl in Einzelfällen wieder außer Kraft zu setzen und bestimmte, nach Auslegung des Wortlauts eigentlich geschützte Gehalte oder gar ganze Grundrechte vom Schutzzumfang der Wesensgehaltsgarantie auszunehmen bzw. den Wesensgehalt durch die Verfassungsgebung entsprechend zu modellieren. Art. 19 Abs. 2 GG sowie der Wesensgehalt jedes einzelnen Grundrechtes (oder grundrechtsgleichen Rechtes) reichen nur soweit, wie sie vom Verfassungsgeber geschaffen bzw. gewährt wurden und dementsprechend auch nur mit den Einschränkungen, mit denen dieser sie möglicherweise versehen hat. Diese Perspektive ist in der Diskussion um die Begründung

Wesensgehalt der Norm und das subjektive Recht des Enteignenden antasten.“ Darin werden von *Stern*, a.a.O., *leges speciales* zu Art. 19 Abs. 2 GG angesehen.

⁵⁷² Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Präambel Rn. 56; BeckOK-GG/*Hillgruber*, Präambel Rn. 17.1.

⁵⁷³ BVerfGE 1, 14, 61; *Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 137 ff.; a.A. Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 146 Rn. 54; BeckOK-GG/*Hillgruber*, Präambel Rn. 17.1.

⁵⁷⁴ Vgl. die Debatte des Grundsatzausschusses über den Naturrechtsbezug in Art. 1 Abs. 1 GG, der schließlich gestrichen wurde, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 62 ff.

⁵⁷⁵ BVerfGE 3, 225, 232.

von Ausnahmen bislang unbeachtet geblieben,⁵⁷⁶ dass nämlich Abweichungen von Art. 19 Abs. 2 GG bereits mit dem Akt der Verfassungsschöpfung eingeführt worden sein und damit bis heute bestehen könnten.

3. Verfassungsablösung, Art. 146 GG

Zuletzt sei noch darauf hingewiesen, dass Art. 19 Abs. 2 GG auch durch Verfassungsablösung teilweise beschränkt oder ganz beseitigt werden könnte. Dies gilt ungeachtet der existierenden Streitigkeiten um die Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG⁵⁷⁷ im Fall der Verfassungsneuschöpfung. Die Wesensgehaltsgarantie gehört nicht zu den Gehalten des Art. 79 Abs. 3 GG und ist, auch sofern man von einer Achtenspflicht des Art. 79 GG im verfassungsschaffenden Prozess ausgeht, nicht ewigkeitsfest garantiert. Auf die Möglichkeit der Verfassungsablösung wird nachfolgend nicht näher eingegangen, wohl aber auf die beiden anderen Möglichkeiten der Wesensgehaltsantastung.

4. Zwischenergebnis

Damit bleibt folgendes Zwischenergebnis: Durch eine Bestimmung bzw. Regelung in der Verfassung selbst, sei es bereits durch Verfassungsschöpfung, sei es durch spätere Verfassungsänderung, kann ein Schutzbereichsteil, welcher nach Auslegung an und für sich zum Wesen, zum Kern eines Grundrechtes gehört und somit durch Art. 19 Abs. 2 GG geschützt wäre, doch beschränkt werden. Es sind unterschiedlich weitgehende Eingriffe durch die genannten Gewalten in den Wesensgehalt möglich, von der Herausnahme einzelner Gehalte aus dem Gesamtkomplex des Wesens eines Grundrechtes über die Versagung der Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG bei einem gesamten Grundrecht bis hin zu einer vollständigen Beseitigung des Wesensgehaltsschutzes. Mit der Herausnahme von Gehalten oder eines Grundrechtes aus der absoluten

⁵⁷⁶ Ansatzweise erkennbar, aber unter Begründung auf verfassungsimmanente Schranken bei vorbehaltlosen Grundrechten bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 11 f., 69 f. sowie bereits wie angemerkt bei *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882.

⁵⁷⁷ Vgl. zum Streit *Augsberg*, Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth/Krings [Hrsg.], Gesetzgebung, § 28 Rn. 9 ff.; BeckOK-GG/*Hillgruber*, Art. 146 Rn. 6 ff.; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 146 Rn. 39 ff., jeweils m. w. Nw.

Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG kann, sofern dann ein Eingriff durch oder aufgrund Gesetzes erfolgt, eine Wesensgehaltsverletzung nicht mehr vorliegen, denn das Verhalten fällt nicht mehr in den unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechtes. Mit dieser Figur einer verfassungsrechtlichen Wesensgehaltsbegrenzung oder -beschränkung, die ein Verhalten aus dem Wesensgehalt eines Grundrechtes ausschließt oder bestimmte, wesensantastende Eingriffe ermöglicht, ist das Grundkonzept bestimmt. Normative Bestimmungen des Grundgesetzes, die für Teilbereiche die absolute Wirkung von Art. 19 Abs. 2 GG durch Verfassungsänderung oder bereits durch Verfassungsschöpfung aufheben und Beschränkungsmöglichkeiten eröffnen, können ein ernstzunehmender Begründungsansatz sein.

Für das Konzept spricht, dass vergleichbare Regelungen in der Staatsverfassung des Kantons Bern existieren, allerdings mit umgekehrter Intention. Die Verfassung von 1992 bestimmt positiv nicht einschränkbare Gehalte. Art. 28 Abs. 4 S. 1 der Staatsverfassung⁵⁷⁸ ordnet vergleichbar zu Art. 19 Abs. 2 GG eine Unantastbarkeit des Kerns der Grundrechte an. Satz 2 erklärt die Gehalte, die bei der Gewährleistung der Einzelgrundrechte als unantastbar eingestuft wurden oder Einschränkungen für in jedem Fall unzulässig erklärt wurden, zu diesem Kerngehalt.⁵⁷⁹ Als unantastbar oder in keinem Fall einschränkbar wurden allerdings nur die Gehalte positiv normiert, von denen ausgegangen wurde, sie seien abstrakt formulierbar, weswegen es auch unantastbare Kerngehalte geben muss, die nicht ausdrücklich niedergelegt sind.⁵⁸⁰ Eine positive Wesensbestimmung ist im Grundgesetz dagegen nicht erfolgt und

⁵⁷⁸ Im Wortlaut: „Der Kern der Grundrechte ist unantastbar. Zum Kerngehalt gehören insbesondere Gewährleistungen, welche diese Verfassung als unantastbar bezeichnet oder bei denen sie Einschränkungen in keinem Fall zulässt.“

⁵⁷⁹ Beispielsweise Art. 10 Abs. 1 (Rechtsgleichheit): „Die Rechtsgleichheit ist gewährleistet. Diskriminierungen, insbesondere aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Herkunft, Lebensform sowie politischer oder religiöser Überzeugung sind in keinem Fall zulässig.“, Art. 12 Abs. 2 (Persönlichkeitsrechte): „Folter, unmenschliche und erniedrigende Strafen oder Behandlungen sind in keinem Fall zulässig.“, Art. 14 Abs. 2 (Glaubens- und Gewissensfreiheit): „In keinem Fall ist es zulässig, jemanden zu einer religiösen Handlung oder zu einem Bekenntnis zu zwingen.“

⁵⁸⁰ Ausdrücklich der Vortrag der Verfassungskommission des Kantons Bern zuhanden des Großen Rates, Die neue Verfassung, S. 80 – zitiert nach Müller, Recht 11 (1993), 33, 35.

die Wesenszugehörigkeit deshalb insbesondere durch Auslegung zu ermitteln. Umgekehrt muss es aber ebenso möglich sein, bestimmte Inhalte von einem Kerngehaltsschutz durch Verfassungsnormierung auszunehmen – ob mit der in der Berner Kantonsverfassung vorhandenen Bestimmtheit oder geringeren Anforderungen ist noch zu ermitteln.

II. Erste Einordnung und Bedenken

1. Keine Aufgabe der absoluten Garantie

Dieser noch unscharfen Konstruktion stehen sicherlich Vorbehalte gegenüber, die bereits jetzt ernst genommen werden sollen. Kernfrage dürfte sein, ob mit den genannten Möglichkeiten die für vorzugswürdig erachtete, absolute Unantastbarkeit des Wesensgehaltsschutzes durch die Möglichkeit, praktisch „beliebig“ und nur durch Art. 79 GG begrenzt, Einschränkungen der Gewährleistung zu schaffen, nicht aufgegeben wird. Gegen die Annahme von Ausnahmen generell werden deshalb deutliche Bedenken angebracht.⁵⁸¹

„Eine die Wesensgehaltsklausel interpretierende Theorie, die solche Zweifel hervorruft oder stützt, weckt Skepsis und kritische Vorbehalte. Eine Theorie, die den Zweifel zur Gewißheit macht, indem sie – mit welcher Begründung auch immer – die Durchbrechung des kategorischen Verbots zu rechtfertigen sucht, muß von vornherein auf Widerstand stoßen. Nichts anderes gilt für jene Interpretationen, die in gewiß wohlgemeinter Inkonsequenz mit einem nachdrücklichen Bekenntnis zur Unantastbarkeit der Wesensgehaltsschranke beginnen, um fast im gleichen Atemzuge von mehr oder minder einschneidenden ‚Ausnahmen‘ zu sprechen, mit denen der individuelle Grundrechtsträger sich abzufinden habe. [...] Dazu darf es im Bereich einer rechtsstaatlichen Verfassung nicht kommen. Wenn das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 2 GG strikt verbietet, ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten, so scheidet die Überlegung, unter welchen besonderen Voraussetzungen dies ausnahmsweise doch geschehen dürfe oder zu geschehen habe, als Ansatz zu einer

⁵⁸¹ Etwa Dreier/ders., GG I, Art. 19 II Rn. 16.

*akzeptablen, dogmatisch einwandfreien Lösung des aufgezeigten Widerspruchs aus.*⁵⁸²

Vergleichbares findet sich auch an anderer Stelle:

*„Lässt sich eine absolut-subjektive Wesensgehaltskonzeption im Falle ihrer Belastungsprobe [...] nur aufrechterhalten, weil diese Konzeption in diesen Fällen gerade nicht anwendbar ist, dann [...] lässt dies doch stark an der praktischen Relevanz und damit letztlich an der Sinnhaftigkeit einer absolut-subjektiven Wesensgehaltskonzeption zweifeln.“*⁵⁸³

Weiterhin könne es nicht sein, dass eine „Totalverwirkung“ aufgrund von Ausnahmen zulässig wäre, dies zeige auch der Wortlaut „In keinem Falle“.⁵⁸⁴

Doch dem ist nicht so, die Möglichkeit der Beschränkung durch die verfassungsgebende aber auch durch die verfassungsändernde Gewalt folgt aus der strikten Berücksichtigung der Verpflichtungsadressaten, zu denen diese Gewalten nicht gehören. Keine Bindung – also keine Verpflichtung zur Achtung von Art. 19 Abs. 2 GG – kann auch keine Missachtung oder Aufgabe des absoluten Schutzgehaltes bedeuten. Der ermittelte absolute Schutzgehalt von Art. 19 Abs. 2 GG besteht damit weiterhin; allerdings gerade nur gegenüber den Verpflichtungsadressaten, zuvörderst dem einfachen Gesetzgeber: Bei Handlungen der nicht-verfassungsgebenden bzw. nicht-verfassungsändernden Gewalten müssen diese den Kern des Grundrechtes absolut ohne die Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter und Interessen achten,⁵⁸⁵ während der verfassungsändernde Gesetzgeber nur an Art. 79 GG und die verfassungsschöpfende Gewalt des Grundgesetzes allenfalls an überpositives Recht gebunden war. Mit der Möglichkeit der

⁵⁸² Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 18 f., der den Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG für den einzelnen Grundrechtsträger stattdessen damit aufgibt, dass er den Wesensgehaltsschutz als bloße Bestands- und Institutsgarantie versteht, vgl. S. 91, 111 f. – Hervorhebung A.S.

⁵⁸³ Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 232 f.

⁵⁸⁴ Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 37. Schneider verhält sich dabei selbst potentiell widersprüchlich, denn auf S. 89 und S. 262 geht er davon aus, dass die Anerkennung der Freiheitsstrafe in Art. 104 GG es ausschließe, in jeder Inhaftierung eine Wesensgehaltsverletzung zu erblicken.

⁵⁸⁵ Sofern nicht eine Antastungsmöglichkeit in der Verfassung existiert.

Wesensgehaltsbeschränkung durch die Verfassung selbst kann der absolute Anspruch von Art. 19 Abs. 2 GG auch gegenüber den problematischen Maßnahmen aufrecht erhalten bleiben – es müssen nur Beschränkungen des einschlägigen Wesensgehaltes bestehen oder solche durch Verfassungsänderung noch in die Verfassung eingefügt werden. Unter Achtung dieser Vorgaben eingeführte „Ausnahmen“ heben deshalb die absolute Theorie nicht auf und geben auch keinen Grund, an deren Sinnhaftigkeit zu zweifeln, sondern stellen nur die Achtung der Verfassungsvorgaben hinsichtlich der Verpflichtungsadressaten dar. Die Möglichkeit einer Verfassungsänderung ist eben „nur“ durch Art. 79 Abs. 3 GG begrenzt, die im Falle eines möglichen Menschenwürdeeingriffs weiterhin absolute Grenzen auch gegenüber der verfassungsändernden Gewalt beibehält. Gleichzeitig ist bereits an dieser Stelle zu konstatieren: Die zu weitgehende Annahme solcher „Begrenzungen“ könnte auch zu einer Aufgabe des Mehrwerts von Art. 19 Abs. 2 GG führen, weshalb nicht zu freizügig von Wesensbegrenzungen bzw. -beschränkungen ausgegangen werden darf. Sollte die aufgezeigte Option einer näheren Untersuchung standhalten, bestünde auch kein Grund (mehr), die absolute Ansicht gegenüber dem einfachen Gesetzgeber, Exekutive und Judikative auf irgendeine Art und Weise zu beschränken, zu relativieren oder den Schutz weitestgehend zurückzunehmen. Den absoluten Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG kann nur die verfassungsschöpfende oder verfassungsändernde Gewalt aufheben. Auf diese Art kommt Art. 19 Abs. 2 GG somit ein Anwendungsbereich zu, auch wenn dieser eingeschränkt werden kann.

2. Einordnung des Konzepts in die Systematik der Eingriffsgrenzen

Zur weiteren Legitimation der Konstruktion trägt eine vorläufige Einordnung des grob umrissenen Konzeptes in die Systematik der grundrechtlichen Eingriffsgrenzen bei. Mit dem Grundgesetz hat der Parlamentarische Rat, natürlich in Fortentwicklung durch Rechtsprechung und Lehre, ein mehrstufiges, geschichtetes Schrankensystem bei Grundrechtseinschränkungen für die staatliche Gewalt geschaffen, das in seiner Gesamtheit auf unterschiedlichen Ebenen die Grundrechte sichern soll und so eine Reaktion auf die vorgrundgesetzliche Zeit darstellt. Dieses

Schichtsystem lässt sich mit einem mehrstufigen Filter vergleichen, dessen Schichten jeweils unterschiedliche Eigenschaften aufweisen. Jede Schicht lässt bestimmte Partikel (= Eingriffe) nicht durch, die gewisse Merkmale aufweisen, wodurch im Ergebnis nur die Partikel und Eingriffe den mehrschichtigen Filter passieren können, die insgesamt verfassungsrechtlich zulässig sind. Die drei Stufen⁵⁸⁶ bestehen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, der Wesensgehaltsgarantie und Art. 79 GG in Verbindung mit den geschützten Gehalten, in Bezug auf den hier zu beobachtenden Grundrechtsschutz insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG.⁵⁸⁷ Die erste Schicht stellt die relative Verhältnismäßigkeitsprüfung dar. Im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation sind alle Eingriffe zu „filtern“, die sich nicht auf überwiegende rechtfertigende Gründe stützen können. Damit wird eine Abschirmung vor übermäßigen Belastungen begründet. Die zweite Schicht (Art. 19 Abs. 2 GG) schützt vor allen Eingriffen als „letzte Grenze“ vor Maßnahmen, die das Wesen eines Grundrechtes betreffen, ungeachtet jeglicher entgegenstehenden Gründe und dient damit als kategorische Grenze der grundsätzlich bestehenden Einschränkungsmöglichkeiten durch Gesetzgebung und deren Vollzug aufgrund von Allgemeininteressen. Die zweite Stufe ist aber durch die Möglichkeit geprägt, zwar nicht durch die „einfachen“ Gewalten, wohl aber durch die verfassungsgebende und -ändernde Gewalt von diesem Schutz abzuweichen und teilweise aufzuheben. Auf höchster Stufe stehen als letzte, nicht eliminierbare Grenze die in Art. 79 Abs. 3 GG als ewigkeitsfest garantierten Gehalte, für die Grundrechte also die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Existenz der Grundrechte insgesamt aus Art. 1 Abs. 2, 3 GG, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht einmal durch Verfassungsänderung angetastet werden kann.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ Daneben bestehen weitere, für die allgemeine Systematisierung aber nicht so relevante Beschränkungen wie das Verbot des Einzelfallgesetzes, der Parlamentsvorbehalt, die Wesentlichkeitslehre usw.

⁵⁸⁷ Schrankensystem im Ansatz vergleichbar auch bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 69 f.

⁵⁸⁸ Abgesehen von der umstrittenen Möglichkeit der Verfassungsneuggebung nach Art. 146 GG und die dabei eventuell bestehende Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG.

Insgesamt ist damit ein umfassender Grundrechtsschutz auf jeweils verschiedenen Ebenen und mit divergierenden Gewährleistungen (relativ-gewichtende und absolut-kategorische) verbunden. Für die nähere Konkretisierung und Auslegung der Wesensgehaltsgarantie ist diese Systematisierung des Schichtenschutzes immer wieder zu berücksichtigen: Art. 19 Abs. 2 GG stellt nur *eine* Schranken-Schranke neben den übrigen dar. Deshalb spielt sie zwar eine (leider vernachlässigte) wichtige Rolle in der Grundrechtssicherung, es besteht aber kein Bedürfnis, diese zu überdehnen und den Wesensgehaltsschutz als „Allesproblemlöser“ zu etablieren. Eine konsequente Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG bezieht deshalb die übrigen Schranken-Schranken mit ein und muss auch den Mut aufweisen, die Wesensgarantie als Kernschutz eng zu fassen und nur für die wesensantastenden Fälle anzuwenden und im Übrigen auf die anderen Schranken-Schranken zu verweisen.

3. Notwendigkeit weiterer Konkretisierung und Überprüfung

Um den entwickelten Ansatz nicht in Leerformeln versanden zu lassen, besteht die Hauptaufgabe dieses Kapitels in der dogmatischen Verortung der Figur, um diese zu schärfen und anschließend auf Durchhaltbarkeit und der weitergehenden Gewährleistung gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Menschenwürdegarantie zu überprüfen sowie Leitlinien der Wesensdetermination zu erarbeiten.

Dafür ist zunächst eine weitere inhaltliche Konkretisierung (B.) durch genaue Rechtsfolgenbestimmung der Figur, deren dogmatische Einordnung, Begriffsbildung und Erarbeitung der Anforderungen an das Vorliegen einer solchen Bestimmung vorzunehmen. Anschließend werden allgemeine Grundlinien der Wesensbestimmungen für die Grundrechte (C.) entwickelt und abschließend folgt die Überprüfung der Konzeption u.a. durch Abgrenzung gegenüber den anderen Schranken-Schranken (D.) sowie zuletzt durch die Darstellung und Bestimmung des Wesensgehaltes verschiedener Grundrechte im anschließenden 3. Teil. Darin ist vor allem auch festzustellen, ob und inwieweit die verfassungsschöpfende und -ändernde Gewalt die Wesensbeschränkungsoption bereits genutzt hat.

B. Kategorisierung und Begriffsfindung der Ausnahmen

Nachdem soeben festgestellt wurde, dass Regelungen unmittelbar aus der Verfassung heraus grundsätzlich geeignet sind, die absolute Wirkung von Art. 19 Abs. 2 GG einzugrenzen, geht es nun an die inhaltliche Konkretisierung. Bis zu einer konkreten rechtstechnischen Einordnung und Präzisierung der Wirkungen bietet sich die Verwendung eines Begriffes an, der unmittelbar an die Auswirkungen anknüpft und noch keine rechtstechnische Festlegung zur Einordnung als Schranke oder Grenze der Gewährleistung enthält: Durch die beschriebenen verfassungsrechtlichen Regelungen wird die Geltung des absoluten Antastverbotes von Art. 19 Abs. 2 GG eingeengt, die Wirkung von Art. 19 Abs. 2 GG sozusagen „gesperrt“. Deshalb soll zunächst noch der (untechnische) Begriff „Wesensgehaltssperre“ verwendet werden.

Aus den primär bezweckten Rechtsfolgen (I.) des entwickelten Konzeptes ist die Klassifizierung in die Rechtsformen verfassungsgeberischer Grundrechtsrestriktionen (II.) zwischen Schutzbereichsbestimmung bzw. Gewährleistungsbegrenzung und den verschiedenen Beschränkungsmöglichkeiten eines Grundrechtes zu untersuchen, bevor aus diesen Erkenntnissen eine Begriffsfindung erfolgen kann. Aus der Klassifizierung können anschließend Rückschlüsse für die Anforderungen an die Annahme und Bestimmtheit einer Wesensgehaltssperre gezogen, diese festgelegt und an Beispielen erörtert werden (III.), bevor ein Blick auf die möglichen Gehalte der Wesensgehaltssperren erfolgen kann (IV.). Abschließend soll nochmals die Praktikabilität des Konzeptes in Frage gestellt und überprüft werden (V.).

I. Rechtsfolgen einer Wesensgehaltssperre

Der Geltungsbereich, den die Wesensgehaltsgarantie gegenüber den wesensgehaltsverpflichteten Gewalten ohne Relativierungsmöglichkeit vor jeglichen Eingriffen abschirmt, wird durch die verfassungsrechtliche Normierung der Wesensgehaltssperre eingeengt. Für die Schutzwirkung hat dies zur Folge, dass je nach Reichweite der Sperre die betroffenen einzelnen Verhaltensweisen oder das gesamte Grundrecht keinen Anteil mehr am absoluten Schutz des Art. 19 Abs. 2 GG haben oder aber

konkrete, wesensantastende Eingriffe von der Verfassung selbst zugelassen werden. Der dadurch betroffene Bereich ist nun durch Eingriffe durch oder aufgrund Gesetzes beschränkbar. Damit ist bereits die erste Rechtsfolge umschrieben und die zweite angedeutet: Primäre Folge ist die Aufhebung oder Beseitigung des von Art. 19 Abs. 2 GG gewährten Wesensgehaltsschutzes als für die Verpflichtungsadressaten unantastbarer Bereich. Die zweite folgt aus der Andeutung, wonach nun „Eingriffe“ in den bislang unantastbaren Bereich zulässig sein können: Das relevante Verhalten ist zwar nicht mehr Teil des Wesensgehaltsschutzes, bleibt aber Teil des grundrechtlichen Schutzbereiches. Der Wesensgehalt eines Grundrechtes stellt nur eine Teilmenge des Schutzbereiches dar, das grundrechtlich und durch Art. 19 Abs. 2 GG geschützte Recht wird aber nicht aus dem Gewährleistungsgehalt des Grundrechtes insgesamt genommen, sondern nur aus der besonderen Gewährleistung der Wesensgehaltsgarantie. Dementsprechend bleiben Gesetzgebung, vollziehende und rechtsprechende Gewalt weiterhin an die betroffenen Grundrechtsgehalte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG bindet die drei Staatsgewalten an die Schutzbereiche der Grundrechte.⁵⁸⁹ Die primäre Rechtsfolge ist auf die Aufhebung der verpflichtenden Achtung des Grundrechtswesens begrenzt, nur die Schranken-Schranke des Art. 19 Abs. 2 GG ist (soweit die Wesensgehaltssperre greift) nicht mehr zu wahren. Aufgrund der weiterhin bestehenden Schutzbereichszugehörigkeit bleiben Eingriffe in ein Grundrecht rechtfertigungsbedürftig, sie bedürfen eines ermächtigenden Gesetzes aufgrund eines Gesetzesvorbehaltes oder einer verfassungsimmanenten Schranke und müssen die übrigen Schranken-Schranken des jeweiligen Grundrechtes achten.

Für einen Eingriff in Rechte, die zum Wesen eines Grundrechtes gehören, bedeutet dies eine doppelte Eingriffsstufung: Der erste erfolgt verfassungsunmittelbar durch die Aufhebung des absoluten Wesensschutzes. Der zweite erfolgt durch die gesetzliche Regelung, es braucht dafür aber auch demzufolge eine derartige Entscheidung des

⁵⁸⁹ Vgl. *Merten*, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 5.

Gesetzgebers in einem legitimierenden und die entsprechenden, übrigen Rechtfertigungsanforderungen achtenden Gesetz. Dieser ist dabei in seiner Entscheidung frei, die Wesensgehaltssperre selbst gebietet nicht den Erlass eines zu Eingriffen in den Wesensgehalt ermächtigenden Gesetzes.

Mit dieser grundsätzlichen Rechtsfolgenbeschreibung, wonach das betroffene und eigentlich wesensgehaltssperre zugehörige Verhalten nun nicht mehr den Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG erfährt, es aber gleichwohl Teil des grundrechtlichen Schutzbereiches bleibt, kann die Einordnung der Wesensgehaltssperre in das grundgesetzliche Grenzen- und Beschränkungssystem beginnen.

II. Dogmatische Einordnung

Grundrechte sind nicht schrankenlos gewährleistet,⁵⁹⁰ sondern können aufgrund und durch verschiedene Regelungen auf unterschiedliche Arten und Weisen begrenzt und beschränkt werden. Das Grundgesetz weist verschiedene Formen auf, die die weit verstandenen Schutzgehalte der Grundrechte im Gegensatz zwischen Freiheitsausübung und Allgemeininteressen auf ein angemessenes Maß zurückzuführen.⁵⁹¹ Bereits auf Schutzbereichsebene (auch teilweise synonym u.a. Schutzgegenstand, Tatbestand, Normbereich oder Gewährleistungsgehalt genannt)⁵⁹² können die gewährleisteten Handlungen „begrenzt“ werden. Durch Gesetzesvorbehalte und gegebenenfalls auch verfassungsunmittelbare Schranken können den Grundrechten nachträglich Schranken auferlegt werden, das von der Verfassung geschützte Verhalten wird damit „beschränkt“ und in den Schutzbereich eingegriffen.

Insofern ist terminologisch zu differenzieren zwischen Grenzen oder Begrenzungen, die bereits auf Tatbestandsebene den Schutzbereich einengen, wie die Merkmale der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit in

⁵⁹⁰ v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Vorb. Anm. XV 1.

⁵⁹¹ Bezogen auf die Funktion der Grundrechte in ihrer Abwehrdimension, die bei Art. 19 Abs. 2 GG wie auch generell die primäre Funktion darstellt.

⁵⁹² v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 11, 35; Merten, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 24 m. w. Nw. und weiteren Bezeichnungen.

Art. 8 Abs. 1 GG, und Schranken oder Beschränkungen, die den gewährten Schutz nachträglich beschränken, was rechtfertigungsbedürftig ist.⁵⁹³ Obwohl die Bezeichnungen teilweise auch synonym verwendet bzw. nicht genau voneinander unterschieden werden,⁵⁹⁴ soll an dieser Stelle hingegen an der Differenzierung festgehalten werden. Zur dogmatischen Einordnung bieten sich ein Vergleich und die Abgrenzung zu den unterschiedlichen Grundrechtsrestriktionen an.

1. Schutzbereichsbegrenzungen

Schutzbereichs- oder Gewährleistungsgrenzen⁵⁹⁵ stellen damit einen Teil der inhaltlichen Festlegung des überhaupt vom Grundrecht geschützten Gehaltes dar, sie definieren den Tatbestand des Grundrechtes näher und bilden einen Teil der tatbestandlichen Umschreibung.⁵⁹⁶ Am Beispiel des Art. 8 Abs. 1 GG wird dies deutlich. Nur die friedliche und waffenlose Versammlung wird überhaupt von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt, die Merkmale der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit stellen also Schutzbereichsgrenzen dar.⁵⁹⁷ Was nicht geschützt ist, kann nicht durch

⁵⁹³ Unterscheidung bei *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 227 f.; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51 f.; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 1 ff.; *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR XII³, § 271 Rn. 46; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG I, Art. 1 Rn. 263; *Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 121 Rn. 7 ff., 11; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 7, 13, 63; BVerfGE 7, 377, 404.

⁵⁹⁴ Vgl. *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 3, 13; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 1; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 225 f., 494.

⁵⁹⁵ Begriff bei *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51 f. Stattdessen verwenden *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR XII³, § 271 Rn. 46, sowie v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Vorb. Anm. B XV 2, den Begriff der Gewährleistungsschranke, letztere teils aber auch mit einer weitergehenden Bedeutung.

⁵⁹⁶ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 52; *Hillgruber*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 200 Rn. 16 f.

⁵⁹⁷ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 217; *Hillgruber*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 200 Rn. 16; *Maunz/Dürig/Depenheuer*, GG, Art. 8 Rn. 78; *Rusteberg*, NJW 2011, 2999, 2999; *Hermes*, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 23; *Merten*, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 84; *Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 57 Rn. 8; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51 f.; *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung,

Eingriffe beschränkt werden, kann auch nicht verletzt werden und es gibt kein Rechtfertigungsbedürfnis für staatliches Handeln außerhalb des verfassungsrechtlichen Schutzes.⁵⁹⁸ Mit der Beschreibung der Schutzbereichseröffnung als „Eingangstor zum Grundrechtsschutz“,⁵⁹⁹ welches durch Gewährleistungsbegrenzungen geschlossen und der Gewährleistungsgehalt des Grundrechtes damit begrenzt wird, ist das Charakteristische der Schutzbereichsgrenzen passend umschrieben.

2. Schranken und Vorbehalte

Im Gegensatz dazu haben Schranken, Einschränkungen oder Beschränkungen⁶⁰⁰ zur Folge, dass ein grundrechtlich geschütztes Verhalten durch den Staat versagt wird.⁶⁰¹ Zwar sind Legislative, Exekutive und Judikative wegen Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden, der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist jedoch unter Nutzung der Gesetzesvorbehalte und der verfassungsimmanenten Schranken zu Einschränkungen befugt.⁶⁰² In der Regel erfolgen Grundrechtsbeschränkungen auf Basis von Gesetzesvorbehalten, die die Möglichkeit des parlamentarischen Gesetzgebers begründen, den Schutzbereich der Grundrechte einzuschränken.⁶⁰³ Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt sind jedoch nicht unbeschränkbar, sondern durch entgegenstehende Verfassungsgüter, die

in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR XII³, § 271 Rn. 46; Hömig/Wolff/Antoni, GG, Vorbemerkungen Rn. 15.

⁵⁹⁸ Merten, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 1; Sachs, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 227, 230 f.; Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 13; v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 35.

⁵⁹⁹ Merten, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 4.

⁶⁰⁰ Zur begrifflichen Vielfalt *Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 57 Rn. 6 ff.; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 263 f.; Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 83.

⁶⁰¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 257; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 264.

⁶⁰² Vgl. Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 2 f.; Dreier/ders., GG I, Vorb. Rn. 67 f.; Sachs/ders., GG, Vor Art. 1 Rn. 120.

⁶⁰³ Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 60; Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 1.

sogenannten verfassungsimmanenten Schranken, beschränkbar.⁶⁰⁴ Die Schranken eines vorbehaltlosen Grundrechtes müssen allein anhand des Grundgesetzes bestimmt werden.⁶⁰⁵ Für die Bestimmung dieser Schranken anhand des Grundgesetzes ist das demokratisch legitimierte Parlament, unter Beachtung der Rechtfertigungsanforderungen, vorrangig zuständig.⁶⁰⁶

3. Verfassungsunmittelbare Schranken

Einen Sonderfall der Schranken stellen die sogenannten verfassungsunmittelbaren Schranken dar, deren Existenz bzw. Unterscheidung zu den allgemeinen Gesetzesvorbehalten allerdings strittig ist.⁶⁰⁷ Auch wird wegen der Differenzierung zwischen Grundrechtsgrenzen und Grundrechtsschranken auch teilweise auf der Ebene der verfassungsunmittelbaren Schranken zwischen „echten“ und „unechten“ Schranken unterschieden, von denen letztere keine Schranken sind, sondern bereits auf Tatbestandsebene Grenzen ziehen.⁶⁰⁸ Die Terminologie der „unechten“ Schranken verwirrt deshalb nur und wird hier deshalb nicht verwendet.

Verfassungsunmittelbare Schranken sind Beschränkungen, die mit Wirkung aus der Verfassung ein Grundrecht einschränken und somit durch das Grundgesetz selbst aufgestellt werden,⁶⁰⁹ die Rechtsfolge wird

⁶⁰⁴ BVerfGE 77, 240, 253; E 93, 1, 21; *Papier*, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Merten/ders. [Hrsg.], HGR III, § 64 Rn. 6, 17 ff.; *Dreier/ders.*, GG I, Vorb. Rn. 141.

⁶⁰⁵ BVerfGE 30, 173, 193; E 32, 98, 107 f.

⁶⁰⁶ *Dreier/ders.*, GG I, Vorb. Rn. 141 f.

⁶⁰⁷ Ablehnend *Hermes*, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 20 ff.

⁶⁰⁸ *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 72; ähnlich auch *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 494 ff., 502 ff., der die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen als Oberbegriff behandelt und hierunter auch die als quasi-tatbestandlichen Begrenzungen bezeichneten Grenzen auf Schutzbereichsebene fasst, während damit auch die verfassungsunmittelbaren Schranken zugunsten der Exekutive und Judikative gemeint sind.

⁶⁰⁹ v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Vorb. Anm. B XV 3 a; *Meister*, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, S. 25; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 74; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 258 f.; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 38.

unmittelbar durch die Verfassung selbst normiert.⁶¹⁰ Nach umstrittener, aber überwiegender Auffassung haben die verfassungsunmittelbaren Schranken zur Folge, dass es eines weiteren Akts der Staatsgewalt, etwa ein legitimierendes Gesetz, nicht bedarf, sondern das Grundrecht aus der Verfassung direkt beschränkt wird.⁶¹¹ Von der Gegenansicht wird aus rechtsstaatlichen Gründen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung angenommen.⁶¹² In jedem Fall liegt die Besonderheit der verfassungsunmittelbaren Schranke im Vergleich zu den übrigen Schranken, insbesondere den Gesetzesvorbehalten darin, dass die Rechtsfolge durch die Verfassungsnorm selbst gesetzt wird, während die Gesetzesvorbehalte nur die Möglichkeit zur Grundrechtseinschränkung begründen, die konkrete Einschränkung aber nicht selbst vornehmen. Dies kommt vornehmlich in der Charakterisierung der verfassungsunmittelbaren Schranken als Ge- oder Verbotsnormen zum Ausdruck.⁶¹³ Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis besteht also kein Eingriffsspielraum des Gesetzgebers im Sinne verschiedener Optionen, ob, wie und worin er eingreifen kann; die Rechtsfolgen sind bereits durch die Verfassungsnorm gezogen und sind anders als bei den verfassungsimmanenten Schranken aus dem Wortlaut des Grundgesetzes

⁶¹⁰ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 494, 496; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 74.

⁶¹¹ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 494, 496, 505; *Meister*, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, S. 25; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 38; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 76; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. IV 6; implizit auch BVerfGE 59, 231, 263; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61, der allerdings die verfassungsunmittelbaren Schranken auf direkte Eingriffsermächtigungen von Exekutive und Judikative beschränkt, ebenso auch v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118, 119.

⁶¹² *Hermes*, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 63 Rn. 20, 22; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50 f. Ausdrücklich zwar auch BVerfGE 111, 147, 158 mit Verweis auf BVerfGE 83, 130, 141; E 108, 282, 297, 302, 311, aber unter falscher Begriffsverwendung, in den verschiedenen Fällen ging es um verfassungsimmanente Schranken. Der gelegentlich vorkommende Verweis in der Literatur, u.a. auch bei *Hermes*, a.a.O., ist deshalb nicht geeignet, das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zu belegen.

⁶¹³ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 231; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50 f., 210.

selbst ersichtlich.⁶¹⁴ Dies kommt auch im Begriff der „verfassungstextlichen Unmittelbarkeit“ zum Ausdruck.⁶¹⁵ Im Gegensatz zu verfassungsimmanenten Schranken ist auch kein kollidierendes Verfassungsrecht zur Grundrechtsbeschränkung erforderlich, die verfassungsunmittelbare Schranke ist selbst kollidierendes Verfassungsrecht.

Vereinzelte werden als verfassungsunmittelbare Regelungen nur solche gesehen, die ohne gesetzliche Normierung Eingriffsmächtigungen zugunsten von Exekutive oder Judikative vorsehen,⁶¹⁶ was jedoch zu Recht als zu einengend eingestuft wird.⁶¹⁷ Konkrete Beispiele sind häufig umstritten, beispielsweise wird teilweise das Verbot von Vereinigungen, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen (Art. 9 Abs. 2 GG), als verfassungsunmittelbare Schranke angesehen,⁶¹⁸ während es auch häufig als Gewährleistungsbegrenzung⁶¹⁹ oder als „normaler“ Eingriffsvorbehalt⁶²⁰ qualifiziert wird. Weniger umstritten ist dagegen das Verbot von Absprachen, die die Koalitionsfreiheit beschränken wollen in

⁶¹⁴ Zu letzterem *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 74.

⁶¹⁵ *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 76.

⁶¹⁶ *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61.

⁶¹⁷ U.a. *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 75.

⁶¹⁸ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; *Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 39; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61. *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 31 Rn. 15 bezeichnet sie als „besondere verfassungsimmanente Schranke“, was eine Nähe zu verfassungsunmittelbaren Schranken nahelegt, klassifiziert sie aber selbst nicht als solche. Uneindeutig auch BVerfGE 80, 244, 253, worin Art. 9 Abs. 2 GG als „eigenständige Grenze“ von Art. 9 Abs. 1 GG bezeichnet, zugleich aber auch von der „sich aus Art. 9 Abs. 2 GG ergebenden Einschränkung“ gesprochen wird. Für die Qualifikation als verfassungsunmittelbare Schranke spricht der Verweis auf v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. IV 2, welche Abs. 2 als besondere verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke bezeichnen und in Anm. IV 6 ohne Notwendigkeit eines Gesetzes von einem Verbot ausgehen.

⁶¹⁹ BVerfGE 80, 244, 253; Qualifikation nur als „unechte Schranke“ bei *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 72.

⁶²⁰ *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, Art. 9 Rn. 17; *ErfK/Linsenmaier*, Art. 9 Rn. 13.

Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG als verfassungsunmittelbare Schranke einzuordnen.⁶²¹

Im Ergebnis ähnelt die Auslegung, die kein Gesetz fordert, sehr den Schutzbereichsgrenzen; denn eine verfassungsunmittelbare Schranke, die ein Grundrecht aus der Verfassung selbst ohne die Notwendigkeit eines (deklaratorischen) Gesetzes beschränkt, weist nur eine begriffliche Unterscheidung zu den Gewährleistungsgrenzen auf. Deutlich wird dies in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 2 GG mit auch begrifflichen Überschneidungen: „Mit dieser abschließenden Festlegung von Verbotsgründen beschränkt Art. 9 Abs. 2 GG das kollektive Recht auf Fortbestand der Vereinigung und setzt dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit von Verfassungs wegen eine eigenständige Grenze. Art. 9 GG ist dahin auszulegen, daß Abs. 1 die Vereinigungsfreiheit lediglich mit der sich aus Abs. 2 ergebenden Einschränkung gewährleistet (vgl. von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Art. 9 Anm. IV 2 m. w. N. [...]).“⁶²² Darin wird Art. 9 Abs. 1 GG als nur im Rahmen von Absatz 2 „gewährleistet“ und Absatz 2 als „Grenze“ im Sinne einer Schutzbereichsbegrenzung bezeichnet, zugleich aber auch von der aus Absatz 2 folgenden „Einschränkung“ gesprochen. Die Klassifizierung als verfassungsunmittelbare Schranke wird auch nahegelegt durch den am Ende des Zitats enthaltenen Verweis u.a. auf v. *Mangoldt/Klein*, welche Art. 9 Abs. 2 GG als „verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke“ bezeichnen und anschließend ausdrücklich ein Tätigwerden unmittelbar aufgrund von Absatz 2 ohne Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage vorsehen.⁶²³ Damit ist aufgezeigt, dass sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bei den entsprechenden Grundgesetznormen ergeben. Ungeachtet der jeweils konkreten Einordnung ist damit aber als Besonderheit der verfassungsunmittelbaren Schranken festzuhalten, dass sie die Rechtsfolge konkreter als Gesetzesvorbehalte und

⁶²¹ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 507; *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 79.

⁶²² BVerfGE 80, 244, 253 mit Verweis auf v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. IV 2.

⁶²³ v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. IV 2, IV 6.

verfassungsimmanente Schranken unmittelbar durch die Verfassung selbst festlegen.

4. Vergleich mit den Wesensgehaltssperren

Ausgehend von den beschriebenen Rechtsfolgen der „Wesensgehaltssperren“ und den Darstellungen der verschiedenen Möglichkeiten der Grundrechtsbegrenzung und -beschränkung ergibt sich ein (zunächst) verwirrendes Bild. Für einzelne oder mehrere Verhaltensweisen oder konkrete Eingriffe, die zum Wesensgehalt eines Grundrechtes gehören bzw. darin eingreifen würden, wird der absolute Schutz – also die Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG – aufgehoben und so die Möglichkeit geschaffen, durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes in diese Gehalte einzugreifen. In der reinen Rechtsfolgenbeschreibung klingt dementsprechend eine gewisse Nähe zu den Schranken an. Gewisse, vorher unantastbare Gehalte werden gesetzlich „beschränkbar“ bzw. in diese sind nun Eingriffe möglich; es könnte sich damit um eine Schranke von Art. 19 Abs. 2 GG handeln.

Da jedoch die Einschränkung von Art. 19 Abs. 2 GG nur durch den verfassungsändernden Gesetzgeber (oder bereits durch den Akt der Verfassungsschöpfung) möglich ist und ein „allgemeiner“ Gesetzesvorbehalt den Anforderungen nicht genügt, besteht eine Ähnlichkeit zu den verfassungsunmittelbaren Schranken. Zugleich lässt sich eine Übereinstimmung zu den Gewährleistungsgrenzen finden: Ähnlich wie bei diesen fallen die betroffenen Verhaltensweisen oder Grundrechte aus dem „Schutzbereich“ von Art. 19 Abs. 2 GG hinaus, denn ihnen kommt der von Art. 19 Abs. 2 GG gewährte absolute Schutz nicht mehr zu.

a) Vergleich mit den Schutzbereichsgrenzen oder Gewährleistungsbegrenzungen

Mit den „Grenzen“ stimmt die Wesensgehaltssperre insoweit überein, als die von der Sperre betroffenen Gehalte nicht mehr vom Schutz des Art. 19 Abs. 2 GG umfasst sind. Für die Schutzbereichsgrenzen gilt: Was nicht geschützt ist, kann nicht durch Eingriffe beschränkt werden, kann auch

nicht verletzt werden.⁶²⁴ Durch das Herausfallen aus dem Geltungsbereich der Wesensgehaltsgarantie gilt Vergleichbares. Ohne Schutz durch Art. 19 Abs. 2 GG gilt auch die absolute Schranken-Schranke der Wesensgehaltsgarantie nicht und kann auch nicht verletzt werden. Differenzen bestehen aber in Bezug auf die Rechtfertigungsbedürftigkeit und die Schutzbereichszugehörigkeit: Während die Tatbestandsbegrenzungen jeglichen Grundrechtsschutz ausschließen und dementsprechend kein Rechtfertigungsbedürfnis besteht,⁶²⁵ schließt die Wesensgehaltssperre nur den Schutz aus Art. 19 Abs. 2 GG aus, nicht aber die Schutzbereichszugehörigkeit. Dementsprechend bedarf es weiterhin einer gesetzlichen Regelung für Eingriffe, und diese müssen die Schranken-Schranken (mit Ausnahme von Art. 19 Abs. 2 GG) wahren. Die Differenzen könnten aber mit einer etwas allgemeineren Formulierung der Grenzen vermindert werden. Sie werden definitorisch auch wie folgt bestimmt: „Gewährleistungsbegrenzungen legen den Anwendungsbereich der Gewährleistung mit fest.“⁶²⁶ Die allgemeinere Beschreibung zieht auf den ersten Blick keine Verbindungen zur Schutzbereichszugehörigkeit, womit sich die Wesensgehaltssperre besser vergleichen ließe. Allerdings wird in den nachfolgenden Ausführungen⁶²⁷ die dennoch notwendige Verquickung zum Schutzbereich deutlich. Dies folgt schon daraus, dass die Unterscheidung zwischen Grenze und Schranke grundsätzlich an die Schutzbereichszugehörigkeit anknüpft. Eine Gewährleistungsbegrenzung oder Schutzbereichsgrenze betrifft die Frage des Grundrechtsschutzes überhaupt, die der Grundrechtsschranke dagegen die Beschränkbarkeit des bestehenden Grundrechtsschutzes.⁶²⁸

⁶²⁴ Siehe oben; *Merten*, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 1; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 227, 230 f.; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 13; v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 35.

⁶²⁵ Siehe oben; *Merten*, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 56 Rn. 1; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 227, 230 f.; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 13; v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 35.

⁶²⁶ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51.

⁶²⁷ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51 f.

⁶²⁸ Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 51 f.

Auch abgesehen davon liegt weiterhin die Andersartigkeit in der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung.

b) Vergleich mit den Schranken

Die Nähe zu den Schranken fußt auf zwei verschiedenen Punkten. Zum einen ist wegen der weiterhin bestehenden Schutzbereichszugehörigkeit der betroffenen Gehalte für Eingriffe nach wie eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Zum anderen stimmt die Sperre mit dem charakteristischen Merkmal der Gesetzesvorbehalte bzw. verfassungsmittelbaren Schranken auf, „die eine Grundrechtsbeschränkung zulassen, aber nicht selbst vornehmen“⁶²⁹. Zwar hat eine Wesensgehaltssperre zur Folge, dass die Geltungsbegrenzung der absoluten Gewährleistung von Art. 19 Abs. 2 GG bereits unmittelbar durch die Sperre begründet wird, und entspricht somit einer Wesensgehaltsbegrenzung. Diese begründet aber auch zugleich nur die Möglichkeit, tatsächlich durch oder aufgrund eines Gesetzes einzugreifen, denn durch die weiterhin bestehende Schutzbereichszugehörigkeit erfolgt die endgültige Beschränkung erst durch den Erlass eines entsprechenden Gesetzes. Deshalb wird die Wesensgehaltsbeschränkung durch die Aufhebung des Absolutheitsanspruches zwar zugelassen, aber endgültig noch nicht vorgenommen. Dementsprechend besteht sowohl eine gewisse Übereinstimmung wie auch Divergenz: Bei Grundrechtsschranken wirkt der Grundrechtsschutz „fort, er wird nicht überhaupt ausgeschlossen, sondern abgeschwächt, modifiziert, auch wenn in konkreten Zusammenhängen bei Erfüllung aller Voraussetzungen die regelmäßige Rechtsfolge des Grundrechts aufgrund der Vorbehaltsnorm ausgeschlossen sein kann“.⁶³⁰ In Bezug auf Art. 19 Abs. 2 GG wird der Schutz dagegen insgesamt ausgeschlossen, die kategorische Wirkung

⁶²⁹ Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 83; ähnlich auch Sachs, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 231.

⁶³⁰ Sachs, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 232. Ähnlich auch Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 83: „Das Ausmaß der Freiheitsbeschränkung durch verfassungsmittelbare Schranken wird dadurch limitiert, daß der Normsetzer im Übrigen an die Grundrechte gebunden bleibt (Art. 1 Abs. 3 GG) und sein Gestaltungsspielraum durch Schrankenschranken (Verbot des Einzelfallgesetzes, Zitiergebot, Übermaßverbot, rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot und Wesensgehaltsgarantie) eingeengt ist.“

greift nicht mehr. Dafür wird aber der Grundrechtsschutz nicht vollständig ausgeschaltet, dieser bleibt aufgrund der Schutzbereichszugehörigkeit bestehen. Eingriffe bleiben rechtfertigungsbedürftig und müssen verhältnismäßig sein.

Speziell in der Unterscheidung zu den verfassungsimmanenten Schranken, welche durch kollidierendes Verfassungsrecht entstehen und als ungeschriebene Schranke⁶³¹ durch schonenden Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz⁶³² erst „ermittelt“ werden müssen,⁶³³ stellt die Wesensgehaltssperre selbst kollidierendes bzw. genauer „bestimmendes“ Verfassungsrecht dar, vor allem aber ist sie verfassungstextlich festgehalten und nicht erst aus gegenüberstehenden Verfassungsgütern festzulegen.

c) Vergleich zu den verfassungsunmittelbaren Schranken

Im Gegensatz dazu sind die verfassungsunmittelbaren Schranken wie die Wesensgehaltssperre verfassungstextlich verankert. Die in der Verfassungsunmittelbarkeit zum Ausdruck kommende Rechtsfolge weist sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zur Wesensgehaltssperre auf. Diese begründet verfassungsunmittelbar die Aufhebung des absoluten Wesensgehaltsschutzes, wie die verfassungsunmittelbaren Schranken verfassungsunmittelbar bestimmte Rechtsfolgen vorsehen. Die Schranken werden bei beiden direkt auf Verfassungsebene gesetzt. Die Übereinstimmung besteht dabei aber nur insofern, als es um die Aufhebung der kategorialen Wirkung der Wesensgehaltsgarantie geht. Kein Gleichlauf besteht hingegen in den Folgen für den Grundrechtsschutz generell. Ungeachtet dessen, ob es bei einer verfassungsunmittelbaren Schranke noch einer gesetzlichen Grundlage bedarf,⁶³⁴ würde sich diese bis auf Konkretisierungen in der reinen Umsetzung der verfassungsunmittelbaren Schranke erschöpfen. Anders stellt sich hingegen die Lage bei der Wesensgehaltssperre dar. Ähnlich den Gesetzesvorbehalten begründet diese nur die Möglichkeit, in die ehemals

⁶³¹ v. Kiehmansegg, JuS 2009, 118, 123.

⁶³² Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 317 ff.

⁶³³ Vgl. BVerfGE 108, 282, 297.

⁶³⁴ Siehe oben S. 144 ff.

unantastbaren Bereiche einzugreifen, der Gesetzgeber ist bei der Entscheidung, ob er diese Eingriffe anschließend auch praktisch trifft oder zulässt, nun in Bezug auf Art. 19 Abs. 2 GG frei.

d) Zusammenfassung

Die vorangegangenen Untersuchungen haben ergeben, dass die Figur der Wesensgehaltssperre in der Einordnung an der Schnittstelle zwischen Gewährleistungsbegrenzungen und Beschränkungen steht. In einer Tabelle werden die Rechtsfolgen überblicksartig abgebildet.

	Gesetzliche Grundlage bei Eingriffen	Folgen für Grundrechtsschutz	Vorgaben an Gesetzgeber
Schutzbereichsgrenze	Nicht erforderlich (nur aus Art. 2 I GG)	Kein Grundrechtsschutz	Freiheit (soweit keine anderen Grundrechte betroffen)
Schranke	Erforderlich	Beschränkung bei Achtung d. Schranken-Schranken möglich	Freiheit unter Achtung der Schranken-Schranken
Verfassungsunmittelb. Schranke	Str., allenfalls bloße Umsetzung	Bestimmte Rechtsfolge durch Verfassung	Bindung an verfassungsunmittelb. Schranke
Wesensgehaltssperre	Hinsichtl. Aufhebung des absoluten Schutzes nicht, insgesamt aber erforderlich	Beseitigung absoluter Wesensgehaltsschutz, Beschränkung unter Achtung der übrigen Schranken-Schranken	(Hinsichtl. gesetzl. Regelung) Freiheit unter Achtung der übrigen Schranken-Schranken

5. Mehrere Ausgestaltungsmöglichkeiten der Wesensgehaltssperre?

Die kategoriale Unterscheidung zwischen „Grenze“ und „Schranke“,⁶³⁵ welche sicherlich in der Unterscheidung zwischen fehlender Schutzbereichszugehörigkeit und Schutzbereichsbeschränkung zum Tragen kommt, scheint in Bezug auf die Wesensgehaltssperre nicht oder nur eingeschränkt anwendbar zu sein. Eine klare Zuordnung war nicht möglich, zu viele Überschneidungen bestehen zu den eigentlich diametralen Begriffen. Ursprünglich wurde hier davon ausgegangen, dass sich die Wesensgehaltssperre in eine Kategorie einordnen lässt. Die vorangegangene fehlgeschlagene Einordnung lässt Zweifel daran, ob es sich hier um eine einzelne Figur handelt oder nicht mehrere alternative Varianten bestehen, die allerdings die oben beschriebenen Rechtsfolgen gemeinsam haben, sich aber in Bezug auf ihre Kategorisierung als Grenze oder Schranke unterscheiden.

a) Unterschiedliche Grenz- oder Beschränkungsalternativen?

Mit Blick auf diese Unterscheidung lassen sich tatsächlich zwei verschiedene Alternativen herauskristallisieren, durch die die verfassungsetzende Gewalt zum Ausdruck gebracht haben könnte, dass vorher unantastbare Gehalte doch berührt werden können. Die erste Alternative bestünde in größerer Nähe zu den Schutzbereichsgrenzen, die Verfassungsnorm könnte bei einem Grundrecht (in nicht zu fordernder Ausdrücklichkeit) bestimmen: „Das Verhalten X gehört nicht zu dem von Art. 19 Abs. 2 GG geschützten Gehalt“ (Grenzalternative). Damit wäre eine Grenze der Wesensgehaltsgarantie in Bezug auf die geschützten Gehalte im Wortlaut angelegt, vergleichbar mit den Merkmalen der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit in Art. 8 Abs. 1 GG (nur, dass diese bereits die Schutzbereichseröffnung ausschließen). Folge wäre der Ausschluss der Wesensgehaltszugehörigkeit der betroffenen Inhalte.

Die zweite Alternative könnte wie folgt lauten: „Das Verhalten X, welches Anteil am Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG hat/hätte, kann beschränkt werden“ bzw. könnte in der ausdrücklichen, verfassungsrechtlichen

⁶³⁵ Vgl. Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 1.

Ermöglichung eines wesensantastenden Eingriffs bestehen: „Der Eingriff X, der das Wesen des Grundrechts antasten würde, ist möglich“ (Beschränkungsalternative). Damit wäre im Wortlaut eine verfassungsunmittelbare Beschränkungsmöglichkeit angelegt, womit sich diese Version eher als Schranke einordnen ließe. Angesichts der so nicht vorstellbaren (und auch nicht notwendigen)⁶³⁶ Klarheit des Verfassungstextes wäre die jeweilige Alternative durch Auslegung zu ermitteln.

b) Vergleich der Alternativen

Gibt es also nur doch nicht nur eine Form der Wesensgehaltssperre und sind tatsächlich zwei unterschiedliche Gestaltungen in der Abweichung von Art. 19 Abs. 2 GG möglich?

Einer einzigen Kategorie lassen sich beide Alternativen nicht zuordnen, es finden sich in beiden Fällen jeweils Merkmale der anderen Gruppe. Bei der Grenzalternative würde es dennoch bei der Notwendigkeit eines Gesetzes verbleiben, denn die betroffenen Gehalte wären weiterhin Teil des Schutzbereiches. Dementsprechend eröffnet die Grenze wiederum nur die Möglichkeit, jeweils durch oder aufgrund eines Gesetzes tatsächlich auch einzugreifen, wobei auch weiterhin dem Gesetzgeber offenstehen würde, ob er Eingriffe in dieses Verhalten zulässt oder vornimmt. Ebenso bleibt es bei der Notwendigkeit einer Rechtfertigung der Eingriffe, zwar nicht aufgrund von Art. 19 Abs. 2 GG, wohl aber aufgrund des generellen Grundrechtsschutzes. Es bestehen deshalb Merkmale, die einer Schranke zuzuordnen sind.

Umgekehrt scheint es bei der Schrankenlösung (Beschränkungsalternative) zunächst nur Merkmale vergleichbar eines Gesetzesvorbehaltes zu geben: Die zweite Alternative lässt eine Wesensgehaltsantastung zu, nimmt sie aber nicht selbst vor; es bleibt bei der Notwendigkeit eines einschränkenden Gesetzes, denn die endgültige Einschränkung tritt erst durch oder aufgrund des Gesetzeserlasses ein. Ausdrücklich wird eine Beschränkungsmöglichkeit begründet, die Eingriffe nun zulässt. Der Unterschied zu einem Gesetzesvorbehalt

⁶³⁶ Zu den Anforderungen vgl. unten S. 160 ff.

scheint im Wesentlichen darin zu bestehen, dass nun auch Eingriffe den vorher unantastbaren Wesensgehalt möglich sind. Aber auch hier sind Elemente einer Grenze vorhanden. In Bezug auf den von Art. 19 Abs. 2 GG gewährten absoluten Schutz wird keine Beschränkungsmöglichkeit statuiert, sondern der kategorische Anspruch wird im geregelten Fall gänzlich aufgehoben. Absoluter Schutz kann nur gewährt oder versagt werden, wird er „beschränkbar“, ist die Unabwägbarkeit insgesamt aufgehoben. Beschränkte Unantastbarkeit ist schon begrifflich ausgeschlossen. Die Rechtsfolge in Form der Aufhebung der absoluten Geltung tritt deshalb verfassungsunmittelbar ein und begrenzt den Geltungsbereich der Wesensgehaltsgarantie. In dieser Hinsicht wiederum stellt auch die Schrankenvariante eine Geltungsgrenze dar.

Angesichts dessen, dass der einfache Gesetzgeber (wie auch die Exekutive und Judikative) aber an die Achtung der Wesensgehaltsgarantie gebunden ist,⁶³⁷ könnte diese Variante unzulässig sein. Kann die verfassungsgebende oder -ändernde Gewalt die von Art. 19 Abs. 2 GG geschützten Teile nicht selbst bestimmen, sondern dies dem einfachen Gesetzgeber überlassen? Aufgrund der Adressateneigenschaft ist dieser bei seiner Tätigkeit an die Einhaltung der Vorgaben von Art. 19 Abs. 2 GG gebunden. Nicht gebunden ist dagegen der verfassungsändernde Gesetzgeber, der Abweichungen und „Einschränkungen“ im Rahmen der verfassungsändernden Gewalt in unbeschränkter Reichweite unter Beachtung von Art. 79 Abs. 3 GG zulassen kann. Doch stellt dies keinen Freiraum zur Achtung oder Nichtachtung des absoluten Wesensgehaltsschutzes für den einfachen Gesetzgeber dar. Mit der Einräumung der Beschränkungsmöglichkeit ist die Aufhebung der Bindung der Gewalten an Art. 19 Abs. 2 GG im geregelten Bereich verbunden. Der absolute Schutz wird für Einschränkungen also aufgehoben und nicht dem Gesetzgeber überlassen; die Entscheidung über die Reichweite des Wesensgehaltsschutzes bestimmt deshalb auch in diesen Fällen der verfassungsändernde Gesetzgeber und nicht der einfache

⁶³⁷ Siehe oben S. 58 ff.

Gesetzgeber. Der Gesetzgeber, der von seiner Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch macht, ist infolge der Einräumung der Beschränkungsmöglichkeit nicht mehr an die Wesensgehaltsgarantie gebunden, soweit die Wesensgehaltssperre reicht.

c) Unterschiedliche Alternativen oder eine Figur?

Wenn beide Varianten Elemente der anderen aufweisen, deutet dies eher auf eine einzelne Figur hin, die sich nur in unterschiedlichen Formulierungen ausprägt. Auch wenn die zweite Beschränkungsalternative der Formulierung nach zunächst eine Beschränkungsmöglichkeit begründet, wird damit zugleich auch wie bei der ersten Alternative der Wesensgehalt bestimmt. Durch Normierung der Einschränkungsoption würde zugleich der Schutzgehalt von Art. 19 Abs. 2 GG bestimmt, denn die betroffenen Handlungen sind nicht mehr absolut vor Eingriffen geschützt. Eigentlich ist damit dieselbe Folge verbunden wie bei der ersten Alternative – es wird bestimmt, welche Gehalte nicht mehr zum Schutzzumfang der Wesensgehaltsgarantie gehören. Jede Schranke entspricht zugleich einer Begrenzung der Wesensgehaltsgarantie.

Umgekehrt stellt die Grenzalternative auch eine Beschränkungsmöglichkeit durch gesetzliche Regelungen dar, denn indem Bereiche aus dem absoluten Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG herausgenommen werden, wird zugleich eine Beschränkungsmöglichkeit der nun nicht mehr absolut geschützten Verhaltensweisen begründet.

Die Differenzierung der zwei Optionen ist somit ein reiner Trugschluss, bei jeder „Alternative“ wird eine Teilaufhebung des absolut bestehenden Antastungsverbotes gegenüber den verfassungsgebundenen Gewalten begründet, soweit die Sperre reicht. Es handelt sich deshalb nur um eine Figur in unterschiedlichen Formulierungen, die beide die Bindung an Art. 19 Abs. 2 GG unter weiterhin bestehender Rechtfertigungs- und Ermächtigungsgrundlagennotwendigkeit aufheben.

Dies ergibt sich aus der Besonderheit der absoluten Wirkung der Wesensgehaltsgarantie: Der Schutz kann nur bestehen oder nicht bestehen, jede Begründung einer Beschränkungsmöglichkeit ist ebenso Aufhebung der absoluten Wirkung wie die Schaffung einer

Wesensgehaltsgrenze. Während die Beschränkung des Schutzbereiches eines Grundrechtes z.B. durch Gesetzesvorbehalt zu Rechtfertigungsanforderungen und Beachtung der Schranken-Schranken führt, hebt eine Wesensgehaltssperre den von Art. 19 Abs. 2 GG gewährleisteten Schutz verfassungsunmittelbar im geregelten Bereich insgesamt auf. Darin unterscheidet sich die Wesensgehaltssperre von den dogmatischen Einordnungen als Grenze oder Schranke in Bezug auf Schutzbereichsbegrenzung oder -beschränkung. Bei letzterem stehen sich „die Fallgestaltungen eines von vornherein nicht existenten Grundrechtsschutzes und eines zwar bestehenden, aber einschränkbaren oder eingeschränkten Schutzes diametral“ gegenüber, woran sich deshalb auch die Differenzierung zwischen Grenzen und Schranken anschließt.⁶³⁸ Dagegen ist ein „einschränkbarer“ Wesensgehaltsschutz durch den absoluten Schutz ausgeschlossen.

Schon begrifflich wird klar, dass sich die Trennung zwischen Grenze und Schranke auf die Wesensgehaltssperren nicht eignet. Bei Art. 19 Abs. 2 GG handelt es sich um eine Schranken-Schranke, Begrenzungen oder Schranken von Art. 19 Abs. 2 GG wären in der terminologischen Differenzierung als „Schranken-Schranken-Grenze“ oder „Schranken-Schranken-Schranke“ zu bewerten. Das grundrechtsdogmatische System von Inhalts- bzw. Grenzbestimmungen und Schrankenregelungen ist auf diese Perspektive nicht anwendbar, denn der Absolutheitsanspruch auf Schranken-Schranken-Ebene ebnet diese Unterscheidung ein. Der Doppelcharakter zwischen Grenze und Schranke ohne Einordnungsmöglichkeit stellt eine Besonderheit der Wesensgehaltssperre dar. Dies bedeutet zweierlei: Zunächst ist keine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten einer Wesensgehaltssperre notwendig, die Regelung in der Verfassung kann deshalb auf verschiedene Weisen zum Ausdruck bringen, dass bestimmte Verhaltensweisen trotz eigentlich bestehender Wesensgehaltzugehörigkeit beschränkbar sind. Des Weiteren ist eine passende Begrifflichkeit für die „Wesensgehaltssperre“ zu finden, da sich

⁶³⁸ Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 1.

eine Einordnung in die Begriffe der Schranke oder Grenze als nicht möglich erwiesen hat.

6. Begriffsfindung

Jeder Versuch, eine geeignete Terminologie für die hier thematisierten verfassungsrechtlichen Regelungen zu finden, stößt auf zwei Schwierigkeiten. Aufgrund der teilweise bestehenden Deckungsgleichheit sowohl mit den Begrifflichkeiten der Grenzen und Schranken besteht zunächst einmal eine Tendenz, sich terminologisch an diese anzulehnen. Angesichts der entgegengesetzten Bedeutung der beiden Bezeichnungen wird eine solche Orientierung immer einen gewissen Konflikt mit sich bringen. Zugleich erscheint es auch nicht unbedingt erstrebenswert, einen ganz neuen Ausdruck zu entwickeln, der die bereits bestehende Uneinheitlichkeit in der Terminologie grundrechtlicher Einengung noch weiter verstärkt und gegebenenfalls auch nur in diesem einzelnen Fall von Bedeutung ist.

In Betracht kommt zunächst, den bisher als Arbeitsbegriff verwendeten Ausdruck der Wesensgehaltssperre weiter zu nutzen. Allerdings handelt es sich eher um eine untechnische Bezeichnung der noch ungenau definierten Wirkung der Verfassungsregelung; es sollte sich auch stärker an der Wirkung solcher Verfassungsregelungen orientiert werden. Insbesondere aber ist der Begriff der „Sperre“ nicht hinlänglich geeignet, diese Regelungen exakt zu beschreiben; der Wesensgehalt wird ja nicht „gesperrt“, es fehlt auch die Andeutung der Notwendigkeit eines beschränkenden Gesetzes. Ähnliches gilt aus der hier vertretenen Sicht für sonstige „allgemeine“ Umschreibungen der Rechtsfolgen, denen es an dogmatischer Klarheit fehlt, wie eine „*verfassungsunmittelbare Geltungsbeschränkung*“ oder „*Geltungsgrenze*“. Damit bleibt eine nähere Anlehnung an die Begriffe der Grenze oder Schranke. Ausgehend von der bezweckten Rechtsfolge der Figur, Eingriffe in den bislang unantastbaren Bereich zu ermöglichen, wäre an eine „*Wesensgehaltsschranke*“ zu denken. Noch konkreter der Begriff „*Wesensgehaltsvorbehalt*“ am geeignetsten, die verschiedenen Rechtsfolgen in einem Begriff abzudecken. Ein Gesetzesvorbehalt begründet die Möglichkeit der Beschränkung eines Grundrechtes, vergleichbar ist auch die primäre

Funktion des Wesensgehaltsvorbehalts: Für bislang absolut geschützte Gehalte soll die Möglichkeit der Beschränkung gegeben sein; es handelt sich deshalb um einen Eingriffsvorbehalt in vormalig von Art. 19 Abs. 2 GG geschützte Gehalte. Damit ist die typische Folge eines Vorbehaltes umfasst, Inhalte einer Einschränkungsmöglichkeit zu unterwerfen.

Auch aus weiteren Gründen erscheint diese Terminologie vorzuzugewandigt. Durch die Anknüpfung an den Vorbehalt wird die Notwendigkeit eines einschränkenden Gesetzes widergespiegelt, der es für eine tatsächliche Beschränkung des vorherigen Wesensgehaltes immer bedarf.⁶³⁹ Die Besonderheit, dass mit der Beschränkungsmöglichkeit zugleich eine Geltungsbestimmung im Sinne einer Grenze verbunden ist, lässt sich auch mit dem Begriff des Vorbehaltes erklären.⁶⁴⁰ Die Begründung einer Eingriffsmöglichkeit durch Vorbehalte in absolut geschützte Bereiche hat durch die Aufgabe der Absolutheit auch eine Grenzziehung zur Folge. Der Begriff des Vorbehaltes stellt klar, dass hier gesetzliche Regelungen möglich sind. Verbunden mit der absoluten Garantie bedeutet dies, dass diese hier keine Geltung beanspruchen kann. Die Bezeichnung als Vorbehalt beinhaltet insofern auch die der Grenze zuzuordnende Eigenschaft. Darüber hinaus bringt die Verknüpfung aus „Wesensgehalt“ und „Vorbehalt“ die Schnittstelle zwischen der Begrenzung durch Aufhebung des absoluten Wesensgehaltsschutzes und Eröffnung einer Eingriffsmöglichkeit hinreichend zum Ausdruck. Der *Wesensgehaltsvorbehalt* hebt den absoluten Schutz auf und eröffnet so Beschränkungsmöglichkeiten als spezieller Vorbehalt, ist also nicht mit den Gesetzesvorbehalten zu verwechseln, mit denen er sich nur den Bestandteil des Vorbehaltes teilt. Die an die Nähe zur

⁶³⁹ Insofern passt die Begrifflichkeit auch für die Exekutive und Judikative, die durch einen Wesensgehaltsvorbehalt nicht mehr an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden sind, obwohl der Begriff des Vorbehaltes zunächst eher allein auf den Gesetzgeber hinzudeuten scheint. Durch das Erfordernis eines wesensantastenden, ermächtigenden Gesetzes sind diese von der Umsetzung des Wesensgehaltsvorbehalts abhängig.

⁶⁴⁰ Vgl. *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 383: „Allerdings hebt auch ein Gesetzesvorbehalt das aus dem Grundrecht nach Art. 1 Abs. 3 GG folgende Verbot gesetzlicher Beschränkungen prinzipiell auf, kann daher durchaus als verfassungsunmittelbare Begrenzung charakterisiert werden“. Damit beschreibt *Sachs* wie hier die Doppelfunktion eines Vorbehaltes, die auch mittelbar eine Begrenzung zur Folge hat.

Gewährleistungsbegrenzung angelehnten Bezeichnungen der „Wesensgehaltsbegrenzung“ oder „Wesensgehaltsgrenze“ können die überschneidenden Eigenschaften von Grenze und Schranke nicht vergleichbar andeuten bzw. zusammenfassen. Je nachdem, ob der Wesensgehaltsvorbehalt bereits im Rahmen der Verfassungsschöpfung oder erst später durch Verfassungsänderung eingeführt wurde, bietet sich hierfür die Terminologie des anfänglichen bzw. nachträglichen Wesensgehaltsvorbehaltes an.

III. Anforderungen an die Herleitung aus dem Verfassungstext und exemplarische Wesensgehaltsvorbehalte

1. Anforderungen

Nachdem die verfassungsrechtlichen Wirkungen und die Bezeichnung für die Beschränkung/Begrenzung der Wesensgehaltsgarantie gefunden sind, stellt sich noch die Frage, welche Anforderungen an Bestimmtheit und Normklarheit für das Vorliegen eines Wesensgehaltsvorbehaltes an eine Verfassung wie das Grundgesetz gestellt werden können. Es wäre sicherlich wünschenswert, ausdrückliche Wesensgehaltsvorbehalte zu normieren. Ähnlich der Verfassung des Kantons Bern, die ja bestimmte Teile der Verfassung ausdrücklich als Teil des Kerngehalts bestimmt,⁶⁴¹ könnte das Grundgesetz vergleichbar nicht nur ebenso Wesensgehalte ausdrücklich bestimmen, sondern umgekehrt auch ausdrücklich festlegen, dass dem Wesensgehaltsschutz nach Grundrechtsauslegung prinzipiell zugehörige Gehalte beschränkbar sind. Explizit wäre das möglich zum Beispiel ähnlich einer der bereits oben genannten Formulierungsmöglichkeiten: „Das Verhalten X gehört nicht zu dem von Art. 19 Abs. 2 GG geschützten Gehalt“ oder „Das Verhalten X, welches Anteil am Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG hat, kann beschränkt werden.“ Allerdings wäre eine Verfassung überfordert, kasuistisch jede Einzelfrage präzise zu regeln angesichts der notwendigen Offenheit einer Verfassung als „Rahmenordnung“^{642, 643}. Die Verfassung bzw. insbesondere der

⁶⁴¹ Siehe oben S. 133 f.

⁶⁴² Böckenförde, NJW 1976, 2089, 2091.

⁶⁴³ Stern, Staatsrecht I, S. 83.

Grundrechtsabschnitt weisen dementsprechend „eher programmatischen und appellativen Charakter“ auf und sie enthalten „bewusst unvollständig gelassene, offene Normen“;⁶⁴⁴ von „Lapidarformeln“ und „Formelkompromisse[n]“;⁶⁴⁵ „strukturelle[r] Offenheit“⁶⁴⁶ und einer „lapidare[n] und voraussetzungsvolle[n] Regelung“⁶⁴⁷ ist die Rede. Bei einer Verfassung handelt es sich deshalb um „das Regelungswerk mit der geringsten Regelungsdichte“.⁶⁴⁸ Dass sie aus diesem Grund in noch geringerem Maße als andere Normen ausdrückliche und spezielle Antworten bereitstellen kann,⁶⁴⁹ liegt an ihren Funktionen: Eine Verfassung muss sich auch und gerade an die Allgemeinheit und Bevölkerung richten und für jedermann verständlich sein, um die Aufgabe als Ordnungs-, Steuerungs-, und Stabilisierungsgrundlage, einheitsstiftende und freiheitssichernde Grundordnung in der Wirklichkeit aufrecht erhalten zu können; dementsprechend ist die Sprache des Grundgesetzes „vor allem nüchtern, knapp, zeitlos und allgemein verständlich“ und bietet einen Mittelweg zwischen Anschaulichkeit und rechtlich notwendiger Klarheit.⁶⁵⁰ Eine explizite Normierung ist deshalb eher weniger zu erwarten, sondern wird indirekt erfolgen.⁶⁵¹ Gerade bei den Grundrechtsformulierungen kommt der „plakative, sentenziöse, untechnische Charakter“ zum Ausdruck⁶⁵² und es besteht eine eher vordergründige Klarheit.⁶⁵³

Dies liegt auch am „Alter“ des Grundgesetzes, welches bislang auch nur geringfügig verändert wurde.⁶⁵⁴ Die grundrechtsdogmatische

⁶⁴⁴ *Ossenbühl*, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 15 Rn. 3.

⁶⁴⁵ *Böckenförde*, NJW 1976, 2089, 2091.

⁶⁴⁶ *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53, 62.

⁶⁴⁷ *Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR XII³, § 270 Rn. 9.

⁶⁴⁸ *Bachof*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 39 (1981), 175.

⁶⁴⁹ *Stern*, Staatsrecht I, S. 83.

⁶⁵⁰ *Hilf*, Die sprachliche Struktur der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR XII³, § 262 Rn. 5, 7 ff., 60 f.; vgl. auch *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 9 f., 15 f. Zu den Funktionen der Verfassung im Verhältnis zum Normierungsstil auch *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), 35, 46 ff.

⁶⁵¹ Vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 115.

⁶⁵² *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 15.

⁶⁵³ *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), 35, 42.

⁶⁵⁴ 62 Verfassungsänderungen seit Inkrafttreten, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I 2017, S. 2347) mit Wirkung vom 20.07.2017.

Wissenschaft war 1948/1949 bei weitem noch nicht so weit entwickelt, wie später durch Literatur und vor allem das Bundesverfassungsgericht. Explizite Bestimmungen zu strukturellen Eigenschaften von Grundrechtsgrenzen und speziellen Schranken waren und sind deshalb nicht zu finden und würden in zu weitgehendem Umfang auch der notwendigen Kürze einer Verfassung widersprechen. Dementsprechend enthält auch die Verfassung des Kantons Bern nur eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung von Kerngehalten.

Dies stimmt überein mit den Anforderungen an die Normierung von Gesetzesvorbehalten, von denen einige Eigenschaften auch auf den Wesensgehaltsvorbehalt zutreffen. Auch für diese gilt, dass eine ausdrückliche Bezeichnung zwar möglich, aber nicht unentbehrlich ist, deshalb genügt die durch Auslegung zu ermittelnde Ermöglichung gesetzlicher Beschränkungen.⁶⁵⁵

Angesichts dieses Befundes sind keine zu hohen Anforderungen an den Verfassungswortlaut zu stellen, sondern die Eigenschaft als Wesensgehaltsvorbehalt kann auch implizit erfolgen und ist dann durch Auslegung der Verfassung zu ermitteln.

Die Verankerung muss dennoch ausreichend klar zum Ausdruck bringen, dass Grundrechtsgehalte, die nach Auslegungsgesichtspunkten Teil des absolut geschützten Wesensgehaltes wären, nun dem Zugriff auch der wesensgehaltsgebundenen Gewalten unterliegen, insbesondere also dem Zugriff durch Normsetzung. Durch Auslegung muss festgestellt werden können, dass auch diesen Gewalten Handlungsmöglichkeiten zustehen, die es ansonsten aufgrund ihrer unbedingten Achtspflicht gem. Art. 19 Abs. 2 GG nicht geben würde. Nicht genügen kann damit ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt, der generell Eingriffe in ein Grundrecht unter Beachtung der Schranken-Schranken zulässt, wozu auch die Wesensgehaltsgarantie zählt. Würde jeder Gesetzesvorbehalt genügen, wäre die Verpflichtung zur Achtung des Wesensgehalts fast generell aufgehoben. Das einzuschränkende Wesen oder der wesensantastende

⁶⁵⁵ *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 370.

Eingriff muss deshalb spezieller benannt sein, woraus deutlich wird, dass dieser Wesensgehaltsteil auch einschränkbar ist.

Auch andere, kollidierende Verfassungsgüter ohne explizite Regelung können nicht ausreichen, denn der Wesensgehaltsvorbehalt muss bereits im Wortlaut textlich verankert sein und darf nicht erst durch praktische Konkordanz bestimmbar sein.⁶⁵⁶ Demnach muss der Verfassungswortlaut durch die Nennung bestimmter, wesensgehaltszugehöriger Verhaltensweisen, in die eine Eingriffsmöglichkeit eröffnet wird, deren „Freigabe“⁶⁵⁷ zu erkennen geben. Durch die ermöglichte Beschränkungsmöglichkeit muss klar werden, dass entgegen dem Grundsatz aus Art. 19 Abs. 2 GG auch Eingriffe in diesen Wesensgehaltsteil zulässig sind.

Nur wenn eine solche Bestimmtheit gegeben ist, kann von einer Begrenzung der Wesensgehaltsgarantie ausgegangen werden. Die Anforderungen brauchen dabei nicht unnötig überspannt zu werden, denn die Wesensgehaltsgarantie stellt nur eine von verschiedenen Elementen der Grundrechtssicherung dar,⁶⁵⁸ bei einer Alleinstellung müsste noch sensibler mit der Annahme eines Wesensgehaltsvorbehalts umgegangen werden. Nicht alle mit der Verfassung unvereinbare staatlichen Handlungen müssen auf Art. 19 Abs. 2 GG gestützt werden können, im Zusammenspiel mit den anderen Sicherungen muss eine ausreichende Abschirmung vor zu weitreichenden Eingriffen gewährleistet sein. Um die absolute Gewährleistung des Wesensgehaltsschutzes aber nicht preiszugeben, z.B. wenn man generalklauselartige Formulierungen als ausreichend erachten würde, sind deshalb erkennbare Anhaltspunkte, vorliegend durch die Aufzählung konkreter Eingriffe mit Wesensgehaltsrelevanz, vonnöten.

⁶⁵⁶ Für die Beschränkung eines vorbehaltlosen Grundrechtes kann dies dagegen genügen, dafür muss sich das Rechtsgut nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergeben, sondern die allgemeine Garantie genügt, vgl. *Papier*, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Merten/ders. [Hrsg.], HGR III, § 64 Rn. 21.

⁶⁵⁷ Damit ist keine generelle Freigabe gemeint, sondern nur die Öffnung für Eingriffe auch der an Art. 19 Abs. 2 GG gebundenen Gewalten.

⁶⁵⁸ Vgl. zum System der Eingriffsgrenzen oben S. 136 f.

2. Folgerungen aus der Beschränkbarkeit wesensgehaltszugehöriger Gehalte

Sind dagegen bestimmte, wesensgehaltszugehörige Gehalte durch die Verfassung Einschränkungsmöglichkeiten unterworfen, ist prinzipiell von einer Aufhebung der Unantastbarkeit und nicht von einer Ermächtigung gerade noch bis auf das von Art. 19 Abs. 2 GG zulässige Maß auszugehen, sofern sich keine gegenteiligen Indizien finden lassen. Mit dem spezifischen Auflisten und der Beschränkbarkeitsnormierung wesensgehaltszugehöriger Handlungen ist grundsätzlich „mehr“ verbunden als eine bloße Beschränkbarkeit unter weiterbestehender Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG. Das Zulassen von Eingriffsmöglichkeiten bei Bindung an die Wesensgehaltsgarantie kann durch jeden einfachen Gesetzesvorbehalt begründet werden. Ist dagegen eine Einschränkungsmöglichkeit ausdrücklich für spezifische, wesensgehaltsrelevante Verhaltensmöglichkeiten im Grundgesetz normiert, ist deshalb grundsätzlich davon auszugehen, dass diese als Wesensgehaltsvorbehalt die Geltung der Garantie ausschließt, soweit der Vorbehalt greift. Nicht verfassungstextlich erforderlich sind deshalb grundsätzlich Formulierungen wie „auch dauerhaft“ oder „kann auch gänzlich entzogen werden“. Damit wäre wiederum eine ausdrückliche Wesensgehaltsbegrenzung verbunden, die aus den oben genannten Gründen zwar in gewissem Maße wünschenswert, aber dem Rahmen einer Verfassung nicht gerecht würde.

Dies gilt vor allem auch mit Blick darauf, dass der Parlamentarische Rat bei der Entwicklung des Grundgesetzes noch keine erschöpfenden Vorstellungen über die genaue Konstitution des Wesensgehaltsschutzes hatte. Auch der verfassungsändernde Gesetzgeber wird die Wesensgehaltsgarantie angesichts der bislang unklaren Auslegung wenig berücksichtigt haben. Dementsprechend wird sich eine solche sprachliche Explizitheit auch weder in den Protokollen zu den Arbeiten des Parlamentarischen Rates noch in den Begründungen späterer Verfassungsänderungen finden lassen. Außerdem könnten solche Formulierungen nicht nur die bezweckten Auswirkungen auf Art. 19 Abs. 2 GG, sondern auch auf die anderen, weiterhin zu

berücksichtigenden Schranken-Schranken haben. Durch den Verfassungstext könnte sonst der Anschein entstehen, dass geringere Anforderungen an die notwendigerweise schwerwiegend entgegenstehenden Rechtsgüter im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stellen wären.

Wenn also die verfassungserzeugende Gewalt spezifisch Eingriffe in bestimmte, wesensgehaltszugehörige Verhaltensweisen ausdrücklich zulässt, liegt es jedenfalls nahe, dass damit eine weitergehende Ermächtigung verbunden sein sollte als die bloße Normierung eines allgemeinen Gesetzesvorbehaltes für einzelne Handlungen unter Geltung aller Schranken-Schranken.

3. Exemplarische Wesensgehaltsvorbehalte

Besser nachvollziehen lässt sich dies ggf. an zwei Beispielen. Zum besseren Verständnis sollte mit der Darstellung eines Wesensgehaltsvorbehaltes ohne Sonderformen begonnen werden, bevor schließlich ein komplexeres Grundrecht untersucht wird.

a) Auslieferungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 GG

Das Verbot der Auslieferung Deutscher an das Ausland in Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG galt bis zur Grundgesetzänderung im Jahre 2000 unbeschränkt: „Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden.“ In Satz 2 war das politische Asylrecht geregelt, das nun in Art. 16 a GG normiert ist.

Das Auslieferungsverbot deutscher Staatsbürger im Sinne des Art. 116 GG war ohne Einschränkungsmöglichkeit normiert, zudem besteht der Schutzbereich nur aus einem Gehalt, dem Schutz vor Auslieferung zu jeglichen, nicht nur strafrechtlichen Zwecken.⁶⁵⁹ Aufgrund dieses auf einen Gehalt beschränkten Schutzbereiches lässt sich auch der Wesensgehalt unschwer bestimmen – er stimmt mit dem Schutzbereich überein.⁶⁶⁰ Jede Auslieferung hätte das Grundrecht in seinem Wesen verletzt, da das Grundrecht damit zwangsläufig vollständig

⁶⁵⁹ BGHSt 5, 396, 404; Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 16 Rn. 4; vgl. auch BVerfGE 10, 136, 139 f.

⁶⁶⁰ A.A. nur *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 13 ff., 51, wonach die Wesensgehaltsgarantie auf Grundrechte, die nur vollständig entzogen werden könnten, nicht anwendbar sei.

negiert würde und eine Rückkehr nicht garantiert werden könnte. Der Grundrechtsträger kann nur ausgeliefert oder nicht ausgeliefert werden; Abstufungen sind nicht möglich. Zu diesem Ergebnis kommt auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehlgesetz, indem es die frühere *absolute* Geltung der Auslieferungsfreiheit betont.⁶⁶¹

Zum Zwecke der Anwendung des Übereinkommens über die Auslieferung zwischen den EU-Mitgliedsstaaten vom 27. September 1996 und dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofes⁶⁶² wurde im Jahr 2000 in Art. 16 Abs. 2 GG folgender Satz 2 eingefügt: „Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.“⁶⁶³

Mit der ausdrücklichen, verfassungsnormativen Zulassung ist die vorher absolut ausgeschlossene Auslieferung deutscher Staatsbürger verfassungsrechtlich ermöglicht und damit ein konkreter, einzelner Eingriff durch verfassungsrechtliche Regelung legitimiert worden, der eigentlich das Wesen des Grundrechtes auf Auslieferungsfreiheit antasten würde. Vor dieser Regelung konnte auch durch verfassungsimmanente Schranken keine Auslieferung Deutscher erfolgen. Mit anderen Worten: Eine Maßnahme, die dem einfachen Gesetzgeber wegen Art. 19 Abs. 2 GG zuvor versagt bleiben musste, ist durch ausdrückliche, verfassungsnormative Ermächtigung eine einschränkende, gesetzliche Regelung ermöglicht worden – und damit ein nachträglicher Wesensgehaltsvorbehalt geschaffen worden (in Abgrenzung zu denen, die bereits durch den Parlamentarischen Rat inkludiert wurden). Im Unterschied zur verfassungsunmittelbaren Schranke ist durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG keine definitive, aus der Verfassung zwingende Umsetzungsnotwendigkeit begründet, sondern durch die Wortwahl

⁶⁶¹ BVerfGE 113, 273, 298, 308: „Die Möglichkeit der Einschränkung des bislang absolut geltenden Auslieferungsverbots Deutscher [...]“ bzw. „wenn sich ein bislang vor Auslieferung absolut geschützter Deutscher [...]“.

⁶⁶² Gesetz zu dem Übereinkommen vom 27.09.1996 über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 07.09.1998, BGBl. II 1998, Nr. 35 v. 11.09.1998, S. 2253 f.; vgl. BeckOK-GG/*Maaßen*, Art. 16 Rn. 45.

⁶⁶³ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16 GG) v. 29.11.2000, BGBl. I 2000, S. 1633.

„kann“ steht es dem Gesetzgeber frei, den die Wesensantastung zulassenden Gesetzgebungsakt zuzulassen oder nicht.

Wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, ist mit der Eingriffsbefugnis in das vorher unbeschränkt garantierte Grundrecht auch kein verfassungswidriges Verfassungsrecht gesetzt worden, weil die Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt sind, denn bei Achtung der im Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG auch ausdrücklich geforderten rechtsstaatlichen Grundsätze des Ziellandes liegt kein Verstoß gegen die Grundsätze aus Art. 1 und 20 GG vor.⁶⁶⁴ Von Art. 19 Abs. 2 GG konnte hingegen durch Verfassungsänderung abgewichen werden. Dementsprechend kommt das Gericht zu dem mit der hier vertretenen Lösung im Einklang stehenden Ergebnis, dass „[d]ie Möglichkeit der Einschränkung des bislang absolut geltenden Auslieferungsverbots Deutscher“ durch die Verfassungsänderung eingeführt werden konnte und seitdem nicht mehr absolut gilt.⁶⁶⁵ Mit Blick auf Art. 19 Abs. 2 GG ist Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG deshalb als nachträglicher Wesensgehaltsvorbehalt zu werten, der das absolute Wesen der Auslieferungsfreiheit durch Verfassungsänderung „einschränkungsfähig“ gemacht hat.

b) Trennung der Kinder von den Eltern, Art. 6 Abs. 3 GG

Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG gewährleisten das sogenannte Elternrecht.⁶⁶⁶ Dieses schützt das Recht der Eltern, ihre Kinder eigenverantwortlich und selbstständig zu pflegen und zu erziehen.⁶⁶⁷ Den stärksten Eingriff in das Elternrecht stellt die Trennung des Kindes von seinen Eltern dar.⁶⁶⁸ Durch die Wegnahme können die Eltern oder je nach Fall nur ein Elternteil von ihrem/seinem Elternrecht nur eingeschränkten oder bei einer vollständigen Trennung insgesamt keinen Gebrauch mehr machen; ab einer gewissen

⁶⁶⁴ BVerfGE 113, 273, 295 f.

⁶⁶⁵ BVerfGE 113, 273, 298.

⁶⁶⁶ BVerfGE 10, 59, 81; E 24, 119, 138; E 41, 29, 46; E 98, 218, 260; BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.11.2014, 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223, 223; *Siedhoff*, NJW 1994, 616, 617; BeckOK-GG/Uhle, Art. 6 Rn. 46.

⁶⁶⁷ Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 6 Rn. 13; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 34 Rn. 13; BVerfGE 24, 119, 143; E 59, 360, 376; E 107, 104, 117; E 121, 69, 92.

⁶⁶⁸ Maunz/Dürig/Badura, GG, Art. 6 Rn. 141; BVerfGE 60, 79, 91; E 68, 176, 187; E 107, 104, 118; BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.11.2014, 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223, 223; *Heiß*, NZFam 2015, 532, 532.

Dauer und jedenfalls bei einer endgültigen Trennung wäre damit das Wesen dieses Rechts angetastet. Keinesfalls kann es hier genügen, dass der bzw. die Grundrechtsträger gegebenenfalls noch andere Kinder haben oder bekommen könnte(n), das Elternrecht muss sich auch hinsichtlich des absoluten Wesensschutzes auf jedes einzelne Kind beziehen.⁶⁶⁹

Art. 6 Abs. 3 GG lässt diese Trennung dennoch unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich zu: „Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.“ Anders als ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt⁶⁷⁰ wird nur für die wesensgehaltsrelevante Maßnahme der Wegnahme des Kindes von den Eltern ausdrücklich eine Eingriffsmöglichkeit geschaffen, die so (jedenfalls ab einer gewissen Dauer und Intensität, insbesondere endgültiger Entzug) dem Gesetzgeber wegen Art. 19 Abs. 2 GG verwehrt gewesen wäre. Hingegen stellt Absatz 3 ausdrücklich klar, dass im Falle des Versagens oder der drohenden Verwahrlosung eine Herausnahme zulässig ist. Diese Trennung ist auch nicht auf eine geringfügige Zeit beschränkt, sondern beinhaltet auch die endgültige Trennung. Zum einen folgt schon aus dem Wortlaut, dass dies jedenfalls gilt, wenn und damit auch solange die Kindesgefahr andauert; folglich auch potentiell bzw. bei anhaltender Kindeschädigung auch konkret dauerhaft.

Weiterhin beruht die Herausnahme auf einer Zukunftsprognose, wie auch durch die zweite Variante „zu verwahrlosen *drohen*“ zum Ausdruck kommt; wenn sich als Prognose eine andauernde Kindesgefahr ergibt, ist auch eine entsprechende endgültige Trennung möglich. Zuletzt tastet auch bereits die nicht endgültige aber nicht nur kurzfristige Trennung wegen andauernder Kindesgefährdung das Wesen an, da wichtige Entwicklungsschritte des Kindes verpasst, entsprechende Erziehungsmaßnahmen nicht selbst durchgeführt werden können und dem

⁶⁶⁹ Der Verweis auf eine solche „Alternative“ würde das Recht entwerten; die Bedeutung der Bindung an ein bestimmtes Kind ist anders zu werten als das Beharrensrecht an einem konkreten Gegenstand bei der Eigentumsfreiheit, vgl. dazu S. 303 ff.

⁶⁷⁰ Vgl. v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen, GG I, Art. 6 Rn. 102; ebenso *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 538.

einhergehenden Bindungsverlust. Weil Art. 6 Abs. 3 GG aber „einen bestimmten, auf Grund des staatlichen Wächteramtes in Betracht kommenden Eingriff in das Elternrecht regelt und zugleich begrenzt“ und damit „zugleich einen Vorbehalt für den Gesetzgeber, unter diesen Voraussetzungen die Trennung zuzulassen,“⁶⁷¹ begründet, liegen die Voraussetzungen eines Wesensgehaltsvorbehaltes vor: Ein konkreter Eingriff, welcher wegen Wesenszugehörigkeit des Verhaltens an sich den Kern antasten würde, wird durch verfassungsrechtliche Regelung dem Grunde nach gestattet.

Bei weiterhin bestehender Geltung der übrigen Schranken-Schranken und Achtung der in Art. 6 Abs. 3 GG aufgestellten Voraussetzungen kann deshalb in der Trennung kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG vorliegen. Art. 6 Abs. 3 GG beschränkt oder begrenzt die Wesensgehaltsgarantie, weil ohne Differenzierung nach der zeitlichen Länge die Herausnahme von Kindern dem Grunde nach zugelassen ist.

Dem steht nicht entgegen, dass Grund der Normierung vor allem der Ausschluss von staatlichen Zwangserziehungsprogrammen wie zu Zeiten des Dritten Reiches⁶⁷² war, denn durch Art. 6 Abs. 3 GG ist daraus auch im Gegenschluss klargestellt, dass (nur) aus Kindeswohlgesichtspunkten eine Trennung gestattet ist. Die legitimierende Wirkung kommt vor allem auch darin zum Ausdruck, dass sich das Grundgesetz im Unterschied zur Weimarer Reichsverfassung zur Erziehung deutlich lakonischer im Regelungs- und Wortumfang verhält,⁶⁷³ gleichwohl aber diesen konkreten und intensivsten Eingriff in das Elternrecht aufgenommen und die Trennung nur unter engen Voraussetzungen gestattet hat. Die in der ausdrücklichen Normierung und der Abgrenzung zur Unzulässigkeit staatlicher Zwangserziehungsprogramme zum Ausdruck kommende verfassungsrechtliche Wertung, dass eine Trennung im Versagens- oder Verwehrlosungsfall grundsätzlich möglich ist legitimiert den

⁶⁷¹ BVerfGE 24, 119, 138 f. Vgl. auch a.a.O., 135: „Abs. 3 regelt schließlich einen *speziellen* Eingriff des Staates in die Pflege und Erziehung und statuiert *hierfür* einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt.“ – Hervorhebung A.S.

⁶⁷² Vgl. die Abg. *Süsterhenn* und *Heuss*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 823, 835 sowie *Schmid*, a.a.O., Band XIV, S. 639. Vgl. auch BVerfGE 24, 119, 142; *Hömig/Wolff/Antoni*, GG, Art. 6 Rn. 19.

⁶⁷³ *Maunz/Dürig/Badura*, GG, Art. 6 Rn. 90.

wesensantastenden Eingriff. Art. 6 Abs. 3 GG stellt folglich einen (anfänglichen) Wesensgehaltsvorbehalt dar, der (nur) unter den in Absatz 3 genannten Voraussetzungen das unantastbare Wesen des Grundrechts einschränkungsfähig macht und von dem insbesondere in § 1666 Abs. 1, 3 Nr. 6 BGB gesetzlich Gebrauch gemacht worden ist.

IV. Ausgestaltungsmöglichkeiten des Wesensgehaltsvorbehalts

Der Wesensgehaltsvorbehalt als verfassungsrechtliche Begrenzung bzw. Beschränkung der Wesensgehaltsgarantie kann in unterschiedlichem Umfang und wechselnder Reichweite normiert werden, aber auch Anforderungen enthalten.

1. Inhaltliches Ausmaß und subjektiver / objektiver Vorbehalt

Hinsichtlich der Reichweite ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sich der Umfang je nach Ausgestaltung und Formulierung nur auf einzelne Verhaltensweisen, aber auch auf größere Grundrechtsteile oder auch ein ganzes Grundrecht (wie im Falle der Auslieferungsfreiheit) beziehen kann. Nur im geregelten Umfang wird die absolute Geltung aufgehoben, außerhalb des betroffenen Bereichs bleiben die wesensgehaltsverpflichteten Gewalten zur Achtung absolut verpflichtet. Die Wesensgehaltsbeschränkung kann sich aber auch auf mehrere Grundrechte erstrecken, entweder durch vergleichbare Formulierungen wie „Eingriffe in den Wesensgehalt der Grundrechte X, Y und Z sind zulässig“ oder aber durch die verfassungsrechtliche Anerkennung einer staatlichen Maßnahme, die den Kern gleich mehrerer Grundrechte berührt. Dies wäre ähnlich zu den sogenannten Gesetzesvorbehaltsähnlichen Einschränkungsermächtigungen, „die – ohne sich auf ein einzelnes Grundrecht oder mehrere bestimmte Grundrechte beziehen – den Gesetzgeber ausdrücklich zu grundrechtseinschränkenden Regelungen ermächtigen“, aber anders als die Gesetzesvorbehalte nicht an einem konkreten Grundrecht verankert sind, wie beispielsweise etwa Art. 12a GG.⁶⁷⁴

⁶⁷⁴ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 489 f. Vgl. auch v. Münch/Kunig/Kämmerer, GG I, Art. 12a Rn. 1: „Anders als Art. 12 stellt Art. 12a [...] keine Grundrechtsnorm dar; vielmehr regelt er Voraussetzungen, unter denen Eingriffe in Freiheitsrechte [...] erfolgen können“;

Hinsichtlich der inhaltlichen Reichweite wäre auch der Bezugspunkt des Wesensgehalts zu bestimmen. Angesichts dessen, dass Art. 19 Abs. 2 GG sowohl das Grundrecht jedes Einzelnen wie auch das objektive Grundrecht schützt,⁶⁷⁵ kommt ein Wesensgehaltsvorbehalt sowohl für das einzelne Grundrecht als auch die objektive Grundrechtsbestimmung in Betracht – sozusagen als subjektiver oder objektiver Wesensgehaltsvorbehalt. Bislang wurde allein die Problematik behandelt, im Einzelfall aufgrund eines subjektiven Wesensgehaltsvorbehalts die Gehalte einzuschränken. Das Zulassen einer Beschränkungsmöglichkeit des objektiven Wesensgehalts würde dabei in größerem Ausmaß verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen. Der Gesetzgeber würde ermächtigt, das Grundrecht so weitgehend einzuschränken, dass es objektiv in seinem Wesen angetastet würde, ohne dabei das Grundrecht als solches insgesamt aufheben zu dürfen. Für eine solch weitgehende Ausgestaltung eines Wesensgehaltsvorbehaltes dürfte in aller Regel kein Bedürfnis bestehen, grundsätzlich ist deshalb von einem subjektiven Wesensgehaltsvorbehalt auszugehen. Für eine objektive Wesensgehaltsbegrenzung müssten sich deutliche Anhaltspunkte in der Auslegung finden lassen, da damit ermöglicht würde, das Grundrecht als solches fast aufzuheben.

Im genannten Beispiel des Art. 6 Abs. 3 GG deutet zwar die Formulierung in der Mehrzahl „Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen *Kinder*“ zunächst auf eine objektive Regelung hin, die die generelle Kindesentziehung gestatten würde, nicht dagegen der Rest des Absatzes. Jedenfalls der Halbsatz „wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen“ zeigt den klaren Zusammenhang, wonach es um die Trennung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände geht. Es handelt sich deshalb um den Regelfall eines subjektiven Wesensgehaltsvorbehaltes.

Maunz/Dürig/Schwarz, GG, Art. 12a Rn. 14: „Die Vorschrift normiert kein Grundrecht, sondern vielmehr Einschränkungen grundrechtlich geschützter Freiheiten.“ Teilweise wird Art. 12a GG nur als Beschränkung der Berufsfreiheit angesehen, etwa v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gornig*, Art. 12a Rn. 1 m. w. Nw., womit die übrigen betroffenen Grundrechte aber übersehen werden.

⁶⁷⁵ Siehe oben S. 95.

2. Qualifizierter Wesensgehaltsvorbehalt

Die Rechtsfolge kann vom Verfassungsgeber auch an das Erfüllen bestimmter Anforderungen oder das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft werden. Dies ist vergleichbar mit den qualifizierten Gesetzesvorbehalten, die in den unterschiedlichen Qualifizierungsarten bestimmte Zwecke oder das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen festlegen können.⁶⁷⁶ Je nach Ausgestaltung der Gesetzesvorbehalte werden bestimmte Zielrichtungen genannt, z.B. Art. 5 Abs. 2 GG (hinsichtlich des „Ehr- und Jugendschutzes“ als besondere Zweckrichtung) oder ausdrücklich spezielle Anforderungen normiert wie in Art. 11 Abs. 2 GG.⁶⁷⁷ Entsprechend dieser unterschiedlichen Qualifizierungsarten kann auch ein Wesensgehaltsvorbehalt unterschiedliche formelle oder materielle Anforderungen enthalten und wäre dann als qualifizierter Wesensgehaltsvorbehalt einzustufen. Mit der Aufstellung von Voraussetzungen kann sichergestellt werden, dass die Zulassung von Wesensgehaltsantastungen auf die notwendigen Fallgestaltungen beschränkt bleibt. Qualifizierungsmöglichkeiten eines Wesensgehaltsvorbehaltes dienen damit der Freiheitssicherung im freiheitsbeschränkenden Bereich.

Mit dem angesprochenen Art. 6 Abs. 3 GG liegt ein solcher qualifizierter Wesensgehaltsvorbehalt vor. Die Zulässigkeit der Trennung von Eltern und Kind ist materiell auf die Fälle des Versagens der Erziehungsberechtigten oder sonstiger Verwahrlosung des Kindes beschränkt, damit sind bestimmte Anforderungen an die Trennung aufgestellt. Dies entspricht der Einordnung von Art. 6 Abs. 3 GG als Ermächtigung des Gesetzgebers nur unter den genannten Anforderungen, nicht hingegen als allgemeiner Gesetzesvorbehalt.⁶⁷⁸ Der bezweckte Ausschluss staatlicher Zwangserziehungsprogramme wie zu Zeiten des

⁶⁷⁶ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 470 ff. mit einer genaueren Unterscheidung der verschiedenen Möglichkeiten; kürzer v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 37; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG I, Art. 1 Rn. 271 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 307.

⁶⁷⁷ v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG I, Art. 1 Rn. 271 f.; v. Münch/Kunig/v. Münch/Kunig, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 37; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 474 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 308.

⁶⁷⁸ v. Münch/Kunig/*Coester-Waltjen*, GG I, Art. 6 Rn. 102.

Dritten Reiches⁶⁷⁹ lässt eine Trennung nur aus Kindeswohlgesichtspunkten zu und legitimiert nur diese. Formell fordert Art. 6 Abs. 3 GG auch das Vorliegen eines Gesetzes, wegen der grundsätzlich für einen Wesensgehaltsvorbehalt bestehenden Notwendigkeit eines Gesetzes kommt dem aber keine besondere Bedeutung zu.

3. Zusammenfallen mit Schranken oder Schranken-Schranken

Inhaltlich ist dabei nicht ausgeschlossen, dass sich eine Wesensgehaltsbeschränkung in einem Gesetzesvorbehalt oder einer Schranken-Schranke „versteckt“, wie etwa in Art. 6 Abs. 3 GG: Dieser enthält sowohl eine Schranken-Schranke, wonach eine Trennung nicht aus anderen als den genannten Gründen zuzulassen ist, fordert zugleich für die Zulassung ein Gesetz wie ein Gesetzesvorbehalt⁶⁸⁰ und stellt darüber hinaus einen Wesensgehaltsvorbehalt dar.

V. Umsetzbarkeit und Verhältnis zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle

Aufgrund der Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Zulassung von Wesensgehaltsbeschränkungen bleibt die Fragen nach der Praktikabilität und Realitätsnähe in der Umsetzung der vertretenen Position. Eine Verfassungsänderung stellt verschiedene, nicht leicht zu überwindende Hürden auf. Doch dies ist gerade positiv zu bewerten – in Wesensgehalte darf eben nur unter Wahrung der höheren Hürden der Verfassungsänderung eingegriffen werden, was auch der Bedeutung des Grundrechtswesens entspricht. Im Übrigen sind wie gezeigt teils Wesensgehaltsvorbehalte mit dem Akt der Verfassungsschöpfung eingeführt worden, weitere wird die spätere Untersuchung verschiedener Grundrechte noch zeigen. Auch lässt Art. 79 Abs. 3 GG dem verfassungsändernden Gesetzgeber ausreichend Gestaltungsfreiheit,

⁶⁷⁹ Vgl. die Abg. *Stüsterhenn* und *Heuss*, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 823, 835; Abg. *Schmid*, a.a.O., Band XIV, S. 639.

⁶⁸⁰ Vgl. BVerfGE 24, 119, 138 f.: „[W]eil Abs. 3 einen bestimmten, auf Grund des staatlichen Wächteramts in Betracht kommenden Eingriff in das Elternrecht regelt und zugleich begrenzt: Er gewährt ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen, [...] und begründet zugleich einen Vorbehalt für den Gesetzgeber [...]“. Hieran anschließend Maunz/Dürig/*Badura*, GG, Art. 6 Rn. 141.

solange nur die tragenden Grundprinzipien der Verfassung nicht berührt werden.⁶⁸¹ Das Erfordernis einer Verfassungsänderung steht deshalb an der Schwelle zwischen der Ermöglichung und Verhinderung eines Wesensgehaltsvorbehaltes durch hohe, aber nicht unerreichbare Anforderungen.

Die teilweise als unzureichend angesehenen Barrieren einer Verfassungsänderung,⁶⁸² deren Mehrheiten in Zeiten einer großen Koalition leicht erreicht werden, sprechen aber nicht gegen das hier aufgestellte Konzept. Die Verfassung sieht neben den qualifizierten Mehrheitserfordernissen und den letzten Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG keine weiteren Anforderungen auch an die vollständige Abschaffung eines Grundrechtes vor, gegen Verfassungsrevisionen unter Achtung der Anforderungen ist deshalb nichts einzuwenden. Auch wenn noch höhere qualifizierte Mehrheiten eventuell wünschenswert wären, spielt ein weiterer Faktor eine entscheidende Rolle: Die mit einer Verfassungsänderung einhergehende öffentliche Debatte wird ihr Übriges tun, um mit diesem Instrument eher zurückhaltend umzugehen und sich auf für die Bevölkerung nachvollziehbare Modifikationen zu beschränken.⁶⁸³ Angesichts der oben herausgearbeiteten Anforderungen muss die Beschränkbarkeit der Substanz des Grundrechtes zum Ausdruck kommen, was in der Öffentlichkeit zu besonderen Begründungsanforderungen führen wird. Die tragenden Grundprinzipien des Grundgesetzes sind durch Art. 79 Abs. 3 GG ohnehin ewigkeitsfest garantiert, der eventuell auf aktuelle Entwicklungen reagierende, verfassungsändernde Gesetzgeber darf auch nicht zu weitgehenden Fesseln unterworfen werden.

Mit der Beschränkung von Art. 19 Abs. 2 GG durch einen Wesensgehaltsvorbehalt im Rahmen einer Verfassungsänderung müsste das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des

⁶⁸¹ BVerfGE 30, 1, 24; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 79 Rn. 60.

⁶⁸² Vgl. etwa Dreier, Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, S. 260 ff., zu den „unzulänglichen“ weil aus seiner Sicht zu geringen Anforderungen von Art. 79 Abs. 2 GG.

⁶⁸³ Vgl. auch v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 116; ders., Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 59.

verfassungsändernden Gesetzgebers, Wesensgehalte durch einen Wesensgehaltsvorbehalt zu begrenzen, akzeptieren, sofern damit nicht auch eine Berührung von Art. 79 Abs. 3 GG verbunden ist.⁶⁸⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat bereits festgestellt, dass es Entscheidungen der verfassungsändernden Gewalt, Grundrechte einzuschränken, abzuändern oder auch abzuschaffen, respektieren müsste;⁶⁸⁵ gleiches würde entsprechend bei einem Wesensgehaltsvorbehalt gelten. Unter Berücksichtigung dieser Option ließe sich auch eine angemessene Rollenverteilung zwischen Judikative und Legislative bewirken. Angesichts der teils immer stärker ersichtlich werdenden Tendenz des Gerichts, aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beispielsweise detailgetreue Ausgestaltungspflichten für den Gesetzgeber zu entwickeln,⁶⁸⁶ könnte das Verfassungsgericht bei Wesensgehaltsverletzungen des einfachen Gesetzgebers den absoluten Anspruch von Art. 19 Abs. 2 GG aufrecht erhalten, ohne in das Dilemma zu geraten, damit unüberwindbare Limitierungen für den Staat insgesamt geschaffen zu haben.⁶⁸⁷ Mit der verfassungsrechtlichen Figur des Wesensgehaltsvorbehalts besteht ein geringeres Bedürfnis, „besonders intensive Eingriffe durch verfahrensrechtliche Nachbesserungen verfassungspolitisch zu legitimieren“.⁶⁸⁸ Entsprechend könnte der Gesetzgeber auf eine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung, die eine Wesensverletzung festgestellt hat, nicht nur durch Abschwächung des Eingriffs, sondern auch über eine Grundgesetzänderung mit einem Wesensgehaltsvorbehalt reagieren.

⁶⁸⁴ Vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 116 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 59.

⁶⁸⁵ BVerfGE 109, 279, 310.

⁶⁸⁶ Vgl. etwa die Sondervoten der Richter *Eichberger* und *Schluckebier* zum BKA-Gesetz, BVerfGE 141, 220, 353 ff., 362 ff.

⁶⁸⁷ Ähnlich auch v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 116 f.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 59.

⁶⁸⁸ Vgl. v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 117; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 59.

C. Grundlinien der Wesensbestimmung und Antastkriterien

Um der Wesensgehaltsgarantie zu einem eigenen Bedeutungsgehalt zu verhelfen, bedarf es der genauen Festlegung dessen, was das „Wesen“ eines Grundrechts ausmacht und wann ein Antasten zu konstatieren ist. Die *greifbare* Konkretisierung und Definition des unantastbaren Grundrechtswesens – abgesehen von bloßen Umschreibungen bzw. Paraphrasierungen – ist bislang nur in einem sehr geringen Maß erfolgt, es mangelt zudem an einer Übersicht hinsichtlich deutlich intensiverer Eingriffe neben den konkret besprochenen Maßnahmen oder es erfolgt eine zu starke Orientierung an der Menschenwürde.

Es liegt auf der Hand, dass die Schwierigkeiten in der Wesensdetermination zu einem nicht unerheblichen Teil in der Streitigkeit um die absolute oder relative Auslegung, vor allem zum „Problem der Verfassungswirklichkeit“ liegen.⁶⁸⁹ Für die relative Theorie stellt der Wesensbegriff keine Herausforderung dar, da das unantastbare Wesen ohnehin erst durch Abwägung ermittelt wird. Einer präzisen Wesensfestlegung bedarf es deshalb aus relativer Sicht nicht und deshalb erfolgen von dieser Seite auch keine näheren Auseinandersetzungen mit der Wesensbestimmung.

Für die hier vertretene subjektiv-absolute Theorie soll ein Grundrecht jedoch einen feststehenden Gehalt haben, der einer Rechtfertigung durch andere, möglicherweise überwiegende Rechtsgüter nicht offensteht. Im Hinblick auf das Problem der Verfassungswirklichkeit war eine konsequente Wesensbestimmung dagegen kaum möglich, weil zur „Rettung“ der problematischen Maßnahmen das Wesen entweder so stark zurückgenommen werden musste, dass so gut wie jeglicher Sinn als Schutznorm verloren war oder durch nicht verfassungsdogmatisch verankerte Ausnahmen die Legitimation erzwungen werden musste. Mit der hier angebotenen Lösung ließe sich die Verfassungswirklichkeit mit der Wesensgehaltsgarantie in Einklang bringen, sofern sich ein

⁶⁸⁹ Vgl. auch BK-GG/Nierhaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 69 f.; Höfling, Jura 1994, 169, 172 und Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 71.

Wesensgehaltsvorbehalt findet, der die Eingriffe legitimiert und ermöglicht, im Übrigen wäre zuerst die Beschränkung von Art. 19 Abs. 2 GG in der Verfassung niederzulegen und die wesensantastende Maßnahme bis dahin als verfassungswidrig zu erklären.⁶⁹⁰ Relativierungstendenzen oder die Zurücknahme des Wesensgehaltsschutzes auf einen praktisch leerlaufenden Wesensschutz sind deshalb nicht notwendig.

I. Philosophische Herkunft des Wesensbegriffes

In der Literatur wurden verschiedentlich Versuche unternommen, unter Bezugnahme auf die philosophische Herkunft und Bedeutung des Wesensbegriffes Schlussfolgerungen für die Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG zu ziehen.⁶⁹¹ Ungeachtet der sicherlich bestehenden philosophischen Verwendung des Grundbegriffes „Wesen“⁶⁹² und der teilweise philosophisch angehauchten Formulierung im Grundgesetz können solche Untersuchungen nur informativen Charakter aufweisen.⁶⁹³ Weder sind die Äußerungen der historischen Philosophen zum (philosophischen) Begriff des Wesens auf das bei Art. 19 Abs. 2 GG spezifische „Wesen“ eines Grundrechtes im Speziellen bezogen noch hat der Parlamentarische Rat eine bestimmte Vorstellung aus der Antike zugrunde gelegt,⁶⁹⁴ die Schwierigkeiten einer philosophischen Anknüpfung wurden bereits im Parlamentarischen Rat erkannt.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ Dies ist zwingend notwendig, denn die Eingriffe sind an Art. 19 Abs. 2 GG zu messen und nicht umgekehrt. Sollte also für einen der problematischen Eingriffe kein Wesensgehaltsvorbehalt vorhanden sein, ist nicht die Wesensgehaltsgarantie „einzuschränken“, auch Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit können den Eingriff nicht rechtfertigen, sondern in Achtung der absoluten Wesensgehaltsgarantie ist dieser wegen Art. 19 Abs. 2 GG unzulässig.

⁶⁹¹ Vgl. hierzu *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 183 ff.

⁶⁹² *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874: „Seine [Der Begriff des Wesensgehalts, A.S.] philosophische Herkunft ist nicht zu leugnen.“

⁶⁹³ So auch *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 46; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 50; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 17; wenig Schlussfolgerungen aus der philosophischen Untersuchung sind auch das Ergebnis bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 188 ff.

⁶⁹⁴ Vgl. auch *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 125.

⁶⁹⁵ Vorsitzender *Schmid* in der 44. Sitzung des Hauptausschusses am 19.01.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 1429: „Was ist der Unterschied zwischen Substanz und Akzidenz? Das ist noch immer ein sehr

Insofern ist der Auffassung zuzustimmen, dass derartige Untersuchungen für den Begriff des Wesens „letztlich nicht viel mehr [bringen], als schon der grammatikalische Sinn besagt, daß es sich nämlich um die Substanz, den Kern, das Ding an sich, die Natur oder ähnliches handelt.“⁶⁹⁶ Auf eine erneute philosophische Untersuchung kann dementsprechend ebenso wie eine Übernahme anderer Anknüpfungen an dieser Stelle verzichtet werden.

II. Grundannahmen der Wesensbestimmung

Die Determination des Wesens ist zunächst verbunden mit der Identifizierung der einem Grundrecht charakteristisch zuzuordnenden Typusmerkmale, die das Grundrecht in seiner Gestalt ausmachen und prägen. Diese Identitätsmerkmale müssen das Grundrechtsminimum, die Essentialien,⁶⁹⁷ darstellen, ohne die „der verbleibende Rest, auch wenn er den Namen des vollen Rechts weiterführt, nicht mehr in wesensmäßiger Identität mit diesem steht“⁶⁹⁸, „es im Falle von dessen Antastung nicht mehr gerechtfertigt ist, von einem Grundrecht dieses Namens und Typus zu sprechen“⁶⁹⁹, „was von einem Grundrecht keinesfalls preisgegeben werden darf“⁷⁰⁰ oder „das, was das Wesen einer Sache ‚ausmacht‘, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß die Sache selbst entfele oder, was gleichbedeutend wäre, sich in ein aliud verwandelte“⁷⁰¹.

1. Bloße Leerformel(n)?

Obleich damit eine ausreichende Grundlage für die präzise Wesensdetermination gelegt zu sein scheint, wird der Vorwurf von

schwieriges philosophisches Problem. Aber vielleicht kann es gelegentlich praktisch gelöst werden, wenn der Gesetzgeber weise genug ist, die Grenzen zu erkennen.“

⁶⁹⁶ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874; ähnlich auch *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600: „Austausch desselben mit anderen Worten“; im Ergebnis auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 159.

⁶⁹⁷ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874 f.; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 50; vgl. auch *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 29, 32.

⁶⁹⁸ *Huber*, DÖV 1956, 134, 142; daran anschließend *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 50; die Identität auch betonend *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 875 f.; *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 41.

⁶⁹⁹ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 875 f.

⁷⁰⁰ *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 354.

⁷⁰¹ *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 49 f.

„Leerformeln“ erhoben.⁷⁰² Insgesamt wird an einer Übertragbarkeit dieser oder auch konkretisierter Wesensbeschreibungen auf die einzelnen Grundrechte gezweifelt. Das Wesen eines Grundrechtes wurde als möglicherweise „unerkennbare Größe“⁷⁰³ titulierte oder generell die Feststellbarkeit angezweifelt: „Die Suche nach dem ‚Wesensgehalt‘ der Grundrechte ist sinnlos. Niemand kann sagen, was dieser ‚Wesensgehalt‘ ist“⁷⁰⁴. „Das Wesen des Wesens ist unbekannt“⁷⁰⁵ oder als negative Freiheit im Sinne der Abwesenheit des Staates sei es nicht möglich, „positiv zu bestimmen, was mit den einzelnen Freiheitsrechten an unabdingbarer Freiheitlichkeit je gewährleistet ist“⁷⁰⁶. Diese Skepsis scheint zu pessimistisch zu sein angesichts dessen, dass in der Verfassung noch diverse andere unbestimmte Rechtsbegriffe vorhanden sind, deren Interpretation durch Lehre und Rechtsprechung annehmlich gelöst wurden.⁷⁰⁷ Ungeachtet dessen ist die Skepsis teilweise auch berechtigt.

2. Determination allgemeiner Grundlinien

Zunächst verspricht es angesichts der Vielgestaltigkeit der Grundrechte und möglicher Grundrechtseingriffe keinen Erfolg, rein abstrakt das Wesen zu bestimmen.⁷⁰⁸ Dies allein schon deshalb, weil nach allgemeiner, zutreffender Überzeugung das Wesen für jedes Grundrecht gesondert zu bestimmen ist.⁷⁰⁹ Es geht ausdrücklich nicht um das Wesen *der*

⁷⁰² *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 109.

⁷⁰³ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598, der gleichwohl an der Notwendigkeit der Bestimmung und Anwendung festhält.

⁷⁰⁴ *Kaufmann*, Was heißt „Wesensgehalt“ der Grundrechte, in: Schünemann/Müller/Philipps [Hrsg.], Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, S. 23, 27.

⁷⁰⁵ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 59 f.

⁷⁰⁶ *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 112.

⁷⁰⁷ Vgl. *Schmidt-Jortzig*, Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: Depenheuer u.a. [Hrsg.], Staat im Wort, S. 491, 499, allerdings zur Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG; vgl. auch *Schaks*, DÖV 2015, 817, 826, der auf die freiheitlich demokratische Grundordnung in Art. 21 Abs. 2 GG als „Wesensgehalt der Verfassung“ verweist, deren Inhalt auch justitiabel sei.

⁷⁰⁸ Zutreffend BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 144.

⁷⁰⁹ Ausgehend von BVerfGE 22, 180, 219: „Worin der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts besteht, muß für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden“; später auch in BVerfGE 109, 133, 156; E 117, 71, 96. Ebenso *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331; *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 32; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 23; *Müller*, Normbereiche

Grundrechte, sondern um den spezifischen Kern jedes einzelnen Grundrechts. Dies ist bereits im Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 GG angelegt, der vom Wesen *eines* Grundrechtes spricht.⁷¹⁰ Es kann dementsprechend nur darum gehen, gemeinsame Merkmale zu ermitteln und allgemeine Grundlinien der Wesensbestimmung⁷¹¹ festzulegen, anhand derer dann unter Berücksichtigung der jeweiligen Eigenarten für jedes Grundrecht im Besonderen die „Substanz“ bestimmt werden kann. Nicht nur für die im Anschluss folgende Wesensbestimmung einiger Grundrechte, sondern auch als Grundlage für die weitere Anwendung und Weiterentwicklung der Wesensgehaltsgarantie in Literatur und Rechtsprechung bedarf es dieser allgemeinen Kriterien.

3. Negative Wesensbestimmung und Wesensverletzung

In weiterer Hinsicht bestehen Bedenken, ob eine feste „Substanz“ für jedes Grundrecht überhaupt positiv ermittelt werden kann. Zwar ist es möglich, für ein Grundrecht das Typische, die Charakteristika auszumachen, etwa bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Grundbedingungen der Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung. Die aber aus der Absolutheit von Art. 19 Abs. 2 GG folgende Unantastbarkeit für jeden Fall, die gerade zu einem eigenständigen Schutz des letzten Grundrechtsrests, des unbedingt Schützenswerten⁷¹² führt, erweist sich in der Umsetzung als komplex: Eine positive Bestimmung, die nicht nur den allerletzten Grundrechtsrest, das allerletzte Minimum im Sinne der Verhinderung

von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 33; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236.

⁷¹⁰ Ebenso *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 155, 224; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 27.

⁷¹¹ Vgl. *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331, der nach den „Grundlinien einer verfassungsmäßigen Bestimmung des je konkreten Wesensgehalts“ sucht; ähnlich auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 874: „Damit sind abstrakten Festlegungen von vornherein Grenzen gesetzt. Es dürfte lediglich möglich sein, gewisse typusbestimmende Wesensgehaltskriterien herauszustellen, die im Einzelfall näher konkretisiert werden müssen.“ Vergleichbare Formulierung bei Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 41: „Im Übrigen lassen sich allenfalls typisierende Aussagen treffen.“ Leitlinien bzw. Faustregeln als notwendige Grundlage auch bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 73 bzw. *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 54.

⁷¹² v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 113; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55.

einer vollständigen Grundrechtsaufhebung umfasst, sondern auch die Grenze präzise festlegt, ab der das Grundrecht in seinem Wesen angetastet wird, ist bei manchen Grundrechten unmöglich abschließend im Vorhinein festzuhalten.

Der Grund hierfür liegt in den diversen und unterschiedlich weitgehenden Beschränkungsmöglichkeiten der für das Grundrecht essentiellen Gehalte. Sofern das Wesen eines Grundrechtes nur aus einem Gehalt besteht oder zwar aus mehreren Bestandteilen, diese aber insgesamt entzogen werden, wäre die Verletzungshandlung leicht feststellbar; etwa beim Grundrecht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dessen Schutzbereich und Wesen zugleich in nur einem Gehalt besteht: Leben als biologisch-physische Existenz.⁷¹³ Da sich das Lebensgrundrecht in einem Gehalt erschöpft und im Wesentlichen nur der vollständige Grundrechtsentzug möglich ist, weil man nur entweder am Leben sein kann oder tot ist, lässt sich das Wesen auch positiv festlegen und definieren.

Die meisten Grundrechte bestehen aber aus mehreren Wesensmerkmalen, diese lassen sich aber in ihrer Kumulation nicht so definieren, dass sie vollständig und in jedem Fall unangetastet bleiben können. Am Beispiel einiger Grundrechte wird dies deutlich. Zur Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG wird vertreten, jedenfalls der Werkbereich gehöre zum Wesensgehalt des Art. 19 Abs. 2 GG.⁷¹⁴ Aus der gewährleisteten Absolutheit von Art. 19 Abs. 2 GG folgt eine Unantastbarkeit in jedem Fall, es sind keine (rechtmäßigen) Eingriffe denkbar. Nicht jede Beschränkung des Werkbereichs kann aber bereits eine Wesensgehaltsverletzung darstellen. Zwar ist der Werkbereich grundsätzlich unbeschränkbar und Eingriffe schwierig zu rechtfertigen, dennoch sind Freiheitsausübungen denkbar, die nicht zum unantastbaren Gehalt gehören können: Eben die Schaffung von Werken, die gewichtige Rechtsgüter anderer verletzen, wie etwa die Schaffung von „Kunst“ mit Menschenleben oder Tierquälerei oder unter Verletzung fremden

⁷¹³ BVerfGE 115, 118, 139; BeckOK-GG/Lang, Art. 2 Rn. 58; v. Münch/Kunig/Kunig, GG I, Art. 2 Rn. 44.

⁷¹⁴ Herbert, EuGRZ 1985, 321, 332; Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 231.

Eigentums.⁷¹⁵ Mit diesen Beispielen ist keine Aufgabe des absoluten Schutzes oder eine Relativierung verbunden, die Beispiele sollen nur zeigen, dass nicht jeder Aspekt des Werksbereichs Teil des unantastbaren Kerns ist. Dem Werkbereich lässt sich zwar stärker als der Wirkbereich eine Kerngehaltsrelevanz zuordnen, er eignet sich aber nicht als positive, abschließende Wesensgehaltsdefinition.

Zu den prägenden Merkmalen der Versammlungsfreiheit, auch aus der historischen Entwicklung und der unentbehrlichen Funktion⁷¹⁶ des Grundrechtes als Teilhabe- und Mitwirkungsrecht an der demokratischen Willensbildung,⁷¹⁷ gehören das Halten von Reden und das Zeigen von Plakaten und Transparenten.⁷¹⁸ Gleichwohl können diese für die Versammlungsfreiheit typischen Freiheiten nicht allgemein das unantastbare Wesen darstellen; mit dem Rederecht oder dem Zeigen von Plakaten kann das Wesen von Art. 8 Abs. 1 GG noch nicht bestimmt sein und wäre eine zu weitgehende Garantie, denn: Verbote von etwa diffamierenden Plakate oder Reden müssen weiterhin möglich sein, auch wenn die Redefreiheit und auch das Zeigen von Transparenten zu den Typusmerkmalen von Art. 8 Abs. 1 GG zählen.

Man könnte solche Freiheitsbetätigungen (und alle übrigen Gründe, die aus Verhältnismäßigkeitsgründen für eine Beschränkung der Essentialien sprechen würden) durch „immanente Schranken“⁷¹⁹ aus dem Wesen herausnehmen. Damit wäre jedoch zwingend eine Relativierung verbunden, die den absoluten Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG aufgibt. Auch eine Kernbestimmung als Kunstfreiheit im Werkbereich bzw. Redefreiheit bei Versammlungen ohne derartige Verhaltensweisen würde eine positive

⁷¹⁵ Ohne hier genau festlegen zu wollen, inwiefern sich dies noch als „Kunst“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG einordnen ließe.

⁷¹⁶ Zu den relevanten Gesichtspunkten der Essentialienbestimmung siehe S. 187 ff.

⁷¹⁷ BVerfGE 69, 315, 315.

⁷¹⁸ Ebenso *Krüger*, DÖV 1955, 597, 601; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 83; *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 54 zur Diskussion als Wesensbestandteil der Versammlungsfreiheit.

⁷¹⁹ So etwa BVerwGE 2, 295, 300.

Definition angesichts der Vielgestaltigkeit von denkbaren Ausschlussgründen nicht ermöglichen.⁷²⁰

Eine positive Bestimmung ist deshalb bei den meisten Grundrechten nur hinsichtlich des allerletzten Grundrechtsrestes möglich, mit dessen Beseitigung das Grundrecht oder jedenfalls ein Wesensbestandteil vollständig beseitigt werden würde. Art. 19 Abs. 2 GG schützt aber nicht nur vor der vollständigen Aufhebung des Grundrechtes oder eines Grundrechtscharakteristikums, sondern garantiert das Wesen, die Definition wäre also unvollständig. Im Übrigen wird der Gesetzgeber wohl eher selten etwa umfassend und generell jegliches Rederecht auf einer Versammlung gesetzlich untersagen, was sich als klare Wesensantastung einordnen ließe, sondern das Recht mittelbar und nur in Einzelfällen einschränken bzw. zu einer solchen Einschränkung ermächtigen.

Die Hauptprobleme der Wesensdetermination liegen in diesem vorgezogenen, noch vor der Grundrechtsbeseitigung liegenden Bereich, in dem durch diverse Maßnahmen in variierender Intensität die verschiedenen Kernbestandteile in unterschiedlichem Maße beschränkt werden. Es genügt hier nicht, die Zugehörigkeit von Schutzbereichsbestandteilen zu diesen Kerngehalten durch Auslegung festzustellen. Davon zu trennen ist die Wesensbestimmung bzw. Wesensverletzung, die nicht erst mit deren vollständigen Beseitigung vorliegen kann. Eine so präzise Definition der Kernmerkmale, die abschließend positiv vorab bestimmt, was in jedem Fall unantastbar sein muss, ist aus den genannten Gründen ausgeschlossen. Deshalb findet sich als Definition des Grundrechtswesens fast überall (auch) die Aussage, es müsse von dem beschränkten Grundrecht noch ein ausreichender

⁷²⁰ So aber anklingend bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 243; *Gallwas*, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 18; vgl. auch BVerwGE 1, 48, 51 f.; E 1, 92, 94; E 2, 295, 300, die missbräuchliche Grundrechtsausübung von Art. 19 Abs. 2 GG ausschließen wollen. Zu Recht kritisch hinsichtlich der Unsicherheiten und der Vorverlagerung als Tatbestandsausschluss *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 289 ff. Kritisch zur einhergehenden Relativierung *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 56.

„Grundrechtsrest“ verbleiben.⁷²¹ Damit klingt eine andere Determinationsart an. Da eine trennscharfe Abgrenzung bei vielen Grundrechten keinen Erfolg verspricht, hat nur eine Verletzungsdefinition eine Chance, die danach fragt, wann nicht mehr genügend Wesen „übrig“ ist, dass das Grundrechtstypische, die funktionelle Identität des Grundrechts, angetastet wurde. Es ist also zu ermitteln, ob die vorgenommenen Beschränkungen die für das Grundrecht bedeutenden Merkmale so weit einschränken, dass von einer Wesensbetroffenheit auszugehen ist.

Die Wesensermittlung ist somit negativ⁷²² zu bestimmen und weist einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Bestimmung und Verletzung aus den positiv nicht bestimmbar Wesen auf. Anders gesagt: In Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 GG muss die Bestimmung von der Verletzung her erfolgen und nur in wenigen Fällen ist das Wesen wie etwa beim Lebensgrundrecht positiv und abstrakt festlegbar.

Die Wesensbestimmung besteht somit systematisierend aus zwei Schritten. Zunächst sind die kerngehaltsrelevanten Gehalte als die Bereiche des Schutzbereiches zu ermitteln, die dem Grundrecht seine Prägung verleihen, bevor in einem zweiten Schritt zu fragen ist, ob ein oder mehrere Gehalte so betroffen sind, dass sie das Wesen ausmachen und aufgrund des nicht ausreichenden Grundrechtsrestes damit ein Antasten von Art. 19 Abs. 2 GG vorliegt.⁷²³ Letzteres ist nicht mit einer Aufgabe der Absolutheit verbunden, sondern stellt eine negative, funktionale Wesensdefinition dar. Das Wesen ist solange nicht angetastet,

⁷²¹ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 73; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248: „Solange dabei für den einzelnen Menschen noch genügend realisierbare Möglichkeiten offen bleiben [...]“; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 601; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 248: „Vielmehr ist im Sinne der ‚Restbestandstheorie‘ nach dem Minimum an Freiheit zu fragen, was Einschränkungen oder Regelungen übrig lassen müssen.“ Vgl. auch BVerwGE 1, 269, 273; BayVfGH, Ents. v. 11.12.1953, Vf. 78-VII-51, VerwRspr 1954, 645, 648.

⁷²² Ebenso *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236; v. *Bernstorff*, Proportionality Without Balancing, in: Lazarus/McCrudden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 63, 83; *ders.*, JZ 2013, 905, 914; *ders.*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55. Die Vorzüge einer negativen Definition betont auch *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 54.

⁷²³ In Grundzügen vergleichbar auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 75 ff.

wie die Funktion, der spezifische Sinn und Zweck des Grundrechtes für den Grundrechtsträger noch hinreichend verwirklicht werden kann.⁷²⁴ Auch bei der kumulativen Berücksichtigung der Auswirkungen aller Grundrechtseingriffe muss für jeden Einzelnen die Grundrechtsfunktion noch hinreichend realisierbar sein. Dies ist fallgruppenorientiert anhand jedes einzelnen Grundrechtes zu ermitteln und festzulegen.⁷²⁵

Die vorgeschlagene Vorgehensweise weist dementsprechend Ähnlichkeiten zur sogenannten Subtraktionsmethode⁷²⁶ auf, wonach das Wesen dann angetastet ist, wenn vom Grundrecht nicht mehr genügend übrig bleibt,⁷²⁷ spezifiziert sie aber bzw. unterscheidet sich in einigen Belangen.

4. Unmöglichkeit einer Bestimmung von der Verletzung her?

Aus der Unmöglichkeit einer abschließenden, positiven Festlegung des Grundrechtskerns folgt aber nicht auch die Unmöglichkeit der Justitiabilität von Art. 19 Abs. 2 GG. Zweifel an die Bestimmbarkeit aus Sinn und Zweck des Grundrechtes „von der Verletzung her“ erscheinen schon deshalb abgeschwächt, als das Bundesverfassungsgericht sowohl für die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG als auch für die Wesentlichkeitslehre zwar umstrittene, aber taugliche Kriterien entwickelt hat. Gerade bei der Wesentlichkeitslehre existieren zur Wesensgehaltsbestimmungen offenkundige Schnittstellen. Nach der Lehre muss der Gesetzgeber die Entscheidungen selbst treffen, wenn die

⁷²⁴ Vgl. ebenso *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 73.

⁷²⁵ Vgl. v. *Bernstorff*, Proportionality Without Balancing, in: Lazarus/McCrudden/Bowles [Hrsg.], Reasoning Rights, S. 63, 83; *ders.*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55. Auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 71; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 144.

⁷²⁶ Begriff bei *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 850.

⁷²⁷ BVerwGE 1, 48, 51 f.; E 1, 92, 93 f.; insb. E 2, 295, 300, wobei allerdings die Intention von Art. 19 Abs. 2 GG als unverrückbare Grenze im Anschluss dadurch aufgegeben wird, dass es „zum Inbegriff der Grundrechte“ gehöre, „daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden“; sogenannte Theorie der „immanenten Grundrechtsschranken“, vgl. v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 4 c; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 849.

Maßnahme wesentlich für die Verwirklichung des Grundrechtes ist.⁷²⁸ Auch hier erfolgt keine positive Festlegung im Sinne einer abschließenden Aufzählung der grundrechtswesentlichen Bereiche, sondern erst im konkreten Einzelfall wird bestimmt, wann diese „Wesentlichkeit“ vorliegt.

Bereits zur Subtraktionsmethode ist deshalb festgehalten worden: „In diesem scheinbaren Mangel liegt zugleich ein Vorzug. Denn die Bestimmung dessen, was ein Abstraktum *nicht* zum Inhalt hat, ist in der Regel nicht nur leichter, sondern auch zuverlässiger zu treffen als eine hinreichend genaue Aussage über seine inhaltliche Substanz.“⁷²⁹

Ausgehend von der funktionalen Wesensbestimmung kann durch Fallgruppen und anhand konkreter Eingriffe jeweils bestimmt werden, ob dadurch die Grundrechtsfunktion noch verwirklicht werden kann und so zwar keine abschließend-positive, aber eine allgemeine Systematik der Wesensdetermination entwickelt werden. Konkretisierungen dieser allgemeinen Wesensdefinition sind nachfolgend zu erarbeiten.

III. Bestimmungskriterien der Wesensrelevanz

Für die Praktikabilität bedarf es der Ermittlung von Grundlinien, wann eine Verletzung festzustellen ist, wobei diese zwar als allgemeine Kriterien zu entwickeln sind, aber die Umsetzung für jedes Grundrecht individuell zu bestimmen ist. „Damit bestätigt sich, was bereits im Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG (,in seinem Wesensgehalt‘) anklingt: Der Wesensgehalt kann nicht für alle Grundrechte nach denselben Maßstäben bestimmt werden. Vorhandene Gemeinsamkeiten im Aufbau einzelner Freiheitsrechte lassen aber durchaus eine gruppenspezifische Typisierung der Kriterien des Wesensgehalts möglich erscheinen.“⁷³⁰

Ausgehend davon lässt sich die abstrakte Ermittlung der Grundlinien einteilen in allgemeine Grundzüge, die bei der Wesensbestimmung aller Grundrechte anzuwenden sind (dazu 1.) sowie gemeinsame Attribute, die

⁷²⁸ Zur Wesentlichkeitslehre BVerfGE 47, 46, 79; E 49, 89, 126 f.; E 88, 103, 116.

⁷²⁹ Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 54 zur Subtraktionsmethode – Hervorhebung i. O.

⁷³⁰ Zutreffend Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 224. Vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 156.

sich aufgrund der Struktur oder Typik bestimmter Grundrechte jeweils unterschiedlichen Grundrechtsgruppen oder -arten zuordnen lassen (dazu 2.).

1. Allgemeine Bestimmung der wesensrelevanten Gehalte

Aus der oben vorgenommenen Beschreibung des Wesens als die typus- und identitätsbestimmenden Merkmale eines Grundrechtes, ohne die es nicht mehr denselben Namen „verdient“ hätte, lässt sich ein System entwickeln, welches anhand genereller Kriterien die Ermittlung der wesensrelevanten Schutzbereichsinhalte ermöglicht und wiederum für die anschließende Verletzungsbegutachtung (mit-)bestimmend sind.

Zur Begründung der Kernrelevanz müssen diese Inhalte, Verhaltensarten und Freiheitsausübung deshalb für die Grundrechtsverwirklichung von erheblicher, prägender Bedeutung sein.

Ausschlaggebend ist eine Schutz- bzw. Normbereichsanalyse⁷³¹ und eine Begutachtung des sachspezifischen Geltungsgehalts des Grundrechtes, woraus sich aus der dem jeweiligen Grundrecht charakteristischen Funktion und Struktur Kriterien entwickeln lassen.⁷³² Jedes Grundrecht hat eine spezielle Schutz- oder Gewährleistungsaufgabe innerhalb des grundrechtlichen Systems des Grundgesetzes, die insbesondere teleologisch zu ermitteln ist. Mitbestimmend hierfür sind auch aus der historischen Perspektive zu ziehende Schlüsse hinsichtlich der grundrechtsprägenden Gehalte.⁷³³ Aus einem geschichtlichen Rückblick können durch das Beobachten der Verfassungsrealität die funktional für das Grundrecht elementaren Bestandteile ersichtlich werden; gerade diese Rückschau offenbart häufig die Schutzbereichsteile, auf die das Grundrecht zur Verwirklichung unabdingbar angewiesen ist.

⁷³¹ Müller, Die Positivität der Grundrechte, S. 54, 86; *ders.*, Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 32 f.; v. Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 211; Middendorf, Jura 2003, 232, 236.

⁷³² Herbert, EuGRZ 1985, 321, 331; Schneider, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 223 f.

⁷³³ Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 32; Stern, Staatsrecht III/2, S. 875; v. Arnold, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209. Die Berücksichtigung der historischen Entwicklung ist insofern vergleichbar mit Kern der Einrichtungsgarantien, welcher sich auch an der historischen Entwicklungsform orientiert, vgl. hierzu v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, GG I, Art. 9 Rn. 144 m. w. Nw.

Obgleich die Wesensgehaltsgarantie schon allein wegen ihrer Absolutheit auf Konstanz und Aufrechterhaltung der historisch gewachsenen Inhalte vor ihrer Beseitigung angelegt ist, sind die elementaren Attribute und Freiheitsgewährleistungen dabei nicht ein für alle Mal starr und unveränderlich festgelegt.⁷³⁴ Die Auslegung der wesensrelevanten Inhalte unterliegt wie die Normauslegung als solche⁷³⁵ aufgrund der Abhängigkeit von der „sozialen Wirklichkeit [...], die stetem geschichtlichem Wandel unterliegt“, der Fort- und Weiterentwicklung von Anschauungen.⁷³⁶ Sowie sich neue, vom Schutzbereich eines Grundrechtes umfasste Sachverhalte oder Freiheitsbetätigungen durch tatsächliche Entwicklungen erschließen oder entwickeln, etwa durch technischen Fortschritt, können diese auch (zusätzlich) zu den wesensrelevanten Inhalten gehören oder auch andere, für die Grundrechtsverwirklichung immer weniger relevant gewordene Attribute ablösen.⁷³⁷

Um die kategorische Wirkung nicht auf dem Auslegungswege zu umgehen, ist eine solche Entwicklung mit besonderer Sensibilität auf ihre Auswirkungen auf Art. 19 Abs. 2 GG zu analysieren und zurückhaltend von einer Wandlung auszugehen, der Kern und die wesensbestimmenden Elemente eines Grundrechtes werden sich nur äußerst selten wandeln.⁷³⁸

⁷³⁴ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 334; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 115; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 214; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 78; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 5; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 10; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 68; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 137 ff. Einen statischen, unveränderlichen Wesensgehalt vertritt *Knüllig*, Bedeutung und Auslegung des Art. 19 Abs. I und II des Grundgesetzes, S. 117 f.

⁷³⁵ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 23, 44 f., 77; auch BVerfGE 2, 380, 401.

⁷³⁶ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 334; auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikels 19 II GG, S. 137 ff.; v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 115.

⁷³⁷ Vgl. ebenso *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 78: „Ihr [Die Wirkungsweise der Grundrechte, Anm. A.S.] Gesamtbereich und dessen Strukturierungen müssen stets neuen Entwicklungen einer Realität offen stehen, die auch bisher noch unbekannte oder unerkannte Freiheitsbetätigungen in den Schutzbereich einbezieht, wie sie etwa technologischer Fortschritt ermöglicht, dynamisiert. Nur dann ‚leben‘ die Grundrechte nicht allein an ihren Rändern, sondern aus ihrem Wesensgehalt heraus, gerade er ist entwicklungs offen zu begreifen.“

⁷³⁸ Ähnlich *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 334: „mit gebremster Dynamik“; hieran anschließend *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 139. In der Intention erkennbar auch bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 188, sowie *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 68: „Wegen der besonderen

Erst kürzlich „entdeckte“ Bestandteile des grundrechtlichen Schutzbereiches sind dem ersten Anschein nach eher als unwesentlich einzustufen. Dagegen wäre eine Wesensveränderung leichter anzunehmen, wenn sich bereits länger geschützte Bestandteile des Schutzbereiches aufgrund von Veränderungen oder Verschiebungen in der realen Grundrechtsausübung bzw. Verfassungswirklichkeit zu wichtig(er)en Faktoren der Grundrechtsverwirklichung entwickelt haben. Je nach Weite des grundrechtlichen Schutzbereichs kann auch eine Kongruenz zwischen Schutzbereich und Wesensgehalt bestehen. Während beim Lebensgrundrecht Schutzbereich und Wesen vollständig übereinstimmen,⁷³⁹ stellen die wesensrelevanten Gehalte bei der allgemeinen Handlungsfreiheit nur einen sehr kleinen Anteil am umfassend gewährten Auffanggrundrecht dar.

Die Wesensmerkmale sind dabei vor allem nach dem Zweck des jeweiligen Grundrechtes zu entwickeln, nach der „raison d’être“.⁷⁴⁰ In der Regel ist ein Grundrecht auf den Schutz der einzelnen Person und auf Freiheitsgewährleistung gerichtet, und weniger auf den Schutz eines bestimmten zu schaffenden und aufrechtzuerhaltenden Normenkomplexes.⁷⁴¹ Ein solcher kann nur essentiell sein, wenn und soweit es diesen zur Erfüllung und Verwirklichung der Freiheit zwingend bedarf.

Die Grundrechte dienen primär der Gewähr freier Selbstbestimmung und der Entfaltung.⁷⁴² Die Wesensrelevanz und dementsprechend auch Verletzung liegt dabei umso näher, je mehr die Grundbedingungen der Grundrechtsverwirklichung betroffen sind (Bildung einer freien Meinung, Eingehen einer Ehe, Berufswahl in Abgrenzung zur Berufsausübung z.B.) und umso ferner, als es nur um die Art und Weise der Ausübung eines

Resistenzfähigkeit des Kerns des Grundrechts wird eine Änderung des Kerns jedoch kaum stattfinden.“ Auch dies ist vergleichbar mit den Einrichtungsgarantien, die grundsätzlich auch entwicklungs offen sind, aber das Institut nicht ihres tradierten Inhalts berauben dürfen, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, GG I, Art. 9 Rn. 144 m. w. Nw.

⁷³⁹ Siehe dazu bereits oben S. 181 und ausführlicher unten S. 230 ff.

⁷⁴⁰ v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 207, 209.

⁷⁴¹ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332.

⁷⁴² Vgl. v. Münch/Kunig/v. *Münch/Kunig*, GG I, Vorb. Art. 1-19 Rn. 7 ff.; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332.

Grundrechtes, insbesondere hinsichtlich einer speziellen Freiheitsbetätigung, geht. Daneben kann auch der Wortlaut des Grundgesetzes, quasi entgegengesetzt zum Wesensgehaltsvorbehalt, das Gewicht und die Kerngehaltsrelevanz bestimmter Schutzbereichsteile für die Grundrechtsrealisierung z.B. durch spezifische Verbote andeuten.⁷⁴³ Anders als in der Berner Kantonsverfassung wäre dies keine explizite Wesensbestimmung durch die Verfassung,⁷⁴⁴ eine solche ist im Grundgesetz nicht vorhanden, sondern nur eine durch Auslegung erkennbare Wertung des Grundgesetzes für einzelne Bereiche. Bislang sind derartige Wertungen im Grundgesetz auch nur in wenigen Fällen existent. Erkennbar ist eine Unterscheidung beispielsweise trotz der einheitlichen Gewährleistung der Berufsfreiheit⁷⁴⁵ daran, dass nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich nur die Berufsausübung unter den Regelungsvorbehalt fällt.⁷⁴⁶

Keine Rolle spielt dagegen die Klassifizierung eines Grundrechts als Deutschen- oder Jedermannsgrundrecht oder ob das Grundrecht einem einfachen, einem qualifizierten oder gar keinem Gesetzesvorbehalt unterworfen ist.⁷⁴⁷ Mit letzterem ist zwar durch die Notwendigkeit entgegenstehenden Verfassungsrechtes ein intensivierter Schutz verbunden;⁷⁴⁸ Rückschlüsse auf das Wesen oder ein besonders „weit“

⁷⁴³ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 16, 114, 141 f., etwa für das Zensurverbot aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG und das Misshandlungsverbot aus Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, das Zensurverbot als spezielle Ausprägung von Art. 19 Abs. 2 GG anzusehen, v. *Bernstorff*, a.a.O. im Anschluss an *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR VII³, § 162 Rn. 55, wobei das Zensurverbot auch ohne ausdrückliche Normierung dem Wesensgehalt zuzuordnen wäre, siehe unten S. 292.

⁷⁴⁴ Vgl. hierzu oben S. 133.

⁷⁴⁵ BVerfGE 7, 377, 400 ff.; E 92, 140, 151; E 95, 193, 214; Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 22 ff.

⁷⁴⁶ Dies macht sich auch in der Drei-Stufen-Lehre des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 7, 377, 404 ff.) in den steigenden Anforderungen der typisierten Verhältnismäßigkeitsprüfung bemerkbar.

⁷⁴⁷ Soweit sich nicht wie zuvor aus dem Gesetzesvorbehalt spezifische Bereiche des Grundrechts als bedeutsam erweisen; dies liegt dann aber nicht an der Klassifizierung als einfacher oder qualifizierter Gesetzesvorbehalt.

⁷⁴⁸ *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 83.

verstandener absolut geschützter Bereich lassen sich daraus aber nicht ziehen.⁷⁴⁹

Aus diesen dargelegten Kriterien sind die Bestandteile des Schutzbereiches zu bestimmen, die so elementar sind, dass ohne sie bzw. auch mit nur einer Beschränkung dieser Gehalte die Frage aufkommen muss, ob das Grundrecht seine Identität, sein Wesen noch aufweist. Freiheitsbereiche ohne die zwingende Notwendigkeit für die Grundrechtsrealisierung lassen sich damit „aussondern“⁷⁵⁰ und eine Wesensantastung ausschließen. Der Schritt dient vor allem als Vorfilter dazu, die Wesensrelevanz als erstes Indiz für die Verletzungsbestimmung zu ermitteln und nicht relevante Schutzbereichsteile auszuschließen. Sind Elemente mit Wesensrelevanz betroffen, ist weiter zu prüfen, ob dennoch die Grundrechtsfunktion noch hinreichend verwirklicht werden kann. Zu den wesensrelevanten Attributen würde bei der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG beispielsweise das Streikrecht gehören, damit die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen nicht im Sinne eines „kollektiven Bettelns“ leerläuft.⁷⁵¹ Damit ist aber noch nicht gesagt, dass jeder Streik zuzulassen und rechtmäßig ist. Logischerweise sind bestimmte Arten des Streiks, beispielsweise mit dem Ziel der Vernichtung bzw. wirtschaftlichen Insolvenz des Arbeitgebers, als nicht zur Freiheitsverwirklichung funktional auszusondern – Streiks generell dagegen schon. Insgesamt hingegen kommt dem Streikrecht Wesensrelevanz zu, weshalb für die Grundrechtsträger die Möglichkeit der Grundrechtsrealisierung in diesem Bereich verbleiben muss.

⁷⁴⁹ A.A. *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2. GG, S. 242, unter Verweis auf BVerfGE 24, 236, 245; E 35, 366, 376. In den Entscheidungen geht allerdings nicht um Art. 19 Abs. 2 GG, sondern um eine extensive Auslegung des Grundrechtes als solches. Insbesondere die extensive Schutzbereichsauslegung spricht gegen die von *Schneider* vertretene Annäherung von Schutzbereich und Wesensgehalt.

⁷⁵⁰ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 77.

⁷⁵¹ Ohne Streikrecht nur „kollektives Betteln“ der Arbeitnehmer und Arbeitskampf als Grundbedingung des Zustandekommens und der sachlichen Richtigkeit von Tarifverträgen BAGE 33, 140, 150 f.; E 46, 322, 346; *Rieble*, RdA 2005, 200, 205; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 96.

2. Gruppenspezifische Grundlinien

Für unterschiedliche Grundrechtsarten bestehen einige Funktions- und Zweckgemeinschaften, die Systematisierungen erlauben und ermöglichen, außerhalb dieser aber weiterhin jedem Grundrecht unterschiedliche Wesensinhalte zukommen. Damit wird die oben genannte Ablehnung eines Wesens *der* Grundrechte nicht aufgegeben, es bleibt bei der Wesensbestimmung für jedes Grundrecht im Einzelnen.

Grundsätzlich kann man Abgrenzungen vornehmen zwischen den an die Persönlichkeit und Identität des Menschen anknüpfenden Grundrechten und den übrigen, eher mit Sozialbezug gewährleisteten Freiheitsrechten sowie den „reinen“ Abwehrrechten.⁷⁵² Zu ersteren zählen neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch Grundrechte wie die Religions- und Gewissensfreiheit bzw. auch Bereiche anderer Grundrechte, die an die Persönlichkeit im Besonderen anknüpfen. Diese individuell-persönlichen Grundrechte bieten verstärkt Gewähr für die unabdingbaren Bedingungen der Persönlichkeitsentwicklung und Entfaltung, was sich auch auf das Wesen auswirken kann. Als Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung kommen vermehrt Schutzbereichsteile in Betracht, bezüglich derer der Grundrechtsträger nicht auf andere Arten der Entfaltung verwiesen werden kann. Beispielsweise kann eine Person, die sich in der falschen Geschlechterrolle fühlt, nicht auf dauerhaftes Verkleiden zu der gefühlten Geschlechtsrolle verwiesen werden, sondern als Grundbedingung der Identitätsfindung muss die eigene Geschlechtsrolle auch durch Umwandlung bestimmbar sein.⁷⁵³

Die eher sozial bezogenen Grundrechte wie die Versammlungs-, Vereinigungs- und Berufsfreiheit zeichnen sich in ihrem Wesen eher durch verschiedene Wege der Freiheitsausübung aus, sind stärker

⁷⁵² Diese Differenzierung findet sich auch bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2. GG, S. 211 ff.; 214 ff., 245 ff., 259 ff., dessen Wesensdefinition sich aber von der hier vertretenen unterscheidet, insbesondere mit Blick auf die Gleichsetzung von Art. 19 Abs. 2 GG mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei den Abwehrrechten. In die Richtung wie hier *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 876: „Durchweg kehrt im Wesensgehaltsschutz der Grundtenor aller Grundrechtsfunktionen wieder: das zu schützen, was bei persönlichkeitsbezogenen Grundrechten die Selbstbestimmung des Menschen ausmacht, bei sonstigen Grundrechten das Essentielle ihres Schutzgegenstandes.“

⁷⁵³ Erkennbar in BVerfGE 121, 175, 190 f., aber ohne Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 2 GG.

freiheits- als persönlichkeitsbezogen, es kommt also verstärkt darauf an, ob zur Erreichung des Grundrechtszwecks noch (erfolgversprechende) Wahlmöglichkeiten verbleiben – womit ein Verweis auf andere Alternativen grundsätzlich wesenswährend wirkt.

Davon zu unterscheiden sind wiederum die „reinen“ Status- bzw. Zustandsrechte⁷⁵⁴, die keine Handlungs- und Ausübungsfreiheit wie die übrigen Grundrechte garantieren, sondern eine bloße Abwesenheit von Eingriffen des Staates. Zu diesen Rechten gehören z.B. die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG), das Recht auf Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 GG) oder das Kriegsdienstverweigerungsrecht (Art. 4 Abs. 3 GG). Für diese kann es weder auf Identitätsentfaltung oder Wahlmöglichkeiten bzw. Freiheitsbetätigung ankommen, sondern nur darauf, ob für jeden Einzelnen noch das Wesentliche verbleibt.⁷⁵⁵

Einflussmöglichkeit auf die Wesensrelevanz kann auch die Häufigkeit haben, mit der ein Grundrecht ausgeübt wird oder potentiell ausgeübt werden kann. Bei Grundrechten bzw. Grundrechtsbereichen, die nur einmal oder jedenfalls seltener ausgeübt werden, besteht eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass auch mit einmaligem Eingriff vom Grundrecht nicht mehr hinreichend verbleibt. Die Begründung einer Ehe (im Gegensatz zum ebenso geschützten Eheleben, das fortwährend gestaltet wird) hat wegen ihres Charakters als „grundsätzlich unauflösliche Lebensgemeinschaft“⁷⁵⁶ (vgl. auch § 1353 BGB) und als Grundbedingung

⁷⁵⁴ Vgl. Müller-Terpitz, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VII³, § 147 Rn. 9, für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

⁷⁵⁵ Eindeutig nicht gefolgt wird der Auffassung von Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2. GG, S. 260 ff., hinsichtlich des Versagens des „Kernbereichsdenkens“, weil sich für einige Grundrechte der Kern nicht von der Schale trennen ließe, müsse bei den Abwehrrechten Art. 19 Abs. 2 GG als „Verbot übermäßiger staatlicher Eingriffe“ verstanden werden. Soweit sich im Einzelfall ein Grundrecht tatsächlich nicht in „Kern“ und „Schale“ trennen lässt, weil es nur aus einem Recht besteht, dann stellt dieses Recht das von Art. 19 Abs. 2 GG geschützte Wesen des Grundrechtes dar. Eingriffe in das Grundrecht sind dann aber nur möglich, wenn ein Wesensgehaltsvorbehalt dies verfassungsgesetzlich ermöglicht und legitimiert.

⁷⁵⁶ BVerfGE 10, 59, 66; E 53, 224, 245; E 62, 323, 330; Johannsen/Henrich/Jaeger/Hamm, Familienrecht, § 1564 Rn. 17; nicht mehr in dieser sprachlichen Eindeutigkeit BVerfGE 105, 313, 345; E 115, 1, 19: „auf Dauer angelegte[n] Lebensgemeinschaft“. An diesem Grundsatz ändert auch nichts, dass durch veränderte Lebensverhältnisse die Unauflösbarkeit nicht als verbindliche

des Ehelebens eine hohe Bedeutung für das Grundrecht, Eingriffe in diese Eheschließungsfreiheit sind deshalb auch eher mit Art. 19 Abs. 2 GG auf Kollisionskurs als solche Grundrechtsteile, die (potentiell) häufiger ausgeübt werden.

Darüber hinaus sind die Besonderheiten des ausgestaltungenden, an Schutzpflichten und Gleichheitsrechte gebundenen Staatshandelns zu beachten, die bereits oben bei der Frage des Anwendungsbereichs teilweise dargestellt wurden.

IV. Antastungskriterien

1. Verbleibender Grundrechtsrest

Vom Grundrecht muss nicht nur „irgendetwas“ übrig bleiben, sondern dieses „etwas“ muss das Wesen des Grundrechtes darstellen.⁷⁵⁷ Dies richtet sich vor allem nach der jeweiligen Eigenart und der Funktion des Grundrechtes.⁷⁵⁸ Die Grundrechte sind als Abwehrrechte vor allem auf Selbstbestimmung der eigenen Möglichkeiten, auf Autonomie und Freiheit von staatlichen Eingriffen gerichtet.⁷⁵⁹ Um diese Autonomie im Wesen noch zu erhalten, setzt dies insbesondere Entscheidungsfreiheit im Sinne von Entscheidungsmöglichkeiten voraus, mit denen das Grundrecht noch ausreichend verwirklicht werden kann.⁷⁶⁰ Die Grundrechtsausübung darf zur Wahrung dieser Autonomie nicht fremdbestimmt,⁷⁶¹ der Weg zur Grundrechtsverwirklichung nicht versperrt sein.⁷⁶²

Entscheidung, sondern als Wertorientierung zu verstehen ist, vgl. Marx/*ders.*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, § 6 Ehe und Familie Rn. 9.

⁷⁵⁷ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599.

⁷⁵⁸ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332.

⁷⁵⁹ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 208 ff. Vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 157, der allerdings das Wesen auf den Menschenwürdegehalt und effektiven Rechtsschutz beschränkt.

⁷⁶⁰ *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 46; *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 101; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 252 f.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 413, 441; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Huber*, GG I, Art. 19 Rn. 154; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600 f.

⁷⁶¹ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 252 f.; vgl. auch *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 12; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600.

⁷⁶² *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248; vgl. auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 253.

Dem Grundrechtsträger muss aber nicht die bestmögliche, für ihn optimale Verwirklichungsoption verbleiben, sondern er kann auf weniger geeignete Alternativen verwiesen werden, solange damit der Grundrechtszweck im Wesentlichen gewahrt bleibt.⁷⁶³ Dies impliziert auch eine notwendige Anpassungspflicht jedes Grundrechtsträgers und setzt eine bestimmte Flexibilität und eventuell auch notwendige Anstrengungen desselben voraus, auch eine Alternative zu wählen, die den eigentlichen Zielen nicht voll entspricht.⁷⁶⁴ Als unantastbarer Rest müssen aber hinreichende Verwirklichungsoptionen für die wesensrelevanten Gehalte verbleiben. Für die Demonstrationsfreiheit ist wegen der unentbehrlichen Funktion des Grundrechtes als Teilhabe- und Mitwirkungsrecht an der demokratischen Willensbildung⁷⁶⁵ beispielsweise auch der Ort von erheblichem Belang für die Öffentlichkeitswirkung. Deshalb ist Art. 19 Abs. 2 GG aber noch nicht berührt, wenn etwa Versammlungen im Bundestag selbst oder während der Sitzungen nicht gestattet sind, sofern im Übrigen die notwendige Öffentlichkeitswirkung auf öffentlichen, auch zentralen Plätzen (und nicht nur in abgelegenen Randgebieten) erreicht werden kann.⁷⁶⁶

2. Verbleibende Gesamtbedeutung und künftige Grundrechtsausübung

Art. 19 Abs. 2 GG stellt nicht die einzige Schranken-Schranke dar.⁷⁶⁷ In der hier verstandenen Auslegung kommt dieser nicht die Aufgabe

⁷⁶³ Vgl. auch *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248.

⁷⁶⁴ Zutreffend *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 253.

⁷⁶⁵ BVerfGE 69, 315, 315, 347.

⁷⁶⁶ In diese Richtung auch *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 100: „Andererseits wäre die Freiheitsgarantie schon vom Normbereich – ‚politische‘, also: resonanz- und diskussionsbezogene und -angewiesene Meinungskundgabe – her in unzulässiger Weise unterlaufen, wenn der Demonstration durch die Behörde allein friedliche Waldgebiete, nur vom fließenden Verkehr benutzte Ausfalls- und Umgehungsstraßen oder menschenleere Vorortgebiete angewiesen würden. Der freigegebene und im Sinn eines grundrechtlichen Anspruchs zu fordernde Weg muß hinreichende Resonanzchancen aufweisen.“ Vgl. auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 83; *Katz*, Staatsrecht, Rn. 661.

⁷⁶⁷ Ausdrücklich auch *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 67: „Die Wesensgehaltsgarantie hat nicht den Charakter eines *Abwehrmonopols* gegenüber einer bei ihrem Wegfall absolut zu denkenden Macht des einfachen Gesetzgebers. Sie stellt nur *eine* Grenze

allgemeiner Begrenzung staatlicher Tätigkeit zu, wie dies für das Übermaßverbot gilt. Diese Funktion muss die Wesensgehaltsgarantie nicht übernehmen, sondern sie dient vielmehr als letzte Grenze⁷⁶⁸ der Grundrechtssicherung erst in dem Bereich, in dem es um massive, grundsätzlich andauernde Eingriffe in ein Grundrecht geht, sodass von diesem nicht mehr viel übrig bleibt. In den Wesensgehaltsschutz muss und darf deshalb nichts hineingelesen werden, was andere Begrenzungen abschirmen: leichtere, aber unverhältnismäßige Eingriffe sind mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung, hingegen intensive, den Eigenwert des Menschen verachtende mit der Menschenwürdegarantie zu begegnen.

Wegen des absolut-subjektiven Wesensgehaltsschutzes, der kategorisch jegliche Rechtfertigungsmöglichkeiten ausschließt, ist der Wesensgehalt eines Grundrechtes grundsätzlich nicht verletzt, wenn nur einmal die Grundrechtsbetätigung versagt wird, auch wenn damit beispielsweise eine Demonstration, eine einmalige Meinungsäußerung in einer bestimmten Form verboten wird oder zum Zwecke der Identifikation das vorübergehende Festhalten unter Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit der Person erfolgt.⁷⁶⁹ Dies ist nur ausnahmsweise der Fall, wenn vom Grundrecht bereits mit dem einmaligen Eingriff nicht mehr das Wesen verbleiben kann oder der kurzfristige Eingriff Folgewirkungen hat.⁷⁷⁰ Das ist jedenfalls beim Grundrecht auf Leben zu konstatieren, jede, auch „einmalig“ (weil denklogisch nur einmalig

neben anderen, nicht aus Art. 19 GG herzuleitenden Begrenzungen dieser Macht dar.“ – Hervorhebung i. O.

⁷⁶⁸ Krüger, DÖV 1955, 597, 597.

⁷⁶⁹ Zum Zeitfaktor auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten, S. 266: „Generell kann hier nur die ‚Kurzfristigkeit‘ von Beeinträchtigungen eine Verletzung des Wesensgehalts ausschließen. [...] Weil die Entwicklung des Menschen in der Zeit auf gewisse Dauer angelegt ist, kann der Prozeß der Entfaltung und Veränderung selbst als substantiell gedacht werden, der durch kurzfristige (gelegentliche bzw. akzidentielle) Beschränkungen nicht entscheidend gehemmt wird.“ Die Äußerungen sind aber nur eingeschränkt übertragbar, da sie im Anschluss an den nach *Schneider* nur relativen Wesensgehalt der reinen Abwehr- bzw. Zustandsrechte erfolgen und auch der Abschnitt zum Zeitfaktor mit einer Bezugnahme auf die Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe beginnt (S. 263). Andererseits wird der Zeitfaktor auch in Bezug auf Grundrechte mit absolutem Wesensgehalt besprochen (S. 269 f.).

⁷⁷⁰ Zutreffend deshalb *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 267: „Hieraus kann freilich nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß zeitlich begrenzte, vorübergehende Eingriffe den Wesensgehalt von Grundrechten nicht antasten können. [...] Rechtsontologisch gesehen können daher auch zeitlich beschränkte, aber relativ dauerhafte Eingriffe und Beschränkungen die menschliche Selbstverwirklichung empfindlich stören.“

möglich) eingreifende Maßnahme führt zu einer Lebensbeendigung, sodass in diesem Falle vom Lebensgrundrecht wie auch ebenso von den übrigen Grundrechten tatsächlich nichts mehr verbleibt. Dementsprechend kann in diesem Fall auch der einmalige, „kurzfristige“ Eingriff nicht mehr das Wesen übriglassen.

Die meisten Grundrechte sind hingegen auf dauernde, mehrfache Ausübungsmöglichkeiten angelegt und erschöpfen sich nicht in einmaliger Grundrechtsbetätigung. Eine Wesensgehaltstheorie, bei der einzelne, nicht länger wirkende und als Ausnahme verbleibende Verbote in jedem Fall ausgeschlossen wären, ließe sich nicht durchhalten (und wäre auch rechtstatsächlich unvereinbar). Da Grundrechte im Regelfall potentiell wiederholt betätigt werden und nach einem kurzfristigen Eingriff weiterhin verwirklicht und den bezweckten Schutz entfalten können, bedarf es anderer Kriterien. Es kommt jeweils auf die verbleibende Gesamtbedeutung des Grundrechtes für jeden einzelnen Grundrechtsträger an.⁷⁷¹ Der Zweck des Grundrechtes muss im Wesentlichen aktuell, d.h. nicht erst in fern(st)er Zukunft, noch verwirklicht werden können. Es kann also auch nicht darauf ankommen, ob auf Dauer oder gar endgültig das Wesen nicht mehr übrigbleibt. Vielmehr muss die Wesensantastung aus dem Zusammenspiel von Ausmaß der Beschränkung wesensrelevanter Gehalte und der zeitlichen Dauer bestimmt werden. Die Interaktion der beiden Kriterien ist maßgeblich bei der Beantwortung der Frage, ob dem betroffenen Grundrechtsträger nicht mehr hinreichende Möglichkeiten der Zweckverwirklichung verbleiben und somit das Wesen angetastet ist (näher dazu 3.).

Verbunden mit der Funktion als letzte Grenze durch den absoluten Charakter von Art. 19 Abs. 2 GG ist als Grundlage der Verletzungsbestimmung festzuhalten, dass der Wesensgehalt grundsätzlich nicht mit dem Schutzbereich, auch nicht mit einem Großteil

⁷⁷¹ Diesen Ansatz verfolgen auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 73 und *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 248.

dessen, gleichzusetzen ist.⁷⁷² Schutzbereich und Wesensgehalt sind zu trennen, den Kern macht prinzipiell nur einen geringen Teil des grundrechtlich geschützten Gehaltes aus. Wenn deshalb die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG die Wahl eines bestimmten, frei gewählten Beruf schützt, bedeutet das nicht zwangsläufig, dass das Wesen jeden einzelnen Berufswunsch absolut schützt und garantiert.⁷⁷³ Damit wäre eine (weitgehende) Gleichsetzung von Wesensgehalt und Schutzbereich verbunden; der „Kern“ des Grundrechtes würde fast den gesamten Schutzbereich ausfüllen. Folge wäre ein unvereinbares Ausmaß absoluten Wesensschutzes.

Es ist deshalb an der gegebenen Definition festzuhalten, wonach die Wesensgehaltsgarantie als äußerste Grenze erst angetastet ist, wenn die Funktion des Grundrechtes im Wesentlichen nicht mehr verwirklicht werden kann – dies umfasst bei Art. 12 Abs. 1 GG die freie Wahl eines Berufes, der den eigenen Fähigkeiten und Interessen entspricht. Zum Wesen gehört nicht, dass jeder jeden beliebigen (schädlichen) Beruf unantastbar ergreifen kann mit der Folge, dass weder Berufsverbote möglich wären noch Minimalanforderungen an die Berufswahl gestellt werden können. Zum unantastbaren Wesensgehalt zählt nicht, dass ein schwer Parkinsonkranker die Tätigkeit als Chirurg wählen kann, die Funktion des Grundrechts enthält im Wesen nicht die völlig beliebige, freie Wahl.⁷⁷⁴

⁷⁷² Mit Ausnahme der Grundrechte, die nur eine Gewährleistung schützen, welche nur bestehen kann oder nicht und deshalb der Schutzbereich mit dem Wesen gleichzusetzen ist wie beim Lebensgrundrecht.

⁷⁷³ So aber v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c, der damit eine objektive Auslegung begründet: „Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man annehmen wollte, die hier in Frage stehenden subjektiv-öffentlichen Rechte würden gar nicht in ihrem Wesensgehalt getroffen, weil dem einzelnen nicht das Recht zur Teilnahme an einer bestimmten Versammlung, sondern überhaupt nur das Recht zur Teilnahme an irgendwelchen Versammlungen, nicht das Recht, einen bestimmten Beruf zu haben, sondern nur das Recht, überhaupt einen Beruf zu haben, nicht das Recht auf Eigentum an einem bestimmten Grundstück, sondern nur das Recht, überhaupt irgendwelches Eigentum zu haben, gewährleistet sei.“ Ebenso *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 221 f. Wie hier *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 55; im Ergebnis auch *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6.

⁷⁷⁴ Das bloße Aufzeigen einer entsprechenden Folge an dieser Stelle begründet keine Aufgabe des kategorischen Charakters bzw. impliziert auch keine Anwendung relativer Wertungen für die Bestimmung des Wesens, sondern folgt aus der Bedeutung von Art. 19 Abs. 2 GG als äußerster Grenze.

Weiterhin folgt aus der absoluten Auslegung, dass eine verdeckte Abwägung durch die Berücksichtigung von Zwecken und Gründen staatlichen Handelns nicht zulässig sein kann. Wer beim Lebensgrundrecht zwischen Geisel und Geiselnahmer unterscheidet und nur für erstere im Lebensentzug eine Wesensverletzung annimmt, also auf die Nicht- in Abgrenzung zur Störereigenschaft abstellt⁷⁷⁵ oder auch nur auf die Finalität einer Tötungshandlung abstellt⁷⁷⁶ nimmt eine verdeckte Rechtfertigung vor, die eine unantastbare Garantie ausschließt. Es existiert kein Grund, warum für einen Störer ein Eingriff weniger intensiv sein sollte, wenn man dabei nicht sein Verhalten und die entgegenstehenden Grundrechte als rechtfertigenden Grund berücksichtigt und durch das Einbeziehen in ein Verhältnis setzt.

Bei der Untersuchung der verbleibenden Freiheit kann es nur auf die potentielle Ausübungsmöglichkeit ankommen, weshalb darüber hinausgehende Eigenschaften des Grundrechtsträgers wie das Alter oder die noch verbleibende Lebensdauer nicht zu berücksichtigen sind. Die Zulässigkeit einer Maßnahme kann etwa nicht davon abhängen bzw. wird nicht deshalb zu einer Wesensgehaltsverletzung, ob und weil der Grundrechtsträger im beschränkten Zeitraum stirbt;⁷⁷⁷ ansonsten würde die Verletzung vom Zufall der noch ausstehenden Lebensdauer abhängen

⁷⁷⁵ Zu beidem v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 113 f., 184, 186 f.

⁷⁷⁶ *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331.

⁷⁷⁷ A.A. v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 215: „Im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe heißt das, daß der vollständige (!) Vollzug der Freiheitsstrafe, deren Ende der Verurteilte aus Gesundheitsgründen nicht mehr erleben wird, gegen Art. 19 Abs. 2 GG verstößt. Hier ist eine vorzeitige Haftentlassung verfassungsrechtlich geboten. Diese Feststellung führt zu dem Ergebnis, daß derjenige, der in der Strafhaft aus Gesundheits- oder Altersgründen verstirbt, im Wesensgehalt seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verletzt worden ist. Um solchen Verletzungen möglichst vorzubeugen, sollten bei Vorliegen entsprechender Anzeichen einer lebensbedrohenden Erkrankung oder altersbedingter Gebrechlichkeit Untersuchungen des Gesundheitszustandes erfolgen.“ Die Widersinnigkeit zeigt sich vor allem daran, dass damit wohl bei einer Entlassung nur wenige Tage vor dem Tode dann keine Wesensgehaltsantastung anzunehmen wäre, da in diesem Falle nicht „vollständig“ vollstreckt wurde. Es ist kaum einsichtig, warum nach jahrelanger Haft eine kurz vor dem Tod erfolgte Entlassung eine Wesensantastung ausschließen sollte, wirkliche Freiheit erhält ein sterbender Häftling damit nicht mehr. Genau genommen wäre das Wesen der Freiheit der Person dann als ein „Recht auf Sterben in Freiheit“ zu verstehen.

und könnte wegen der Unvorhersehbarkeit des Lebensendes erst post mortem bestimmt werden, was effektiven Rechtsschutz ausschließt.⁷⁷⁸

3. Interaktion von Ausmaß und Zeitfaktor

Auf das notwendige Zusammenspiel von Ausmaß und Dauer der Grundrechtsbeschränkung ist vereinzelt bereits hingewiesen worden,⁷⁷⁹ meist wird eine Wesensverletzung aber allein mit dem Ausmaß des Grundrechtseingriffes begründet. Die beiden Faktoren stehen aber in Relation und Interaktion zueinander. Nur aus ihrem Zusammenwirken kann festgestellt werden, ob die zwingend verbleibende Grundrechtsentfaltung noch erreicht werden kann.

a) Ausmaß der Grundrechtsbeschränkung

Das Ausmaß oder der Grad der Beeinträchtigung⁷⁸⁰ besteht wiederum aus zwei Unterfaktoren – einem quantitativen und einem qualitativen Element.⁷⁸¹ Dabei kann in der Formulierung, welches Maß an Freiheit noch verbleibt oder dass der notwendige Grundrechtsrest geschützt werden müsse, nicht nur eine rein quantitative Sichtweise im Sinne einer der Verhinderung einer vollständigen Aufhebung des Grundrechtes ohne qualitative Komponente gesehen werden.⁷⁸² Nicht nur quantitativ kann ein

⁷⁷⁸ In diesem Sinne für die lebenslange Freiheitsstrafe auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 201.

⁷⁷⁹ Auf den Zeitfaktor verweisen *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 875; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 306, 376 f.; v. *Arnald*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 215; auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 263 ff., wobei allerdings nicht klar wird, ob der Zeitfaktor nur bei den relativ garantierten reinen Abwehrrechten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist oder auch bei den übrigen Grundrechten, denen *Schneider* einen absoluten Wesensgehalt zuschreibt. Ablehnend hinsichtlich einer zeitlichen Berücksichtigung *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 93. Die Dauer der Grundrechtsbeschränkungen wird im Übrigen für gewöhnlich nur als Problem der lebenslangen Freiheitsstrafe gesehen, bei den anderen Grundrechten zumeist aber vernachlässigt.

⁷⁸⁰ Die Terminologie wird sehr unterschiedlich verwendet, *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, S. 164, 182 f., unterscheidet aus Sicht des Abwägungsmodells hinsichtlich der Eingriffsintensität zwischen dem Grad und der Intensität der Beeinträchtigung. Für die hier getroffene Unterscheidung zwischen Ausmaß und Zeitfaktor bietet sich dies nicht an, da in den Begriff der Eingriffsintensität der Zeitfaktor einzubeziehen wäre. Vgl. zu anderen Begriffen auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 102 m. w. Nw.

⁷⁸¹ Ausdrücklich *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 74 ff.; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 157; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 600; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 413; *Schaks*, DÖV 2015, 817, 826; vgl. auch *Huber*, DÖV 1956, 135, 142 f.

⁷⁸² In diese Richtung aber *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 102, 104: „[I]nsofern schließt sich also der Kreis zum herausgearbeiteten, allen absolut-subjektiven

Grundrecht zum „nudum ius“ werden. Vielmehr kann ebenso ein unzureichendes Freiheitsmaß auch dann angenommen werden, wenn das Grundrecht seinen Zweck nicht mehr erfüllen kann, unabhängig davon, ob in quantitativer Hinsicht vom Grundrecht kaum noch etwas verbleibt. Dementsprechend muss das Ausmaß der Beeinträchtigung neben der quantitativen auch eine qualitative Komponente beinhalten. Zutreffend wird deshalb nicht nur ausgeführt, die Quantität könne auch in Qualität umschlagen,⁷⁸³ sondern die Qualität der verbleibenden Freiheitsbetätigung stellt ein eigenständiges Merkmal dar. Dies ist nicht nur aus quantitativen Aspekten zu bestimmen ist, sondern richtet sich auch danach, „was mit diesem Maß an Freiheit sachlich noch ausgerichtet werden kann“.⁷⁸⁴

Das quantitative Merkmal dient der Begutachtung, wie viele wesensgehaltsrelevante Bestandteile betroffen sind, wie weitgehend ihre Beschränkung geht und wie viele noch uneingeschränkt ausgeübt werden können.⁷⁸⁵ Prinzipiell gilt: „je mehr Alternativen – in Bezug auf den Ort, das Objekt, das grundrechtlich geschützte Verhalten – dem Grundrechtsträger verbleiben, desto leichter ist der Eingriff; je weniger Alternativen er hat, desto schwerer ist der Eingriff“⁷⁸⁶ und desto weniger bleibt mengenmäßig an Grundrechtsfreiheit übrig. Dabei darf es die quantitative Begutachtung aber nicht belassen, es kann nicht nur darauf ankommen, dass überhaupt etwas vom Grundrecht verbleibt, sondern das Verbleibende muss das Wesen des Grundrechtes sein,⁷⁸⁷ weshalb die betroffenen Bereiche und ihre Wesensrelevanz von Bedeutung sind. Zu beachten ist jedoch auch, dass ein Grundrecht durch mehrere, kumulativ

Theorien gemeinsamen quantitativen Aspekt, dem zufolge Art. 19 II GG dann angetastet ist, wenn von einem Grundrecht nichts mehr ‚übrig bleibt‘.“ So auch das Verständnis von *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 173: „Dem quantitativen Ansatz folgend, ist Art. 19 Abs. 2 GG verletzt, wenn ein Eingriff den Schutz eines Grundrechts für einen individuellen Grundrechtsträger *vollständig aufhebt*.“ – Hervorhebung A.S. Bereits dies missversteht den quantitativen Ansatz, denn Art. 19 Abs. 2 GG schützt nicht erst vor der vollständigen Aufhebung eines Grundrechtes.

⁷⁸³ *Huber*, DÖV 1956, 135, 142.

⁷⁸⁴ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 601. Vergleichbar auch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 157.

⁷⁸⁵ Dies geht über die Vorgehensweise bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 74 ff., hinaus, welche dem quantitativen Aspekt eher die Aufgabe einer (hier schon erfolgten) Relevanzbestimmung und Schutzbereichspräzisierung zuschreibt als ein eigenständiges Merkmal der Wesensverletzung.

⁷⁸⁶ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 102, generell zur Eingriffsintensität.

⁷⁸⁷ *Krüger*, DÖV 1955, 597, 599.

wirkende und auch summiert zu berücksichtigende Maßnahmen betroffen sein kann. Die Eingriffe sind summiert zu werten und so auf Wesensgehaltsverletzung zu prüfen. Je mehr Eingriffe es gibt und je intensiver diese sind, desto weniger verbleibt vom Grundrecht, bis so wenig verbleibt, dass quantitativ nicht mehr das Wesen übrigbleibt.

Die Addition ist aber auch beim qualitativen Element einzubeziehen, durch die Kumulation kann eventuell erst die Grundrechtsfunktion nicht mehr genügend realisiert werden. In entgegengesetzter Weise kann dagegen die Wertung der staatlichen Handlungen als Einheit mit Blick auf die Qualität auch kompensatorisch wirken: Existieren verschiedene Maßnahmen, von denen eine einen grundrechtswesentlichen Bereich prinzipiell betrifft, eine andere dagegen grundrechtsfördernd wirkt und so sicherstellt, dass die Funktion des Grundrechtes hinreichend entfaltet werden kann, ist insgesamt qualitativ Art. 19 Abs. 2 GG nicht berührt. Nur bei ausreichender Kompensation kann es aber zu einer ausgleichenden Wirkung kommen, viele Wesensbereiche sind aber so bestimmend für den Charakter des Grundrechtes, dass jedenfalls ihr vollständiges Fehlen nicht neutralisiert werden kann.

Bei der qualitativen Betrachtung ist grundsätzlich irrelevant, wie weitgehend der Schutzbereich eingeschränkt ist. Es können quantitativ noch eine Vielzahl anderer Grundrechtsbereiche oder auch der Großteil des Grundrechts völlig unangetastet bleiben, wenn aber ein für die Verwirklichung des Grundrechtes allein wesentlicher bzw. ein prägender Grundrechtsbereich so betroffen ist, dass die Funktion des Grundrechtes betroffen ist und es seinen Namen nicht mehr verdient, ist qualitativ das Wesen angetastet. Für die Versammlungsfreiheit hat der Ort der Grundrechtsausübung eine ausschlaggebende Bedeutung. Werden für Versammlungen alle Innenstädte ausgeschlossen, bleibt rein quantitativ noch eine Vielzahl anderer Demonstrationssorte übrig (Felder, Wiesen, Wälder etc.). Qualitativ hat der Eingriff aber eine grundrechtsverändernde Bedeutung: Der Zweck und die Funktion des Grundrechtes als Teilhabe und Mitwirkung an der öffentlichen Meinungsbildung kann durch die

fehlende Öffentlichkeitswirkung nur noch sehr eingeschränkt realisiert werden, weshalb qualitativ das Wesen nicht mehr verbleibt.⁷⁸⁸

Umgekehrt hat beispielsweise beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine Überwachung in der Intimsphäre zwar eine höhere Qualität als in die Privat- und Sozialsphäre, dies kann aber durch Quantität „ausgeglichen“ werden, wenn eine umfassende, jederzeitige Überwachung außerhalb der Intimsphäre stattfindet und so trotz geringerer Qualität durch den größeren Umfang der Überwachung eine freie Persönlichkeitsentfaltung nicht mehr gewährleistet ist.⁷⁸⁹

Gelegentlich wird aufgrund von Grundrechten mit Ortsbezug eine eigenständige örtliche Dimension diskutiert.⁷⁹⁰ Einer solchen bedarf es jedoch nicht, denn sofern das Grundrecht auch die freie Wahl der Örtlichkeit schützt und diese auch wesensrelevant ist, ist die Ortswahl als Teil der sachlichen Dimension mitumfasst, denn die freie Ortswahl ein Element des sachlichen Schutzbereichs.⁷⁹¹

b) Dauer der Beschränkung und Interaktion

Das notwendige Ausmaß wird häufig nicht dauerhaft versagt, sondern eine große Vielzahl der Eingriffe erfolgt nur vorübergehend, etwa, weil das Gesetz eine Freiheitsbetätigung nicht generell verbietet, sondern zu unterschiedlichen Eingriffen und auch differierender Zeitspanne ermächtigt. Es ist bereits dargelegt worden, dass nicht jeder kurzfristige

⁷⁸⁸ Ebenso Müller, Die Positivität der Grundrechte, S. 100: „Andererseits wäre die Freiheitsgarantie schon vom Normbereich – ‚politische‘, also: resonanz- und diskussionsbezogene und –angewiesene Meinungskundgabe – her in unzulässiger Weise unterlaufen, wenn der Demonstration durch die Behörde allein friedliche Waldgebiete, nur vom fließenden Verkehr benutzte Ausfalls- und Umgehungsstraßen oder menschenleere Vorortgebiete angewiesen würden. Der freigegebene und im Sinn eines grundrechtlichen Anspruchs zu fordernde Weg muß hinreichende Resonanzchancen aufweisen.“

⁷⁸⁹ Häufig wird die Intimsphäre als das (alleinige) Wesen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen, was hier ausdrücklich nicht geteilt wird, so aber Herbert, EuGRZ 1985, 321, 331; wohl auch Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 80 und in diese Richtung auch Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 232 f., der das Wesen auf die Geheimsphäre beschränkt.

⁷⁹⁰ Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 104 ff.

⁷⁹¹ Auf die sachliche Dimension stellt auch Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 104 mit Fn. 491, ab, wenn sie ausführt: „Das Ausmaß der Betroffenheit ‚in sachlicher Hinsicht‘ wird ermittelt, indem zunächst danach gefragt wird, was das jeweilige Grundrecht inhaltlich schützt – es geht also um den sachlichen Schutzbereich eines Grundrechts [...].“ Wenn das Grundrecht sachlich auch die Wahl des Ortes schützt, ist dies Teil des sachlichen Schutzbereiches, einer örtlichen Dimension kommt keine getrennte (eigenständige) Funktion zu.

Eingriff das Wesen eines Grundrechtes antastet. Eine kurzzeitige Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit zum Zwecke einer Befragung oder Zeugenvernehmung durch die verpflichtende Anordnung, sich für eine bestimmte Zeit an einem genau spezifizierten Ort aufzuhalten, womit für diesen (kurzen) Zeitraum jegliche freie Wahl des Aufenthaltsortes untersagt wird, hebt noch nicht die Funktion der Bewegungsfreiheit insgesamt aus. Aus dem Vorgenannten ist eines ersichtlich geworden: Alles dreht sich bei der Berührung des Wesens um die entscheidende Bestimmung, ob das Grundrecht als subjektives oder als objektives Recht entwertet ist, weil der Einzelne oder die Gesamtheit die Grundrechtsfunktion nicht mehr hinlänglich realisieren können. Aus diesen Gründen lassen sich die Anforderungen an und Grundlinien der Bestimmung der Dauer nicht getrennt vom Ausmaß bestimmen, sondern ergeben sich aus der Interaktion von Qualität und Quantität mit dem Zeitfaktor.

Die zur Entwertung des Grundrechtes beitragende Dauer ist umso länger, je weniger kernrelevante Bereiche und umso weniger intensiv sie betroffen sind und umso kürzer, je mehr und je stärker die Grundrechtsfunktion an sich vereitelt wird. Bei den Eingriffen, die das Wesen massiv betreffen, kann nur die Kurzfristigkeit der Maßnahme eine Verletzung verhindern,⁷⁹² sofern nicht ohnehin das Grundrecht durch die Handlungen des Staates für den Einzelnen beseitigt wird wie beim Lebengrundrecht (hier gibt es keine „Dauer“, da mit dem Vollzug des finalen Rettungsschusses das Grundrecht und alle übrigen nie mehr verwirklicht werden können).

Trotz der Feststellung, dass sehr kurzfristige, auch nicht dauerhaft wirkende Eingriffe grundsätzlich nicht das Wesen berühren, weil sie nach der nur kurzen Zeit die Grundrechtsverwirklichung wieder adäquat ermöglichen, kann bei den intensivsten, grundrechtsnegierenden Eingriffen als Richtwert für eine Antastung eine Zeitspanne jedenfalls ab einem halben Jahr angenommen werden, freilich unter Berücksichtigung

⁷⁹² Vgl. *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 270.

grundrechtsspezifischer Besonderheiten.⁷⁹³ Ab diesem Zeitrahmen kann prinzipiell davon ausgegangen werden, dass das Grundrecht „aktuell“ entwertet ist und eine weitreichende Beschränkung für diese Dauer das Grundrecht in seinem Wesen nicht mehr unberührt lässt.

c) Intensität als bestimmender Faktor der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Interaktion von Ausmaß und Dauer der Wesensbeeinträchtigung beinhaltet eine spezifische Form der Intensität von Grundrechtseingriffen. Es ist darauf hingewiesen worden, dass die Intensität von Eingriffen ein Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt.⁷⁹⁴ Die geforderte Untersuchung von Wesensrelevanz, Ausmaß und Dauer dient der Determination des Wesensgehaltes und deren Verletzungsanforderungen. Mit der Bestimmung ist die Aufgabe bereits abgeschlossen – entweder die Funktion des Grundrechtes lässt sich noch adäquat verwirklichen oder nicht. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dient die Intensität dagegen nur als Vorfrage für die anschließende Abwägung der Grundrechtspositionen, bei denen die Intensität eine entscheidende, aber nicht die alleinige Rolle spielt. Mit der Wesensdetermination mittels Intensitätskriterien ist deshalb keine Aufgabe der Absolutheit verbunden, die Methode dient nur dem Finden dessen, was unangetastet bleiben muss. Andere Rechts- und Verfassungsgüter sind zu keinem Zeitpunkt einzubeziehen oder zu berücksichtigen.⁷⁹⁵

⁷⁹³ *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehaltes von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 270, sieht bereits ab einem Monat diese Grenze erreicht, dies mag bei einigen Grundrechten eventuell zutreffen (beispielsweise bei einem völligen Unterbinden der Persönlichkeitsentfaltung mit einhergehenden längerfristigen Folgen), dagegen wäre bei einem einmaligen, einmonatigen Versammlungsverbot das Grundrecht noch nicht so massiv bedroht, dass es existenzbedrohend leertläuft.

⁷⁹⁴ Etwa *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 101; *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 177.

⁷⁹⁵ Die nicht verbundene Aufgabe der kategorialen Wirkung und die Differenzen in der Berücksichtigung der Intensität sind bei *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 101 ff., umfassender und aus anderem Blickwinkel aufgearbeitet. Die Unterschiede zur Abwägung betont auch *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 226. Die Ansicht von *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 178 f., wonach jede Interpretation oder Auslegung von Normen zwingend Abwägungen beinhaltet, übersieht den Unterschied zwischen Auslegung und Abwägung, wobei letztere gerade im Gegensatz zur Auslegung entgegenstehende Rechtsgüter berücksichtigt.

d) Wertungsabhängigkeit

Die Determination der Grenze, ab wann und in welchen Fällen von einer Wesensantastung unter Zugrundelegung der dargestellten Kriterien und Grundlinien auszugehen ist, unterliegt wie jede auslegende und interpretierende Tätigkeit und Entscheidung der Abhängigkeit von Wertungen und ist auch vom Vorverständnis des Interpreten abhängig.⁷⁹⁶ Insbesondere setzt die Bestimmung von der Verletzung her keine offensichtlichen Grenzen, die jeder Interpret der Verfassung in jedem Falle identisch sehen würde. Das Abweichungspotential ist aber aus mehreren Gründen nicht höher als bei anderen Entscheidungen, wenn man die vorgeschlagene Lösung zugrunde legt. Bei der Abwägung besteht grundsätzlich sogar ein höheres Abweichungspotential, denn die Ergebnisfindung ist nicht nur von der Unsicherheit in der Intensitätsbewertung, sondern auch von denen der anschließenden Abwägung und der Bewertung der entgegenstehenden Rechtsgüter abhängig.

Die Wertungsabhängigkeit lässt sich auch dadurch beschränken, das man (erneut) den Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 GG einbezieht. Ausgehend von der hier verstandenen Aufgabe als letzte Schutzbastion für die identitätsbegründenden, für die Grundrechtsverwirklichung zwingend notwendigen Inhalte lässt sich durch den Rückbezug auf diese äußerste Grenze sicherstellen, dass es nur um die elementaren Eigenschaften gehen kann, die noch eher allgemeinüberzeugend bzw. konsensfähig sein dürften als beispielsweise Detailfragen einer Abwägungsentscheidung. Im Übrigen ist aus dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes erneut darauf zu verweisen, dass Art. 19 Abs. 2 GG nur eine von mehreren Normen zur Abwehr von Grundrechtseingriffen darstellt. Kurzfristige, intensive Maßnahmen finden eine absolute, auch vor Verfassungsänderung gesicherte Grenze in Art. 1 Abs. 1 GG, der keine zeitliche Spanne verlangt, und im Übrigen besteht das Abwägungsgebot als relative Begrenzung aller Grundrechtseingriffe. Die Wesensgehaltsgarantie dient als Sicherung der

⁷⁹⁶ Auf die Notwendigkeit und zugleich mögliche Bewältigung des Wertungsproblems verweisen bereits *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 268; und *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 54.

Grundrechtsverwirklichung ohne Bezug zur Menschenwürde und sichert den letzten Freiheitsraum des Grundrechtes vor Maßnahmen der unterverfassungsmäßigen Gewalten.

D. Abschließende Bewertung und Überprüfung

Zuletzt besteht in mehrfacher Hinsicht noch Kontrollbedarf, ob die erarbeitete Wesensgehaltstheorie die zu Beginn aufgestellten Anforderungen einhält. Dass der verfassungsrechtlichen Entwicklung und Konstruktion des Wesensgehaltsvorbehaltes kein Abrücken von der absolut-subjektiven Auslegung zugrunde liegt, ist bereits an früherer Stelle dargelegt worden und nur Folge der Berücksichtigung des Adressatenkreises von Art. 19 Abs. 2 GG und der Anforderungen und Grenzen an eine Verfassungsänderung nach Art. 79 GG. Die Überprüfung der Umsetzungsmöglichkeit an einzelnen Grundrechten im Speziellen, wird als eigenständiger 3. Teil im Anschluss behandelt. An dieser Stelle steht deshalb unter anderem die Begutachtung des eigenständigen Schutzgehaltes neben Abwägung und Menschenwürde sowie die Problematik der Wesensgehaltskollisionen und die Verletzungsfolgen im Vordergrund.

I. Zusätzliche Schutzwirkung gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Wesensgehaltsgarantie kann nur eine eigenständige Wirkung und Schutzfunktion zukommen, wenn Art. 19 Abs. 2 GG gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip jedenfalls in Teilaspekten eine stärkere und damit eine ergänzende Schutzwirkung aufweist. Allgemein wird von den absoluten Theorien in der Regel eine weitergehende Sicherung angenommen,⁷⁹⁷ von den relativen Theorien dagegen bezweifelt.⁷⁹⁸ Neben

⁷⁹⁷ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 856; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 330; *Basten*, Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand, S. 100 f.; *Krüger*, DÖV 1955, 597, 598; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 410; v. *Bernstorff*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 54 f. Vgl. auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 163; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 154 f.

⁷⁹⁸ *Nierhaus*, AöR 116 (1991), 72, 107 f.; BK-GG/ders., Art. 19 Abs. 2 Rn. 78; v. *Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 57; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG,

den generellen, abstrakten Vorzügen kategorialer Grenzziehungen⁷⁹⁹ ist oben bereits der stärkere Schutz gegenüber den relativen, mithin mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Wesentlichen gleichzusetzenden Wesensgehaltstheorien festgehalten worden,⁸⁰⁰ weshalb darauf und auf dessen Geltung auch bezüglich der hier entwickelten Wesensgehaltsauslegung verwiesen werden kann. Eine absolut-subjektive Wesensgehaltstheorie zeigt ihr stärkeres Schutzpotential daran, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch den vollständigen Grundrechtsentzug zulässt, solange sich dafür rechtfertigende Gründe finden lassen. Gerade das Problem der Verfassungswirklichkeit zeigt, wenn die betroffenen Maßnahmen auch konsequent für Wesensgehaltsverletzungen erklärt werden, dass eine absolute Garantie mehr Grundrechtsschutz im Wesensbereich gewährt als die Abwägung.

An dem weitergehenden Schutzpotential kann deshalb nur mit Blick auf die Zulassung von Wesensgehaltsantastungen im Wege der verfassungsgesetzlichen Legitimation durch einen Wesensgehaltsvorbehalt gezweifelt werden. Zugegebenermaßen schwächt diese Option das Schutzpotential wieder ab, denn durch die verfassungsrechtliche Normierung können Wesensberührungen ermöglicht und die unabwägbar Grenze nach Art. 19 Abs. 2 GG überwunden werden. Dennoch garantiert die dargestellte Auslegung „mehr“ Schutz in diesem letzten Freiheitsrest, und zwar aus folgendem Grund: Gegenüber dem einfachen Gesetzgeber sowie der Exekutive und der Judikative bleibt der absolute Schutzgehalt aufrechterhalten, dieser kann nicht einfach aufgrund entgegenstehender Rechtsgüter ein Grundrecht in seinem Wesen antasten. Auch die Möglichkeit des Wesensgehaltsvorbehaltes begründet also dennoch einen stärkeren Grundrechtsschutz, denn durch das Erfordernis einer *verfassungsrechtlichen Legitimation* durch *Verfassungsänderung* ist gegenüber dem sonst beschränkend eingreifenden, einfachen Gesetzgeber und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine weitergehende

S. 283; Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178 f.; BVerfGE 58, 300, 348; Krausnick, JuS 2007, 1091, 1092.

⁷⁹⁹ Siehe oben S. 44 ff.

⁸⁰⁰ Siehe oben S. 111 ff.

Grundrechtssicherung gewährleistet. Aus der hier entwickelten Perspektive besteht deshalb zwar auch die Möglichkeit, ein Grundrecht auch vollständig zu entziehen, allerdings stärker gesichert durch das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Einschränkung der Wesensgehaltsgarantie durch Verfassungsrevision.

II. Abgrenzung zum Menschenwürdegehalt

Art. 19 Abs. 2 GG weist auch einen eigenen Schutzgehalt gegenüber der Menschenwürdegarantie bzw. dem Menschenwürdegehalt einzelner Grundrechte auf, weil sich beide Normen nicht nur mit Blick auf die Verfassungsänderungsresistenz unterscheiden, sondern auch verschiedene Schutzrichtungen aufweisen. Soweit oben bereits festgestellt wurde,⁸⁰¹ dass Menschenwürde- und Wesensgehalt nicht identisch sind, hat sich dies durch die Analyse und Bestimmung der Grundlinien in der Wesensbestimmung noch bestätigt. Für die Identifizierung des Wesensgehaltes ist vor allem die Funktion und Schutzrichtung des jeweiligen Grundrechtes bestimmend. Dieser bestimmende, prägende Zweck ist aber jedenfalls nicht bei jedem Grundrecht auf die Sicherung des Menschenwürdekerns beschränkt und gerichtet; im Gegenteil weisen diverse Grundrechte gar keine oder nur sehr spärliche Nähe zur Menschenwürde auf. Die Garantie der Menschenwürde dient der Sicherung derjenigen Faktoren und Elemente, die unabdingbare Voraussetzung für das Menschsein sind, ohne die bzw. bei Missachtung derer der Mensch zum Objekt würde. Schutzrichtung ist dementsprechend vor allem der Schutz vor Entmenschlichung und Erniedrigung, einer Missachtung des Menschen als Mensch, als Subjekt.⁸⁰² Das Wesen der verschiedenen Grundrechte weist einen solchen Würdebezug nicht in jedem Fall auf, sondern ist je nach Grundrechtsfunktion auf etwas anderes gerichtet.⁸⁰³ Dementsprechend ist es prinzipiell ungenau davon

⁸⁰¹ Vgl. oben S. 64 ff.

⁸⁰² Vgl. BVerfGE 30, 1, 25 f.; E 50, 166, 175; E 109, 133, 149 ff.; E 131, 268, 286 f.; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 66.

⁸⁰³ Diese Unterscheidung liegt im Wesentlichen auch bei v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209, zugrunde, der die unterschiedlichen Zwecke und die unterschiedliche Qualität (Selbstbestimmung bei Art. 19 Abs. 2 GG, Selbstbestimmtheit bei Art. 1 Abs. 1 GG) aufgrund der grundrechtsspezifisch zu ermittelnden Kerngehalte betont. In diese Richtung auch

auszugehen, dass der Wesensgehalt „weiter“ als der Menschenwürdegehalt ist,⁸⁰⁴ vielmehr kann Art. 19 Abs. 2 GG je nach Grundrecht und je nach Eingriffsart mehr oder auch weniger an unantastbaren Gehalten garantieren. Auch sofern einem Grundrecht ein Menschenwürdegehalt zukommt, ist der Wesensgehalt nicht auf diesen beschränkt.⁸⁰⁵

Eine Wesensgehaltsverletzung ohne Menschenwürdeantastung kann vorliegen, wenn das grundrechtsspezifisch ermittelte Wesen nicht mehr verbleibt, ohne dass der betroffene Grundrechtsträger zum Objekt herabwürdigt wird.⁸⁰⁶ Insbesondere für juristische Personen als Grundrechtsträger kann zwar eine Wesensantastung, aber keine Verletzung des Menschenwürdegehalts in Frage kommen. Umgekehrt kann eine Menschenwürdeverletzung bei einem punktuellen, die Menschlichkeit verletzenden Eingriff vorliegen, während trotz Würdeverletzung z.B. wegen der Kurzfristigkeit oder ausreichender Verwirklichungsoptionen der grundrechtsspezifischen Funktion eine Wesensantastung ausscheidet. Bei Art. 1 Abs. 1 GG ist die Dauer der Würdeverletzung irrelevant, jeder Eingriff in die Intimsphäre, jede Entmenschlichung ist auszuschließen, indessen ist der Zeitaspekt bei Art. 19 Abs. 2 GG prinzipiell zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung nach Wesens- und Menschenwürdegehalt ist auch nur konsequent, denn das Grundgesetz kann auch Grundrechte gewähren, die nicht von der Menschenwürde getragen sind.⁸⁰⁷ Die unantastbaren Bereiche sind dabei umso deckungsgleicher, je näher das Grundrecht an das Menschsein anknüpft und Anteil an den Grundbedingungen des

Löffelmann, ZStW 118 (2006), 358, 384 f.; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 66.

⁸⁰⁴ So aber v. *Arnould*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236; i.E. auch *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 423.

⁸⁰⁵ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 420; *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 56; *Middendorf*, Jura 2003, 232, 236; *Brenner*, Der Staat 32 (1993), 493, 506 f.; a.A. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 360.

⁸⁰⁶ Vgl. ebenso v. *Arnould*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 420.

⁸⁰⁷ v. *Münch/Kunig/Bryde*, GG II, Art. 79 Rn. 37; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck*, GG I, Art. 1 Rn. 34; hieran anschließend *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 159; vgl. auch *Dreier/ders.*, GG I, Art. 1 I Rn. 163 ff.

menschlichen Wertanspruchs⁸⁰⁸ hat. Dies trifft wegen der Anbindung an Art. 1 Abs. 1 GG vor allem auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu,⁸⁰⁹ welches im Intimbereich erhebliche Überschneidungsbereiche zwischen Wesens- und Menschenwürdegehalt aufweist.

Dennoch ist der Wesensgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nicht auf die Intimsphäre beschränkt,⁸¹⁰ die Funktion der freien Entfaltung der Persönlichkeit kann auch durch weitreichende Maßnahmen in der Privat- und Sozialsphäre beseitigt werden. Darin geht der Wesensgehalt des Persönlichkeitsrechtes über den unantastbaren Menschenwürdegehalt trotz der starken Verbindungen zu Art. 1 Abs. 1 GG hinaus. Je weniger das Grundrecht an das Menschsein anknüpft, sondern vielmehr in der Verwirklichung sozialer und auch kollektiver Freiheitsverwirklichung besteht, desto inhomogener und divergent sind die unantastbaren Bereiche von Art. 19 Abs. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG und umso mehr Bedeutung kommt der Wesensgehaltsgarantie als eigenständige Schranken-Schranke zu.

III. Wesensgehaltskollisionen

Der Konflikt von Wesensgehalten unterschiedlicher Grundrechtsträger stellt jede absolut-subjektive Theorie vor eine Belastungsprobe – einige der Fallgruppen des „Problems der Verfassungswirklichkeit“ sind deshalb solche Kollisionsfälle bzw. sollen solche sein. Typischerweise wird der Wesensgehaltskonflikt am finalen Rettungsschuss dargestellt. In diesem Fall stehen sich das Leben der Opfer und das des Täters gegenüber. Auf beiden Seiten droht das Wesen des Grundrechtes auf Leben ausgelöscht zu werden – und es bestehen für den Staat auf jeder Seite divergierende Pflichten: Hinsichtlich der Täter besteht eine Unterlassungspflicht, der eine Achtung des Wesensgehaltes vor staatlichen Eingriffen bezweckt, gegenüber den Opfern dagegen besteht eine Schutzpflicht auf Abwehr von Grundrechtsbeeinträchtigungen Privater. Diese Pflichtenkollision kann dazu führen, dass eine von beiden nicht erfüllt werden kann; für die

⁸⁰⁸ BVerfGE 109, 133, 149 f.

⁸⁰⁹ Vgl. Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26.

⁸¹⁰ Vgl. oben S. 203 sowie unten S. 223 ff.

Wesensgehaltsgarantie stellt sich die Frage, welche der Pflichten dies sein muss und ob der Konflikt nur durch Abwägung zu lösen ist, wie teilweise konstatiert wird.⁸¹¹

1. Kaum Anwendungsfälle

Trotz der gelegentlich beschworenen Häufigkeit von Kerngehaltskollisionen⁸¹² bestehen tatsächlich nur sehr wenige Anwendungsfälle, in denen sich tatsächlich zwei Grundrechtswesen gegenüberstehen und bei denen der Konflikt nur durch das „Opfern“ eines Wesens gelöst werden kann. Im Regelfall bestehen mehrere Entscheidungsoptionen, von denen einige das Wesen beider Grundrechtsträger wahren können – es ist dann eine der Möglichkeiten zu wählen, die den Wesensgehalt in beiden Fällen nicht antastet.⁸¹³ In diesem Sinne lassen sich die meisten Grundrechtskollisionen lösen, ohne dass es tatsächlich zu einer aufzulösenden Wesenskollision kommt.

Streikenden Arbeitnehmern den Streik zu untersagen, wenn er zur wirtschaftlichen Vernichtung des Arbeitgebers führt, stellt in diesem Sinne keine Kollisionslage auf Wesensebene dar, da den Arbeitnehmern genügend andere und den Wesensgehalt des Arbeitgebers wahrende Streikmöglichkeiten verbleiben. Auch für den Geiselnnehmer, der durch andere Handlungen als den finalen Rettungsschuss vom Verletzen der Geiseln abgehalten wird,⁸¹⁴ besteht keine Wesensgehaltsverletzung – nur durch den Rettungs- bzw. Todesschuss, der ihm sein Leben nimmt oder ihn so verletzt, dass das Wesen der körperlichen Unversehrtheit betroffen wäre. Insbesondere kann der Komplex der Wesensgehaltskollisionen auch die (lebenslange) Freiheitsstrafe nicht lösen oder auch nur dafür mitentscheidend sein, denn in vielen Fällen besteht keine (bevorstehende) Wesensgehaltskollision.⁸¹⁵ Die Freiheitsstrafe ist eine Strafe, und der Vollzug der Strafe dient auch, aber nicht nur dem Schutz der

⁸¹¹ *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 70; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 663.

⁸¹² BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 70; wie hier v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 217.

⁸¹³ *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235; vgl. auch *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 333.

⁸¹⁴ Zu den eventuellen, vorrangigen Alternativen *Kutscha*, NVwZ 2004, 801, 802.

⁸¹⁵ Zur Freiheitsstrafe als Wesensgehaltskonflikt *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 70.

Allgemeinheit⁸¹⁶ vor dem weiter gefährlichen Täter. Die Freiheitsstrafe wird aber auch vollzogen, wenn vom Inhaftierten keine Gefahr mehr ausgeht, er aber noch seine Zeit als Strafe absitzen muss. Zur Begründung bzw. Rechtfertigung der Freiheitsstrafe kann das Kollisionsdenken in dieser Situation also nicht dienen. Tatsächliche, unauflösbare Wesensgehaltskollisionen liegen deshalb nur in wenigen Situationen vor.

2. Keine gleichartigen Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 2 GG

Auch in den wenigen Konfliktkonstellationen liegen keine gleichartigen und gleichwertigen Pflichten aus Art. 19 Abs. 2 GG vor. Wie oben⁸¹⁷ begründet wurde, ist die Schutzpflichtensituation auf Art. 19 Abs. 2 GG nur eingeschränkt anwendbar, jedenfalls scheidet eine subjektiv-absolute Garantie im Sinne einer unabweislichen Verpflichtung des Staates, jedes Grundrecht jedes einzelnen Grundrechtsträgers vor Eingriffen Privater in jedem Einzelfall zu schützen, aus. Eine Abwandlung der Auslegung im Sinne einer Verpflichtung „im Rahmen der Möglichkeiten“ würde wegen der vorangehenden Mittelbereitstellung für Polizei o.ä. eine verdeckte Abwägungssituation begründen – bei der Schutzpflichtensituation kann es deshalb allenfalls um eine objektive Dimension bei Art. 19 Abs. 2 GG gehen; es besteht schon keine (absolute!) Verpflichtung zum Schutze und Garantie jedes einzelnen Grundrechtsträgers.⁸¹⁸ Die Achtenspflicht aus Art. 19 Abs. 2 GG gilt dagegen unbedingt und absolut für jeden Einzelfall. Aus diesem Grund stehen sich deshalb zwar Wesensgehalte verschiedener Grundrechtsträger, aber schon keine zwei gleichartigen und gleichwertigen Verpflichtungen des Staates aus Art. 19 Abs. 2 GG gegenüber, die eine Auflösung der Pflichtenkollision erzwingen würde. Aus der zwingend objektiviert zu verstehenden Schutzpflichtendimension der Wesensgehaltsgarantie liegt im Unterlassen der Hilfeleistung unter Achtung des entgegenstehenden absolut-subjektiven Grundrechtswesens keine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG vor.

⁸¹⁶ Schutz der Allgemeinheit als Zweck der Haft, vgl. BVerfGE 22, 180, 219; E 45, 187, 223, 239; E 70, 297, 307; E 117, 71, 95.

⁸¹⁷ Siehe oben S. 88 ff.

⁸¹⁸ In diese Richtung prinzipiell auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 335, der ebenso nicht danach fragt, ob das Verhalten in das Wesen eines Anderen eingreift, sondern ob eine staatliche Verpflichtung aus Art. 19 Abs. 2 GG besteht.

3. Lösung bei gegenüberstehenden Wesensgehalten

Dieses moralisch ggf. unbefriedigende Ergebnis lässt sich jedoch abschwächen. Das Leben der Opfer ist zwar nicht im Einzelfall durch Art. 19 Abs. 2 GG, aber allgemein aus der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Grundrechte gesichert. An der Umsetzung dieser Schutzpflicht (nicht aus Art. 19 Abs. 2 GG) ist der einfache Gesetzgeber jedoch gehindert, denn in der Legitimation und anschließenden Umsetzung (z.B. des finalen Rettungsschusses) würde eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie liegen.⁸¹⁹ Die Kollisionslage kann wegen der Bindung der verfassungsgebundenen Gewalten an Art. 19 Abs. 2 GG nur der verfassungsändernde Gesetzgeber durch einen Wesensgehaltsvorbehalt auflösen (soweit und sofern für die Konstellation ein solcher nicht schon besteht und die Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt sind). Wenn und weil wie oben festgestellt nur der verfassungsgebenden und -ändernden Gewalt die Kompetenz eingeräumt ist, Eingriffe in die Substanz zuzulassen, gilt dies auch für das Verhältnis entgegenstehender Kerngehalte – und es besteht auch kein Bedürfnis oder eine Unvermeidbarkeit für eine relativierende Sichtweise von Art. 19 Abs. 2 GG.⁸²⁰

Gestützt wird dieses Ergebnis durch Argumente, die auch zur Begründung der unterschiedlichen Wertigkeit von Achtens- und Schutzpflicht allgemein⁸²¹ herangezogen werden.⁸²² Die verfassungsgebundenen Gewalten dürfen nur die Mittel und Wege ergreifen, die ihnen von der

⁸¹⁹ Anders nur v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 184: „Bei Eingriffen in das Recht auf Leben eines Verbrechers in diesen Konstellationen liegt – unabhängig von der Frage der anzuwendenden Querschnittsklausel (Art. 19 Abs. 2 oder Art. 1 Abs. 1 GG) – demnach kein Eingriff in den Kerngehalt des Lebensgrundrechts vor“, anders aber wohl wiederum S. 222 ff.

⁸²⁰ So aber *Middendorf*, Jura 2003, 232, 235; BK-GG/*Nierhaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 70; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 663.

⁸²¹ Also ohne Begründung mit der nur objektiv möglichen Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG in der Schutzpflichtensituation.

⁸²² Dazu v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 24, 223 ff.; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 53 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 511, 524; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 335; *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1084, allerdings nur zur Situation von § 14 Abs. 3 LuftSiG.

Verfassung gestattet sind,⁸²³ dem einfachen Gesetzgeber ist das Antasten des Wesens aber untersagt. Aktives Eingreifen hat eine andere Qualität als das Unterlassen,⁸²⁴ was auch durch den Begriff des „Antastens“ mit Anknüpfung an die Tätigkeit unterstützt wird.

Existiert kein Wesensgehaltsvorbehalt, sind die verfassungsgebundenen Gewalten zur Achtung verpflichtet. Alle Maßnahmen dürfen und müssen ausgeschöpft werden, um eine Rechtsgutsverletzung zu verhindern, allerdings nur so weit, dass der Wesensgehalt nicht angetastet wird.

IV. Verhältnis zu den Instituts- und institutionellen Garantien

Obgleich die Notwendigkeit einer Abgrenzung zu den Einrichtungsgarantien für eine absolut-subjektive Theorie nicht so sehr wie bei einer objektiven Auslegung besteht, ist eine kurze inhaltliche Abgrenzung hinsichtlich der Reichweite und des gewährten Schutzes neben dem vor Aushöhlung geschützten typusprägenden Kern der Einrichtungsgarantien vorzunehmen. Mit einer auch den Schutz der einzelnen Person garantierenden Wesensgehaltsgarantie reicht die Gewährleistung von Art. 19 Abs. 2 GG schon deshalb über den Kernbereich der Einrichtungsgarantien hinaus, weil nicht nur das Institut des Grundrechts als solches vor Aushöhlung geschützt ist, sondern auch für den einzelnen Grundrechtsträger. Doch auch (nur) mit Blick auf die ebenso bestehende objektive Dimension der Wesensgehaltsgarantie⁸²⁵ ist diese neben den Einrichtungsgarantien keineswegs überflüssig.⁸²⁶ Trotz einiger Erweiterungstendenzen⁸²⁷ werden nur einigen Grundrechten

⁸²³ BVerfGE 115, 118, 160; *Merten*, JR 2003, 404, 407. Vgl. zu Art. 1 GG auch *Kunig*, Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde, in: Gröschner/Lembcke [Hrsg.], Das Dogma der Unantastbarkeit, S. 121, 125.

⁸²⁴ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 225 f.; *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1084; vgl. auch *Merten*, JR 2003, 404, 407 f.

⁸²⁵ Vgl. oben S. 95 f.

⁸²⁶ Vgl. *Klein*, AöR 90 (1965), 129, 137; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 795; *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 68; *Dittrich*, Pressekonzentration und Grundgesetz, S. 36; a.A. *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 107. Umgekehrt stellt *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 25 f., die Frage, ob die Institutsgarantien neben Art. 19 Abs. 2 GG überflüssig sind; für die grundrechtlichen Institutsgarantien bejahend *G. Kemper*, Pressefreiheit und Polizei, S. 53; ebenso *Waechter*, Die Verwaltung 29 (1996), 47, 49 f., 62 ff., der insgesamt die Einrichtungsgarantien als entbehrlich ansieht.

⁸²⁷ Hierzu *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 832 ff.

Institutsgarantien zugeschrieben, sodass unabhängig von bestehenden Unterschieden in der Schutzrichtung Art. 19 Abs. 2 GG jedenfalls für die übrigen Grundrechte ergänzende Wirkung in der objektiven Dimension entfaltet.⁸²⁸

Umgekehrt könnten wiederum die Einrichtungsgarantien bei stringentem Gebrauch von Art. 19 Abs. 2 GG überflüssig sein, doch auch dem ist nicht so.⁸²⁹ Ein Konkurrenzverhältnis besteht nur zu den Institutsgarantien, da sich die institutionellen Garantien nicht auf Grundrechte beziehen⁸³⁰ und dementsprechend mit den Einrichtungen z.B. des Berufsbeamtentums oder der gemeindlichen Selbstverwaltung⁸³¹ von Art. 19 Abs. 2 GG nicht erfasste und damit weitergehende Bereiche garantieren.

Für die Institutsgarantien kann es zu Überschneidungen kommen, sofern der Kern einer Institutsgarantie auch zum Wesen des Grundrechtes gehört. Art. 19 Abs. 2 GG schützt aber nicht per se den Kern der Einrichtungsgarantien, sondern nur, soweit dieser entsprechend der herausgearbeiteten Kriterien zum Wesen des entsprechenden Grundrechtes zählt, also wenn die Institutsgarantie bzw. das Normengeflecht unabdingbare Voraussetzung für den Grundrechtsgebrauch und demzufolge Teil des unantastbaren Wesens ist. Es kommt also auf die Wesensbestimmung im Einzelfall bei jedem Grundrecht an, ob hierzu auch die Einrichtungsgarantie oder Teile hiervon gehören.

In diesem Falle sind die Institutsgarantien neben Art. 19 Abs. 2 GG entbehrlich. Ob auf die Institutsgarantien aber insgesamt verzichtet

⁸²⁸ Vgl. *Klein*, AöR 90 (1965), 129, 137; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 795; *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 68.

⁸²⁹ Wie hier *Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, S. 38 ff.; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 25 f.; *Dittrich*, Pressekonzentration und Grundgesetz, S. 36 f.; *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 400 ff.; *Klein*, AöR 90 (1965), 129, 136 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 59 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 795. Uneindeutig noch *Schaks*, DÖV 2015, 817, 827.

⁸³⁰ *Sasse*, AöR 85 (1960), S. 439 f.; *Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 61; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 25; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, GG I, Art. 9 Rn. 84; *Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR II, § 43 Rn. 37; *Klein*, AöR 90 (1965), 129, 136 f.; *Dittrich*, Pressekonzentration und Grundgesetz, S. 36 f.

⁸³¹ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 171 ff.; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 278; *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 46 f.

werden könnte, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden, da die Wesensbestandteile der einzelnen Grundrechte noch nicht ermittelt sind (dazu unten 3. Teil) und auch nicht das Wesen für alle Grundrechte in Abgrenzung zu den Einrichtungsgarantien umfassend ermittelt werden kann. Festhalten lässt sich aber, dass sich der eigentliche Anwendungs- und Wirkungsbereich der Institutsgarantien bei einer konsequenten Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG verringern würde.

V. Verletzungsfolgen

Abschließend lohnt noch ein kurzer Blick auf die Folgen einer Wesensgehaltsantastung und deren Feststellung. Bei den singulären Maßnahmen führt dies zur Verfassungswidrigkeit des Einzelaktes, Rechtsnormen sind grundsätzlich für nichtig zu erklären.⁸³² Einzelakte der Verwaltung oder Rechtsprechung aufgrund von Generalklauseln oder der Einräumung von Ermessen müssen verfassungskonform ausgeübt werden;⁸³³ bei Missachtung sind Verwaltungsakte aufhebbar, in der Regel aber bereits nichtig gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen.⁸³⁴ Gerichtliche Entscheidungen sind nichtig⁸³⁵ oder jedenfalls – gegebenenfalls durch Verfassungsbeschwerde – aufhebbar.⁸³⁶ Anders einzuordnen ist die Situation, in der erst durch mehrere, kumulativ wirkende Eingriffe das Grundrecht langsam bis zum Wesen ausgehöhlt wird; hier existieren wie bei Gleichheitsverletzungen und des Verbotes der Belastungskumulation verschiedene Optionen, um die Wesensverletzung zu beseitigen.⁸³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat für diese beiden Situationen bereits entschieden:

⁸³² v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 d; Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 48; BVerfGE 22, 180, 219 f.; Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 425; Stern, Staatsrecht III/2, S. 876 f.; Schaks, JuS 2015, 407, 407; ders., DÖV 2015, 817, 825; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 121.

⁸³³ Vgl. Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 426.

⁸³⁴ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 48; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 d; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 121.

⁸³⁵ v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 7 d.

⁸³⁶ Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 48 m. w. Nw.

⁸³⁷ Vgl. Schaks, DÖV 2015, 817, 826; BVerfGE 22, 349, 360 f.; E 28, 324, 362 f.; E 82, 60, 83; E 82, 126, 154 f.; E 87, 114, 135 f.; E 97, 35, 48; Kirchhof, NJW 2006, 732, 733.

„Steht eine Norm mit der Verfassung nicht im Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 BVerfGG). Das gilt jedoch nicht, wenn sich ein Verfassungsverstoß aus dem Zusammenwirken mehrerer Vorschriften ergibt und eine Korrektur auf verschiedene Weise vorgenommen werden kann. [...] In einer solchen Lage muß das Bundesverfassungsgericht sich grundsätzlich darauf beschränken, die diskriminierende Bestimmung als unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären. Diese darf dann bis zur Neuregelung von staatlichen Stellen nicht mehr angewandt werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Rechtslage unverzüglich mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen.“⁸³⁸

Dies trifft auch auf die Konstellation der Wesensverletzung durch kumulative Grundrechtseingriffe zu; das Bundesverfassungsgericht hat dann die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz festzustellen und den bzw. gegebenenfalls die Gesetzgeber bei einer Kombination von Bundes- und Landesgesetzen zur Korrektur aufzufordern.

VI. Ergebnis

Die Figur des Wesensgehaltsvorbehalts hat sich damit abstrakt sowie anhand einiger behandelte Beispiele als tauglich erwiesen, die verschiedenen Konflikte aus der absolut-subjektiven Auslegung einer Lösung zuzuführen, zugleich aber der Wesensgarantie einen eigenen, kernbereichsschützenden Anwendungsbereich zuzuerkennen und mittels der erarbeiteten Grundlinien zur Wesensbestimmung das Wesen sowie eventuelle Wesensgehaltsvorbehalte weiterer Grundrechte zu bestimmen.

⁸³⁸ BVerfGE 82, 126, 154 f.; vgl. *Schaks*, DÖV 2015, 817, 826, der auf diese Entscheidung verweist. Vergleichbare Feststellungen in BVerfGE 22, 349, 360 f.; E 28, 324, 362 f.; E 82, 60, 83; E 82, 126, 154 f.; E 87, 114, 135 f.; E 97, 35, 48.

3. Teil: Grundrechtsspezifische Wesensgehaltsbetrachtung für ausgewählte Grundrechte

Mit der theoretischen Begründung und Herleitung des Wesensgehaltsvorbehalts, dem Entwickeln von abstrakten Grundlinien der Wesensbestimmung für die einzelnen Grundrechte und der Bestätigung bislang anhand von lediglich zwei exemplarisch gewählten Beispielen eines Wesensgehaltsvorbehaltes ist die notwendige Arbeit einer konsistenten Wesensgehaltstheorie noch nicht getan. Zu häufig haben sich rein abstrakte Feststellungen als bloße Leerformeln erwiesen; zu oft wurde festgehalten, dass es an konkreter Umsetzung und Fallgruppenbildung fehlt. Der nachfolgende Teil ist hoffentlich auch ein neuer Anstoß, die Wesensgehaltsgarantie in der Praxis anzuwenden und in der Wissenschaft zu untersuchen. Ziel der erwünschten Entwicklung ist das Herausarbeiten des unantastbaren Gehaltes jedes *einzelnen* Grundrechtes, die dieses Werk alleine nicht leisten kann. Wegen der oben festgestellten Unmöglichkeit der umfassenden abstrakten, positiven Definition des Wesens der meisten Grundrechte sind die Feststellungen hinsichtlich der wesensrelevanten Inhalte und beispielhaft behandelte, intensiver Eingriffe nur auszughaft und nicht abschließend. Die nun folgende relativ umfangreiche Untersuchung diverser Grundrechte dient dazu, die Praktikabilität und Überzeugungskraft der entwickelten Theorie zu belegen.

A. Grundrechtsauswahl und Methodik

Die behandelten Grundrechte sind insbesondere unter dem Aspekt der Konzeptionskontrolle ausgewählt worden. Bearbeitet werden deshalb die Grundrechte, die typischerweise für das Argument der Verfassungswirklichkeit genannt werden. Weiterhin werden auch andere Grundrechte bearbeitet, bei denen sehr weitreichende und intensive Eingriffe praktiziert werden und deshalb Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 2 GG bestehen könnten. Ein weiterer Aspekt bei der Auswahl stellte die mögliche Existenz eines Wesensgehaltsvorbehaltes dar sowie

die Eignung des Grundrechtes zur Abgrenzung des Wesens- vom Menschenwürdegehalt.

Die untersuchten Grundrechte bestehen aus zwei Abschnitten: Der erste beinhaltet Grundrechte, die umfangreicher aufgearbeitet wurden (B.), während der zweite Teil (C.) weitere Grundrechte im Überblick und punktuelle Aspekte der Wesensgehaltsgarantie bearbeitet. Insbesondere der erste Teil verfolgt weitgehend einen einheitlichen, methodischen Aufbau, der sich aus den bestimmten Grundlinien der Wesensdetermination ergibt. Zunächst werden für jedes Grundrecht aus der spezifischen Funktion nach dem entworfenen Muster die wesensrelevanten Gehalte ermittelt, bevor anschließend einzelne, intensive Eingriffe auf den für die Grundrechtsfunktion unabdingbar notwendigen qualitativen oder quantitativen Grundrechtsrest hin untersucht werden. Zuletzt schließt sich noch eine Abgrenzung der wesensrelevanten Teile des Schutzbereiches vom jeweiligen Menschenwürdegehalt des Grundrechtes an.

Der Umfang und die Schwerpunktsetzung der jeweiligen Abschnitte differiert dabei je nach Grundrecht; bei einigen Grundrechten etwa sind die wesensgehaltsrelevanten Maßnahmen wegen des Problems der Verfassungswirklichkeit schon in Rechtsprechung und Literatur problematisiert worden, sodass der erste Komplex kürzer gefasst werden kann.

B. Einzelne Grundrechte

I. Allgemeine Handlungsfreiheit

1. Wesensrelevante Gehalte

Der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) kommt sowohl generell als auch bezüglich der Wesensgarantie eine gesonderte Stellung zu. Nach herrschender Meinung stellt die allgemeine Handlungsfreiheit ein Auffanggrundrecht⁸³⁹ dar, deren Schutzbereich als umfassende

⁸³⁹ BVerfGE 6, 32, 37; E 9, 338, 343; E 11, 234, 238; E 23, 50, 55 f.; E 67, 157, 171; E 95, 173, 188; E 113, 29, 45; *Degenhart*, JuS 1990, 161, 169; *Scholz*, AöR 100 (1975), 80, 112 f.; BeckOK-GG/Lang, Art. 2 Rn. 1.

Freiheitsgarantie zu verstehen ist und jedes menschliche Verhalten schützt.⁸⁴⁰ Die Weite des grundrechtlichen Schutzbereiches hat auch Auswirkungen auf Art. 19 Abs. 2 GG, denn angesichts des umfassenden Schutzes lassen sich kaum für die Grundrechtsverwirklichung essentielle Bereiche oder Verhaltensweisen ausmachen. Teilweise wird deshalb auch vertreten, die allgemeine Handlungsfreiheit habe kein Wesen.⁸⁴¹

Doch ist die allgemeine Handlungsfreiheit nicht nur auf ihre Funktion als Auffanggrundrecht zu reduzieren, sondern hat eine eigene Bedeutung.⁸⁴² Für Art. 19 Abs. 2 GG liegt diese in der prinzipiellen, tatsächlichen Freiheitsermöglichung mit allen Konsequenzen, den „praktischen Selbstentwurf des Menschen nach seinem Willen“ als unabdingbares Wesen der freien Entfaltung der Person nach außen.⁸⁴³ Zwar kommt es für die Betroffenheit des Schutzbereiches nicht auf eine Persönlichkeitsrelevanz an,⁸⁴⁴ für den Wesensgehalt als unantastbaren Kern des Grundrechtes ist ein solcher auch mit Blick auf den Wortlaut („freie Entfaltung seiner *Persönlichkeit*“) aber zu fordern. Zu den wesensrelevanten Inhalten dürfte deshalb als notwendige Voraussetzung der Selbstbestimmung des Einzelnen die Privatautonomie zählen.⁸⁴⁵ Weiterhin muss als Wesen der allgemeinen Handlungsfreiheit die aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende prinzipielle Freiheitsvermutung angesehen werden.⁸⁴⁶

⁸⁴⁰ v. Münch/Kunig/Kunig, GG I, Art. 2 Rn. 12; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Rn. 2, 12 ff.; BVerfGE 6, 32, 36; E 80, 137, 152; Martini, JA 2009, 839, 840.

⁸⁴¹ BeckOK-GG/Enders, Art. 19 Rn. 28.

⁸⁴² Vgl. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Rn. 7.

⁸⁴³ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Rn. 13, vgl. auch Rn. 1: „Die tatsächlich erfahrbare Möglichkeit von Freiheit, auch mit all ihren Lasten und Risiken für sich und andere, ist das entscheidende *Wesensmerkmal* einer jeden Persönlichkeit.“ – Hervorhebung A.S. Vergleichbarer Schutzzweck bei Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 2 Rn. 5: Schutz der „Selbstverwirklichung des Menschen nach seinen eigenen Vorstellungen“.

⁸⁴⁴ H.M. seit BVerfGE 6, 32, 36; E 80, 137, 152; vgl. Jarass, NJW 1989, 857, 857; v. Münch/Kunig/Kunig, GG I, Art. 2 Rn. 12; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG I, Art. 2 Rn. 11 ff., jeweils m. w. Nw.; a.A. Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 137, 164 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 428; Dutge, NJW 1997, 3353, 3355.

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 237, unter Verweis auf BVerfGE 114, 1, 34.

⁸⁴⁶ Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 227; Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 455; vgl. als maßgeblicher Zweck von Art. 2 Abs. 1 GG Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Rn. 2. Die Freiheitsvermutung kommt auch in der ursprünglichen Formulierung von

2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe

Eine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG ist dann anzunehmen, wenn von den genannten wesensrelevanten Gehalten einer weitgehend nicht mehr existiert, also ein „letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit“⁸⁴⁷ fehlt. Wird die Privatautonomie und freie Selbstbestimmung im Wesentlichen verneint, ist das Wesen angetastet. Gleiches gilt, wenn die Freiheitsvermutung in ihr Gegenteil verkehrt wird,⁸⁴⁸ etwa wenn die Handlungsfreiheit auf ein Minimum an Wahlmöglichkeiten beschränkt wird oder als Regelfall ein Erlaubnisvorbehalt etabliert würde und Freiheit damit zur Fremdbestimmung wird. Aus dieser sehr weitgehenden Beschränkungsnotwendigkeit wird klar, dass eine Wesensantastung der wegen der schiereren Weite an Verwirklichungsoptionen der Handlungsfreiheit in einem freiheitlichen Rechtsstaat kaum vorkommen wird und in der Regel schon ein spezielles Grundrecht in seinem Wesen verletzt sein dürfte.

3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie

Die allgemeine Handlungsfreiheit hat zwar wegen des weiten Schutzbereichs nicht in allen Facetten, aber hinsichtlich der Freiheitsvermutung und der Privatautonomie als Grundbedingungen der Selbstbestimmung und „Selbstentwurf des Menschen“ der persönlichen Freiheit Anteil an Art. 1 Abs. 1 GG⁸⁴⁹ – ohne ein Minimum an Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung und der folgenden Fremdbestimmung ist der Mensch nicht Subjekt, sondern nur Objekt der Staatsgewalt. In diesem fundamentalen, sowohl von Art. 19 Abs. 2 wie auch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Bereich kommt der Wesensgehaltsgarantie kaum eine weitergehende Bedeutung zu.⁸⁵⁰ Art. 19 Abs. 2 GG geht über die Menschenwürdegarantie in der allgemeinen

Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck: „Jedermann ist frei, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“, JöR NF 1 (1951), S. 56.

⁸⁴⁷ BVerfGE 6, 32, 36.

⁸⁴⁸ *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 227.

⁸⁴⁹ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 1 f., 7, 13; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 2 Rn. 1 f., 5.

⁸⁵⁰ So auch *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 455.

Handlungsfreiheit nur insoweit hinaus, als es eine etwas vorgezogene Grenze aufstellen dürfte, da die Wesensgarantie keine Verobjektivierung verlangt, sondern allein unzureichende Entfaltungsmöglichkeiten eine Antastung begründen. Diese vorgelagerte Grenze dürfte aber nur schwierig allgemein nachvollziehbar festzulegen sein.

II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das vom Bundesverfassungsgericht aus der Verbindung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht⁸⁵¹ weist wegen dieser unmittelbaren Anknüpfung an die Menschenwürde einen größeren Menschenwürdegehalt als andere Grundrechte auf, weshalb auch die Abgrenzung und die Unterschiede zum Wesensgehalt überwiegend nur sehr differenziert zu beurteilen sind. Ohne die vielfältigen Nuancen und auch die unklare bzw. umstrittene Weite des Menschenwürdegehaltes für jede Einzelgewährleistung des Persönlichkeitsrechtes und dessen Abweichung zu Art. 19 Abs. 2 GG umfassend darlegen zu können, bestehen doch einige grundsätzliche Unterschiede.

1. Wesensrelevante Gehalte und Verhältnis zur Menschenwürde

Schon aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG folgt die Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als Abwehrrecht für die freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit. Damit ist die allgemeine Grundrechtsfunktion zwar beschrieben, die spezifischen, für die Ermittlung der wesensrelevanten Teile bestimmenden Zwecke im Besonderen aber noch nicht – nicht das gesamte Grundrecht ist vor dem einfachen Gesetzgeber zur Grundrechtsverwirklichung unabdingbar zu schützen, sondern nur die Grundvoraussetzungen der Persönlichkeitsverwirklichung.

⁸⁵¹ BVerfGE 32, 373, 379; E 34, 238, 245 f.; E 80, 367, 373; E 109, 279, 325 f.; E 120, 274, 302. Zur Entwicklung des (auch zivilrechtlichen) Persönlichkeitsrechtes *Brandner*, JZ 1983, 689, 689 f.; *Seifert*, NJW 1999, 1889, 1889 ff.; *Jarass*, NJW 1989, 857, 857 f.; *Dutge*, Der Staat 36 (1997), 281 (286 ff.); *Degenhart*, JuS 1992, 361, 362 ff.

Teilweise wird das Wesen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auf die Intimsphäre reduziert,⁸⁵² womit jedoch übersehen wird, dass das Grundrecht auch Schutzdimensionen⁸⁵³ aufweist, in denen es auf die Unterscheidung nach Intim-, Privat- und Sozialsphäre⁸⁵⁴ gerade nicht ankommt. Ausdrücklich für die informationelle Selbstbestimmung hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass es kein „belangloses Datum“ gibt und dass die Feststellung der Persönlichkeitsrelevanz nicht von der Betroffenheit intimer Vorgänge abhängig ist.⁸⁵⁵ Dies gilt auch für die Wesensgehaltsgarantie – auch durch die Sammlung von Daten oder Überwachung rein aus Privat- oder Sozialsphäre kann die Persönlichkeitsentfaltung so massiv gehemmt werden, dass das Wesen verletzt ist. Jede einzelne der Schutzdimensionen mit ihren verschiedenen Fallgruppen und Einzelbestandteilen hat daher einzelne wesenszugehörige Gehalte, entsprechend kann auch eine Verletzung nur einer Sphäre eine Wesensverletzung darstellen.

Damit wird auch schon deutlich, dass das Wesen von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG über den aus der Menschenwürde folgenden unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zwar nicht massiv, aber in Teilbereichen hinausgeht bzw. abweicht, denn dieser wird wegen der Ableitung aus Art. 1 Abs. 1 GG⁸⁵⁶ jedenfalls im Wesentlichen mit der

⁸⁵² *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 331; wohl auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 80, und in diese Richtung auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 232 f., der das Wesen auf die Geheimsphäre beschränkt.

⁸⁵³ Zu den unterschiedlichen Schutzdimensionen und Fallgruppen mit unterschiedlicher (auch weitergehender) Systematisierung und Einordnung als Selbstbewahrung bzw. Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre, Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit, der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung und -entwicklung und der Schutz der Selbstbestimmung *Martini*, JA 2009, 839, 841; *Ehmann*, JuS 1997, 193, 194, 197 ff.; *Jarass*, NJW 1989, 857, 857 ff.; *Degenhart*, JuS 1992, 361, 363 ff.; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 148; *Kahl/Ohlendorf*, JuS 2008, 682, 683.

⁸⁵⁴ Zur Sphärentheorie BVerfGE 27, 344, 351; E 32, 373, 379; E 80, 367, 373 ff.; BGH, Urt. v. 13.10.1987, VI ZR 83/87, NJW 1988, 1016, 1017 f.; *Geis*, JZ 1991, 112, 112 f.; *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, S. 42 ff.; *Scholz/Konrad*, AöR 123 (1998), 60, 64 f.

⁸⁵⁵ BVerfGE 65, 1, 45.

⁸⁵⁶ BVerfGE 109, 279, 279 2. LS: „Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung“; E 80, 367, 374: „[D]er Kern der Persönlichkeit [wird] durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt“; E 120, 274, 335 „[E]inen Kernbereich privater Lebensgestaltung [...], dessen Schutz sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt“; *Barrot*, Der Kernbereich

Intimsphäre identifiziert.⁸⁵⁷ Durch die Ableitung des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung allein aus Art. 1 Abs. 1 GG werden weitere, eigenständige Bereiche von Art. 19 Abs. 2 GG erkennbar. Wenn überwiegend Art. 2 Abs. 1 GG als Hauptanknüpfungspunkt des Persönlichkeitsrechtes und Art. 1 Abs. 1 GG nur als Auslegungshilfe oder Interpretationsrichtlinie gesehen wird,⁸⁵⁸ dann muss das Wesen des Grundrechtes zu einem nicht unerheblichen Teil auch Elemente enthalten, die ihren Ursprung in dieser primären Grundlage, also in Art. 2 Abs. 1 GG haben. Dies spricht im Übrigen auch dafür, den Wesensgehalt nicht nur auf die aus Art. 1 Abs. 1 GG folgende Intimsphäre zu beschränken, sondern auch und gerade für die Wesensbestimmung an Art. 2 Abs. 1 GG anzuknüpfen, wenn auch die Intimsphäre wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Persönlichkeit einen wichtigen Anteil des Wesens ausmacht.

Die Wesenszugehörigkeit kann sich also aus jeder Ausprägung des Persönlichkeitsrechtes ergeben und muss nach den unabdingbaren Faktoren der Persönlichkeitsentwicklung fragen, ohne die diese nicht möglich ist. Die Wesensrelevanz liegt dabei umso näher, je mehr die Intimsphäre als engster Bereich der Persönlichkeit betroffen ist (qualitative Komponente), aber auch durch Eingriffe in die Privat- oder die Sozialsphäre kann die Entfaltung entscheidend gehemmt werden. Bei der Sozialsphäre kann es aber grundsätzlich nur bei sehr weitreichenden bzw. umfangreichen Eingriffen mit der Beschränkung einer Vielzahl an

privater Lebensgestaltung, S. 25, 86 f.; *Kutscha*, NJW 2005, 20, 21; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 232.

⁸⁵⁷ BVerfGE 27, 1, 6, 8; E 27, 344, 350 f.; E 44, 353, 372; E 89, 69, 82 f.; E 119, 1, 29 f., 34; *Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, S. 76 f., 226; *Klöhn*, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess, S. 28 f.; *Kahl/Ohlendorf*, JuS 2008, 682, 683; *Martini*, JA 2009, 839, 844; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 158; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck*, GG I, Art. 2 Rn. 88; *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 17, der allerdings (S. 15) auch auf das unklare Verhältnis der beiden Begriffe hinweist; a.A. *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 76.

⁸⁵⁸ v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck*, GG I, Art. 2 Rn. 57, 89; *Sachs/Murswiek*, GG, Art. 2 Rn. 62 f.; v. *Münch/Kunig/Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 30; *Jarass*, NJW 1989, 857, 857; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 128, 130 f.; vgl. auch BVerfGE 27, 344, 351; E 34, 238, 245; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 441.

Entfaltungsoptionen (quantitative Komponente) zu einer Wesensverletzung kommen.⁸⁵⁹

Grundsätzliche Wesensrelevanz dürfte damit neben der Intimsphäre auch die Grundentscheidungen hinsichtlich der sexuellen Identität und Ausrichtung, die Hemmung der Entfaltung durch Überwachung auch in der Privat- und Sozialsphäre ebenso wie die Sammlung von personenbezogenen Daten haben, soweit dadurch eine Identifikationsfindung und Persönlichkeitsbildung bzw. -entfaltung nicht mehr möglich ist, nicht dagegen unwesentliche Einzelgewährleistungen wie das Recht auf angemessene Anrede. Einzelheiten können sich jedoch nur negativ aus der Verletzungsbestimmung her ergeben.

2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe

Prinzipiell ist eine Verletzung anzunehmen, wenn dem Grundrechtsträger die Persönlichkeitsentfaltung in einer für seine Gesamtpersönlichkeit wichtigen Frage unmöglich ist, weil ihm keine zu verwirklichende Möglichkeit verbleibt.⁸⁶⁰

Für die Ausprägung des Persönlichkeitsrechtes als Rückzugsrecht bzw. das Recht auf Privatheit als solches bietet sich zunächst eine Anknüpfung an die Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichts an. Spezifischer Schutzzweck ist die Einräumung eines Rückzugsrechtes bzw. die Ermöglichung der Persönlichkeitsentfaltung durch Abschottung und Privatheit.⁸⁶¹ Eingriffe in die Intimsphäre sind deshalb nicht nur aufgrund von Art. 1 Abs. 1 GG verfassungswidrig, sondern wegen der für das menschliche Eigenleben notwendigen „Selbstbestimmung im innersten Bereich“⁸⁶² Grundessentiale des Grundrechtes und damit auch Wesensverletzung. Angesichts der einhergehenden Qualität und der Folgen des Eingriffes in diesem innersten Bereich sind auch an die Dauer des Eingriffes keine besonderen Anforderungen zu stellen. Außerhalb der

⁸⁵⁹ In diesem Sinne auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 236.

⁸⁶⁰ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 259.

⁸⁶¹ Vgl. *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, S. 15 f.; *Martini*, JA 2009, 839, 840; *Jarass*, NJW 1989, 857, 859; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 444 ff.; BVerfGE 27, 1, 6; E 65, 1, 40.

⁸⁶² BVerfGE 27, 1, 7.

Intimsphäre sind Eingriffe wie länger andauernde, fortwährende Observationen o.ä. geeignet, die Persönlichkeitsentfaltung essentiell zu verhindern und als Wesensverletzung einzustufen.⁸⁶³ Voraussetzung für eine Wesensverletzung ist aber eine massive, z.B. durch eine Rund-um-die-Uhr-Überwachung für die Dauer von einigen Monaten hervorgerufene Hemmung der Persönlichkeitsentfaltung mit potentiell länger andauernden Auswirkungen.

Für das Recht auf Selbstdarstellung ist festzuhalten, dass die Persönlichkeitsentfaltung und Entwicklung maßgeblich auch durch die Darstellung in und auch die Wahrnehmung der Öffentlichkeit mitbestimmt wird bzw. eine zu weitgehende Berichterstattung die ungestörte Identitätsbildung wesentlich hemmen und behindern kann. Ohne damit einen Anspruch auf Darstellung wie man gerne wahrgenommen werden würde zu begründen,⁸⁶⁴ steht jedem Einzelnen ein Rückzugsbereich zu, der sich auch nicht nur auf das eigene Haus oder die eigene Wohnung beschränken kann. Auch bei Prominenten kann die Freiheit von Bildaufnahmen und dergleichen ihrer selbst nicht nur auf den häuslichen Bereich beschränkt bleiben, sondern es muss auch bei Personen mit einem gesteigerten öffentlichen Interesse die Option bestehen, sich an Rückzugsorte außerhalb der eigenen vier Wände zu begeben, ohne behelligt zu werden.⁸⁶⁵ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit wäre in ihrem Wesen angetastet, wenn sie auf diesen Bereich beschränkt bliebe, weil die Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes in diesem Raum alleine nur unzureichend erfüllt würde.

Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht deshalb festgestellt:

„Beständen solche Rückzugsbereiche nicht mehr, könnte der Einzelne psychisch überfordert sein, weil er unausgesetzt darauf achten müßte, wie er auf andere wirkt und ob er sich richtig verhält. Ihm fehlten die Phasen des Alleinseins und Ausgleichs, die für die Persönlichkeitsentfaltung notwendig sind und ohne die sie nachhaltig

⁸⁶³ Da ein Wesensgehaltsvorbehalt nicht ersichtlich ist, zur Sonderproblematik der Wohnraumüberwachung siehe unten S. 299 ff.

⁸⁶⁴ BVerfGE 82, 236, 269; E 97, 125, 149; E 97, 391, 403; E 99, 185, 194; E 101, 361, 380.

⁸⁶⁵ Vgl. BVerfGE 101, 361, 361.

beeinträchtigt würde. [...] Das gilt schon deshalb, weil die Funktionen, denen er [der Rückzugsbereich, Anm. A.S.] dient, nur erfüllt werden, wenn er nicht an den Hausmauern oder Grundstücksgrenzen endet. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit wäre erheblich behindert, wenn der Einzelne nur im eigenen Haus der öffentlichen Neugier entgehen könnte.“⁸⁶⁶

Deshalb ist jeder einzelnen Person unabhängig von einem möglicherweise bestehenden öffentlichen Interesse auch außerhalb des eigenen Wohnbereiches ein Minimum an Rückzugsmöglichkeiten absolut zuzugestehen, ohne die es der Person unmöglich ist, den auch für die Persönlichkeitsentwicklung wichtigen persönlichen Kontakt zu anderen zu suchen (drohende Isolation) oder sich auch nur für ein Mindestmaß an Entfaltung unbehelligt in einzelnen Bereichen zu bewegen.

Zum Wesen des Rechtes auf Selbstdarstellung einschließlich der Untergruppen des Rechtes am eigenen Wort und Bild gehört auch das grundsätzlich primäre, eigene Verfügungsrecht über die eigenen Worte und Bildnisse.⁸⁶⁷

Der Schutzzweck der informationellen Selbstbestimmung durch Schutz vor Erhebung, Verarbeitung und Übermittlung personenbezogener Daten⁸⁶⁸ ist im Rahmen des Art. 19 Abs. 2 GG nicht nur die Verhinderung eines umfassenden Persönlichkeitsbildes oder -profils,⁸⁶⁹ sondern über Art. 1 Abs. 1 GG hinausgehend auch eine weitgehende Datensammlung, die eine erhebliche Entfaltungshemmung zur Folge haben kann. *„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, [...] kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. [...] Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert*

⁸⁶⁶ BVerfGE 101, 361, 383.

⁸⁶⁷ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 484, 487; vgl. auch ohne Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 2 GG BVerfGE 34, 238, 246; E 101, 361, 381; E 106, 28, 39 f.; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 196.

⁸⁶⁸ BVerfGE 65, 1, 43.

⁸⁶⁹ Die umfassende Katalogisierung und Registrierung der (auch anonymisieren) Persönlichkeit ist auch bzw. bereits durch den unantastbaren Kernbereich bzw. Art. 1 Abs. 1 GG untersagt, vgl. BVerfGE 27, 1, 6; E 65, 1, 53; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 479 m. w. Nw.

*und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.*⁸⁷⁰ Auch ohne die vollständige Katalogisierung und Registrierung einer Persönlichkeit, die Art. 1 Abs. 1 GG berühren würde, verstieße eine Sammlung gegen Art. 19 Abs. 2 GG, weil der Grundrechtszweck durch die Hemmung wesentlich behindert würde. Dies schließt einzelne Datensammlungen wie sie etwa zur Steuererhebung, zur Kriminalitätsbekämpfung in besonderen, beschränkten Situationen etc. anfallen nicht aus, hingegen alle Erhebungen, die einen besonnenen Bürger zur einer wesentlichen⁸⁷¹ Verhaltenseinschränkung bewegen können. Eine flächendeckende, dauerhafte Videoüberwachung einer Stadt unterbindet die freie Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung der Bewohner und stellt eine Wesensverletzung dar.⁸⁷²

Für die Fallgruppe der sogenannten Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung⁸⁷³ liegt eine Wesensverletzung vor, wenn die Grundvoraussetzungen der Identitätsfindung und -bildung verweigert werden. Dazu würden etwa eine Fortpflanzungspflicht und die Verweigerung der Umwandlung zum eigenen, empfundenen Geschlecht⁸⁷⁴ zählen,⁸⁷⁵ da dies eine Identitätsbildung entgegen des eigenen Empfindens wesentlich verhindern würde. Ein Verweisen auf andere Art der Persönlichkeitsentfaltung, z.B. nur auf ein „Verkleiden“ entsprechend der gefühlten Rolle, würde die Identitätsbildung nicht ausreichend gewährleisten.

⁸⁷⁰ BVerfGE 65, 1, 43.

⁸⁷¹ Folge muss eine tatsächliche Persönlichkeitshemmung sein, die nicht (nur) die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt, weil durch die Videoüberwachung auch zur Einhaltung der Gesetze „angeregt“ und z.B. Drogenhandel unterbunden wird, sondern die Entfaltung durch das weitreichende und dauerhafte Überwachtwerden ohne Rückzugsräume verhindert wird.

⁸⁷² Üblicherweise wird die Unzulässigkeit mit Verhältnismäßigkeitsabwägungen begründet, vgl. hierzu OVG Hamburg, Urt. v. 22.06.2010, 4 Bf 276/07, MMR 2011, 128, 131; vgl. Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, PAG Art. 32 Rn. 11; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 186; Siegel, NVwZ 2012, 738, 741.

⁸⁷³ Vgl. Kahl/Ohlendorf, JuS 2008, 682, 685.

⁸⁷⁴ Vgl. Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Rn. 201.

⁸⁷⁵ Was eine Plausibilitätskontrolle und bestimmte Anforderungen nicht ausschließt, da diese sicherstellen können, dass die Geschlechtsumwandlung für die Identitätsbildung grundlegend erforderlich ist.

Nicht zum unantastbaren Wesen gehört die Kenntnis der eigenen Abstammung, die zwar einen maßgeblichen Faktor der Identitätsbildung darstellt,⁸⁷⁶ allerdings keine absolut zu schützende Grundbedingung darstellt, die ein Recht auf Kenntnis in jedem Fall begründen könnte.⁸⁷⁷

III. Recht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG

Das Recht auf Leben ist wegen des durch einen Rettungs- oder Todesschuss erfolgenden, endgültigen Lebensentzuges eines derjenigen Grundrechte, die zu dem Problem der Verfassungswirklichkeit gezählt werden.

1. Wesensrelevante Gehalte

Das Lebensgrundrecht ist eines der wenigen Grundrechte, bei dem sich das Wesen positiv und abschließend bestimmen lässt. Ungeachtet der umstrittenen Fragen hinsichtlich Beginn und Ende des Lebens besteht und erschöpft sich zugleich der Schutzbereich im Schutz des Lebens als biologisch-physische Existenz⁸⁷⁸. Aufgrund dieser Singularität des Schutzbereiches lässt sich das Wesen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG auch positiv als das Leben jedes Einzelnen bestimmen, dies ist der Gehalt und somit auch der geschützte „Kern“ des Grundrechtes.⁸⁷⁹ Es gibt keinen Teilbereich des Lebens, der das Wesen ausmacht, denn durch die Bipolarität des Lebens und des Todes kann man nur entweder leben oder tot sein, ein teilweiser Lebensentzug ist ausgeschlossen.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat „jeder“ das Recht auf Leben, auch der Rechtsbrecher ist Grundrechtsträger⁸⁸⁰ – dies muss dann bei subjektiv-

⁸⁷⁶ BVerfGE 79, 256, 268 f.; E 90, 263, 270 f.; *Degenhart*, JuS 1992, 361, 367.

⁸⁷⁷ Entsprechend enthält auch die Rechtsprechung des BVerfG keine absolute Schutzposition, vgl. *Maunz/Dürig/Di Fabio*, Art. 2 Rn. 212.

⁸⁷⁸ BVerfGE 115, 118, 139; *BeckOK-GG/Lang*, Art. 2 Rn. 58; *Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, Rn. 282; *Katz*, Staatsrecht, Rn. 699.

⁸⁷⁹ Anders wohl nur *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 14, 16: „Einen Wesensgehalt des Rechts auf Leben kann es begrifflich nicht geben, und daher kann er auch nicht angetastet werden. [...] Das Lebensrecht kann seinem Wesen nach eben nicht ‚eingeschränkt‘ (Art. 19 Abs. 1 GG) und (also) auch nicht ‚angetastet‘ (Art. 19 Abs. 2 GG) werden. Einen Wesensgehalt kann nur ein Grundrecht aufweisen, von dem nach Einschränkung ‚noch (irgend) etwas bleiben kann‘, etwas ‚Wesentliches‘ eben. Das aber ist beim Lebensrecht nicht der Fall.“ Kritisch hierzu auch *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 16 m. Fn. 63.

⁸⁸⁰ *Lisken/Denninger/Rachor*, Handbuch des Polizeirechts, Kap. 3 Rn. 935; vgl. auch *Kutschka*, NVwZ 2004, 801, 802.

absoluter Auslegung auch für das Wesen des Art. 19 Abs. 2 GG gelten. Dem stehen immer wieder auch bei vertretenem absoluten Wesensgehalt Ansätze gegenüber, die das Wesen des Lebensrechtes auf den „unbescholtenen Bürger“ beschränken wollen und so faktisch das Leben des Gewalttäters zwar nicht insgesamt, aber in Bezug auf Art. 19 Abs. 2 GG rechtlos stellen wollen.⁸⁸¹ Es ist daran festzuhalten, dass mit dieser Argumentation der absolute Charakter der Wesensgehaltsgarantie aufgegeben und eine verdeckte Rechtfertigung im Sinne einer Abwägung vorgenommen wird. Das Abstellen auf das rechtswidrige Verhalten und den Schutz der Geiseln stellt zwar im Rahmen einer Abwägung einen rechtfertigenden Grund dar, kann aber bei einer absoluten Auslegung wie hier gerade nicht berücksichtigt werden.

Unbeachtlich ist auch die voraussichtliche Restdauer des Lebens, jedem einzelnen Grundrechtsträger steht das Lebensrecht zu.⁸⁸²

Anders könnte man die Festlegung des Wesens als das Leben nur sehen, wenn man als geschütztes Grundrecht nicht nur das Recht auf Leben, sondern ein einheitliches Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit sehen würde, in dessen Rahmen das Lebensrecht nur einen Teil des Gesamtgrundrechtes umfassen würde. Dem widerspricht aber sowohl die eigene, selbstständige Normierung des Lebensrechtes getrennt vom Gesundheitsschutz, die besondere Bedeutung des Lebens als „Höchstwert“⁸⁸³ und notwendige Voraussetzung aller weiteren Grundrechte⁸⁸⁴ als auch die Entstehungsgeschichte, in der das Recht auf Leben und die körperliche Unversehrtheit in den Beratungen des Parlamentarischen Rates unabhängige Entwicklungsströme darstellten und das Lebensrecht unabhängig von der körperlichen Unversehrtheit aufgenommen wurde.⁸⁸⁵ Abgesehen davon müsste das Wesen eines

⁸⁸¹ So v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 113 f., 184, 186 f., 189; *ders.*, Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, S. 40, 55.

⁸⁸² Siehe schon oben S. 199.

⁸⁸³ BVerfGE 39, 1, 42; E 46, 160; 164; E 49, 29, 53; E 115, 118, 139, 162.

⁸⁸⁴ BVerfGE 39, 1, 43; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 9; *Hartleb*, NJW 2005, 1397, 1397.

⁸⁸⁵ Das Recht auf Leben wurde erstmals in der 23. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 19.11.1948 erwähnt und ohne genauere Diskussion akzeptiert, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 605 ff., 620,

solchen Gesamtgrundrechtes der körperlichen Unversehrtheit jedenfalls auch das Leben beinhalten.

2. Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe

Für das Lebensrecht wird üblicherweise festgestellt, dass ein Eingriff in das Leben „begriffsnotwendig den Entzug des Lebens bedeutet“, dem „allerdings der Wortlaut des Art. 19 II GG entgegen“ stünde, „wonach in keinem Falle ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.“⁸⁸⁶

a) Finaler Rettungsschuss

In diesem Zusammenhang stellt sich deshalb vor allem die Frage der Vereinbarkeit des (finalen) Rettungs- oder Todesschusses mit Art. 19 Abs. 2 GG, bei dem zur Rettung Unbeteiligter der Täter getötet wird und ihm somit sein Leben entzogen wird. Da das Leben anders als die meisten übrigen Grundrechte nicht mehr oder minder eingeschränkt werden kann und über einen ausreichenden Grundrechtsrest gar nicht gesprochen werden muss, sondern jeder Eingriff unmittelbar die Beseitigung des Lebens zur Folge hat, kann wegen des vollständigen Rechtsentzuges der Eingriff nur unzulässig oder aber aufgrund eines Wesensgehaltsvorbehaltes zugelassen sein.

Als möglicher Wesensgehaltsvorbehalt kommt nur Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG in Betracht, wonach in die Rechte des Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 GG „auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“ darf. Dieser einfache Gesetzesvorbehalt⁸⁸⁷ bezieht sich auch auf das Lebensrecht, weshalb aus dieser normativen Ermächtigung auch die Zulässigkeit von Eingriffen in das Leben abgeleitet wird.⁸⁸⁸ Ausdrücklich wird Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG

während das Recht und die Ausgestaltung der körperlichen Unversehrtheit erst später Eingung fanden.

⁸⁸⁶ Statt vieler Liskan/Denninger/*Rachor*, Handbuch des Polizeirechts, Kap. 3 Rn. 935.

⁸⁸⁷ *Kluth*, Menschenwürde zwischen Naturrecht und Tabu, in: Depenheuer u.a. [Hrsg.], Staat im Wort, S. 534, 542; *Schaks*, Jus 2015, 407, 409; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Rn. 37 m. Fn. 2; *Kutscha*, NVwZ 2004, 801, 801; BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 68.

⁸⁸⁸ BVerfGE 88, 203, 253 f.; E 115, 118, 139; *Herzog*, JR 1969, 441, 444; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 27; BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 57, 70; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 883; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 358, 485; *Krausnick*, JuS 2007, 1091, 1093; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 85; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 177; Dreier/*ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 14; *Schaks*, JuS 2015, 407, 409; *Höfling/S. Augsburg*, JZ 2005, 1080, 1082; *I. Augsburg*, JuS 2011, 28, 33; *Kutscha*, NVwZ 2004,

auch von Vertretern absoluter Wesenstheorien als „Ausnahme“ von oder spezielle Norm gegenüber Art. 19 Abs. 2 GG herangezogen.⁸⁸⁹ Begründet wird dies damit, dass sich der Vorbehalt auch auf das Recht auf Leben bezieht, dementsprechend also Eingriffe in das Leben entgegen Art. 19 Abs. 2 GG möglich sein müssen. Wenn Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG also lebensentziehende Maßnahmen zulässt, könne das Wesen für dieses Grundrecht nur objektiv geschützt sein,⁸⁹⁰ worin man möglicherweise einen subjektiven Wesensgehaltsvorbehalt erkennen könnte.

Noch einen Schritt weiter in die hier eingeschlagene Richtung geht *Stern*, der auf die Möglichkeit der verfassungsgebenden Gewalt von Art. 19 Abs. 2 GG abzuweichen hinweist und in diesem Sinne den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG als eine solche Abweichung ansieht.⁸⁹¹

Mit den oben erarbeiteten Merkmalen eines Wesensgehaltsvorbehaltes steht die Regelung des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG jedoch zunächst in Widerspruch. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die verfassungsrechtliche Verankerung hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen muss, dass einzelne, spezifizierte Grundrechtsgehalte, die nach Auslegung Teil des absolut geschützten Wesensgehaltes wären, nun dem Zugriff auch der wesensgehaltsgebundenen Gewalten unterliegen oder ein bestimmter, wesensantastender Eingriff zugelassen sein muss, weshalb ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt diesen Anforderungen nicht genügt.⁸⁹² Diesem fehlt es an der notwendigen Spezifizierung auf bestimmte Gehalte oder Verhaltensweisen, die den Schluss erlaubt, dass trotz ihrer eigentlichen Zugehörigkeit zu dem für die verfassungsgebundene Gewalt unantastbaren Wesensgehalt Handlungs- und Eingriffsoptionen vorgesehen sind, sondern bestimmt allgemein eine Eingriffsmöglichkeit

801, 801; Lisken/Denninger/*Rachor*, Handbuch des Polizeirechts, Kap. 3 Rn. 935; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 85.

⁸⁸⁹ *Schaks*, JuS 2015, 407, 409; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 358, 485; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 27; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882 f.

⁸⁹⁰ BeckOK-GG/*Enders*., Art. 19 Rn. 27; BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 70; *Herzog*, JR 1969, 441, 444; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 358, 485; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 85.

⁸⁹¹ *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882 f.

⁸⁹² Vgl. oben S. 162.

unter Beachtung der Schranken-Schranken einschließlich der Wesensgehaltsgarantie.

Dieses Charakteristikum der bestimmten Einschränkungsmöglichkeit einzelner, konkreter Schutzbereichsteile oder die Gestattung eines konkreten Eingriffes fehlt dem auf mehrere Rechte bezogenen Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG im Wortlaut, denn textlich ist keine Festlegung auf einzelne Inhalte oder konkrete Eingriffe festgehalten. Dennoch besteht aufgrund der Singularität des von Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG gewährten Schutzbereiches eine besondere Situation: Dieser gewährt eben nur ein einzelnes Schutzgut, das zugleich das Wesen darstellt und nur vollständig entzogen werden kann.⁸⁹³ Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG lässt aber ausdrücklich Eingriffe in das Recht auf Leben zu, denn der Verweis „diese Rechte“ bezieht sich auch auf das Lebensrecht. Satz 3 geht also nicht nur von einem völligen Entzug des Grundrechtes im Einzelfall aus, er ist bezüglich des Lebensrechtes faktisch auch im Sinne der Merkmale des Wesensgehaltsvorbehaltes auch auf ein einzelnes, konkretes Schutzgut bezogen. Doch ist dies mehr oder weniger nur Folge einer Zufälligkeit, dass das Lebensrecht nur aus einem Gehalt besteht und nur ganz oder gar nicht entzogen werden kann. Der Wesensgehaltsschutz sollte nicht durch zu weitgehende Anerkennung von Wesensgehaltsvorbehalten abge- bzw. entwertet werden.

Dennoch steht auch das Recht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, was den Schluss zulässt – ja fast dazu zwingt – dass ein Eingriff nicht absolut unzulässig sein kann, sonst könnte das Lebensrecht nicht unter (einfachem) Gesetzesvorbehalt stehen. Da ein Eingriff aber immer das Wesen antasten muss, kann auch eine die absolute Gewährleistung von Art. 19 Abs. 2 GG beschränkende Wirkung angenommen werden.⁸⁹⁴

Dem dürfte aber nicht entgegenstehen, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG gar nicht den Lebensentzug zulassen sollte, sondern der Parlamentarische Rat von der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens ausging. Entgegen *Drews* muss der Verfassungsgeber nicht den Konflikt mit Art. 19 Abs. 2 GG

⁸⁹³ In diesem Sinne auch BeckOK-GG/Lang, Art. 2 Rn. 72: Leben als „Alles-oder-Nichts-Grundrecht“.

⁸⁹⁴ Damit ist aber nicht die generelle Zulässigkeit von lebensentziehenden Maßnahmen gemeint, diese bleiben rechtfertigungsbedürftig und müssen insbesondere verhältnismäßig sein.

gesehen, die Lebensentziehung als Wesensgehaltsverletzung erkannt und bewusst gelöst haben.⁸⁹⁵ Es genügt vielmehr, dass bestimmte Maßnahmen als möglich und zulässig erachtet, für bestimmte, prinzipiell unantastbare Bereiche Eingriffsoptionen geschaffen und damit der absolute Schutz von Art. 19 Abs. 2 GG aufgehoben wurde; ein Bewusstsein für die exakte Konfliktsituation ist nicht zu fordern. Dies folgt schon daraus, dass der Parlamentarische Rat bei der Schöpfung des Grundgesetzes an keine materiellen Vorgaben und auch nicht an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden war, sondern die Grundrechte und deren (absolute) Inhalte frei schaffen konnte und auch die spätere dogmatische Struktur der Grundrechte noch nicht so weitgehend entwickelt war. Zu fordern ist aber jedenfalls die Anerkennung der konkreten rechtlichen Möglichkeit des Lebensentzuges, womit der Entzug des Lebens nicht generell und absolut ausgeschlossen, Art. 19 Abs. 2 GG insoweit beschränkt wäre und neben der Normierung der Beschränkungsmöglichkeit auch ein entsprechender Wille in den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates wenigstens erkennbar sein sollte.

Ausdrückliche Debatten über die Beschränkbarkeit auch des Lebensrechtes sind in den Beratungen des Parlamentarischen Rates, soweit dokumentiert, kaum enthalten. Die für zulässig erachteten Eingriffe auch in das Lebensrecht kommen aber mittelbar in mehreren Thematiken zum Ausdruck bzw. legen dies jedenfalls nahe. Zunächst ist ein Antrag der CDU/CSU-Fraktion nicht übernommen worden, der das Leben explizit als unantastbar bezeichnete.⁸⁹⁶ Weiterhin ist hinsichtlich einer früheren

⁸⁹⁵ Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 229: „Wenn *Stern* darauf abhebt, der Grundgesetzgeber habe vom Wesensgehaltsschutz abweichen können, er habe das Grundrecht auf Leben ausdrücklich unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt, dann impliziert dies, dass der Verfassungsgeber den Fall der Einschränkung des Grundrechts auf Leben für eine Wesensgehaltsantastung hielt und folglich die Nicht-Anwendbarkeit des Art. 19 II GG von vornherein gesehen habe. Mit anderen Worten: der Grundgesetzgeber habe eine Antastung des (absolut-subjektiv verstandenen) Wesensgehalts nicht an einer Stelle ausdrücklich erlauben (Art. 2 II 3 GG) und an anderer Stelle ausdrücklich verbieten (Art. 19 II GG) wollen. Damit unterstellt *Stern* dem Verfassungsgeber, er habe den sich aus einem absoluten Wesensgehaltsverständnis ergebenden Konflikt gesehen.“

⁸⁹⁶ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 604 m. Fn. 7.

Fassung des Hauptausschusses⁸⁹⁷ bewusst die Schrankenlosigkeit des Rechts auf Leben bemerkt worden,⁸⁹⁸ auch wegen der noch offenen Frage der Todesstrafe ist diese Fassung nicht beibehalten worden. Unmittelbar anschließend änderte der Grundsatzausschuss diese Fassung und schloss das Recht auf Leben in den Gesetzesvorbehalt ein.⁸⁹⁹ Durch das Recht auf Leben sollte primär der organisierte Massenmord oder die Euthanasie ausgeschlossen werden.⁹⁰⁰ Zuletzt zeugt die umfangreiche Debatte um die Abschaffung der Todesstrafe⁹⁰¹ von der Annahme einer

⁸⁹⁷ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 509: „Artikel 2:

(1) Jeder hat das Recht auf Leben, auf Freiheit und auf Sicherheit der Person.

(2) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
(3) In diese Freiheit darf nur im Rahmen der Rechtsordnung eingegriffen werden. Keinesfalls darf das Mindestmaß der zum Leben notwendigen Nahrung, Kleidung und Wohnung verweigert werden.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Der Vorbehalt in Abs. 3 enthält darin noch die Formulierung „In diese Freiheit“ im Singular anstelle der heutigen Fassung „In diese Rechte“ und dürfte sich damit nur auf Abs. 2 bezogen haben, jedenfalls war die Reichweite unklar, vgl. die Anmerkung zur Fassung in den nachfolgenden Fn.

⁸⁹⁸ Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 877, mit einer Anmerkung zu der vom Hauptausschuss in erster Lesung angenommener Fassung vom 03.12.1948: „Artikel 2 Absatz 1 in der Fassung des Hauptausschusses vom 10. Dezember 1948 spricht vom Recht auf Leben, das an keiner Stelle des Grundgesetzes eingeschränkt ist. Damit wäre die Todesstrafe abgeschafft. [...] Bei Absatz 3 ist unklar, in welche Freiheit im Rahmen der Rechtsordnung eingegriffen werden darf. Sollte sich dieser Vorbehalt auf Absatz 1 und 2 beziehen, so stünde die gesamte menschliche Freiheit schlechthin unter Gesetzesvorbehalt und in denkbar weitestem Sinne, so daß hier im Grunde nur das rechtsstaatliche Prinzip der Verwaltung konkretisiert und damit ‚das Grundrecht‘ völlig leerlaufend wäre. Sollte es sich nur auf Absatz 2 beziehen, so wäre die Bestimmung widerspruchsvoll. Es ist ja wohl nicht beabsichtigt, in die freie Entfaltung von staatswegen einzugreifen.“

⁸⁹⁹ Abg. v. Mangoldt in der 32. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 11.01.1949, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 925 f.: „Ich darf bemerken, daß in dem Satz: ‚In diese Freiheit darf nur im Rahmen der Rechtsordnung eingegriffen werden.‘ die Worte: ‚in diese Freiheit‘ umzuändern sind in: ‚in diese Rechte‘. Denn vorher heißt es, daß jeder das Recht auf Leben, auf Freiheit, auf Sicherheit der Person und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hat, und darum muß es, schon um die richtige Bezugnahme herzustellen, heißen: ‚In diese Rechte...‘.“ Diese Änderung wurde angenommen und war ab dann die geltende Fassung, sodass sie sich bereits in der 42. Sitzung des Hauptausschusses v. 18.01.1949 wiederfindet, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 1297.

⁹⁰⁰ Abg. v. Mangoldt in der 23. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 19.11.1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 605 sowie in der 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 03.12.1948, a.a.O., Band XIV, S. 509.

⁹⁰¹ Etwa in der 42., 50. und 57. Sitzung des Hauptausschusses, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band XIV, S. 1298 ff.; 1618 ff.; 1812 f. sowie der 9. Sitzung des Plenums, a.a.O. Band IX, S. 460, 478 ff. Zuvor

Eingriffsmöglichkeit, denn ohne diese hätte es einer expliziten Normierung und einer umfangreichen Auseinandersetzung über die Weiterführung der Todesstrafe nicht bedurft.⁹⁰²

In Verbindung mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, der das Recht auf Leben entsprechend der Vorstellungen des Parlamentarischen Rates miteinbezieht und deshalb konkret den Lebensentzug ermöglicht, ist deshalb von der Eigenschaft als Wesensgehaltsvorbehalt auszugehen. In der Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes mit dem Erfordernis eines konkreten Umsetzungsaktes („aufgrund eines Gesetzes“), was Legislativeingriffe unmittelbar durch Gesetz ausschließt, kommt zum Ausdruck, dass es sich nur um den Regelfall eines subjektiven Wesensgehaltsvorbehalts handelt, somit der Wesensschutz auf die objektive Funktion beschränkt ist.⁹⁰³ Von diesem Wesensgehaltsvorbehalt haben die meisten Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht.⁹⁰⁴

b) Schwangerschaftsabbruch

Auch ein Schwangerschaftsabbruch führt zur Lebensbeendigung des noch ungeborenen Kindes, welches auch Anteil am Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG hat.⁹⁰⁵ Doch unterscheidet sich der Schwangerschaftsabbruch vom Rettungsschuss in der Eingriffssituation: Der Lebensentzug erfolgt bei einer Abtreibung nicht durch den Staat, der Staat muss vielmehr seiner Schutzpflicht hinsichtlich des ungeborenen Lebens⁹⁰⁶ gerecht werden. Für die Schutzpflichtendimension von Art. 19 Abs. 2 GG ist aber oben festgehalten worden, dass sich diese für den

ausdrücklich auch Abg. *Süsterhenn* in der 32. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 11.01.1949, a.a.O., Band V, S. 923: „Wenn wir sagen, daß durch die Formulierung: ‚Jeder hat das Recht auf Leben‘ die Möglichkeit der gesetzlichen Einführung der Todesstrafe im Strafgesetzbuch nicht ausgeschlossen wird — das war ja unsere Überzeugung auch und wir haben in der Fraktion zu dieser Frage gesprochen [...].“

⁹⁰² In diesem Sinne *Augsberg*, JuS 2011, 28, 33.

⁹⁰³ Damit übereinstimmend mit der oben genannten Ansicht, die wegen Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG von einer nur objektiven Wesensgewährleistung in Bezug auf das Lebensgrundrecht ausgeht.

⁹⁰⁴ Etwa § 76 Abs. 2 S. 2 Nds. SOG, § 63 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, Art. 66 Abs. 2 S. 2 PAG Bayern, § 60 Abs. 2 S. 2 Hess. SOG, § 64 Abs. 2 S. 2 PAG Thüringen, § 65 Abs. 2 S. 2 SOG LSA; § 63 Abs. 2 S. 2 POG Rheinland-Pfalz.

⁹⁰⁵ BVerfGE 39, 1, 37, 41; E 88, 203, 203; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 24 m. w. Nw.; zur Entstehungsgeschichte und den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates über den Schutz des keimenden Lebens siehe *Beckmann*, Der Staat 47 (2008), 551 ff.

⁹⁰⁶ BVerfGE 39, 1, 39 ff.; E 88, 203, 203, 252 f.

absoluten Wesensgehaltsschutz nicht am einzelnen Grundrechtsträger orientieren kann, weil eine solche Verpflichtung schon rein praktisch nicht erfüllbar ist.⁹⁰⁷ Dies gilt auch und gerade für die Problematik des Schwangerschaftsabbruches – der Staat kann nicht absolut und in jedem Fall sicherstellen, dass keine lebensbeendenden Maßnahmen getroffen werden, sondern ist vielmehr aufgrund seiner Schutzpflicht aufgefordert, zur Vermeidung prinzipiell geeignete Bedingungen zu schaffen. Dazu können auch Strafnormen gehören, Art. 19 Abs. 2 GG begründet aber keine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz des ungeborenen Lebens durch Strafnormen.⁹⁰⁸ Eine Wesensgehaltsverletzung liegt deshalb nicht schon vor, wenn es zu Schwangerschaftsabbrüchen tatsächlich kommt⁹⁰⁹ und auch nicht, wenn für bestimmte Fälle Strafflosigkeit vorgesehen wird, weil auch damit ein absoluter Wesensschutz nicht sichergestellt werden kann. Auf den Wesensgehaltsvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG und seine Anwendung auf den Schwangerschaftsabbruch kommt es deshalb nicht an.

3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie

Im Verhältnis zur Achtung der Menschenwürde zeigt die Wesensgehaltsgarantie beim Lebensrecht Divergenzen aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfung des absoluten Schutzes und des jeweiligen Schutzgutes. Die Menschenwürde knüpft mit der Objektformel vor allem an eine spezifische Art der Behandlung des Menschen an, nämlich in Form der Missachtung des Menschen als Subjekt durch Entmenschlichung, Entwürdigung, Erniedrigung.⁹¹⁰ Dies ermöglicht es in gewissem Maße, das Vorverhalten einer Person und die Situation zu berücksichtigen, um die Objektivierung festzustellen, denn der Menschenwürdeanspruch ist auch situationsgebunden⁹¹¹. Für den Todesschuss wird etwa eine

⁹⁰⁷ Siehe oben S. 88 ff.

⁹⁰⁸ Im Ergebnis ebenso *Herzog*, JR 1969, 441, 444.

⁹⁰⁹ Etwas Anderes gilt natürlich, wenn ein staatlicher Eingriff vorliegt.

⁹¹⁰ BVerfGE 1, 97, 104; E 102, 347, 367; E 109, 279, 312; E 115, 119, 153; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 66.

⁹¹¹ Vgl. Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96: „Der sog. ‚finale Rettungsschuss‘ als polizeiliche Maßnahme (ultima ratio) zum Schutz von Leib und Leben berührt die Menschenwürde des Angreifers nicht. Dies ist ein weiteres Beispiel für die Situationsgebundenheit des Würdeanspruchs, der in Verursachungs- und

Würdeverletzung des Geiselnemers deshalb verneint, weil mit der Reaktion auf sein vorangegangenes, selbstbestimmtes Verhalten gerade die Subjektqualität gewahrt wird, wenn er für das von ihm verantwortete Geschehen herangezogen wird.⁹¹² Die Definition der Würdeverletzung begründet eine gewisse Wertungs-⁹¹³ und Situationsabhängigkeit in dieser Hinsicht. Die absolute Wesensgehaltsgarantie unterbindet dagegen eine Anknüpfung an ein Vorverhalten, sondern orientiert sich rein am Schutzgehalt des Grundrechtes, das in seinem Wesen absolut geschützt wird. Dieses Wesen besteht beim Lebensrecht abstrakt und ganz konkret im Leben jedes einzelnen Grundrechtsträgers, ohne Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG als Wesensgehaltsvorbehalt würde der Wesensgehaltsschutz über Art. 1 Abs. 1 GG hinausgehen.

IV. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Für die Freiheit der Person bestehen gleich mehrere praktizierte und weitgehend anerkannte Eingriffe wie die lebenslange Freiheitsstrafe, die Sicherungsverwahrung und die Unterbringung psychisch kranker Menschen in einer geschlossenen Heil- oder Pflegeanstalt, die mit der Wesensgehaltsgarantie in Konflikt stehen können.

1. Wesensrelevante Gehalte und allgemeine Verletzungsgrenzen

Die Freiheit der Person schützt die körperliche Bewegungsfreiheit.⁹¹⁴ Diese Freiheit, den aktuellen Aufenthaltsort zu verlassen oder einen bestimmten Ort zu erreichen⁹¹⁵ – „la liberté d'aller et de venir“⁹¹⁶ –, gehört

Verantwortungszusammenhänge eingebettet ist.“ Nach hier vertretener Ansicht beinhaltet diese Situationsabhängigkeit aber keine Aufgabe der kategorischen Geltung des Menschenwürdeanspruches, wie ihn *Herdegen* dagegen insgesamt vertritt. Zur Situationsgebundenheit „in Ansehung des konkreten Falles“ je nach „spezifische[r] Situation“ auch BVerfGE 30, 1, 25 bzw. E 115, 118, 153, 160 f. sowie v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 1 Rn. 22.

⁹¹² Vgl. BVerfGE 115, 118, 160 f.; *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1082; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96.

⁹¹³ Vgl. v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 1 Rn. 22.

⁹¹⁴ BVerfGE 94, 166, 198; E 96, 10, 21; E 105, 239, 247; Maunz/Dürig/*Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 5; v. Münch/Kunig/*Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 73; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 2 Rn. 13; BeckOK-GG/*Radtke*, Art. 104 Rn. 2; Sachs/*Murswiek*, GG, Art. 2 Rn. 228.

⁹¹⁵ *Gusy*, NJW 1992, 457, 458; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 2 Rn. 13; Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG I, Art. 2 II Rn. 99; AK-GG/*Correll*, Art. 2 Abs. 2 Rn. 144; vgl. auch BVerfGE 94, 166, 198.

⁹¹⁶ *Burdeau*, Les libertés publiques, S. 90; *Grabitz*, Freiheit der Person, HStR VP, § 130 Rn. 4; *Gusy*, NJW 1992, 457, 458.

zu den habeas-corpus-Grundrechten⁹¹⁷ und damit zu den elementaren Garantien des Grundgesetzes.⁹¹⁸ Die besondere Bedeutung persönlicher, körperlicher Freiheit kommt auch darin zum Ausdruck, dass sie wesentliche Voraussetzung (fast) jeder freiheitlichen Betätigung überhaupt⁹¹⁹ und insbesondere der Persönlichkeitsentfaltung ist.⁹²⁰ Da die habeas-corpus-Grundrechte zu den „ältesten Errungenschaften des Verfassungsrechts“ zählen⁹²¹ und insofern eine lange geschichtliche Tradition aufweisen, kann sich als Grundlage der Ermittlung der wesensrelevanten Gehalte an den historisch gewachsenen, aus geschichtlicher Perspektive für die Grundrechtsfunktion elementaren Bestandteilen orientiert werden.⁹²² Entsprechend der geschichtlichen Grundlage lässt sich der Zweck des Grundrechtes vor allem als Schutz vor willkürlichen Verhaftungen bestimmen,⁹²³ der sich geschichtlich in den verschiedenen Etappen der Menschenrechte nachweisen lässt und mit dem nicht zuletzt auch insbesondere auf die willkürlichen Verhaftungen und Freiheitsberaubungen in der Zeit des Nationalsozialismus⁹²⁴ reagiert werden sollte. Diese grundsätzliche Zwecksetzung trifft ebenso auf die Unterbringung und das „Wegsperrn“ psychisch Kranker in psychiatrischen Einrichtungen zu.

Tendenziell lässt sich auch an die schon begrifflich in Art. 104 GG vorfindbare Differenzierung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung anknüpfen. Art. 104 GG steht in untrennbarem

⁹¹⁷ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, GG I, Art. 2 Rn. 189, 196; *Wittreck*, Freiheit der Person, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VII³, § 151 Rn. 4; *Gusy*, NJW 1992, 457, 457; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 1.

⁹¹⁸ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 1; *Gusy*, NJW 1992, 457, 457. Vgl. auch BVerfGE 10, 302, 322; E 65, 317, 322; *Würtenberger/Sydow*, NVwZ 2001, 1201, 1203.

⁹¹⁹ BVerfGE 10, 302, 322; E 128, 326, 372; E 130, 372, 388; *Grabitz*, Freiheit der Person, HStR VF, § 130 Rn. 1.

⁹²⁰ BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 84: „Ohne die Sicherung dieser körperlichen Freiheit wäre die Verwirklichung des Art. 2 Abs. 1 nahezu undenkbar.“

⁹²¹ *Gusy*, NJW 1992, 457, 457. Zur Geschichte der habeas-corpus-Grundrechte vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 8 f. sowie *Hantel*, JuS 1990, 865, 865 f.

⁹²² Daran hat sich auch das Grundgesetz orientiert, vgl. *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 1 f., 5.

⁹²³ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 8; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 1.

⁹²⁴ *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 1 f.

Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GG⁹²⁵ und ergänzt bzw. verstärkt den grundrechtlichen Schutz und den einfachen Gesetzesvorbehalt in Satz 3.⁹²⁶ Der allgemeine Begriff der Freiheitsbeschränkung umfasst jede Hinderung durch die öffentliche Gewalt, einen rechtlich und tatsächlich zugänglichen Ort aufzusuchen und sich an diesem aufzuhalten oder von ihm zu entfernen.⁹²⁷ Die Freiheitsentziehung stellt eine besondere Form der Freiheitsbeeinträchtigung und kein aliud dar⁹²⁸ und bedeutet die Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit einer Person gegen deren Willen „nach jeder Richtung hin“.⁹²⁹ Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet die beiden Eingriffe nach der Intensität.⁹³⁰

Wesensrelevanz weist deshalb erkennbar jede Art der Freiheitsentziehung auf, welche z.B. in Form der Haft, Unterbringung in Heilanstalten und Sicherungsverwahrung⁹³¹ durch die umfassende Aufhebung der Bewegungsfreiheit eine so weitgehende Bewegungseinschränkung begründet, dass diese prinzipielle Freiheit der Person als Voraussetzung jeder freiheitlichen Betätigung zu versiegen droht. Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinn erreichen diese Reichweite grundsätzlich nicht, denn es fehlt ihnen der einschneidende Charakter und den (einzelnen) Maßnahmen die notwendige Intensität und das Gewicht, um die Bewegungsfreiheit im Wesen zu berühren – es handelt sich nur um partielle Freiheitsbeschränkungen.⁹³² Wesensrelevanz kann nur im Einzelfall bei sehr weitreichenden Freiheitsbeschränkungen mit beachtlicher Dauer erreicht werden, wobei sich dann auch die Frage eines

⁹²⁵ Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 1; BVerfGE 10, 302, 322; E 58, 208, 220; E 105, 239, 244.

⁹²⁶ BVerfGE 10, 302, 323; E 29, 183, 195; E 58, 208, 220; E 65, 317, 322; E 105, 239, 247; Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 1; BeckOK-GG/Radtke, Art. 104 Rn. 2.

⁹²⁷ BeckOK-GG/Radtke, Art. 104 Rn. 3; Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 12; BVerfGE 94, 166, 198; E 105, 239, 248; Hömig/Wolff/Hömig, GG, Art. 104 Rn. 3.

⁹²⁸ Gusy, NJW 1992, 457, 458.

⁹²⁹ BVerfGE 94, 166, 198; E 105, 239, 248; Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 6 ff.

⁹³⁰ BVerfGE 105, 239, 248.

⁹³¹ Hüfen, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 8; Gusy, NJW 1992, 457, 458; BeckOK-GG/Radtke, Art. 104 Rn. 4.

⁹³² Vgl. Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 12.

Umschlagens der Freiheitsbeschränkung in eine Freiheitsentziehung⁹³³ stellen würde, da diese ja nur eine intensivere Art der Freiheitsbeschränkung darstellt.⁹³⁴ Für Freiheitsentziehungen ist je nach Reichweite und Umfang des Eingriffs⁹³⁵ allgemein ab einer Dauer von einigen Monaten bis zu einem Jahr von einer Wesensantastung auszugehen.⁹³⁶

Art. 104 GG verstärkt und ergänzt nicht nur den Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, sondern enthält maßgebliche Sicherungs- und Gewährleistungsgehalte des Grundrechtsschutzes für die Freiheit der Person. Auch die primär formellen Gewährleistungen schließen die Zugehörigkeit zu den wesensrelevanten Inhalten nicht aus, vielmehr sind die rechtsstaatlichen Sicherungen von Art. 104 GG elementarer Bestandteil des Grundrechts⁹³⁷ und teilweise als unverzichtbare Faktoren auch Wesenskomponenten. Dazu zählt vor allem der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG.⁹³⁸ Nicht nur die spezifische Normierung eines konkreten Ge- bzw. Verbotes begründet diese Wertung,⁹³⁹ sondern gerade

⁹³³ BVerfGE 10, 302, 323: „[W]enn sich die Freiheitsbeschränkung zur Freiheitsentziehung steigert“; ausdrücklich auch BeckOK-GG/*Radtke*, Art. 104 Rn. 3. Vgl. auch BeckOK-GG/*Lang*, Art. 2 Rn. 87 b, wonach eine Freiheitsbeschränkung eine Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit ist, „ohne dass bereits eine Freiheitsentziehung vorliegt“.

⁹³⁴ BVerfGE 105, 239, 248; BVerfGE 62, 325, 327; Maunz/Dürig/*Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 5.

⁹³⁵ Auch die Freiheitsentziehung als Aufhebung der Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin“ kann unterschiedliche Intensitäten aufweisen, die sich etwa aus der Größe des umgrenzten Raumes oder Gebäudes, den verbleibenden Kontakt- und auch Verwirklichungsmöglichkeiten der übrigen Grundrechte etc. ergeben. Dazu noch sogleich im Rahmen der Freiheitsstrafe.

⁹³⁶ Dies gilt nur für den geschlossenen Vollzug, für den offenen Vollzug oder sonstige gewährte Vollzugslockerungen jeweils abhängig von der konkreten Ausgestaltung.

⁹³⁷ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 6: „Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG will nicht den ‚Eingriff‘ in Bewegungsfreiheit an sich verhindern [...], sondern einen Eingriff ohne rechtsstaatliche Sicherungen.“ Die Verfahrensrechte als besondere „Wertentscheidung“ auch bei Maunz/Dürig/*Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 20. Vgl. auch BVerfGE 10, 302, 322 f.; *Wittreck*, Freiheit der Person, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR VII³, § 151 Rn. 12, 31, 34; *Grabitz*, Freiheit der Person, HStR VI³, § 130 Rn. 20.

⁹³⁸ Vgl. ohne Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 2 GG *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 21 Rn. 10: „Dieser Richtervorbehalt ist der entscheidende Unterschied zur WRV und der *eigentliche Kern der Gewährleistung*.“ – Hervorhebung i. O. Vgl. auch der Abg. *Zinn* in der 4. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 23.09.1948; Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Band V, S. 80: „Kurz: Wir wollen mit dieser Formulierung eine umfassende Sicherung. Keinerlei Freiheitsentziehung auf die Dauer ohne Tätigwerden eines Richters. Wir gehen da also viel weiter als andere Verfassungen, die nur wegen eines Delikts Verfolgten und Festgenommenen im Auge haben.“

⁹³⁹ Vgl. oben S. 190 zur Möglichkeit der Verfassung, durch spezielle Ge- oder Verbote die Nähe oder die Zugehörigkeit zum Wesen eines Grundrechtes anzudeuten.

die historisch nachweisbare Furcht und die darauf zurückzuführende Funktion des Grundrechtes als Schutz vor *willkürlichen und rechtsgrundlosen* Freiheitsentziehungen macht den Richtervorbehalt zum elementaren Spezifikum des Grundrechts.⁹⁴⁰ Der Richtervorbehalt bietet wegen der richterlichen, durch das Grundgesetz festgelegten Unabhängigkeit (Art. 97 GG) Gewähr für die Verhinderung von ungesetzlichen, rechtsgrundlosen und auch unverhältnismäßigen Eingriffen. Willkürliche Verhaftungen stehen seit jeher als Verbote oder als Zeichen für das Bestehen von Diktatur und Gewaltherrschaft.⁹⁴¹ Missachtungen stellen deshalb Wesensgehaltsverletzungen unabhängig davon dar, ob wegen der Dauer der Freiheitsentziehung eine Wesensantastung infrage kommt und die Maßnahme als solche von geringerer Intensität ist. Bereits kurzzeitige Verhaftungen ohne freie richterliche Entscheidung (in Abgrenzung zur weisungsgebundenen Exekutive) beinhalten die Gefahr, vor der das Grundrecht im Besonderen aber auch im Allgemeinen das Grundgesetz als Reaktion auf die zur Installation und Fortdauer der totalitären Gewaltherrschaft in der Zeit des Dritten Reiches erfolgten Verhaftungen schützen wollte.⁹⁴² Auch ohne explizite Normierung des Richtervorbehaltes im Grundgesetz dürfte eine der Freiheitsentziehung vorgeschaltete, unabhängige Entscheidung also zum Wesen des Freiheitsrechts gehören; durch die Normierung ist eine Wesensrelevanz im Verfassungstext erkennbar angelegt. In diesem Sinne spricht viel dafür, ebenso das Misshandlungsverbot festgehaltener Personen aus Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG zum Wesen der Freiheit der Person zu zählen. Kleinere Verletzungen tasten zwar nicht das

⁹⁴⁰ Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 2-6, der in besonderem Maße den Schutz vor „Willkür als Eingriffsspezifikum“ und als Zweck des Grundrechtes herausstellt. Vgl. auch *Grabitz*, Freiheit der Person, HStR VP, § 130 Rn. 5; *Brodowski*, JuS 2012, 980, 980. Die Bedeutung des Willkürverbotes kommt auch darin zum Ausdruck, dass im Parlamentarischen Rat noch die zusätzliche Formulierung „Niemand darf willkürlich festgenommen, verhaftet oder festgehalten werden“ aufgenommen werden sollte, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 611, 927 f.; Band XIV, S. 510, 1304 ff.; 1486; das Wort „willkürlich“ wurde wegen der befürchteten geringen Präzision und den durch die Gleichheitsgrundrechte bereits erachteten Ausschluss von Willkür schließlich weggelassen, vgl. JöR NF 1 (1951), S. 65 f.

⁹⁴¹ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 6.

⁹⁴² Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 6.

Wesen der körperlichen Unversehrtheit an, wohl aber das der Freiheit der Person mit Blick auf die ungleich andere Situation eines Gefangenen, was sich auch mit den Erfahrungen des Nationalsozialismus erklären lässt.⁹⁴³

2. (Lebenslange) Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung

„Die Freiheitsstrafe gilt als intensivster Eingriff in die Freiheit der Person; sie vermittelt das typusprägende Eingriffsbild.“⁹⁴⁴ Schon diese Einstufung begründet die Notwendigkeit einer näheren Untersuchung auf ihre Konformität mit Art. 19 Abs. 2 GG, nicht zuletzt deshalb wird vor allem die lebenslange Freiheitsstrafe neben dem finalen Rettungsschuss als „Belastungsprobe“ für die absolut-subjektive Theorie bezeichnet.⁹⁴⁵ Gerade die lebenslange Haft ist wegen ihrer (potentiellen) Dauer und der fast gänzlichen Beseitigung der körperlichen Bewegungsfreiheit an Intensität und Grundrechtsentzug kaum zu überbieten (mit Ausnahme des endgültigen und vollständigen Rechtsentzuges durch den Rettungsschuss). Die Verwirklichung des Grundrechtszwecks ist durch die andauernde Inhaftierung in ihrem Wesen ausgeschlossen. Unabhängig von der noch zu beantwortenden Frage, ob und wann dies auch auf zeitige Haftstrafen zutrifft, sind nur zwei Entscheidungen denkbar: Entweder ist die praktizierte lebenslange Freiheitsstrafe wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 2 GG verfassungswidrig, oder aber sie steht aufgrund eines grundgesetzlichen Wesensgehaltsvorbehaltes mit Art. 19 Abs. 2 GG in Einklang und ist zulässig.

Entsprechendes gilt auch für die Sicherungsverwahrung, deren Intensität der Haft kaum nachsteht,⁹⁴⁶ jedoch durch das vom Bundesverfassungsgericht auch entsprechend der Rechtsprechung des

⁹⁴³ Ausdrücklich die Abg. *Schmidt* und *Heuss* in der 4. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 23.09.1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 81 f. Vgl. auch Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 20.

⁹⁴⁴ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 33.

⁹⁴⁵ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 232 f. *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 62, spricht von „Nagelprobe“.

⁹⁴⁶ BVerfGE 128, 326, 390: Bei der Sicherungsverwahrung handele es sich um „einen schweren – wenn nicht gar den schwersten vorstellbaren – Eingriff in das sachlich berührte Grundrecht auf Freiheit der Person“; *Schaks*, JuS 2015, 407, 410.

Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte⁹⁴⁷ geforderte „Abstandsgebot“ gegenüber Haftstrafe durch einen „freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ etwas abgemildert sein muss.⁹⁴⁸ Die nachfolgenden, primär von der Freiheitsstrafe ausgehenden Ausführungen gelten sinngemäß deshalb auch für die auch möglicherweise lebenslange⁹⁴⁹ Sicherungsverwahrung, soweit diese nicht gesondert behandelt wird.

a) Betroffene Grundrechte

Freiheitsentziehungen wie Haft und Sicherungsverwahrung berühren typusbedingt zwar vor allem, aber nicht nur die Freiheit der Person, sondern schränken darüber hinaus verschiedene andere Grundrechte zwangsläufig mit ein. Dies ist auch nur logische Folge dessen, dass die körperliche Bewegungsfreiheit Grundvoraussetzung der meisten übrigen Grundrechte ist⁹⁵⁰ und mit der Aufhebung der Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin“⁹⁵¹ in einem umgrenzten Raum vornehmlich die kollektiv ausgeübten oder in ihrer Wirkung auf Öffentlichkeitswirkung angelegten Grundrechte deswegen wenn überhaupt nur massiv eingeschränkt genutzt werden können. In variierender Nennung und Häufigkeit werden hier vor allem Art. 8, 10 und 11 GG aufgezählt.⁹⁵² Einige der Grundrechte dürften in der Haftsituation nahezu ebenso weitgehend eingeschränkt sein wie die Freiheit der Person, womit auch diese Folgen mit der Wesensgehaltsgarantie vereinbar sein müssten. Aus thematischen und systematischen Gesichtspunkten soll an dieser Stelle deshalb die Freiheitsstrafe unter allen Aspekten untersucht und die übrigen

⁹⁴⁷ EGMR, Urt. v. 13.01.2011, 17792/07, NJW 2011, 3427 f.; EGMR, Urt. v. 13.01.2011, 6587/04, NJW 2011, 3423 ff.

⁹⁴⁸ BVerfGE 128, 326, 374 ff., 380; E 131, 268, 289; E 109, 133, 166.

⁹⁴⁹ BVerfGE 109, 133, 156.

⁹⁵⁰ Vgl. BVerfGE 10, 302, 322; E 128, 326, 372.

⁹⁵¹ BVerfGE 94, 166, 198; E 105, 239, 248; Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 6 ff.

⁹⁵² Röhl, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 172: Art. 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 GG; Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG: Art. 8, 11 und 13; Schaks, JuS 2015, 407, 410: Art. 8, 10, 11 und 14 GG; Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 54: Art. 4, 5, 8, 12, 14 GG; Krüger, DVBl. 1950, 625, 629: Art. 8 und 9 Abs. 1 GG; Leisner, DVBl. 1960, 617, 625: Art. 6 Abs. 1 (Ehefreiheit), 11, 12 GG. Ohne explizite Nennung einzelner Grundrechte auch BVerfGE 45, 187, 223; ebenso Reif, Der Begriff der Verwirkung der Grundrechte in Art. 18 des Grundgesetzes, S. 136. Eine umfassende Auflistung der betroffenen Grundrechte findet sich bei v. Münch, JZ 1958, 73, 74 ff.

Rechte integriert werden, auch wenn der Schwerpunkt der Argumentation zwangsläufig auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG liegen wird.

b) Berührung des Wesens

Jedenfalls die lebenslange Freiheitsstrafe – darauf ist schon mehrfach hingewiesen worden – lässt von der körperlichen Bewegungsfreiheit wie auch einigen weiteren betroffenen Grundrechten nicht mehr so viel übrig, als dass noch von einem hinreichenden Grundrechtsrest und nicht nur von einem minimalen, unzureichendem Überbleibsel gesprochen werden könnte.⁹⁵³ Andere Ansichten, wonach entweder tatsächlich auch in der Haftsituation noch genügend Freiheit verbleibe⁹⁵⁴ oder die bloße Chance auf Wiedererlangung der Freiheit genüge,⁹⁵⁵ können angesichts der Dauer und Intensität der Grundrechtseinschränkungen meines Erachtens nach nicht überzeugen⁹⁵⁶ (und sind wohl nur dadurch zu erklären, dass der absolut-subjektive Anspruch nicht aufgegeben werden sollte). Trotz eines „immer stärker freiheitssensibilisierten Haftverständnisses“⁹⁵⁷ mit einer einhergehenden Milderung des Eingriffs lassen weder die aktuell praktizierten noch in absehbarer Zeit eingeführte Vollzugsverhältnisse im geschlossenen Vollzug ein Abweichen von dieser Einschätzung zu. Eine Haftunterbringung, die das Wesen der betroffenen Grundrechte

⁹⁵³ Statt vieler *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 198, 206; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 16; *Krüger*, DVBl. 1950, 625, 629; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 284; *Maunz/Dürig/Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 4; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41.

⁹⁵⁴ *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, S. 26, sieht auch in der lebenslangen Haft einen ausreichenden Freiheitsbereich durch ein verbleibendes „gewisses Maß an Freiheit“; vgl. auch *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 12 Rn. 147. Nicht generell ablehnend auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 53 f.

⁹⁵⁵ *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 7; *Herbert*, EuGRZ 1985, 321, 332; v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 214; *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1092; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 880 f. Offen gelassen bei *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 53 f.

⁹⁵⁶ Ebenso *Kaufmann*, ARSP 70 (1984), 384, 387 f.; *ders.*, Was heißt „Wesensgehalt“ der Grundrechte, in: *Schünemann/Müller/Philipps* [Hrsg.], Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, S. 23, 27; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c; *Dreier/ders.*, GG I, Art. 19 II Rn. 16; *Schaks*, JuS 2015, 407, 410.

⁹⁵⁷ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 54; vgl. auch die Leitlinien für den Strafvollzug des Landes Nordrhein-Westfalen, https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/Justizvollzug/justizvollzug1/leitlinien/Leitlinien_Strafvollzug.pdf, S. 4 ff. (zuletzt abgerufen am 10.12.2017). Zum „freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ in der Sicherungsverwahrung BVerfGE 128, 326, 374 f.

vollumfänglich wahr und nicht antastet, wäre keine Freiheitsentziehung mehr und eine Abkehr vom geltenden Strafsystem. Noch mehr ist die vereinzelte Auffassung abzulehnen, nach der eine Verletzung erst durch das Versterben in Haft eintreten würde, weshalb durch Gesundheitsuntersuchungen ein Entlassen des Gefangenen vor dem Versterben sichergestellt werden soll.⁹⁵⁸ In dieser Auslegung verkümmert das Wesen der Freiheit der Person auf ein „Recht auf Sterben in Freiheit“. Darüber hinaus wäre eine Verletzung erst ex post feststellbar, womit der durch Art. 19 Abs. 2 GG bezweckte Schutz sich in einen wertlosen, post mortem-Rechtsschutz im Sinne einer bloßen Feststellungsmöglichkeit der Hinterbliebenen auflösen würde.⁹⁵⁹

Doch nicht erst die lebenslange, sondern auch die zeitige Freiheitsstrafe ist in der Lage, das Wesen anzutasten. Auch die mehrjährige, aber befristete Haftstrafe vermindert durch die erhebliche Intensität und Betroffenheit gleich mehrerer Grundrechte die von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bezweckte freiheitliche Betätigung in einem Maße, dass nicht mehr von verbleibenden Grundrechtswesen gesprochen werden kann. Zutreffend wird deshalb auch die zeitige Freiheitsstrafe als Kollisionsfall mit Art. 19 Abs. 2 GG gesehen.⁹⁶⁰ Für das Wesen eines Grundrechtes kann es nicht

⁹⁵⁸ v. *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 215: „Im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe heißt das, daß der vollständige (!) Vollzug der Freiheitsstrafe, deren Ende der Verurteilte aus Gesundheitsgründen nicht mehr erleben wird, gegen Art. 19 Abs. 2 GG verstößt. Hier ist eine vorzeitige Haftentlassung verfassungsrechtlich geboten. Diese Feststellung führt zu dem Ergebnis, daß derjenige, der in der Strafhaft aus Gesundheits- oder Altersgründen verstirbt, im Wesensgehalt seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verletzt worden ist. Um solchen Verletzungen möglichst vorzubeugen, sollten bei Vorliegen entsprechender Anzeichen einer lebensbedrohenden Erkrankung oder altersbedingter Gebrechlichkeit Untersuchungen des Gesundheitszustandes erfolgen.“ Die Widersinnigkeit zeigt sich vor allem daran, dass damit wohl bei einer Entlassung nur wenige Tage vor dem Tode – z.B. in ein Krankenhaus – dann keine Wesensgehaltsantastung anzunehmen wäre, da in diesem Falle nicht „vollständig“ vollstreckt wurde. Es ist kaum einsichtig, warum nach jahrelanger Haft eine kurz vor dem Tod erfolgte Entlassung eine Wesensantastung ausschließen sollte, wirkliche Freiheit erhält ein sterbender Häftling damit nicht mehr. In diesem Sinne aber auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 880: „Sie [die lebenslange Freiheitsstrafe, A.S.] bedeutet eine Antastung des Wesensgehalts eines Grundrechts nur dann, wenn sie wirklich lebenslang bleibt.“

⁹⁵⁹ In diesem Sinne für die lebenslange Freiheitsstrafe auch *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 201.

⁹⁶⁰ Etwa *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 200; *Reif*, Der Begriff der Verwirkung der Grundrechte in Art. 18 des Grundgesetzes, S. 136; *Maunz/Dürig/Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 4; *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR V², § 122 Rn. 27; ohne Differenzierung nach der Dauer *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 284, *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41.

ausreichend sein, erst nach Jahren wieder in den Genuss des bzw. der Grundrechte zu kommen. Da damit die Freiheitsstrafe schon frühzeitig mit Art. 19 Abs. 2 GG in Widerspruch steht, besteht kein Bedürfnis, die gerade noch zulässige und mit der Wesensgarantie vereinbare Haftdauer zu bestimmen, die darüber hinaus auch von den aktuell geltenden Vollzugsverhältnissen und dem Umfang des (zwar unzureichenden, aber variierenden) Freiheitsrests abhängig wäre. Die Freiheitsstrafe als solche verkürzt auf diese Zeit (etwa auf maximal ein Jahr) oder mit einem das Wesen unberührt lassenden Freiheitsraum (durch Gestattung von freier, unbeobachteter Bewegung und Aufenthalt außerhalb, freier Kontakt nach außen) würde ihren Zweck auch aus dem Präventiv- und Abschreckungscharakter⁹⁶¹ der Haftstrafe kaum erfüllen können. Ein dem geltenden Recht entsprechendes Strafvollzugssystem lässt sich deshalb nur auf einen Wesensgehaltsvorbehalt gestützt mit Art. 19 Abs. 2 GG vereinbaren.

c) Existenz eines Wesensgehaltsvorbehaltes

Als „Ausnahme“ von Art. 19 Abs. 2 GG werden für die (lebenslange) Freiheitsstrafe mehrere Normen des Grundgesetzes diskutiert, deren Legitimationswirkung aber von der Einstufung als Wesensgehaltsvorbehalt abhängt. Dass der Parlamentarische Rat die lebenslange Freiheitsstrafe als „althergebrachte Strafe“ vorfand und diese nicht in Frage stellen wollte,⁹⁶² kann ohne entsprechenden Niederschlag im Grundgesetz nicht genügen, könnte aber eventuell das Vorliegen eines Wesensgehaltsvorbehaltes stützen.

aa) Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG

Ähnlich wie für den finalen Rettungsschuss wird auch zur Begründung der Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG herangezogen.⁹⁶³ Anders als bei der Tötung eines Geiselnahmens liegen für die Freiheitsstrafe jedoch die Voraussetzungen eines Wesensgehaltsvorbehaltes nicht vor. Es fehlt

⁹⁶¹ Vgl. MüKo-StGB/Radtke, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 28.

⁹⁶² BVerfGE 45, 187, 270.

⁹⁶³ BK-GG/Niehaus, Art. 19 Abs. 2 Rn. 91; Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 62 f.

klar an einer Bestimmung, aus der sich trotz prinzipieller Wesenszugehörigkeit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Eingriffs in die wesensrelevanten Gehalte ergibt, denn im Unterschied zum Grundrecht auf Leben sind Eingriffe in die Freiheit der Person in vielfältiger Art und Weise möglich und der allgemeine Vorbehalt des Satz 3 kann deshalb nicht die Zulässigkeit eines konkreten Eingriffs beinhalten. Die in der Singularität des Schutzbereiches liegende Besonderheit des Lebensgrundrechtes und der infolgedessen in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG zu sehende Wesensgehaltsvorbehalt für den Rettungsschuss trifft auf das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gerade nicht zu.

bb) Art. 102 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG

Dies gilt gleichermaßen für die angeführten Art. 102 GG⁹⁶⁴ und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG⁹⁶⁵. Weder ist allein in der Abschaffung der Todesstrafe noch in der Kompetenzzuordnung des Strafrechts eine verfassungsrechtliche Anerkennung auch der lebenslangen Haft zu sehen; die Anforderungen an einen Wesensgehaltsvorbehalt sind somit nicht erfüllt.

cc) Art. 104 Abs. 2 GG

Überwiegend wird für die Vereinbarkeit der (lebenslangen) Freiheitsstrafe mit der Wesensgehaltsgarantie auf Art. 104 GG Bezug genommen, der Freiheitsentziehungen zulässt.⁹⁶⁶ Infolge der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Freiheitsstrafe durch Art. 104 GG sei es ausgeschlossen, in jedem Freiheitsentzug eine Verletzung des Wesensgehalts zu sehen, es sei vielmehr bestätigt, dass auch eine Freiheitsentziehung zulässig sei und Art. 104 GG insofern eine Ausnahme von oder eine Einschränkung der

⁹⁶⁴ Dafür aber BK-GG/*Niehaus*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 91; ablehnend BVerfGE 45, 187, 225; *Röhl*, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 173 f.; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 192; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 52.

⁹⁶⁵ Dafür aber *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41, ablehnend *Röhl*, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 173 f., sowie *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 191.

⁹⁶⁶ Maunz/*Dürig/Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 4; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 41; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 212, 262; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 284; in diese Richtung auch AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 7, sowie *Schaks*, JuS 2015, 407, 410.

Wesensgehaltsgarantie darstelle.⁹⁶⁷ Doch wird in diesen Formulierungen schon deutlich, dass sie sich ebenso wie Art. 104 Abs. 2 GG insgesamt auf Freiheitsentziehungen beziehen und insbesondere in Art. 104 Abs. 2 GG kein Teil des Wortlauts (auch) auf die lebenslange Haft oder allgemein auf die Haftdauer hindeutet.⁹⁶⁸ Anerkannt ist durch Art. 104 GG von der Verfassung selbst deshalb erstmal nur allgemein die Freiheitsentziehung⁹⁶⁹ als konkreter Eingriff der umfassenden Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit und die diesbezüglich einzuhaltenden Vorgaben und Voraussetzungen als wesensantastende Maßnahme.

Für die verfassungsrechtliche Anerkennung der Haft spricht nicht nur die Entstehungsgeschichte, in der die Strafverfolgung und Haft als typusprägende Eingriffe erkennbar sind und von der Regelung ermöglicht sein sollten,⁹⁷⁰ sondern auch der Umstand, dass die formellen Anforderungen in Art. 104 GG überflüssig und ihre Aufnahme sonderbar wären, wenn damit nicht die Freiheitsstrafe als solche grundsätzlich zulässig sein sollte. Diese Billigung schließt es aus, in jeder

⁹⁶⁷ Vgl. Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 4: „Damit ist mittelbar zum Ausdruck gebracht, daß sich der Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person bis hin zur Freiheitsentziehung steigern darf. [...] Damit ist die Wesensgehaltssperre des Art. 19 II, wie immer man sie auch begrifflich erfaßt, durchbrochen. Diese Durchbrechung muß systematisch als in der gleichen verfassungsrechtlichen Ebene erfolgte Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 19 II angesehen werden. Auch die lebenslängliche Freiheitsentziehung ist also verfassungsrechtlich unter den Voraussetzungen des Art. 104 zulässig, obwohl dadurch das Recht auf Bewegungsfreiheit in seinem Wesensgehalt angetastet wird.“ Hieran anschließend *Gallwas*, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 134. Vergleichbar auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 262: „Die verfassungsrechtliche Anerkennung der Freiheitsstrafe in Art. 104 GG schließt es rechtslogisch aus, in jeder gesetzmäßigen Inhaftierung eine Verletzung der Freiheit der Person zu sehen.“ *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 284: „Da jedoch Art. 104 GG ausdrücklich Freiheitsentziehungen zulässt, schränkt er insoweit die Wesensgehaltsgarantie von Art. 19 II ein. Sie gilt somit nicht für Freiheitsentziehungen, sondern nur für sonstige Freiheitsbeschränkungen.“

⁹⁶⁸ Vgl. *Schaks*, JuS 2015, 407, 410.

⁹⁶⁹ *Schaks*, JuS 2015, 407, 410; vgl. auch BVerfGE 33, 1, 9 f.: „Das Grundgesetz setzt in Art. 104 Abs. 1 und 2 und in Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 die Möglichkeit einer zeitlich begrenzten oder unbegrenzten Freiheitsentziehung durch ein richterliches Strafurteil, das in Anwendung eines Strafgesetzes und unter Beachtung der entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften ergangen ist, als selbstverständlich voraus.“

⁹⁷⁰ In den Beratungen wird mehrfach die Haft als Beispiel der Freiheitsentziehung genannt, für die es des Richtervorbehaltes bedürfe, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv [Hrsg.], Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band V, S. 78 ff.; 610 f.; Band XIV, S. 1299, 1306 ff.

– ggf. längeren – Haft eine Wesensantastung zu sehen.⁹⁷¹ Die in Art. 104 GG enthaltenen Vorgaben als hauptsächlich formelle Anforderungen stehen dem deshalb nicht entgegen.⁹⁷² Doch bedarf es darüber hinaus weiterer Argumentation, warum damit auch weitergehend eine Ermächtigung bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe erfolgt sein soll. Mit der in Art. 104 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Ermöglichung der Haftstrafe ist die intensivste Form der Bewegungseinschränkung explizit eingerichtet, damit sollte aber (so einschränkend lassen sich weder Art. 104 GG noch die Vorstellungen des Parlamentarischen Rates auslegen) keinesfalls nur eine auf maximal einige Monate beschränkte Freiheitsentziehung ermöglicht werden, die noch nicht mit Art. 19 Abs. 2 GG kollidiert. Demzufolge akzeptiert und ermöglicht die Anerkennung der Freiheitsstrafe die Wesensantastung unter Beachtung der in Art. 104 GG genannten Anforderungen. Wenn aber auch die zeitige Freiheitsstrafe als eine von Art. 104 GG unzweifelhaft erfasste Zeitspanne bereits das Wesen antastet und deshalb Art. 104 GG als diesen Eingriff erst ermöglichender Wesensgehaltsvorbehalt zu verstehen ist, ist kein Grund ersichtlich, warum die Gestattung der Wesensantastung ohne im Wortlaut erkennbare Einschränkung ab einer gewissen Dauer bzw. der „Lebenslänglichkeit“ nicht gelten soll (und sich ja nur in der Zeitspanne, nicht dagegen in der Maßnahme als solche unterscheidet). Art. 104 GG enthält keine Differenzierung und gestattet allgemein das Wesen antastende Freiheitsentziehungen. Deshalb macht es für Art. 19 Abs. 2 GG⁹⁷³ keinen Unterschied, ob es sich um eine wesensantastende zeitige oder lebenslange Haftstrafe handelt. Vielmehr ging das Grundgesetz auch von der lebenslangen Freiheitsstrafe aus, wie

⁹⁷¹ So die bereits genannte und zutreffende Argumentation von Maunz/Dürig/*Dürig*, GG, Art. 104 Rn. 4; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 262; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 284.

⁹⁷² A.A. wegen der enthaltenen, im Wesentlichen formellen Vorgaben LG Verden, Vorlagebeschl. v. 05.03.1976, 3 Ks 3/75, NJW 1976, 980, 981; *Reif*, Der Begriff der Verwirkung der Grundrechte in Art. 18 des Grundgesetzes, S. 136 m. Fn. 6; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 191. Im Übrigen ist bereits gezeigt worden, dass auch der formelle Richtervorbehalt Teil des Wesens ist (oben S. 242) und deshalb die Einstufung als Verfahrensvorschrift Auswirkungen auf Art. 19 Abs. 2 GG nicht entgegensteht.

⁹⁷³ Nicht dagegen für den weiterhin geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der von der Abwägung im Einzelfall abhängig ist.

in der Strafandrohung des in Art. 143 GG in der bis zum 1. September 1951 geltenden Fassung zum Ausdruck kam.⁹⁷⁴ Unerheblich ist, ob Art. 143 GG a.F. nur die Eigenschaft als einfach-rechtliche Strafnorm oder auch Verfassungsrang zukam, jedenfalls spricht dies deutlich dafür, dass mit Art. 104 Abs. 2 GG auch die lebenslange Freiheitsstrafe umfasst sein sollte.⁹⁷⁵ Die mit der (Wieder-)Einführung des Hochverrates in die §§ 80 ff. StGB durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951⁹⁷⁶ entstandene Entbehrlichkeit und auch erfolgte Aufhebung von Art. 143 GG a.F. ändern nichts an der enthaltenen Wertung.

Die Anforderungen an einen Wesensgehaltsvorbehalt sind deshalb durch die ausdrückliche Gestattung eines hinreichend konkreten Eingriffs (Freiheitsentziehung), der ohne die verfassungsrechtliche Anerkennung in Art. 104 Abs. 2 GG als Wesensverletzung untersagt werden müsste, erfüllt. Zwar sind als Freiheitsentziehung mehrere unterschiedliche Arten (Haft, Sicherungsverwahrung, auch Zwangseinweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus) anerkannt. Diese unterscheiden sich jedoch nicht hinsichtlich des spezifischen Eingriffs, sondern nur bezüglich des Zwecks der Freiheitsentziehung. Der Grund ist jedoch für die Bestimmung des Wesensgehaltsvorbehaltes irrelevant, nur die Folge (umfassende Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit auf einen eng umgrenzten Raum) ist von Bedeutung und in Art. 104 GG konkret angelegt.⁹⁷⁷ Die Haft, auch als lebenslange Strafe, aber auch die Sicherungsverwahrung sind deshalb aufgrund des Wesensgehaltsvorbehalts mit Art. 19 Abs. 2 GG vereinbar, sofern die weiteren, auch teilweise als Wesen des Grundrechtes

⁹⁷⁴ Art. 143 a.F. Abs. 1 GG lautete: „(1) Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes ändert, [...] wird mit lebenslangem Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren bestraft.“

⁹⁷⁵ BVerfGE 45, 187, 226 f., 270 f., ausdrücklich auch in Bezug auf Art. 19 Abs. 2 GG: „Dies hat objektiv in der ursprünglichen Fassung des Art. 143 GG seinen Niederschlag gefunden. Daraus kann zwar, wie oben [...] dargelegt wurde, keine allgemein verfassungsrechtliche Billigung der lebenslangen Freiheitsstrafe, wohl aber ihre Verträglichkeit speziell mit Art. 2 II 2 und Art. 19 II GG hergeleitet werden.“

⁹⁷⁶ Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.08.1951, BGBl. I 1951, S. 739 ff.

⁹⁷⁷ Vgl. zur Irrelevanz des Zwecks der Freiheitsentziehung Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 6 m. w. Nw.: „Da es allein auf den Erfolg, nämlich den Ausschluß der Bewegungsfreiheit der Person ankommt, ist es auch unerheblich, aus welchen Motiven *und zu welchen* Zwecken die Freiheit entzogen wird“ – Hervorhebung A.S.

identifizierten Anforderungen des Art. 104 gewahrt bleiben.⁹⁷⁸ Eine Missachtung der Vorgaben wahrt nicht die Voraussetzungen des Wesensgehaltsvorbehaltes, der gerade auch an die wesenszugehörigen Verfahrensrechte anknüpft.

d) Art und Grenzen des Wesensgehaltsvorbehaltes

Aus dem Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG als einzelfallbezogene Entscheidung hinsichtlich des ermächtigenden Gesetzes folgt, dass es sich um einen subjektiven Wesensgehaltsvorbehalt handelt und das Wesen im Fall der Freiheitsentziehung auf die Sicherung des objektiven Rechts beschränkt ist. Darüber hinaus stellt Art. 104 Abs. 2 GG einen eingriffsbezogenen Wesensvorbehalt dar, der nicht bestimmte Verhaltensweisen des Grundrechtsträgers von der Geltung des Art. 19 Abs. 2 GG ausnimmt, sondern einen konkreten Eingriff als vereinbar mit der Wesensgehaltsgarantie bestimmt. Vom Vorbehalt umfasst sind deshalb auch wesensantastende Einschränkungen anderer Grundrechte als der körperlichen Bewegungsfreiheit, soweit sie durch die den Eingriffszweck bestimmende Natur der Freiheitsentziehung bzw. des Anstaltsverhältnisses zwangsläufig ebenso betroffen sind.⁹⁷⁹ Bei einer Freiheitsentziehung als Beseitigung der körperlichen Bewegungsfreiheit ist für die Dauer der Maßnahme etwa undenkbar, nach Belieben an Versammlungen frei teilzunehmen – durch das Festhalten an einem eng umgrenzten Ort ist dies eingriffstypisch notwendigerweise mit ausgeschlossen. Alle übrigen Maßnahmen, die dagegen nicht mit der Situation der Freiheitsentziehung zwangsläufig verbunden sind, werden weiterhin an Art. 19 Abs. 2 GG gemessen. Mit der Freiheitsentziehung nicht verbunden ist zum Beispiel die völlige Aufhebung des Briefgeheimnisses durch Lesen der Gefängnispost, da sich die Einschränkung der Brief-, Post- und Fernmeldefreiheit nicht aus der

⁹⁷⁸ Im Ansatz bereits erkennbar bei Maunz/Dürig/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 4: „Auch die lebenslängliche Freiheitsentziehung ist also verfassungsrechtlich *unter den Voraussetzungen des Art. 104 zulässig*, obwohl dadurch das Recht auf Bewegungsfreiheit in seinem Wesensgehalt angetastet wird.“ – Hervorhebung A.S.

⁹⁷⁹ Vergleichbar etwa BVerfGE 25, 88, 97 zur Verwirkungsentscheidung nach Art. 18 GG, die auch Einschränkungen für nach dem Katalog des Art. 18 GG gar nicht verwirkbare Grundrechte mit sich bringen kann, soweit diese zwangsläufig mit der Ausübung des verwirkten Grundrechts verbunden sind. Hieran anschließend Maunz/Dürig/Dürig/Klein, GG, Art. 18 Rn. 32.

Bewegungseinschränkung ergibt. Etwas anderes gilt dagegen für die Verpflichtung zur Zwangsarbeit, die zwar eine Wesensverletzung wegen massiver Einschränkung der negativen wie auch positiven Berufsfreiheit durch die fehlende Wahl ob und welcher Beruf ausgeübt wird begründen würde, aber von Art. 12 Abs. 3 GG ausdrücklich für die Zeit der gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung vorgesehen ist und insofern als eigenständiger Wesensgehaltsvorbehalt zu verstehen ist.⁹⁸⁰ Für die Ehefreiheit ergibt sich ein differenziertes Bild: Während die Vollziehung der Freiheitsentziehung einer Eheschließung nicht entgegensteht und deshalb die Versagung der Eingehung einer Ehe das Wesen des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG antasten würde,⁹⁸¹ ist das Eheleben zwangsläufig erheblichen Einschränkungen unterworfen, ohne dass damit das Wesen angetastet wäre.⁹⁸² Dies ist Folge des Wesensgehaltsvorbehalts, der diese Freiheitsentziehung und damit auch Einschränkungen für das Eheleben ermöglicht.

Der Wesensgehaltsvorbehalt gilt vor allem auch nur für Freiheitsentziehungen, nicht für andersartige Surrogate, die nur den gleichen Sicherungszweck (der Gesellschaft) erfüllen sollen. Dazu zählt u.a. die Observation der aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts notwendig freigelassenen, ehemaligen

⁹⁸⁰ Dazu noch unten S. 298.

⁹⁸¹ Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 09.05.1968, 1 VAs 23/68, FamRZ 1968, 387 f.; v. Münch, JZ 1958, 73, 75.

⁹⁸² Vgl. differierend auch OLG Hamm, Beschl. v. 09.05.1968, 1 VAs 23/68, FamRZ 1968, 387 f., sowie OLG Celle, Beschl. v. 25.11.1960, 3 WVs 5/60, NJW 1961, 692, 692, wobei das OLG Celle jedoch eine absolute Eheschließungsfreiheit ablehnt: „Die Eheschließung als solche ist grundsätzlich mit dem Wesen des Strafvollzuges vereinbar. Wohl hat die Einsperrung zur Folge, daß während ihrer Dauer die eheliche Lebensgemeinschaft nicht hergestellt werden kann. Deren Nichtvollziehbarkeit ist aber nicht ohne weiteres ein Hindernis für die Eheschließung selbst. Allerdings kann sich der Sen. nicht der Ansicht v. Münchs (JZ 1958, 75) anschließen, einem Strafgefangenen könne in keinem Falle das Recht auf Eingehung einer Ehe verweigert werden. Denn wenn z.B. bei einem zu lebenslanger Zuchthausstrafe Verurteilten von vornherein feststeht [...], daß er niemals in der Lage sein wird, seiner mit der Eheschließung verbundenen Pflicht zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) nachzukommen, dann wird man der Strafvollzugsbehörde in der Regel das Recht zugestehen müssen, die Genehmigung zur Eheschließung zu versagen. Denn das Grundgesetz will ein Recht auf Eheschließung nur dann gewähren, wenn überhaupt einmal die damit bezweckte Lebensgemeinschaft hergestellt werden kann oder darf, es sei denn, daß besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen.“

Sicherungsverwahrten.⁹⁸³ Zum Schutz der Öffentlichkeit wurden diese einer dauerhaften Observation durch mehrere Polizeibeamte zu jeder Zeit und an jedem Aufenthaltsort unterzogen. Bei einem Aufenthalt in der Unterkunft hielten sich die Beamten in der Küche vor dem eigentlichen Wohnraum des Freigelassenen auf. Außerhalb der Wohnung erfolgte eine offene Observation an jedem Aufenthaltsort, von der Person angesprochene Frauen wurden unmittelbar durch eine sogenannte „Gefährdetenansprache“ von den Beamten auf den Grund der Observation angesprochen. Diese Situation, wie sie über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren in einigen Entscheidungen auch des Bundesverfassungsgerichts⁹⁸⁴ zugrunde lag, ist zwar angesichts der von den Personen ausgehenden Gefahren möglicherweise verhältnismäßig,⁹⁸⁵ jedoch wegen der mit der (offenen) Überwachungstätigkeit einhergehenden erheblichen Grundrechtseinschränkungen, insbesondere für die Persönlichkeitsentfaltung (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), als Wesensantastung mangels Wesensgehaltsvorbehalts verfassungswidrig. Da die Observation keine Freiheitsentziehung darstellt, kann auch Art. 104 GG nicht herangezogen werden; und für das Persönlichkeitsrecht sowie weitere, betroffene Grundrechte existiert kein Wesensgehaltsvorbehalt, der die über diesen Zeitraum ständig erneuerte, befristete Überwachungsanordnung ermöglichen könnte.

e) Unterbringung in Heil- und Pflegeanstalten

Die Unterbringung psychisch erkrankter Personen in geschlossenen Einrichtungen unterscheidet sich hinsichtlich des Grundes der Freiheitsentziehung noch stärker von der Haftstrafe als die Sicherungsverwahrung, denn der Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit knüpft nur dann an eine vorangehende Straffälligkeit

⁹⁸³ EGMR, Urt. v. 17.12.2009, 19359/04, DÖV 2010, 276 f.; BVerfGE 128, 326 ff. auch zu den nachfolgenden Sachverhaltsdarstellungen.

⁹⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012, 1 BvR 22/12, DÖV 2013, 198; vergleichbar auch OVG NRW, Urt. v. 05.07.2013. 5 A 607/11, DÖV 2013, 859.

⁹⁸⁵ Die Entscheidungen des BVerfG und des OVG NRW hielten die Maßnahme für verhältnismäßig.

an, wenn sie als Maßregel angeordnet wird.⁹⁸⁶ Der Eingriff als solcher ist aber in den Wirkungen ähnlich, es handelt sich ebenso um eine Freiheitsentziehung mit der Aufhebung der Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin und kann auch hinsichtlich der Dauer entsprechende Zeitspannen erreichen.⁹⁸⁷ Für die Unterbringung ist deshalb auch der Wesensgehaltsvorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG anwendbar, denn auch das Festhalten in einem Krankenhaus zur geistigen Gesundung zählt als habeas-corpus-Konstellation zu den typischen Eingriffen, die Art. 104 Abs. 2 GG als Freiheitsentziehung vorsieht.⁹⁸⁸

3. Verhältnis zur Menschenwürdegarantie

Aufgrund des Wesensgehaltsvorbehaltes ergeben sich kaum durch Art. 19 Abs. 2 GG über den Menschenwürdeschutz hinaus absolut geschützte Gehalte. Weitergehenden Schutz vermittelt die Wesensgehaltsgarantie, wenn man das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG nicht umfassend, sondern nur im Kern als absoluten Bestandteil der Menschenwürde erfasst,⁹⁸⁹ nicht dagegen, wenn jede Verletzung im Sinne des § 223 StGB als Misshandlung angesehen wird.⁹⁹⁰

V. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Art. 9 GG

Zu den umfassender bearbeiteten Freiheitsrechten zählt auch die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die mit der gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit in § 4a TVG als gegenwärtig verfassungsrechtlich umstrittene Normierung als auch hinsichtlich des Streikverbotes der Beamten als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) mit der Wesensgehaltsgarantie kollidieren könnte und deshalb eine genauere Wesensbegutachtung zweckmäßig erscheint. Als

⁹⁸⁶ Bei fehlender oder verminderter Schuldfähigkeit ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychischen Krankenhaus an, § 63 StGB.

⁹⁸⁷ Vgl. zu den sog. „Long-stay“-Abteilungen *Mushoff*, NK 2008, 67 ff.; *Braasch*, FPPK 2007, 269 ff.; *Sagel-Grande*, MschrKrim 88 (2005), 427, 437 ff. Allgemein zur Unterbringung *Müller-Dietz*, JR 1987, 45 ff.; *ders.*, JR 1995, 353 ff.

⁹⁸⁸ Vgl. *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 33 ff., 69 ff.

⁹⁸⁹ *Hömig/Wolff/Hömig*, GG, Art. 104 Rn. 6.

⁹⁹⁰ Statt vieler v. *Münch/Kunig/Kunig*, GG II, Art. 104 Rn. 14; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Gusy*, GG III, Art. 104 Rn. 33, der zwar von einem „Kerngehalt des Misshandlungsverbots“ spricht, gleichwohl jegliche Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 GG hierunter fasst.

Unterfall⁹⁹¹ der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG liegt es nahe, einleitend auch diese kurz auf ihr unantastbares Wesen zu untersuchen. Darüber hinaus weisen sowohl die Vereinigungs- als auch die Koalitionsfreiheit als kollektive Grundrechte nur eine sehr geringe Nähe zur Menschenwürde auf,⁹⁹² sodass der Wesensschutz hier gegenüber dem unantastbaren Menschenwürdegehalt mehr zum Tragen kommt.

1. Vereinigungsfreiheit

Für die Vereinigungs- und auch die Koalitionsfreiheit ergibt sich für die Wesensgehaltsgarantie schon eine Besonderheit aus der nach herrschender Meinung bestehenden Einordnung als Doppelgrundrechte sowohl des Einzelnen als auch der Vereinigung selbst.⁹⁹³ Ohne den „Umweg“ über Art. 19 Abs. 3 GG sind deshalb auch unantastbare Freiheiten der Vereinigung selbst zuzusprechen.

a) Wesensrelevanz und Verletzungsgrenzen

Für die Wesensrelevanz der Vereinsbetätigung bietet es sich an, an die einschränkende Auslegung des Schutzbereiches entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzuknüpfen, der zufolge von Art. 9 Abs. 1 GG nur vereinspezifische Betätigungen gewährleistet sind, während ein Tätigwerden wie jedermann im Rechtsverkehr dem jeweiligen, sachlich einschlägigen (Individual-)Grundrecht zugeordnet bleibt.⁹⁹⁴ Weiterhin ist der Zweck des Grundrechts als Prinzip freier

⁹⁹¹ Ziekow, Vereinigungsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR IV, § 107 Rn. 4; v. Danwitz, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 26; BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 1; Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 1, 6, 154; ders., Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 41.

⁹⁹² Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26.

⁹⁹³ BVerfGE 4, 96, 101 f.; E 17, 319, 333; E 19, 303, 312, 319; E 28, 295, 304; E 30, 227, 241; E 50, 290, 354, 367; E 84, 212, 224; E 84, 372, 378; E 92, 26, 38; E 83, 352, 357; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 11, 44; Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 9 Rn. 3; BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 1; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. III 1; Ziekow, Vereinigungsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR IV, § 107 Rn. 11, 66 m. w. Nw.; Rudroff, Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und dessen verwaltungsrechtliche Auswirkungen, S. 13 f.; a.A. Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 25; ders., Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 83 ff.; Günther/Franz, JuS 2006, 788, 791; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, GG I, Art. 9 Rn. 62 ff., 138 ff.; AK-GG/Rinken, Art. 9 Abs. 1 Rn. 55.

⁹⁹⁴ BVerfGE 50, 290, 353; E 70, 1, 25; BVerfG, Beschluss v. 24.09.2014, 1 BvR 3017/11, NJW 2015, 612, 612 f. Vgl. auch Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 40: „Die Vereinigungsfreiheit stellt ein (bloßes) ‚Ausübungsrecht‘ zwecks (kollektiver) Verfolgung eines

sozialer Gruppenordnung⁹⁹⁵ zu berücksichtigen. Wesensrelevanz kommt deshalb insbesondere den Grundbedingungen der Vereinigungsfreiheit, also die Gründungsfreiheit betreffend, zu. Jedoch kann weder das Grundrecht als solches, wie der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 GG zunächst andeutet, noch der unantastbare Kern nur auf die Gründungsfreiheit beschränkt werden. Dies entspricht nicht dem Schutzzweck, damit würde der Grundrechtsschutz auch weitestgehend leerlaufen.⁹⁹⁶ Darüber hinaus dürfte deshalb auch zu den Grundbedingungen zählen, was dem Erhalt der Vereinigung als sich fortsetzende Gründungsfreiheit dient, wie die Aufnahme, aber auch das Bemühen um neue Mitglieder.⁹⁹⁷ Als interne Vereinstätigkeit funktional unentbehrlich ist die freie interne Willensbildung und autonome Selbstorganisation⁹⁹⁸ der Vereinigung,⁹⁹⁹ schließlich auch die Freiheit zur Auflösung¹⁰⁰⁰ oder der Austritt aus der Vereinigung. Die externe Vereinstätigkeit ist im Übrigen nur wesensrelevant, wenn sie vereinigungsspezifisch in engstem Zusammenhang mit der Funktionsfähigkeit und der inneren Organisationsautonomie steht,¹⁰⁰¹ was jenseits der Mitgliederwerbung für

bestimmten grundrechtlich legitimierten Zwecks dar, wobei dieser Zweck seine verfassungsrechtliche Legitimation in einem bestimmten, inhaltlich definierten Grundrecht findet („Inhaltsrecht“) [...]“

⁹⁹⁵ BVerfGE 38, 281, 303; E 50, 290, 353.

⁹⁹⁶ Rudroff, Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und dessen verwaltungsrechtliche Auswirkungen, S. 12 m. w. Nw.; Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 77, 86; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 846 f.; vgl. auch BVerfGE 50, 290, 354.

⁹⁹⁷ Vgl. BVerfGE 84, 372, 378; Dreier/Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 44; Mitgliederwerbung als „vereinsicherndes Außenwirken“ auch bei Ziekow, Vereinigungsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR IV, § 107 Rn. 37; wobei sich für Art. 19 Abs. 2 GG aber nur ein Mindestmaß an freier Mitgliederwerbung ergibt.

⁹⁹⁸ Die nicht zwingend als Satzungsautonomie ausgestaltet sein, aber eine weitestgehend freie Selbstorganisation gewährleisten muss.

⁹⁹⁹ Vgl. BVerfGE 50, 290, 354: „Der Schutz des Grundrechts umfaßt sowohl für die Mitglieder als auch für die Vereinigungen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Denn ohne solche Selbstbestimmung könnte von einem freien Vereinigungswesen keine Rede sein; Fremdbestimmung würde dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 1 GG zuwiderlaufen.“ Vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, GG I, Art. 9 Rn. 2.

¹⁰⁰⁰ Bestehende Vereinigungen dürfen nicht gegen den Willen der Mitglieder verpflichtend fortgeführt werden, vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 94; BK-GG/v. Münch, Art. 9 Rn. 49.

¹⁰⁰¹ Vgl. BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 12; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 8; zum Kernbereich der Vereinstätigkeit BVerfGE 30, 227, 241; E 80, 244, 253; BVerfG, Beschluss v. 24.09.2014, 1 BvR 3017/11, NJW 2015, 612, 612 f.

die Aufrechterhaltung des Bestandes kaum direkt dem Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG und nicht den jeweiligen Einzelgrundrechten zufallen dürfte.

Eine Verletzung der Wesensgarantie liegt umso näher, je stärker die Grundbedingung der Freiheitsentfaltung, also die Gründungsfreiheit betroffen ist, und umso ferner, als es nur um die Tätigkeit der Vereinigung nach außen geht. Gründungszweck kann deshalb jeder Zweck sein, der nicht von Art. 9 Abs. 2 GG ausgeschlossen ist; im Umkehrschluss begründet ein nicht unter Art. 9 Abs. 2 GG fallendes Zweckverbot eine Wesensgehaltsverletzung.¹⁰⁰² Ausgeschlossen ist auch eine präventive Kontrolle bei der Gründung der Vereinigung.¹⁰⁰³ Keine Verletzung liegt dagegen vor, wenn die Wahl der Rechtsformen eingeschränkt ist, solange der Vereinigungszweck und die Organisationsautonomie in einer der Rechtsform genügend verwirklicht werden können, wie es derzeit der Fall ist.¹⁰⁰⁴

b) Art. 9 Abs. 2 GG als Wesensgehaltsvorbehalt für das
Vereinigungsverbot

Den gravierendsten Eingriff in die Vereinigungsfreiheit stellt das Verbot der Vereinigung dar, da damit die Vereinstätigkeit beendet und ausgeschlossen wird. Das Verbot einer Vereinigung betrifft unmittelbar die Grundbedingungen der Grundrechtsausübung, die Gründung und den Bestand des Vereins oder der Gesellschaft.

Dies gilt nicht nur für die in der Vereinigung aktiven natürlichen Personen als Mitglieder, sondern hinsichtlich der Intensität und Endgültigkeit umso mehr für die Vereinigung selbst als Grundrechtsträger, da das Verbot die Vereinigung insgesamt und endgültig verbietet. Während es den natürlichen Personen immerhin noch freisteht, andere (nicht mit einer

¹⁰⁰² Vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 85. Vgl. auch BVerfGE 38, 281, 303: „Daß man sich – zu beliebigen Zwecken – mit anderen in Vereinen, Verbänden und Assoziationen aller Art zusammenschließen darf, gehört zu den elementaren Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit [...]“, sowie Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 249.

¹⁰⁰³ Vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 78, 115; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 9 Anm. IV 7.

¹⁰⁰⁴ Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 626.

entsprechenden Zwecksetzung verknüpfte)¹⁰⁰⁵ Vereinigungen zu gründen, ist die Grundrechtsträgerschaft der verbotenen Vereinigung endgültig beendet; ein verbleibender Grundrechtsrest braucht gar nicht angedacht werden. In diesem Sinne begründet ein Vereinigungsverbot an sich eine Wesensantastung.

Unabhängig davon, ob man in Art. 9 Abs. 2 GG eine Begrenzung des Schutzbereiches¹⁰⁰⁶ oder verfassungsrechtliche Rechtfertigung für einen Eingriff¹⁰⁰⁷ sieht,¹⁰⁰⁸ stellt Art. 9 Abs. 2 GG jedenfalls einen das Vereinigungsverbot legitimierenden Wesensgehaltsvorbehalt dar, der unter den angegebenen Bedingungen das Verbot als intensivsten Eingriff jedenfalls der Vereinigung selbst konkret zulässt und insofern ausschließt, darin eine Verletzung des unantastbaren Wesens zu sehen. Da die Koalitionsfreiheit nur einen Unter- oder Sonderfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit darstellt, gilt Art. 9 Abs. 2 GG trotz systematischer Stellung vor Abs. 3 auch für die darin garantierte Koalitionsfreiheit.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁵ Vgl. § 8 VereinsG, wonach auch die Bildung von Ersatzorganisationen mit gleichen Zwecken ausgeschlossen ist.

¹⁰⁰⁶ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 6: „Abs. 2 bezeichnet damit eine Grenze des Grundrechtsschutzes des Art. 9 [...]“, anders dagegen Rn. 112: Art. 9 Abs. 2 GG als Schrankenvorbehalt. Eher als Schutzbereichsgrenze, wenn auch mit terminologischen Abweichungen BVerfGE 80, 244, 254: „Mit dieser abschließenden Festlegung von Verbotgründen beschränkt Art. 9 Abs. 2 GG das kollektive Recht auf Fortbestand der Vereinigung und setzt dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit von Verfassungs wegen eine eigenständige Grenze. Art. 9 GG ist dahin auszulegen, daß Abs. 1 die Vereinigungsfreiheit lediglich mit der sich aus Abs. 2 ergebenden Einschränkung gewährleistet [...]“; ebenso Sachs, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1342 ff.: „schlicht-quasitatbestandliche Begrenzung“; Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 72; v. Münch/Kunig/Löwer, GG I, Art. 9 Rn. 9, 44; Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR IX³, § 200 Rn. 16; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 312.

¹⁰⁰⁷ Sachs/Höfling, Art. 9 Rn. 40; BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 23; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 17; Dreier/Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 54; Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 9 Rn. 12; ErFK/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 13; Einordnung als verfassungsunmittelbare Schranke bei Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 50; Kokott, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR I, § 22 Rn. 39; Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 61 Rn. 61; Rudroff, Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und dessen verwaltungsrechtliche Auswirkungen, S. 32 ff.; Murswiek, JuS 1992, 116, 121.

¹⁰⁰⁸ Vgl. hierzu auch bereits oben S. 146.

¹⁰⁰⁹ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 6, 337; BK-GG/v. Münch, Art. 9 Rn. 171; Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 328 f.; Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 86 ff.; Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 9 Rn. 23; a.A. BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2526: „Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Sie ist

Im Umkehrschluss aus Art. 9 Abs. 2 GG folgt, dass ein Vereinsverbot als intensivste Maßnahme nur aus den in Absatz 2 genannten Verbotsgründen zulässig ist; ein auf anderen Gründen beruhendes Verbot wäre eine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG. Dies gilt auch für teilweise als zulässig erachtete Minusmaßnahmen zum Vereinigungsverbot,¹⁰¹⁰ welche zwar unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten möglich sein können, nicht dagegen für Art. 19 Abs. 2 GG. Der Wesensgehaltsvorbehalt begründet nur eine Begrenzung der Wesensgehaltsgarantie im geregelten Umfang, sofern Minusmaßnahmen als zulässig erachtet werden, müssen diese das Wesen des Grundrechtes wahren, denn sie lassen sich nicht auf den Vorbehalt stützen.¹⁰¹¹

c) Verhältnis zur Menschenwürdegarantie

Die Vereinigungsfreiheit als soziales, kollektiv ausgeübtes Grundrecht weist nur geringen Bezug zur Menschenwürde¹⁰¹² auf, da Eingriffe kaum die Achtung des Eigenwertes des Menschen als Kernbestandteil des Würdeanspruchs¹⁰¹³ missachten dürften. Demzufolge hat Art. 19 Abs. 2 GG bei der Vereinigungsfreiheit über den Menschenwürdegehalt des Grundrechtes hinausgehende Bedeutung,¹⁰¹⁴ nicht zuletzt deshalb, weil die Vereinigungen selbst Anspruch auf Achtung des Wesens haben, ihnen aber als Vereinigung kein Schutz über Art. 1 Abs. 1 GG zugesprochen werden kann. Soweit es also nicht um das Vereinigungsverbot geht, zu dem es einen Wesensgehaltsvorbehalt gibt,

kein Spezialfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit und unterliegt daher nicht den Schranken des Art. 9 Abs. 2 GG.“; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 52 m. w. Nw.; ders., NZA 1990, 505, 507; Sachs/Höfling, GG, Art. 9 Rn. 136. Häufig wird auch auf die Irrelevanz der Anwendbarkeit hingewiesen, weil (zutreffenderweise) die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingung als Zwecksetzung die in Art. 9 Abs. 2 GG verfolgten Zwecke ausschließt, etwa Erfk/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 48; vgl. auch BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 84.

¹⁰¹⁰ Z.B. nachrichtendienstliche Überwachung, vgl. BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 22 sowie Vorgaben zur Organisation, vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 22.

¹⁰¹¹ Verbote von einzelnen Gruppierungen einer Vereinigung dürften dagegen noch vom Regelungsumfang des Wesensgehaltsvorbehaltes umfasst sein.

¹⁰¹² Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26; Dreier/ders., GG I, Art. 1 I Rn. 163.

¹⁰¹³ Vgl. BVerfGE 45, 187, 228; BayVGHE (NF) 11, 164, 181; E (NF) 29, 38, 42. Betonung des Eigenwertes auch bei Dürig, AöR 81 (1956), 117, 125 f., 127: „Degradierung des Menschen zum Ding“.

¹⁰¹⁴ Ebenso Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 626.

sind intensive, das Wesen antastende Eingriffe, wie sie insbesondere die Gründungsfreiheit betreffen, an Art. 19 Abs. 2 GG zu messen.

2. Koalitionsfreiheit

a) Besonderheiten der Wesensbestimmung

Für das Wesen der Koalitionsfreiheit bestehen einige Besonderheiten in der Wesensbestimmung.

aa) Offenheit und Anknüpfung an historische Entwicklung

Die erste Besonderheit folgt aus der Offenheit der grundrechtlichen Gewährleistung. Der Verfassungsgeber hat bewusst auf eine dezidierte Festlegung einzelner Betätigungsformen, Gewährleistungsgehalte und Koalitionsmittel verzichtet.¹⁰¹⁵ Dieser Verzicht begründet zum einen wegen der fehlenden Anknüpfungsmöglichkeit an normierte Koalitionsmittel die besondere Bedeutung der historischen Entwicklung des Gewährleistungsinhaltes,¹⁰¹⁶ zum anderen aus demselben Grund auch eine viel stärkere Wandelbarkeit und Entwicklungsoffenheit der Koalitionsfreiheit im Vergleich zu anderen Grundrechten.¹⁰¹⁷ Diese beiden Faktoren sind auch von Einfluss auf die Wesensdetermination. Die aus einem zeitlichen Rückblick für die Verwirklichung des Grundrechts traditionell als unverzichtbar eingestuften Grundrechtsinhalte können wegen der starken historischen Orientierung der Schutzbereichsauslegung in besonderem Maße zur Bestimmung der Wesensrelevanz herangezogen werden.¹⁰¹⁸ Wegen der Entwicklungsoffenheit der Koalitionsfreiheit unterliegt aber das Wesen auch entsprechend stärker dem Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen und der Veränderung der funktional unentbehrlichen Grundrechtsgehalte.¹⁰¹⁹ Angesichts des

¹⁰¹⁵ *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 8, 16 f.

¹⁰¹⁶ Zur Anknüpfung an die historische Entwicklung BVerfGE 50, 290, 367; vgl. auch bereits BVerfGE 4, 96, 101, 106 f.; E 18, 18, 27 f.; E 38, 386, 394; E 44, 322, 347 f.

¹⁰¹⁷ v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 58; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 8, 16 f., der auch die Vorzüge dieser Zurückhaltung betont und in Maunz/Dürig/*Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 163, 259, 264, auch auf die Grenzen der Entwicklungsoffenheit hinweist.

¹⁰¹⁸ Zur Bedeutung der aus dem geschichtlichen Rückblick offenbar unabdingbaren Schutzbereichsteilen bei der Wesensdetermination siehe oben S. 187.

¹⁰¹⁹ Allgemein zur Entwicklungsoffenheit des Wesens siehe S. 188.

Mitgliederschwundes der Gewerkschaften¹⁰²⁰ und des Wandels von uniformen zu stärker individualisierten Arbeitsbedingungen könnten sich die Wesensbedingungen vor allem im Dienstleistungsbereich¹⁰²¹ in nicht allzu ferner Zukunft modifizieren.¹⁰²²

bb) Heranziehung der Kernbereichsrechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht hatte zur Koalitionsfreiheit bis zum Jahre 1995 die sogenannte Kernbereichslehre vertreten¹⁰²³ wonach das Grundrecht nur einen Kernbereich garantiere, zu dem nur diejenigen Betätigungen gehörten, die zur Erhaltung der Koalition und zur Erreichung des Koalitionszwecks *unerlässlich* sind.¹⁰²⁴ Nicht nur diese ursprünglich sehr restriktive Rechtsprechung, sondern noch viel mehr die Kernbereichsdefinition mit der Anknüpfung an die für den Bestand der Koalition und Erreichung des Koalitionszweckes *unerlässlichen Betätigungen* weist deutliche Übereinstimmungen zur hier vertretenen Wesensdefinition auf und hat die für die Verwirklichung des Grundrechtszwecks funktionstypischen und -notwendigen Schutzbereichsinhalte in weitem Umfang bereits herausgefiltert.

Der absolut geschützte Wesensgehalt darf dabei jedoch nicht so verstanden werden, als würde jede Betätigung, die abstrakt als solche zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit zählt, in jedem Fall unantastbar sein.¹⁰²⁵ Eine vollständige, definitorische Festlegung des Wesensgehaltes auf den Kernbereich entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre eine zu weite Auslegung. Wenn etwa das Recht auf Arbeitskampf zum Kernbereich gezählt wird,¹⁰²⁶ bedeutet das nicht, dass jede Art und Weise des Arbeitskampfes unantastbar geschützt

¹⁰²⁰ Dribbusch/Birke, Die DGB-Gewerkschaften seit der Krise, S. 5 f.; Seiwerth, EuZA 2014, 450, 450 f.; Däubler/ders., TVG, Einleitung Rn. 61; Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 20; v. Danwitz, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 5 ff. m. w. Nw.

¹⁰²¹ v. Danwitz, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 3, 5; Waltermann, NZA 2014, 874, 874, 876.

¹⁰²² Unter anderem soll deshalb die Bedeutung der Tarifautonomie schon abgenommen haben und auch weiter abnehmen, vgl. Waltermann, NZA 2014, 874, 874 f.

¹⁰²³ BVerfGE 17, 319, 333 f.; E 19, 303, 321 f.; E 28, 295, 304; E 38, 281, 305; E 38, 386, 393; E 50, 290, 368; E 57, 220, 245 f.; Aufgabe schließlich in BVerfGE 84, 212, 224, 228 (noch implizit); E 93, 352, 358 ff. (klarstellend); ausdrücklich in E 94, 268, 283.

¹⁰²⁴ BVerfGE 17, 319, 333 f.; E 28, 295, 304; E 38, 281, 305. Vgl. dazu auch schon S. 19.

¹⁰²⁵ Vgl. auch Henssler, ZfA 1998, 1, 10.

¹⁰²⁶ Zu den wesensrelevanten Gehalten sogleich S. 265 ff.

ist, sondern entsprechend der erarbeiteten Antastungskriterien nur eine Verletzung vorliegt, wenn der Grundrechtszweck nicht mehr hinreichend erreicht werden kann. Dies schließt einschränkende Eingriffe in das Arbeitskampfrecht nicht aus, da auch bei Beschränkung des Arbeitskampfes auf ein vertretbares Maß der Zweck des Grundrechtes als Aushandeln angemessener Arbeitsbedingungen effektiv verwirklicht werden kann.

Der Kernbereich im Sinne der Kernbereichslehre ist deshalb nicht mit dem absolut unantastbaren Wesensgehalt identisch,¹⁰²⁷ auch das Bundesverfassungsgericht verstand unter dem Kernbereich wohl keinen absolut unantastbaren Bereich des Grundrechts.¹⁰²⁸ Die Zugehörigkeit zum Kernbereich begründet aber wegen der oben festgestellten Übereinstimmung unmittelbar die Wesensrelevanz dieser Gehalte. Kernbereichszugehörige Verhaltensweisen dürfen deshalb nicht so ausgehöhlt werden, dass sie im Wesen nicht mehr bestehen.

cc) Ausgestaltungsbedürftigkeit und Bindung der Judikative an Art. 19 Abs. 2 GG

Die Koalitionsfreiheit wird für in besonderem Maße für ausgestaltungsbedürftig bzw. -fähig gehalten.¹⁰²⁹ Dennoch müssen auch ausgestaltende Regelungen den Wesensgehalt des Grundrechts

¹⁰²⁷ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 266; Schwarze, JuS 1994, 653, 657 f.; Sachs/Höfling, GG, Art. 9 Rn. 85; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 428; a.A. Butzer, RdA 1994, 375, 380; Henssler, ZfA 1998, 1, 10; Scholz, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 89.

¹⁰²⁸ BVerfGE 93, 352, 359: „Ausgangspunkt der Kernbereichsformel ist die Überzeugung, daß das Grundgesetz die Betätigungsfreiheit der Koalitionen nicht schrankenlos gewährleistet, sondern eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zuläßt [...]. Mit der Kernbereichsformel umschreibt das Gericht die Grenze, die dabei zu beachten ist; sie wird überschritten, soweit einschränkende Regelungen nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind [...].“ – Hervorhebung A.S.

¹⁰²⁹ BVerfGE 28, 295, 306; E 58, 233, 247; E 84, 212, 225, 228; E 88, 103, 115; E 92, 365, 394; insb. BVerfGE 50, 290, 368: „Mehr noch als die in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Vereinigungsfreiheit bedarf die Koalitionsfreiheit von vornherein der gesetzlichen Ausgestaltung. Diese besteht nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können. Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschaftsordnung und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen.“

wahren.¹⁰³⁰ Trotz der Abhängigkeit von gesetzlicher Gestaltung nicht nur durch ausgestaltende, sondern auch durch beschränkende Normen ist namentlich das für die Koalitionsfreiheit maßgebliche Arbeitskämpfrecht weitgehend ungeregelt geblieben. Wegen der insoweit der Rechtsprechung zukommenden Funktion als „Ersatzgesetzgeber“ kommt der Bindung auch der rechtsprechenden Gewalt an die Wesensgehaltsgarantie bei Art. 9 Abs. 3 GG besondere Bedeutung zu.¹⁰³¹ Die Entscheidungen dürfen entsprechend nicht über das hinausgehen, was auch der Gesetzgeber erlassen dürfte.¹⁰³²

b) Wesensrelevanz

aa) Gründung und Bestand

Im Hinblick auf die Grundbedingungen der Koalitionsfreiheit lässt sich im Wesentlichen an die bei der allgemeinen Vereinigungsfreiheit festgestellten Wesensinhalte, aber auch an die unerlässlichen Betätigungen im Sinne der Kernbereichsrechtsprechung anknüpfen. Gründung und Bestand der Koalition einschließlich der zum Erhalt und Fortbestand notwendigen Mitgliederwerbung¹⁰³³ kommen als Grundvoraussetzungen der Grundrechtsverwirklichung Wesensrelevanz zu. Zu diesen Grundbedingungen zählt auch die autonome Selbstorganisation,¹⁰³⁴ insbesondere auch die Bestimmung des

¹⁰³⁰ Zur Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG auch bei der Ausgestaltung oben S. 84 ff.

¹⁰³¹ Siehe hierzu bereits oben S. 74; vgl. auch BVerfGE 88, 212, 228; E 93, 352, 359 f., zur Aufgabe der Kernbereichslehre, weshalb für die beschränkende Rechtsprechung die Wesensgehaltsgarantie und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt.

¹⁰³² Vgl. BVerfGE 59, 231, 256 f.; E 84, 212, 228 ff.

¹⁰³³ BVerfGE 28, 295, 304: „Sind auch die Koalitionen selbst in den Schutz des Grundrechts der Koalitionsfreiheit einbezogen [...], so müssen nach Sinn und Zweck der Bestimmung grundsätzlich auch diejenigen Betätigungen verfassungsrechtlich geschützt sein, die für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition unerlässlich sind. Hierzu gehört die ständige Werbung neuer Mitglieder, auf die die Koalitionen – was keiner näheren Darlegung bedarf – zur Erhaltung ihres Bestandes angewiesen sind.“ Vergleichbar auch BVerfGE 93, 352, 357 f., sowie BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2524 zur Mitgliederwerbung als „Fundament“ für die Erfüllung der von Art. 9 Abs. 3 GG vorgesehenen Aufgaben und der Sicherung des Fortbestandes.

¹⁰³⁴ Vgl. BVerfGE 84, 212, 224; E 93, 352, 357; E 100, 214, 223: „Die Selbstbestimmung der Koalitionen über ihre innere Ordnung ist ein wesentlicher Teil der Koalitionsfreiheit“. Allgemein zur Vereinigungsfreiheit auch BVerfGE 50, 290, 354: „Der Schutz des Grundrechts umfaßt sowohl für die Mitglieder als auch für die Vereinigungen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Denn ohne

Koalitionszwecks¹⁰³⁵ und des sachlichen und räumlichen Aktivitätsbereiches als Grundentscheidung der Koalition.¹⁰³⁶

bb) Autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen und Arbeitskampf

Erhebliche Abweichungen und weitergehender Schutz nicht nur bezüglich der vom Schutzbereich umfassten Gehalte, sondern auch des Wesensgehaltes gelten gegenüber der allgemeinen Vereinigungsfreiheit hinsichtlich der externen Koalitionsbetätigung. Gerade diese Tätigkeit nach außen ist der eigentliche Schwerpunkt der Koalitionsfreiheit. Wegen der externen Betätigung existiert die Koalitionsfreiheit an und für sich erst,¹⁰³⁷ weil ohne sie die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit als besondere Vereinigungsfreiheit sinnlos wäre.¹⁰³⁸ Der besondere (Haupt-)Zweck der eigenständigen Garantie liegt in der Gewährleistung des kollektiven Ausgleichsverfahrens als plural ausgeübte

solche Selbstbestimmung könnte von einem freien Vereinigungswesen keine Rede sein; Fremdbestimmung würde dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 1 GG zuwiderlaufen.“

¹⁰³⁵ Koalitionszweckgarantie als absolut geschütztes Wesen, Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 267; vgl. auch Scholz/Lingemann/Rutloff, NZA-Beilage 2015, 3, 18: Koalitionszweckgarantie als „materieller Kern der Koalitionsfreiheit“.

¹⁰³⁶ ErfK/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 68; vgl. auch Henssler, ZfA 1998, 1, 15, sowie Koop, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolität und Koalitionspluralität, S. 149 f., die den Zwang zu einem normierten Industrieverbandprinzip generell als unzulässig ansehen. In diese Richtung auch Thüsing/v. Medem, ZIP 2007, 510, 512. Vgl. auch BVerfGE 4, 96, 108 sowie BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2524 f. m. w. Nw.: „Daher wären staatliche Maßnahmen mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar, die gerade darauf zielten, bestimmte Gewerkschaften aus dem Tarifgeschehen herauszudrängen oder bestimmten Gewerkschaftstypen, wie etwa Berufsgewerkschaften, generell die Existenzgrundlage zu entziehen. Geschützt ist die Koalition auch in ihrer Ausrichtung und Organisation; die Selbstbestimmung über ihre innere Ordnung ist ein wesentlicher Teil der Koalitionsfreiheit [...]. Das umfasst die Entscheidung über die Abgrenzung nach Branchen oder Fachbereichen [...] oder nach Berufsgruppen, denn es gilt auch hier das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung [...]. Die Vorgabe eines bestimmten Profils wäre unzulässig.“

¹⁰³⁷ v. Danwitz, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 70; vgl. auch Henssler, ZfA 1998, 1, 7; Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 118, 120, 137; a.A. Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 282: „Denn die kollektiven Gewährleistungselemente, namentlich die Tarifautonomie, gehören in keinem Fall zum Wesensgehalt des Grundrechts.“

¹⁰³⁸ So die Auffassung des Parlamentarischen Rates, JöR NF 1 (1951), S. 117; Hopfner, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 127 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 107, 122; Henssler, ZfA 1998, 1, 7; ErfK/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 18 ff.; BVerfGE 18, 18, 26: „Indes ist die Koalitionsfreiheit nur dann sinnvoll, wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes, nämlich die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, gewährleistet; das tut sie nur, wenn sie der Koalition das Recht gibt, diesen Zweck durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung zu verwirklichen.“

Privatautonomie, weshalb die Tarifautonomie in Grundzügen auch Wesensschutz haben muss.¹⁰³⁹ Die freie Vereinbarung von Kollektivverträgen ist für die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen prägend.¹⁰⁴⁰

„Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet eine Ordnung des Arbeitslebens und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat [...].“¹⁰⁴¹ „Diese Freiheit findet ihren Grund in der historischen Erfahrung, daß auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung.“¹⁰⁴² Um diese Aufgabe zu erfüllen, müssen die hierfür unerlässlichen Freiheitsgehalte nicht nur vom Schutzbereich umfasst, sondern als Wesensgehalt auch vor gesetzlichen Regelungen im Kern unantastbar sein. Der kollektive Interessenausgleich und das Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, auf dessen Verwirklichung die eigenständige

¹⁰³⁹ Ausdrücklich *Henssler*, ZfA 1998, 1, 13: „Vollzieht man den zwingenden ersten Schritt von der Bildungsfreiheit zum Schutz eines Funktionskerns, dann muß die Tarifautonomie als für die Koalitionsbetätigung essentiell an der absoluten Wesensgehaltsgarantie teilnehmen.“ Vergleichbar auch *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 42, wonach die allgemeine Abschaffung bzw. Aufhebung des Tarifvertragssystems nur durch den verfassungsändernden Gesetzgeber erfolgen kann; ebenso *Böckenförde*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 59 (2000), 148, 150. Vgl. auch *ErfK/Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 20, 51; ebenso v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 24, 26: „Erst über die kollektive Wahrnehmung ihrer Interessen konnten die abhängig Beschäftigten die Vereinzelung ihrer Arbeitsverhältnisse überwinden, ihre Interessen wirksam artikulieren und so einen Ausgleich der gegensätzlichen ökonomischen Interessen der Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit erreichen.“ Gegen den Wesensschutz wegen der Nachrangigkeit der kollektiven Koalitionsfreiheit bzw. bloßen Ergänzungsfunktion zur individuellen Koalitionsfreiheit *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 282 f.

¹⁰⁴⁰ *ErfK/Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 51 f.; *Henssler*, ZfA 1998, 1, 13, der den Abschluss von Tarifverträgen als das „historisch gewachsene, zentrale Betätigungsfeld der Koalitionen“ bezeichnet; hieran anschließend v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 42, sowie *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 42, der das Tarifvertragsrecht als „Gewährleistungskern“ der Koalitionsfreiheit ansieht; vergleichbar auch *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, S. 38 ff. Vgl. auch BVerfGE 84, 212, 224; E 88, 103, 114; E 94, 268, 283; E 100, 271, 282; E 116, 202, 219: Abschluss von Tarifverträgen als „wesentlicher Zweck“; *Waas*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, S. 134 f.

¹⁰⁴¹ BVerfGE 44, 322, 340; ebenso *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 51.

¹⁰⁴² BVerfGE 88, 103, 114 f. Vgl. auch *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 91.

Gewährleistung der Koalitionsfreiheit gerade gerichtet ist,¹⁰⁴³ kann ohne gegenseitiges Druckpotential einschließlich Druckausübung nicht funktionieren, der Arbeitskampf gehört deshalb zu den unerlässlichen Funktionsbedingungen der kollektiven Privatautonomie.¹⁰⁴⁴

Dies gilt für die Arbeitnehmerseite ungleich stärker als für die Arbeitgeberseite, denn diese ist wegen der strukturellen Unterlegenheit noch fundamentaler auf den Arbeitskampf angewiesen; erst die kollektive Druckausübung schafft für die Arbeitnehmer eine ungefähr gleichwertige Verhandlungsposition.¹⁰⁴⁵ Um ein gleichwohl mögliches Verhandlungsübergewicht wieder ausgleichen zu können, sind der Arbeitgeberseite wiederum Reaktionsmöglichkeiten einzuräumen.¹⁰⁴⁶ Insofern ist der Arbeitskampf durch Streik und Aussperrung als historisch anerkannte und funktional notwendige Mittel¹⁰⁴⁷ „unverzichtbare Voraussetzung wirksamer Betätigung und damit Existenzgrundlage“¹⁰⁴⁸ der kollektiv ausgeübten Privatautonomie. Angesichts der bewusst offen

¹⁰⁴³ Bereits der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG weist hierauf hin, denn der Zweck besteht nicht nur in der *Wahrung*, sondern auch in der *Förderung* der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch kollektive Drucksituationen und den Abschluss von Tarifverträgen, vgl. v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 116 Rn. 72.

¹⁰⁴⁴ *Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolität und Koalitionspluralität, S. 257 f.; ErfK/*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 69; vgl. auch BVerfGE 84, 212, 228 f.; E 92, 365, 395; BAGE 46, 322, 346.

¹⁰⁴⁵ Vgl. BVerfGE 88, 103, 114; E 88, 212, 229; E 92, 365, 395; BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2526. Ohne Streikrecht nur „kollektives Betteln“ der Arbeitnehmer und Arbeitskampf als Grundbedingung des Zustandekommens und der sachlichen Richtigkeit von Tarifverträgen BAGE 33, 140, 150 f.; E 46, 322, 346; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 28 ff.; 95 f.; *Rieble*, RdA 2005, 200, 205.

¹⁰⁴⁶ BVerfGE 84, 212, 225: „Das Bundesarbeitsgericht hält jedoch die suspendierende Abwehraussperrung als Reaktion auf begrenzte Teilstreiks unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen für ein unerlässliches Mittel zur Aufrechterhaltung einer funktionierenden Tarifautonomie. Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“ Vgl. auch BAGE 23, 292, 308: „Könnte die eine Seite, nämlich die Arbeitnehmerschaft, vertreten durch die Gewerkschaft, allein das Kampfgeschehen bestimmen und wäre der Arbeitgeber auf ein Dulden und Durchstehen des Arbeitskampfes beschränkt, so bestünde die Gefahr, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht mehr auf einem System freier Vereinbarungen beruht, das Voraussetzung für ein Funktionieren und innerer Grund des Tarifvertragssystems ist. Vorbehaltlich der konkreten, insbesondere auch der wechselnden wirtschaftlichen Situation, die vorgegeben ist, muß im Prinzip sichergestellt sein, daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen. Auf andere Weise kann die Tarifautonomie unter Ausschluß der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren.“ Vgl. auch BAGE 33, 140, 153 f.

¹⁰⁴⁷ BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.03.2014, NJW 2014, 1874, 1875; vgl. auch *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 134 f.

¹⁰⁴⁸ ErfK/*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 20.

gelassenen Grundrechtsgewährleistung und grundsätzlich nicht zu leugnenden Unverzichtbarkeit für den sachgerechten Interessenausgleich kann dem auch nicht entgegenstehen, dass das Arbeitskampfrecht bis zur Einfügung von Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG keinen Anhaltspunkt im Wortlaut fand¹⁰⁴⁹ und auch im Parlamentarischen Rat umstritten war.¹⁰⁵⁰

cc) Wirkung der Tarifverträge

Der Abschluss von Tarifverträgen ist wesentlicher Zweck und der historisch gewachsene Gewährleistungskern des Freiheitsrechts.¹⁰⁵¹ Ein auf Grundbedingungen beschränktes, funktionierendes Tarifvertragssystem ist entsprechend Teil des Wesensschutzes.¹⁰⁵² Die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist nur effektiv möglich, wenn die Früchte des gegebenenfalls durch Arbeitskampf erreichten Interessenausgleiches auch gesichert und umgesetzt werden können. Insofern zählt ein Minimum an effektiver Tarifgeltung bzw. -wirkung auch zum unantastbaren Wesen.

c) Verletzungsgrenzen und konkrete Eingriffe

In Bezug auf die Verletzungsgrenzen zur Gründungsfreiheit und Bestandsgarantie gilt zunächst das zur Vereinigungsfreiheit Gesagte entsprechend. Insbesondere gilt Art. 9 Abs. 2 GG auch für die

¹⁰⁴⁹ Überwiegend wird Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG als bloß deklaratorisch bezüglich der Gewährleistung des Arbeitskampfes angesehen, vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], *HStR VIII*, § 175 Rn. 7; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 5, 388; *BAGE* 21, 98, 104; *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 101.

¹⁰⁵⁰ Siehe hierzu etwa *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 42 ff. *Scholz/Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, S. 109, sehen den Grund (nur) in der Befürchtung, der einhergehenden Kasuistik nicht Herr zu werden. Vgl. auch *BVerfGE* 84, 212, 229 f.

¹⁰⁵¹ *BVerfGE* 18, 18, 26; E 88, 103, 114; E 92, 365, 395; *Henssler*, *ZfA* 1998, 1, 13; v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], *HGR V*, § 116 Rn. 42.

¹⁰⁵² *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, S. 137, 143 f.; *Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolität und Koalitionspluralität, S. 257; *Henssler*, *ZfA* 1998, 1, 14; ausdrücklich auch v. *Danwitz*, Koalitionsfreiheit, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], *HGR V*, § 116 Rn. 42, dass nur der Verfassungsgeber das Tarifsystem wesentlich ändern oder abschaffen könne, womit mittelbar die Zugehörigkeit zum Wesensgehalt anerkannt ist. Vgl. auch *Böckenförde*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 59 (2000), 148, 150. Nicht zum unantastbaren Wesensgehalt gehört das derzeit bestehende Tarifvertragssystem in seinem vollen Umfang, vgl. *BVerfGE* 20, 312, 317; E 50, 290, 369; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, *TVG*, Grundlagen Rn. 181.

Koalitionsfreiheit,¹⁰⁵³ weshalb auch der Wesensgehaltsvorbehalt für Art. 9 Abs. 3 GG gilt. Das Verbot einer Koalition, welches nicht die Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 GG erfüllt, verletzt somit diese in ihrem Grundrechtswesen, denn damit wird die Existenz- und Betätigungsgarantie als Grundvoraussetzung des Grundrechts vollständig negiert.

Für die autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen ist je nach Reichweite des staatlichen Eingreifens (oder Umgestaltens im Falle der Ausgestaltung) zu differenzieren. Eine weitgehende oder gar vollständige gesetzliche Vorgabe des Synallagmas von (Arbeits-)Leistung und Gegenleistung würde einen Kernaspekt der Koalitionen betreffen, die damit zum Erfüllen des eigentlichen Zweckes der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überflüssig wären.¹⁰⁵⁴ Hingegen nehmen einzelne, vor allen Dingen ergänzende und stützende gesetzliche Eingriffe wie das Mindestlohngesetz¹⁰⁵⁵ den Koalitionen zwar einen Teil ihrer verfassungsrechtlich vorgesehenen Aufgabe, tasten aber nicht das Wesen an.¹⁰⁵⁶

Für den Arbeitskampf ist eine Wesensantastung zu konstatieren, wenn das Recht so weitgehend beschränkt wird, dass die den Koalitionen übertragene Aufgabe nicht mehr erfüllt werden kann. Vor allem kommt

¹⁰⁵³ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 6, 337; BK-GG/v. Münch, Art. 9 Rn. 171; Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 328 f.; Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 86 ff.; Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 9 Rn. 23; a.A. BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2526: „Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Sie ist kein Spezialfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit und unterliegt daher nicht den Schranken des Art. 9 Abs. 2 GG.“; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 9 Rn. 52 m. w. Nw.; ders., NZA 1990, 505, 507; Sachs/Höfling, GG, Art. 9 Rn. 136. Häufig wird auch auf die Irrelevanz der Anwendbarkeit hingewiesen, weil (zutreffenderweise) die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingung als Zwecksetzung die in Art. 9 Abs. 2 GG verfolgten Zwecke ausschließt, etwa Erk/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 48; vgl. auch BeckOK-GG/Cornils, Art. 9 Rn. 84.

¹⁰⁵⁴ Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpflicht, S. 107, insb. S. 145: „Eine klare Wesensgehaltsverletzung ist demnach zu konstatieren, wenn der Gesetzgeber in einer bestimmten Branche, in einem bestimmten Tarifgebiet, das Synallagma von Leistung und Gegenleistung durchgängig neu bestimmt, etwa gesetzlich eine Tarifierhöhung anordnet. Der Gesetzgeber erledigt mit einer solchen Regelung das ureigene Geschäft der Tarifparteien, indem er den Wert der Arbeit neu bestimmt.“ Vgl. auch Butzer, RdA 1994, 375, 383 f.

¹⁰⁵⁵ Allgemein zur Verfassungskonformität Düwell/Schubert/Schubert, Mindestlohngesetz, Einleitung Rn. 41 ff., 46 ff.; Zeising/Weigert, NZA 2015, 15 ff.; Willemsen/Sagan, NZA 2008, 1216 ff.; Bayreuther, NJW 2009, 2006 ff.; Engels, JZ 2008, 490 ff.; Löwisch, NZA 2014, 948 ff.

¹⁰⁵⁶ Ebenso Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpflicht, S. 145.

ein generelles Arbeitskampfverbot wegen Art. 19 Abs. 2 GG nicht in Betracht; nur das Streikrecht beschränkende, nicht aber insgesamt verbietende Eingriffe wie z.B. das Verbot eines ruinösen Arbeitskampfes¹⁰⁵⁷ lassen das Wesen unangetastet, da dies nur eine bestimmte Weise des Arbeitskampfes untersagt und hinreichend andere Verwirklichungsmöglichkeiten belässt.¹⁰⁵⁸ Vergleichbar hat das Bundesverfassungsgericht zur Aussperrung zutreffend entschieden, dass die quotenmäßige Beschränkung des Aussperrungsrechtes entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes Art. 19 Abs. 2 GG nicht verletzt,¹⁰⁵⁹ da diese Jurisdiktion nicht nur offen hinsichtlich anderer oder besonderer Konstellationen ist, sondern das Aussperrungsrecht auch noch bei dieser quotenmäßigen Beschränkung ausreichende Wirkung entfalten kann. Insgesamt ist für die Aussperrung auch zu berücksichtigen, dass die Arbeitgeberseite nicht so grundlegend auf das Aussperrungsrecht angewiesen ist wie die Arbeitnehmer auf das Streikrecht.¹⁰⁶⁰ Es spricht deshalb viel gegen eine Einbeziehung auch der Abwehraussperrung in den wesensrelevanten Bereich.

Auch die Gewährleistung des Wesensschutzes hinsichtlich eines „Minimums an Tarifwirkung“ bedarf näherer Konkretisierung. Die Unantastbarkeit kann dabei nicht so weit gehen, dass ein Durchsetzungserfolg¹⁰⁶¹ oder die durch die §§ 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG bestimmte Rechtsnormqualität absolut unantastbar wäre.¹⁰⁶² Gleiches gilt

¹⁰⁵⁷ Vgl. BAG, Beschl. v. 21.04.1971, GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43.

¹⁰⁵⁸ Ein Streik mit dem expliziten Ziel der Insolvenz des Arbeitgebers dürfte dagegen schon gar nicht mehr von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sein, da ein solcher nicht mehr der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dient, zutreffend *Jacob*, Grenzen des Arbeitskampfrechts im Staatsnotstand, S. 81. Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2524: „Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf absolute tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.“

¹⁰⁵⁹ BVerfGE 84, 212, 228.

¹⁰⁶⁰ Vgl. BAGE 33, 140, 152: „Was für den Streik gesagt wurde, gilt nicht ohne weiteres und uneingeschränkt für die Aussperrung. Arbeitgeber und ihre Verbände sind weitaus weniger als die Gewerkschaften darauf angewiesen, durch Mittel des Arbeitskampfes ihren Interessen und Forderungen Nachdruck zu verleihen.“

¹⁰⁶¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, Grundlagen Rn. 181.

¹⁰⁶² Entsprechend wird bereits vertreten, die Rechtsnormqualität folge schon gar nicht aus der Verfassung, sondern nur aus der unterverfassungsrechtlichen Ermächtigung im Tarifvertragsgesetz; *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 179 f., 181 ff.; *Hopfner*, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 143, 342 f.; *Giesen*, Tarifvertragliche

für die Unverbrüchlichkeit und Nachwirkung der Tarifverträge aus § 4 Abs. 4 u. 5 TVG.

Diffiziler wird es für die beiden Merkmale der unmittelbaren und (wenn auch nicht notwendigerweise mit Rechtsnormqualität versehenen) zwingenden Wirkung. Ohne eine gewisse Bindung der Tarifpartner würde der privatautonom ausgehandelte Vertrag zur bloßen Richtlinie, die den Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht erfüllen könnte. Den Koalitionen muss prinzipiell das Recht zustehen, die Verträge mit einer solchen Wirkung abzuschließen, dass sie vom jeweiligen Koalitionspartner nicht jederzeit umgangen werden können. Die Möglichkeit der Vereinbarung *unmittelbar* in das Arbeitsverhältnis wirkender Arbeitsbedingungen ist deshalb Teil des Wesensgehaltes, weil ohne eine solche Wirkung der einzelne Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber die Geltung der kollektiv ausgehandelten Arbeitsbedingungen für das einzelne Arbeitsverhältnis individuell vereinbaren müsste und die Umsetzung damit vom Einverständnis des Arbeitgebers mit einhergehendem Druckpotential abhängig sein würde.¹⁰⁶³ Diese „Vereinzelung“ im notwendigen Umsetzungsakt würde die strukturelle Unterlegenheit, zu deren Beseitigung die Koalitionen erst bestehen und zu dessen Zweck sie historisch auch erkämpft wurden, wiederherstellen.

Vergleichbares wird auch für die zwingende Wirkung vertreten.¹⁰⁶⁴ Zutreffenderweise bestehen hier Missbrauchsmöglichkeiten auf

Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 154 ff.; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 21, 177; *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 163 ff. Anders etwa BVerfGE 44, 322, 347; E 55, 7, 23, zu der *Normsetzungsbefugnis* der Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG; *Kempen*, RdA 1994, 140, 146 f.; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, S. 94. Vgl. auch *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 96 f.; *Konzen*, NZA 1995, 913, 915.

¹⁰⁶³ Vgl. ebenso *Raab*, ZfA 2004, 371, 393.

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Volkman*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Britz/Volkman [Hrsg.], Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1, 28: Abdingbarkeit wäre „das Ende der Tarifautonomie“; *Söllner*, NZA 1996, 897, 899: Unverbindlichkeit würde so viel von der Koalitionsfreiheit nehmen, dass diese gravierend verletzt wäre; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 139: Ohne ein Mindestmaß an Rechtsverbindlichkeit liefe die Koalitionsfreiheit leer. Zutreffend auch *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie, S. 169 zum Kernbereich: „Denn dies würde auch dazu führen, daß der einzelne Arbeitgeber nach jedem Tarifabschluss versuchen könnte, bei den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern durch

Arbeitgeberseite. Anders als für die unmittelbare Wirkung, ohne die bereits die Geltung der ausgehandelten Arbeitsbedingungen vom Einverständnis des Arbeitgebers abhinge, hängt jede Änderung der unmittelbar wirkenden Arbeitsbedingungen auch von der Zustimmung des Arbeitnehmers ab.¹⁰⁶⁵ Der zwingenden Wirkung ist auch schon deshalb keine, in jedem Fall geltende absolute Unantastbarkeit zuzusprechen, weil damit auch dem Arbeitnehmer jegliche (gewünschte) Verzichts- bzw. Änderungsmöglichkeit (z.B. im Falle der drohenden Insolvenz des Arbeitgebers) für den Gesetzgeber unantastbar genommen würde sowie die unbestrittene Geltung des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG). Der Gesetzgeber ist deshalb nicht generell an die Ermöglichung einer zwingenden Wirkung gebunden.¹⁰⁶⁶

d) Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Falle der Tarifpluralität galt gemäß der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes bis zur Aufgabe im Jahre 2010¹⁰⁶⁷ über fünfzig Jahre.¹⁰⁶⁸ Obgleich schon gegenüber dem richterlichen Grundsatz der Tarifeinheit verfassungsrechtliche Bedenken bestanden,¹⁰⁶⁹ hat der Gesetzgeber durch das Tarifeinheitsgesetz¹⁰⁷⁰ eine von der Rechtsprechung abweichende Variante der Tarifeinheit

Individualabsprache die Kollektivzusage abzuändern. Der Arbeitsmarkt würde zum freien Markt, die Tätigkeit der Koalitionen größtenteils überflüssig. Die verfassungsrechtlich garantierte und durch § 1 TVG konkretisierte Regelungsmöglichkeit der Tarifvertragsparteien wird durch § 4 Abs. 1 TVG erst gesichert.“ Vgl. auch *Witzig*, Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Lösung von Tarifkonkurrenzen, S. 47: Ohne Anwendbarkeit wäre ein Tarifvertrag nur eine „inhaltsleere Hülle“.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Raab*, ZfA 2004, 371, 393 f.; *Rieble*, ZfA 2004, 1, 49.

¹⁰⁶⁶ *Rieble*, ZfA 2004, 1, 49; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 181 f.; *Löwisch*, NJW 1997, 905 ff.; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 273.

¹⁰⁶⁷ Aufgegeben durch BAG, Urt. v. 07.07.2010, 4 AZR 549/08, AP GG Art. 9 Nr. 140.

¹⁰⁶⁸ Ständige Rechtsprechung seit BAG, Urt. v. 29.03.1957, 1 AZR 208/55, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4; bestätigt u.a. durch Urt. v. 14.06.1989, 4 AZR 200/89, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16; Urt. v. 24.01.1990, 4 AZR 561/89, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 126; Urt. v. 20.03.1991, 4 AZR 455/90, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20.

¹⁰⁶⁹ Aus der umfangreichen Literatur statt vieler *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, passim; *Franzen*, RdA 2008, 193 ff.; *ders.*, ZfA 2009, 297, 302 ff.; *Giesen*, NZA 2009, 11 ff.; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, S. 260 ff.; *ders.*, NZA 2007, 1023 ff.; *Witzig*, Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Lösung von Tarifkonkurrenzen, passim; *Waas*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, passim; *Bayreuther*, NZA 2006, 642 ff.

¹⁰⁷⁰ Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) v. 03.07.2015, BGBl. I 2015, S. 1130 f.

hauptsächlich in § 4a TVG (wieder-)eingeführt.¹⁰⁷¹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese gesetzliche Normierung kürzlich zwar im Grundsatz gebilligt, jedoch auch zu wesentlichen Nachbesserungen aufgefordert und diesbezüglich insofern bis dahin die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz festgestellt.¹⁰⁷² Die Argumentation fußt zwar allein auf Verhältnismäßigkeitserwägungen, wegen der gravierenden Folgen für die Minderheitsgewerkschaft und der geforderten Nachbesserungen lohnt sich jedoch der andere Blickwinkel auf die Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 2 GG.

aa) Regelungsinhalt

Nach § 4a Abs. 1 S. 1 TVG kann der Arbeitgeber zwar an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein. Soweit sich aber die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, sind nach dem Mehrheitsprinzip nur die Rechtsnormen des Tarifvertrages anwendbar, dessen abschließende Gewerkschaft mehr Mitglieder im Betrieb hat (§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG). Die Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrages sind insofern unanwendbar. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Mehrheit ist nach § 4a Abs. 2 S. 2 der Abschluss des zuletzt vereinbarten Tarifvertrages. Der Gewerkschaft mit der niedrigeren Mitgliederzahl (Minderheitsgewerkschaft) kommen wegen der Unanwendbarkeit des eigenen Tarifvertrages Minderheitenrechte zu. Zum einen kann diese über das Nachzeichnungsrecht aus § 4a Abs. 4 TVG die Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrages für die eigenen Arbeitnehmer zur Anwendung bringen, zum anderen besteht ein Anhörungsrecht jeder Gewerkschaft, bevor ein Arbeitgeber oder eine Arbeitgebervereinigung Tarifverhandlungen mit einer anderen Gewerkschaft aufnimmt (§ 4a Abs. 5 TVG). Flankiert werden diese Regelungen durch ein gerichtliches Verfahren der bindenden, durch einen Notar erfolgenden Feststellung des Mehrheitstarifvertrages gemäß den §§ 2a Abs. 1 Nr. 6, 58 Abs. 3 und 99 ArbGG. Zweck der Vermeidung von Tarifkollisionen soll nach § 4a

¹⁰⁷¹ Auf eine Darstellung der richterrechtlichen Tarifeinheit und der Unterschiede zur gesetzlichen Normierung wird verzichtet und auf die umfangreiche Literatur verwiesen.

¹⁰⁷² BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523 ff., insb. 2532 f., 2534 zur Unvereinbarkeit.

Abs. 1 GG die Sicherung der Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion sein und somit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichergestellt werden.¹⁰⁷³

bb) Umfang der Grundrechtsverweh rung

Anders als bei den meisten wesensrelevanten Eingriffen sind die rechtlichen und tatsächlichen Folgen und Konsequenzen der gesetzlichen Tarifeinheit für das Koalitionsgrundrecht deutlich unklarer und nicht so offensichtlich wie insbesondere beim Rettungs- oder Todesschuss und der (lebenslangen) Freiheitsstrafe; vor allem aber sind sie auch im Einzelnen teilweise umstritten. Ob den (Minderheits-)Gewerkschaften und den angehörig en Arbeitnehmern noch das Wesen der Koalitionsfreiheit verbleibt, kann deshalb erst nach einer Feststellung des Umfangs der Grundrechtsverweh rung, und zwar der konkreten Folgen und (soweit prognostisch überhaupt möglich) der tatsächlichen Auswirkungen für die Grundrechtsverwirklichung, beantwortet werden.

Die vielfältig en einzelnen Bestandteile und Auswirkungen der gesetzlichen Regelung sind für die Bearbeitung auf diejenigen zu beschränken, die potentiell Wesensrelevanz haben und insofern den Eingriff in die Nähe einer Wesensantastung rücken. Bedenken begründen insofern das mögliche Streikverbot für einen Minderheitstarifvertrag¹⁰⁷⁴ und der durch die Unanwendbarkeit des eigenen Tarifvertrages einhergehende Verlust der Tarifwirkung. Weiterhin besteht jedenfalls mittelbarer Einfluss auf die autonome Selbstorganisation bzw. ein faktischer Zwang zu einer Erweiterung des gewählten Repräsentationsspektrums durch die bestehende strukturelle Benachteiligung von Sparten- und Berufsgruppengewerkschaften, die sich auf die Repräsentation nur einer oder weniger Berufe beschränkt haben.

¹⁰⁷³ Zum Zweck BT-Drs. 18/4062, S. 8.

¹⁰⁷⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/4062, S. 12, wonach zwar das Arbeitskämpfrecht nicht geändert, aber die Tarifeinheit gleichwohl Einfluss auf das Streikrecht haben soll: „Die Regelungen zur Tarifeinheit ändern nicht das Arbeitskämpfrecht. Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, wird allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein. [...] Der Arbeitskampf dient nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, eine ordnende Funktion offensichtlich nicht mehr zukommen würde, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb haben würde.“

Diese können in der Regel nur einen kleinen Teil der Arbeitnehmer im Betrieb repräsentieren und dürften deshalb strukturell eher die Minderheitsgewerkschaft darstellen.

Obgleich es für Art. 19 Abs. 2 GG dahinstehen kann, ob es sich bei der Regelung der Tarifeinheit „nur“¹⁰⁷⁵ um eine Ausgestaltung¹⁰⁷⁶ oder (zutreffenderweise) um einen Eingriff¹⁰⁷⁷ handelt, da in beiden Fällen das Wesen zu wahren wäre,¹⁰⁷⁸ ist schon vorab festzuhalten, dass die gesetzliche Regelung mit ihren verschiedenen und weitreichenden Rechts- und tatsächlichen Folgen nicht mehr allein auf Grundrechtsverwirklichung und ein Ermöglichen der Grundrechtsausübung gerichtet ist. Die Tarifeinheit bewirkt nicht nur einen Verlust der normativen Wirkung für den Minderheitstarifvertrag, sondern greift auch in die autonome Organisation und die Betätigungsfreiheit ein.¹⁰⁷⁹ Mit dem Mehrheitsprinzip im Betrieb benachteiligt die Regelung Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften, fördert Einheitsgewerkschaften und beschränkt insofern das im Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG klar angelegte Recht, für „jedermann und für *alle Berufe*“, mithin auch nur für einzelne Berufe, Koalitionen zu gründen und diesbezüglich zu betätigen.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁵ Zu den unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäben, wobei eine Ausgestaltung nicht (generell) geringeren Rechtfertigungsanforderungen unterliegt *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 154 ff.; vgl. auch *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 368 f.; für geringere Anforderungen *Volkmann*, JZ 2005, 261, 265.

¹⁰⁷⁶ *Scholz/Lingemann/Ruttloff*, NZA-Beilage 2015, 3, 21 ff.; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 58 ff.; *Greiner*, NZA 2015, 769, 771.

¹⁰⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2525; BAG, Urt. v. 07.07.2010, 4 AZR 549/08, AP GG Art. 9 Nr. 140; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 12 f.; *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, S. 23 f., 30; *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1238; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 221 ff.; Einordnung sowohl als Ausgestaltung als auch als Eingriff bei *Hopfner*, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 85, 143 f., 197, 246 f., 264 f.

¹⁰⁷⁸ Siehe oben S. 84 ff.

¹⁰⁷⁹ Vgl. ebenso BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2529; *Hopfner*, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 264 f.

¹⁰⁸⁰ Vgl. zur Gewährleistung mit Blick auf den Wortlaut *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, S. 27, 30 f.; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 212; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 48. Ebenso BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2525.

(1) Streikrecht

Wegen der dienenden Funktion des Arbeitskampfes wie auch jeder Koalitionsbetätigung¹⁰⁸¹ wird in Teilen der Literatur ein Streikverbot oder jedenfalls eine massive Streikbeschränkung für den nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG unanwendbaren Tarifvertrag vertreten.¹⁰⁸² Es fehle an einem rechtmäßigen Ziel für den Arbeitskampf, wenn die streikausrufende Gewerkschaft gar keinen anwendbaren Tarifvertrag erreichen könne.¹⁰⁸³ Als Argumentation wird vor allem die Gesetzesbegründung zugrunde gelegt, in der es heißt:

„Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, wird allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein. [...] Der Arbeitskampf dient nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, eine ordnende Funktion offensichtlich nicht mehr zukommen würde, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb haben würde.“¹⁰⁸⁴

Darin liegt eine im Gesetzestext nicht enthaltene und auch sonst im Arbeits(kampf)recht nicht geregelte, aber mehr oder weniger unverhohlene Aufforderung an die Arbeitsgerichte, derartige Streiks für unzulässig zu erklären.¹⁰⁸⁵ Dem wird von der überwiegenden Gegenansicht zutreffend entgegengehalten, dass die Gesetzesbegründung unverbindlich ist, nicht nur, weil eine in der Gesetzesbegründung versteckte und weitreichende Rechtsfolge ohne Anhaltspunkt im Gesetzestext die Normanwendung gar nicht so beeinflussen kann.¹⁰⁸⁶ Viel

¹⁰⁸¹ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 279; BVerfGE 84, 212, 225, 229; E 88, 103, 114; BAGE 143, 354, 394: „Ein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht.“

¹⁰⁸² Fischer, NZA 2015, 662, 665 f.; Richardi, NZA 2015, 915, 916; Ewer, NJW 2015, 2230, 2232 f.; unklar noch Greiner, RdA 2015, 36, 41.

¹⁰⁸³ Ewer, NJW 2015, 2230, 2232; Richardi, NZA 2015, 915, 916.

¹⁰⁸⁴ BT-Drs. 18/4062, S. 12.

¹⁰⁸⁵ Greiner, NZA 2015, 769, 776 f.; Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 2, 11; Fischer, NZA 2015, 662, 662.

¹⁰⁸⁶ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 11 f.: „Er [der Gesetzestext, Anm. A.S.] unterlässt eine eigenständige Regelung des Arbeitskampfrechts, und die Entwurfsbegründung trifft ihre Aussagen nur mit Blick auf gerichtliche Entscheidungen. Eine verbindliche Anordnung einer Rechtsfolge wäre ihr allein verwehrt und ist mit ihrer Hilfe auch nicht dem geplanten Gesetzestext

schwerer wiegt das Argument, dass nach § 4a Abs. 4 TVG das Nachzeichnungsrecht der Minderheitsgewerkschaft erst im Kollisionsfalle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zusteht – und ebendies setzt die Kollision von mindestens zwei sich überschneidenden, nicht inhaltsgleichen Tarifverträgen voraus. Maßgeblicher Zeitpunkt der Mehrheitsfeststellung ist auch nicht der des Arbeitskampfes, sodass sich die Verhältnisse noch bis zum entscheidenden Kollisionszeitpunkt nicht unerheblich verändern können.¹⁰⁸⁷

Für eine Kollisionslage muss die Minderheitsgewerkschaft überhaupt einen Tarifvertrag geschlossen haben und hierfür notwendigerweise auch Arbeitskampfmaßnahmen treffen können, auch um das Nachzeichnungsrecht zu erlangen.¹⁰⁸⁸ Da das Nachzeichnungsrecht nur im Kollisionsfalle entsteht,¹⁰⁸⁹ droht der Minderheitsgewerkschaft und ihrer Mitglieder ohne das Druckpotential des Arbeitskampfes für den Abschluss eines eigenen Tarifvertrages die Tariflosigkeit. Im Übrigen würde der Minderheitsgewerkschaft auch die Möglichkeit genommen, durch positive Tarifabschlüsse Mitglieder zu gewinnen und auf diesem Weg die Mehrheit

zu entnehmen. Das Wesentliche gehört auch im Arbeitskampfrecht, soweit es ein Gesetz gibt, prinzipiell in den Gesetzestext. Die Entwurfsbegründung versucht lediglich, die Gerichte politisch zu lenken. Darin liegt eine ganz inakzeptable Verkennerung der Gesetzgebungstechnik. Die Begründung ist nicht verbindlich.“ Vergleichbar auch *Schliemann*, NZA 2014, 1250, 1252; *Scholz/Lingemann/Ruttloff*, NZA-Beilage 2015, 3, 18 f.; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 190, 197. Vgl. auch *Greiner*, NZA 2015, 769, 776 f.; *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209, 2210; BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2525.¹⁰⁸⁷ ErfK/Franzen, TVG § 4a Rn. 26; *Greiner*, NZA 2015, 769, 777; *ders.*, RdA 2015, 36, 41; zustimmend *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 193.

¹⁰⁸⁸ *Greiner*, NZA 2015, 769, 777; *ders.*, RdA 2015, 36, 41; *Vielmeier*, NZA 2015, 1294, 1296; ErfK/Franzen, TVG § 4a Rn. 26; *Linßenmaier*, RdA 2015, 369, 386; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 13; *Scholz/Lingemann/Ruttloff*, NZA-Beilage 2015, 3, 15, 18 f.; *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209, 2211 f. Ebenso auch BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2525: „Das ergibt sich schon daraus, dass die Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ebenso wie der Anspruch auf Nachzeichnung in § 4a Abs. 4 TVG den Abschluss eines weiteren Tarifvertrags voraussetzt; dieser muss also erkämpft werden können.“¹⁰⁸⁹ Siehe § 4a Abs. 4 S. 1 u. 3 TVG: „Eine Gewerkschaft kann [...] die Nachzeichnung [...] eines mit ihrem Tarifvertrag kollidierenden Tarifvertrags verlangen. [...] Die Rechtsnormen eines nach Satz 1 nachgezeichneten Tarifvertrags gelten unmittelbar und zwingend, soweit der Tarifvertrag der nachzeichnenden Gewerkschaft nach Absatz 2 Satz 2 nicht zur Anwendung kommt.“ – Hervorhebung A.S.; ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/4062, S. 14: „Ein Recht zur Nachzeichnung hat damit nur die Gewerkschaft, die bereits einen kollidierenden Tarifvertrag abgeschlossen hat.“ Ebenso *Vielmeier*, NZA 2015, 1294, 1296; *Twardy*, RdA 2016, 357, 360; *Greiner*, NZA 2015, 769, 777; *ders.*, RdA 2015, 36, 41; ErfK/Franzen, TVG § 4a Rn. 26; *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209, 2212.

zu erringen. Aus diesen Gründen muss für einen Minderheitstarifvertrag ein Streikrecht bestehen. Nicht abzustreiten sind hingegen gewisse faktische Beeinträchtigungen des Streikrechts, denn den Koalitionen dürfte es bei derzeit offensichtlich fehlender Mehrheit schwer fallen, ihre Mitglieder zum Arbeitskampf zu motivieren.¹⁰⁹⁰ Dass allein damit die Koalitionsfreiheit für die betroffenen Koalitionen und ihre Mitglieder unantastbar verletzt ist, lässt sich aber nicht sagen.

(2) Wirkungsverlust des Minderheitstarifvertrages

Unmittelbar mit der Feststellung der Mehrheitsverhältnisse im Betrieb verbunden ist die Unanwendbarkeit des Minderheitstarifvertrages bzw. die alleinige Geltung der Rechtsnormen¹⁰⁹¹ des Mehrheitstarifvertrages. Damit fehlt dem abgeschlossenen Tarifvertrag nicht nur eine effektive, sondern jegliche Wirkung mit Rechtsnormqualität. Maßstab einer Wesensantastung ist jedoch nicht nur die gewählte, bestmögliche Art der Freiheitsausübung, sondern der Grundrechtsträger kann auch auf weniger geeignete Alternativen verwiesen werden, solange der Grundrechtszweck im Wesentlichen erreicht wird.¹⁰⁹²

Für die anschließende Prüfung einer Wesensgehaltsverletzung ist die gesetzliche Tarifeinheit deshalb zuvor auf mögliche Alternativen der Minderheitsgewerkschaft zu untersuchen, die auch der Verwirklichung des Grundrechtszwecks der Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen genügen könnten.

Gesetzlich vorgesehen ist zunächst das Nachzeichnungsrecht der Minderheitsgewerkschaft (§ 4a Abs. 4 TVG). Dieses Recht kann den Verlust jedoch nur sehr bedingt kompensieren, denn Zweck des Grundrechtes ist die eigene Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, den ein Anschluss an fremde Verträge kaum

¹⁰⁹⁰ Greiner, NZA 2015, 769, 777; ders., RdA 2015, 36, 41; Fischinger/Monsch, NJW 2015, 2209, 2212; BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2529.

¹⁰⁹¹ Ein Tarifvertrag hat gemäß § 4 TVG, soweit er Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen betrifft, die Wirkung einer Rechtsnorm und gilt unmittelbar und zwingend zwischen den Tarifgebundenen.

¹⁰⁹² Siehe zu den Antastungskriterien oben S. 194 ff.

realisieren kann. Immerhin wird für die Minderheitsgewerkschaft und deren Mitglieder damit ein tarifloser Zustand¹⁰⁹³ vermieden.

Nicht ausdrücklich im Gesetzestext aber in der Gesetzesbegründung enthalten ist die Aufforderung an die Tarifvertragsparteien, Tarifkollisionen durch verschiedene Möglichkeiten wie Zuständigkeitsabsprachen, gemeinsame Verhandlung als Tarifgemeinschaft oder Öffnungsklauseln zu vermeiden.¹⁰⁹⁴ Weitere Alternativen ergeben sich aus der spezifischen, von § 4a Abs. 2 S. 2 TVG vorgesehenen Rechtsfolge: Anwendbar und vorrangig sind nur die *Rechtsnormen* des Mehrheitstarifvertrages, der Minderheitsgewerkschaft wird deshalb die Möglichkeit der normativen Gestaltung von Arbeitsbedingungen genommen.¹⁰⁹⁵ Eine Erweiterung auch auf sonstige Vereinbarungen widerspricht dem klaren Wortlaut und hätte vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet werden müssen.¹⁰⁹⁶ Den Koalitionen bleibt es deshalb unbenommen, andere kollektive Vereinbarungen zu schließen, die etwa als Vertrag zugunsten Dritter auch mit unmittelbarer Wirkung (vgl. § 328 Abs. 1 BGB) für das Arbeitsverhältnis oder durch die Implementierung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln auf den verdrängten Tarifvertrag vereinbart werden könnten.¹⁰⁹⁷ Teilweise wird deshalb auch von einem schuldrechtlichen

¹⁰⁹³ Sofern nicht schon eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag einen Tarifvertrag zur Anwendung bringt; zu den Folgen der Tarifeinheit auf Bezugnahmeklauseln siehe *Schliemann*, NZA 2015, 1298 ff.; *Greiner*, NZA 2015, 769, 775 f.; *Fischer*, NZA 2015, 662, 664 f.; *Küttner/Griese*, Personalbuch 2017, Stichwort Tarifeinheit Rn. 9. Ausdrücklich auch BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2530: „An einer Tarifkollision fehlt es zudem von vornherein, wenn auf einen anderen Tarifvertrag lediglich arbeitsvertraglich Bezug genommen wird, denn dann ergibt sich die Bindung aus dem Vertrag und nicht aus § 3 TVG; es kommt nicht zur Verdrängung.“

¹⁰⁹⁴ BT-Drs. 18/4062, S. 9.

¹⁰⁹⁵ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, § 4a Rn. 379; *Greiner*, NZA 2015, 769, 775; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 175 f.; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 9; *ErfK/Franzen*, TVG § 4a Rn. 17.

¹⁰⁹⁶ *Löwisch*, DB 2015, 1102, 1103.

¹⁰⁹⁷ *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 176, 186 ff.; *Greiner*, NZA 2015, 769, 770 f., 775 ff.; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 9; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 70 f.; andeutungsweise auch BVerfGE 140, 211, 223; zur früheren Rechtslage bereits *Zachert*, NZA 2006, 10 ff.; *Rieble*, RdA 2005, 200, 207; *ders.*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 59 f. zur geplanten gesetzlichen Normierung. Allgemein zur Befugnis der Tarifvertragsparteien, auch sonstige kollektive Verträge abzuschließen BAG, Urt. v. 05.01.1997, 4 AZR 872/95, AP TVG § 1 Nr. 29.

Tarifvertrag gesprochen.¹⁰⁹⁸ Für reine Ergänzungen des Tarifvertrages durch schuldrechtlich wirkende Vereinbarungen im obligatorischen Teil wird auch üblicherweise ein Streikrecht anerkannt.¹⁰⁹⁹ Doch auch für rein schuldrechtliche Kollektivverträge ist den Koalitionen ein Streikrecht anzuerkennen, sofern es sich um tariflich regelbare Gegenstände handelt, da kein Grund ersichtlich ist, dieses nur für die spezifische Form des Tarifvertrages zuzugestehen.¹¹⁰⁰ „Eine ‚Umgehung‘ von § 4a Abs. 2 S. 2 ist das nicht: Wenn der Gesetzgeber Minderheitsgewerkschaften den Zugang zu einem Regelungsmittel erschwert, dann dürfen sie andere Regelungsmittel ungehindert nutzen. Die Tarifkollision verbietet nicht bestimmte Regelungsinhalte, sondern nimmt allein einem Regelungsinstrument in einer Konkurrenzsituation die Wirkung.“¹¹⁰¹ Auch Vertreter der Gegenauffassung gewähren den Koalitionen im Ergebnis ein Streikrecht für schuldrechtliche Vereinbarungen, da auch ein Arbeitskampf um einen Tarifvertrag geführt werden könnte, in dessen Rahmen die schuldrechtliche Durchführung für den Fall der normativen Verdrängung eine wichtige Rolle spielen kann.¹¹⁰² Im Zeitpunkt des Streiks stehen (wegen des maßgeblichen Kollisionszeitpunktes erst bei Abschluss des letzten Tarifvertrages) auch noch gar keine Mehrheitsverhältnisse fest, sodass die schuldrechtliche Umsetzung nur für den noch ungewissen Fall der Minderheitssituation abgeschlossen werden könnte.

(3) Benachteiligung von Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften

Das Mehrheitsprinzip hat jedenfalls faktisch eine Benachteiligung der Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften zur Folge, die sich auf die

¹⁰⁹⁸ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, § 4a Rn. 379.

¹⁰⁹⁹ Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 198 m. w. Nw.; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, § 4a Rn. 379; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 488; einschränkend, aber grundsätzlich bejahend Otto, Arbeitskampf und Schlichtungsrecht, § 5 Rn. 19 ff.

¹¹⁰⁰ Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 203; ErfK/Linsenmaier, GG Art. 9 Rn. 114; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, § 4a Rn. 379; Schaub/Treber, ArbR-HdB, § 192 Rn. 4; Löwisch, DB 2015, 1102, 1103; Lehmann, BB 2015, 2293, 2298.

¹¹⁰¹ Zutreffend Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG, § 4a Rn. 379; vergleichbar auch Greiner, NZA 2015, 769, 776; Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 176.

¹¹⁰² Greiner, NZA 2015, 769, 776.

Vertretung einer einzelnen oder weniger Berufsgruppen spezialisiert und beschränkt haben und entsprechend des satzungsautonom eingeschränkten Aktivitäts- und Vertretungsbereiches strukturell weniger Arbeitnehmer als die Einheitsgewerkschaften vertreten können.¹¹⁰³ Es fördert deshalb nicht nur monopolartige Tendenzen,¹¹⁰⁴ sondern übt mittelbar jedenfalls auch Druck auf die Berufsgruppengewerkschaften zu einer Erweiterung des satzungsautonom gegebenen Zwecks auf alle oder jedenfalls weitere Berufe aus.¹¹⁰⁵ Doch ist wie soeben dargestellt das Recht, auch Koalitionen für jeden einzelnen Beruf und nicht für alle im Betrieb vertretenen Berufe gemeinsam zu bilden, bereits im Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG angelegt. Eine im Ergebnis fast unabdingbar notwendige Erweiterung auf alle Berufe und somit das faktische Festschreiben des Industrieverbandsprinzips bzw. der Organisationsform der Einheitsgewerkschaft würde als Eingriff in die freie Binnenorganisation und Zwecksetzung der Koalitionen das Wesen des Grundrechtes verletzen.

cc) Ausreichende Grundrechtsverwirklichung?

Wegen des Verlusts der Rechtsnormen des Tarifvertrages als des historisch wichtigsten Koalitionsmittels wird vielfach für Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften eine Existenzbedrohung oder gar die bevorstehende Vernichtung konstatiert.¹¹⁰⁶ Angesichts der dargestellten anderweitigen Optionen, entweder dem Tarifvertrag selbst durch Kooperation mit der Mehrheitsgewerkschaft normative Wirkung zukommen zu lassen oder über andere Kollektivverträge die Arbeits- und Wirtschaftsbedingen zu regeln, erscheint diese Annahme in ihrer Reichweite zweifelhaft. Gleichwohl hat die Folgenanalyse gezeigt, dass

¹¹⁰³ *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2231 f.; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 34; *Fischer*, NZA 2015, 662, 662 f.; *Greiner*, NZA 2015, 769, 771; *ders.*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, S. 244, noch zum richterrechtlichen Grundsatz der Tarifeinheit.

¹¹⁰⁴ Vgl. *Hopfner*, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 254; *Greiner*, RdA 2015, 36, 38; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, TVG, § 4a Rn. 148.

¹¹⁰⁵ *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, S. 147, 344 f.; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 34.

¹¹⁰⁶ Insb. *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2232: „[D]ieser Eingriff [wird] darüber hinaus unvermeidlich die Vernichtung des Bestands dieser Gewerkschaften nach sich ziehen“; Existenzbedrohung bei *Küttner/Griese*, Personalbuch 2017, Stichwort Tarifeinheit Rn. 10; *Fischer*, NZA 2015, 662, 662; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 13.

insbesondere für die Berufsgewerkschaften eine erhebliche Verschlechterung ihrer Verhandlungsposition eingetreten ist, die faktisch einen gewissen Zwang zu Umstrukturierungen und den Verweis auf schwächere Alternativen mit sich bringt.

Insgesamt verbleiben mit dieser Auswahl jedoch auch den Spartengewerkschaften noch das Wesen währende Grundrechtsverwirklichungsmöglichkeiten, weshalb der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit auch wegen der vom Bundesverfassungsgericht geforderten restriktiven Auslegung der Verdrängungsregelung¹¹⁰⁷ (noch) nicht verletzt ist.¹¹⁰⁸ Der Minderheitsgewerkschaft steht es zunächst offen, eine Kooperation mit der Mehrheitsgewerkschaft zu suchen. Die Kooperationsmöglichkeit ist zwar zutreffenderweise vom Willen der Mehrheitsgewerkschaft abhängig,¹¹⁰⁹ wenngleich auch für diese nicht nur geringfügige Anreize zur Zusammenarbeit bestehen dürften. Da auch der Minderheitsgewerkschaft das Streikrecht für einen eigenen Tarif- oder sonstigen kollektiven Vertrag zusteht, erleidet das bestreikte Unternehmen durch den Arbeitskampf Vermögenseinbußen, die zum einen der Mehrheitsgewerkschaft als Druckmittel nicht zugutekommen und zum anderen Vermögenswerte vernichten, das auf die Arbeitnehmer (auch) der Mehrheitsgewerkschaft verteilt werden könnte. Darüber hinaus besteht für die Mehrheitsgewerkschaft das Risiko, die nur gegenwärtig bestehende Mehrzahl vertretener Arbeitnehmer zu verlieren, wodurch die Minderheitsgewerkschaft ein früheres unkooperatives Verhalten der ehemaligen Mehrheit anschließend abstrafen kann.

Allein die mögliche Kooperation mit der Mehrheitsgewerkschaft würde wegen der fehlenden, autonomen Aushandlungsmöglichkeit eigener Arbeitsbedingungen das Wesen wohl nicht mehr gewährleisten. Jedoch ist die Minderheitsgewerkschaft darauf nicht beschränkt. Schließlich ist es auch Spartengewerkschaften möglich, die Mehrheit zu erringen,¹¹¹⁰ weil

¹¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2528 f.

¹¹⁰⁸ Im Ergebnis ohne nähere Begründung ebenso *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, S. 41 ff. Zur richterlichen Tarifeinheit eher für eine Wesensantastung *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 445.

¹¹⁰⁹ *Greiner*, RdA 2015, 36, 37.

¹¹¹⁰ Vgl. *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1239.

sie wegen ihrer typischerweise bestehenden Spezialistenstellung über einen deutlich höheren Organisationsgrad als die Branchen- oder Industrieverbandsgewerkschaften verfügen.¹¹¹¹ Im Übrigen wird die Mehrheit nicht für das gesamte Unternehmen, sondern einzeln für die kleinere Einheit des „Betriebs“ mit gegebenenfalls differierenden Mehrheiten bestimmt.¹¹¹² Durch das weiterhin bestehende Streikrecht sowie gute Tarifabschlüsse und möglicherweise eine geringfügige Erweiterung des satzungsautonom gegebenen Vertretungsbereiches kann noch eine Vielzahl an derzeit nicht gewerkschaftlich vertretenen Arbeitnehmern angeworben werden, um so die Mehrheit zu erringen.

Weiter bestehen nach der geltenden Rechtslage die dargelegten anderen Möglichkeiten des kollektiven Interessenausgleiches, u.a. durch schuldrechtliche Tarifverträge oder die Implementierung von Bezugnahmeklauseln im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages für den Fall der Verdrängung desselben. Ausdrücklich hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die tarifvertragliche Geltung aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln nicht betroffen ist, da für diese keine Tarifkollision vorliege.¹¹¹³

Diese *de lege lata*¹¹¹⁴ alternativ oder kumulativ nutzbaren Wahlmöglichkeiten gewährleisten auch den Minderheitsgewerkschaften (gerade) noch hinreichende Erfüllungsoptionen zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und schaffen auch für Sparten- und Berufsgewerkschaften¹¹¹⁵ keine allgemein aussichtslosen

¹¹¹¹ Statt vieler *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 100.

¹¹¹² Auch insofern dürfte den in der Regel größeren Einheitsgewerkschaften an einer Kooperation gelegen sein, da sie bzw. ihre Mitglieder in dem Betrieb, in dem die Sparten- oder Berufsgewerkschaft die Mehrheit hat oder erringen kann, (anschließend) in derselben Situation sind.

¹¹¹³ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2530: „An einer Tarifkollision fehlt es zudem von vornherein, wenn auf einen anderen Tarifvertrag lediglich arbeitsvertraglich Bezug genommen wird, denn dann ergibt sich die Bindung aus dem Vertrag und nicht aus § 3 TVG; es kommt nicht zur Verdrängung.“

¹¹¹⁴ Anders wäre sicherlich die Situation, wenn man mit der Gesetzesbegründung und Teilen der Literatur die Auffassung vertritt, der Minderheitsgewerkschaft stünde kein Streikrecht sowie die alternativen Abschlussmöglichkeiten kollektiver Vereinbarung zu. In diesem Fall dürfte tatsächlich eine strukturell wesensantastende Benachteiligung von Sparten- und Berufsgruppengewerkschaften bestehen, die diese Organisationsform faktisch in aller Regel vom Abschluss kollektiver Arbeitsbedingungen als Wesenszweck ausschließt.

¹¹¹⁵ Bzw. ihrer Mitglieder, die über ihr Stimmrecht Einfluss auf die Vorgehensweise ihrer Gewerkschaft nehmen können.

oder nutzlosen Wahrnehmungseventualitäten der kollektiven Interessenvertretung und des Abschlusses von effektiven, kollektiven Vereinbarungen als wesentliche Grundrechtsfaktoren. Die vom Bundesverfassungsgericht kritisierten fehlenden Vorkehrungen gegen einseitige Vernachlässigung einzelner Berufsgruppen durch die Mehrheitsgewerkschaft und die insoweit dem Gesetzgeber auferlegte Nachbesserungspflicht¹¹¹⁶ sind nach hier vertretener Ansicht zwar eventuell aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gefordert. Die Regelungen schließen aber die Organisationsform der Sparten- und Berufsgruppengewerkschaft als solche weder rechtlich noch faktisch aus, sondern erschweren nur (zugegeben: relativ weitgehend)¹¹¹⁷ die Koalitionsbetätigung der Minderheitsgewerkschaften. Diese können über den Umweg entweder der Kooperation oder durch schuldrechtliche Verträge die ausgehandelten Arbeitsbedingungen weiterhin umsetzen.

e) Streikverbot für Beamte

Für das derzeit geltende, umfassende Streikverbot für Beamte¹¹¹⁸ scheint angesichts der oben dargestellten Zugehörigkeit des Streikrechts zum Wesen der Koalitionsfreiheit und der entsprechenden Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GG im Falle eines generellen Arbeitskampfverbots¹¹¹⁹ eine Wesensantastung offensichtlich. Auch Beamten steht die

¹¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2532 f.

¹¹¹⁷ Insofern dürfte mit der Senatsmehrheit das Gesetz wegen der nicht existenten Schutzvorkehrungen gegen die Benachteiligung einzelner Berufsgruppen unverhältnismäßig und strukturelle Regelungen zur Sicherstellung der wirksamen Berücksichtigung einzuführen sowie solange von einer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz auszugehen sein, vgl. BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2532 f. 2524; wenn nicht sogar mit dem Sondervotum der Richter *Paulus* und *Baer* (BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523, 2534 ff.) sowie der überwiegenden Ansicht der Literatur wegen der strukturellen Benachteiligung die Tarifeinheit insgesamt als unverhältnismäßig und verfassungswidrig einzustufen ist, etwa *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 227 ff.; *Däubler*, Gutachten zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Tarifeinheitsgesetz, S. 17 ff.; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 13; *Fischer*, NZA 2015, 662, 666; *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2231, 2234; *Hopfner*, Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, S. 389, 396.

¹¹¹⁸ Den Angestellten des Staates ohne Beamtenstatus steht dagegen ein Streikrecht zur Aushandlung von Tarifverträgen zu, statt vieler BVerfGE 88, 103, 114; *Hömig/Wolff/Wolff*, GG, Art. 9 Rn. 20, denn Art. 33 Abs. 5 GG gilt für diese nicht („Grundsätze des Berufsbeamtentums“), vgl. BVerfGE 3, 162, 185 f.

¹¹¹⁹ Siehe oben S. 266 ff.

Koalitionsfreiheit zu,¹¹²⁰ Einschränkungen oder Eingrenzungen des Grundrechtes für Beamte sind in Art. 9 Abs. 3 GG selbst nicht angelegt. Doch finden sich einige Regelungen zum öffentlichen Dienst außerhalb des Grundrechtsteils in Art. 33 GG im Abschnitt „Der Bund und die Länder“ und insbesondere in Abs. 5, wonach „[d]as Recht des öffentlichen Dienstes [...] unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln“ ist. Aus Art. 33 Abs. 5 GG direkt wird von der herrschenden Meinung das umfassende Streikverbot für Beamte hergeleitet;¹¹²¹ wegen der Verfassungsunmittelbarkeit des Verbotes¹¹²² bedarf es auch keiner einfachgesetzlichen Grundlage.¹¹²³ Obwohl Art. 33 Abs. 5 GG nur von „Berücksichtigung“ spricht, wird für den Kernbestand der Strukturprinzipien eine Achtenspflicht hergeleitet, wodurch tiefgreifende, strukturelle Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber unzulässig sind.¹¹²⁴ Zu diesen Kernpflichten zählt auch das Streikverbot als wesentlicher Bestandteil des hergebrachten Grundsatzes der Treuepflicht.¹¹²⁵

¹¹²⁰ BVerfGE 19, 303, 312, 322; E 88, 103, 114; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 125; einfachgesetzlich niedergelegt in § 116 BBG und § 52 BeamtStG.

¹¹²¹ BVerfGE 8, 1, 17; E 9, 268, 286; E 44, 249, 264; E 119, 247, 262 ff.; BVerwGE 63, 158, 161; E 69, 208, 212; E 73, 97, 102; E 149, 117, 121 ff.; *Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, S. 56; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 316, 377 f.; *ders.*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 175 Rn. 125; *Widmaier/Alber*, ZEuS 2012, 387, 388; *Kersten*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, in: Waldhoff/Thüsing [Hrsg.], Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, S. 15, 22 f.; *ders.*, Neues Arbeitskampfrecht, S. 9; *Hofmann*, Fällt das Streikverbot im Beamtenverhältnis?, in: Waldhoff/Thüsing [Hrsg.], Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, S. 47, 49; *Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 115; *Rothballer*, NZA 2016, 1119, 1119; a.A. *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Hensche*, Arbeitsrecht, Art. 9 Rn. 123; *AK-GG/Kittner/Schiek*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 144. Auch im Parlamentarischen Rat bestand Einigkeit darüber, dass den Beamten kein Streikrecht zukommen soll, vgl. JöR NF I (1951), S. 121.

¹¹²² BVerwGE 63, 158, 161; E 73, 97, 102; insb. E 149, 117, 121; BVerfGE 8, 1, 17; E 121, 205, 219; E 130, 263, 292; v. *Münch/Kunig/Löwer*, GG I, Art. 9 Rn. 101; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht, S. 7 ff., 21, 34; *Rothballer*, NZA 2016, 1119, 1119.

¹¹²³ Ausdrücklich BVerwGE 149, 117, 121; vgl. auch BVerfGE 119, 247, 260; E 121, 205, 219; E 130, 263, 292: „unmittelbar geltendes Recht“; a.A. wohl *Hömig/Wolff/Wolff*, GG, Art. 9 Rn. 20.

¹¹²⁴ BVerfGE 8, 1, 16 f.; E 11, 203, 210; E 61, 43, 57 f.; E 119, 247, 262; E 121, 205, 219 f.; E 130, 263, 292; BVerwGE 149, 117, 123; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht, S. 29 f.

¹¹²⁵ BVerfGE 119, 247, 262 ff.; BVerwGE 149, 117, 124 f.; nur zur Treuepflicht BVerfGE 39, 334, 346 f.

Diese unmittelbar aus der Verfassung folgenden, rechtlichen Wirkungen von Art. 33 Abs. 5 GG müssen trotz der systematischen Stellung außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG entsprechend Auswirkungen auf die Wesensgehaltsgarantie des Koalitionsrechts für Beamte haben. Ungeachtet der streitigen dogmatischen Einordnung¹¹²⁶ der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums wird unmittelbar von Verfassungs wegen das Streikrecht ausgeschlossen. Art. 33 Abs. 5 GG bringt zum Ausdruck, dass für die Grundrechtsausübung der Beamten Sonderregelungen gelten;¹¹²⁷ dementsprechend kann ein Streikrecht für die Gruppe der Beamten nicht Teil des unantastbaren Wesensbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG sein. Jedenfalls im Wege der Wesensdetermination durch Auslegung ist unter Berücksichtigung oder vielmehr Beachtung von Art. 33 Abs. 5 GG demzufolge zu dem Ergebnis zu kommen, dass für Beamte das Streikrecht nicht Wesensbestandteil sein kann.

Diese verfassungssystematische Auslegung wird durch weitere Erwägungen bestätigt. Zu den hergebrachten Grundsätzen zählt ebenso das Alimentationsprinzip, das den Beamten eine angemessene Besoldung durch Gesetz zusichert.¹¹²⁸ Entsprechend kommt den Beamten keine Tarifautonomie zu,¹¹²⁹ dafür stehen ihnen andere Wege zur Sicherstellung der angemessenen Alimentation zu; insbesondere prozessual durch Klage

¹¹²⁶ Für eine Einordnung als Schutzbereichsgrenze ErfK/*Linsemaier*, GG Art. 9 Rn. 190; in diesem Sinne auch BVerfGE 39, 334, 367 zur Meinungsfreiheit im Beamtenverhältnis: Verhalten „nur dann verfassungsrechtlich durch Art. 5 GG gedeckt, wenn es nicht unvereinbar ist mit der in Art. 33 Abs. 5 GG geforderten politischen Treuepflicht des Beamten“ – Hervorhebung A.S.; ebenso BVerfGE 108, 282, 296; Art. 33 Abs. 5 GG begrenze die rechtliche Möglichkeit, von Grundrechten Gebrauch zu machen; als verfassungsunmittelbare Schranke, die jede entgegenstehende Grundrechtsausübung „ausschließe“ *Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier [Hrsg.], HGR III, § 60 Rn. 86; unklar Maunz/*Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 362, 377 f. zur Einordnung sowohl als „Beschränkung“ und als „Grenze“; als verfassungsimmanente Schranke *Hufen*, JuS 2014, 670, 670 f.

¹¹²⁷ Vgl. auch *Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, S. 56: „Soweit vereinbar mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums steht den Beamten das Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu.“

¹¹²⁸ BVerfGE 8, 28, 35; E 44, 249, 264 f.; E 81, 363, 386; BVerwGE 91, 200, 203; Maunz/*Dürig/Badura*, GG, Art. 33 Rn. 66, 72; *Rothballe*, NZA 2016, 1119, 1120.

¹¹²⁹ *Rothballe*, NZA 2016, 1119, 1119; ErfK/*Linsemaier*, GG Art. 9 Rn. 190; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, GG I, Art. 9 Rn. 197 m. w. Nw.; BVerwGE 149, 117, 124 f.

auf Feststellung der Unangemessenheit.¹¹³⁰ Die gerichtliche Kontrolle gewährleistet den Beamten, vergleichbar wie das Streikrecht für Arbeitnehmer, eine angemessene Besoldung. Anders als Arbeitnehmern, denen eine solche Klagemöglichkeit nicht zusteht, sind Beamte wegen der Unterschiede von Beamten- und Arbeitsverhältnis auch nicht essentiell und funktional auf ein Streikrecht angewiesen.¹¹³¹

Das derzeit geltende, umfassende Streikverbot für Beamte verletzt deshalb nicht das Wesen der Koalitionsfreiheit für Beamte. Davon zu trennen ist gleichwohl die (mit Art. 19 Abs. 2 GG nicht zusammenhängende) Frage, ob der einfache Gesetzgeber ein Streikrecht als „Fortentwicklung“ des Rechts des öffentlichen Dienstes zulassen könnte.¹¹³² Jedenfalls eine allgemeine Zulassung auch für hoheitlich tätige Beamte dürfte jedoch eine Verfassungsänderung erfordern.¹¹³³

f) Verhältnis zur Menschenwürdegarantie

Wie schon bei der Vereinigungsfreiheit garantiert Art. 19 Abs. 2 GG auch bei der Koalitionsfreiheit wegen der Besonderheit als Doppelgrundrecht und den nur sehr geringen Bezügen zu Art. 1 Abs. 1 GG¹¹³⁴ über den

¹¹³⁰ BVerwGE 117, 305, 305 f.; E 123, 308, 312; E 131, 20, 27 f.; BVerwG, Urt. v. 25.03.2010, 2 C 52/08, NVwZ 2010, 1507, 1508; Maunz/Dürig/Badura, GG, Art. 33 Rn. 73; Schaks, NVwZ 2014, 736, 743.

¹¹³¹ Im Übrigen würde eine Zuerkennung des Streikrechts das Gesamtgefüge der Beamtenbesoldung aus dem Gefüge bringen, weil für die Streikenden u.a. wegen der Unkündbarkeit aufgrund des Lebenszeitprinzips, des weiterhin geltenden Alimentationsprinzips einschließlich fortgesetzter Besoldung und der durch einen Streik kaum drohenden Insolvenz des Staates (anders als bei jedem Unternehmen) kein wirtschaftliches Risiko besteht und der Staat einem Streik machtlos gegenüber stehen würde, vgl. Kersten, Neues Arbeitskämpfrecht, S. 22, 32; Rothballer, NZA 2016, 1119, 1120; Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, S. 56 f.; OVG Münster, Urt. v. 07.03.2012, 3 d A 317/11.O, NVwZ 2012, 890, 893.

¹¹³² In diesem Sinne wohl BVerwGE 149, 117, 133: „Nach diesen Maßstäben ist das statusbezogene beamtenrechtliche Streikverbot nach wie vor geltendes Recht bis zu einer Auflösung der dargestellten Kollisionslage durch den dazu allein berufenen Gesetzgeber.“

¹¹³³ In diese Richtung wohl BVerfGE 44, 249, 262: Beamte würden in weitreichendem Maße nicht nur dort eingesetzt, wo sie – wegen der ständigen Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten – nach Art. 33 Abs. 4 GG eingesetzt werden müssten, „sondern auch in zahlreichen Positionen, die von Angestellten wahrgenommen werden könnten. Insoweit stoßen Legislative und Exekutive bei Änderungen in Rechtslage und Verwaltungspraxis nicht auf die Grenze des Art. 33 Abs. 5 GG.“ Generell vom Erfordernis einer Verfassungsänderung ausgehend Maunz/Dürig/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 316; BeckOK-GG/Hense, Art. 33 Rn. 42.3; Gooren, NJW 2014, 2218, 2219; Widmaier/Alber, ZEuS 2012, 387, 403 f.; Schaks, NVwZ 2014, 736, 744; Schubert, AöR 137 (2012), 92, 114 ff.; OVG Münster, Urt. v. 07.03.2012, 3 d A 317/11.O, NVwZ 2012, 890, 898.

¹¹³⁴ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26.

Menschenwürdeschutz hinausgehend absolute Gehalte. Die eingangs entwickelten Wesensgehalte wie Arbeitskampfrecht, Wirksamkeit und autonome Aushandlung kollektiver Vereinbarungen sind grundsätzlich nicht Bestandteil der Menschenwürdegarantie, soweit es nicht ausnahmsweise rein um die Wahrung und Förderung *menschenwürdiger* Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht. In aller Regel bezweckt die Freiheitsausübung jedoch die Schaffung weitergehender, angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen; soweit dies entsprechend der entwickelten Verletzungsgrenzen zum unantastbaren Wesen des Grundrechtes zählt, gewährleistet Art. 19 Abs. 2 GG über den Menschenwürdegehalt hinausgehenden (absoluten) Schutz vor den verfassungsgebundenen Gewalten.

C. Weitere Grundrechte im Überblick

In der Erarbeitung und gedanklichen (Vor-)Überprüfung der Wesenskonzepktion sind auch einige Erkenntnisse und einzelne Kernbereiche weiterer Grundrechte gewonnen worden, die ohne umfangreiche Erarbeitung und Herleitung des Wesensgehaltes wie im vorherigen Abschnitt festgehalten werden.

I. Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit, Art. 4 GG

Die Religions- bzw. Weltanschauungsfreiheit als „Gewißheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens“, je nachdem mit oder ohne Transzendentalbezug¹¹³⁵ und die Gewissensfreiheit als „sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung [...], die der Einzelne [...] als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“,¹¹³⁶ gewährleisten funktional die Orientierung an eigenen, inneren Werten, die aus tiefer Überzeugung als richtig und

¹¹³⁵ BVerwGE 90, 112, 115; vgl. auch E 37, 344, 362 f.

¹¹³⁶ BVerfGE 12, 45, 55.

befolgenswert empfunden werden.¹¹³⁷ Die Wesensrelevanz kann nicht im Ansatz so weit gehen wie die weite Auslegung des Schutzbereichs des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Einzelne das Recht hat, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln“.¹¹³⁸

Funktional unentbehrlich für den Zweck der umfassenden Sinnstiftung des Lebens bzw. der unabdingbaren Gewissensverpflichtung sind nur einige wenige Schutzbereichsteile. Dazu zählt zunächst die Gewährleistung des *forum internum*,¹¹³⁹ welches in Form der innerlichen Überzeugungsbildung im Sinne des Habens und Entwickelns eines Glaubens, einer Weltanschauung bzw. eines Gewissens unbestreitbar die Grundvoraussetzung für das Grundrecht als solches darstellt.

Auch einige elementare Bestandteile des *forum externum* müssen zum absolut geschützten Wesen gehören können, ansonsten würden für die Verwirklichung des Grundrechtes funktional notwendige Bestandteile fehlen. Nicht nur ist das Haben eines Gewissens kaum zu verhindern, auch sind in Art. 4 Abs. 2 und 3 GG über das bloße *internum* hinausgehend ausdrücklich Handlungsoptionen eröffnet bzw. angelegt, dies muss sich auch im Wesen niederschlagen. Zu diesen Bereichen zählt namentlich das Beichtgeheimnis,¹¹⁴⁰ und in Grundzügen grundrechtstypische Handlungen wie Beten, gemeinsame Treffen bzw. Gottesdienste, auch Verkündung und Mission,¹¹⁴¹ sofern die Religion oder Weltanschauung darauf angelegt ist. Mit „in Grundzügen“ ist für die Wesensantastung gemeint, dass eine hinreichende Verwirklichungsmöglichkeit trotz bestehender Einschränkungen genügt, beispielsweise müssen unlautere Methoden zur Missionierung oder gar Zwang nicht gestattet werden, da andere Verwirklichungsoptionen existieren.¹¹⁴² Für die Gewissensfreiheit ist ein

¹¹³⁷ Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 604.

¹¹³⁸ BVerfGE 32, 98, 106; E 108, 282, 297; anschließend Dreier/Morlok, GG I, Art. 4 Rn. 66.

¹¹³⁹ v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114.

¹¹⁴⁰ Müller, Recht 11 (1993), 33, 36; v. Bernstorff, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 114.

¹¹⁴¹ Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 243.

¹¹⁴² Ähnlich Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 243, wobei es nach hier vertretener Sicht nicht auf die Missbräuchlichkeit des Verhaltens ankommt.

Wesensbestandteil in Art. 4 Abs. 3 GG mit dem Kriegsdienstverweigerungsrecht als besondere Ausprägung des Rechts, nicht gegen sein Gewissen handeln zu müssen,¹¹⁴³ im Normtext angelegt.¹¹⁴⁴

II. Meinungs- sowie Informations- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Für die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, insbesondere die Meinungsfreiheit als „Stammgrundrecht“¹¹⁴⁵ der übrigen Kommunikationsfreiheiten, folgt die Wesensbestimmung aus der funktionalen Schutzbereichsbestimmung¹¹⁴⁶ entsprechend dem Ziel der Schaffung eines offenen „Meinungsmarktes“ oder des freien, geistigen Meinungskampfes (auch) in der objektiven, gesellschaftlichen Komponente der Grundrechte als elementare Voraussetzung des freiheitlich-demokratischen Willensbildungsprozesses.¹¹⁴⁷ Die nachfolgenden, vorwiegend das Meinungsgrundrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG betreffenden Inhalte lassen sich teils auf die übrigen Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG übertragen.

Gemäß den Grundlinien liegt eine Wesensrelevanz umso näher, je mehr es um die Grundbedingung der Grundrechtsverwirklichung geht, und umso ferner, als es nur um die Art und Weise der Ausübung des Grundrechtes geht. Demzufolge ist für die Schaffung eines Meinungsmarktes zunächst die im Wesentlichen freie Bildung einer eigenen Meinung (forum internum) unabdingbar; jegliches staatliches Aufzwingen einer Meinung oder Indoktrination verletzt das Wesen der Meinungsfreiheit.¹¹⁴⁸ Keine Verletzung liegt dagegen vor, wenn staatliche

¹¹⁴³ Vgl. BVerfGE 78, 391, 395.

¹¹⁴⁴ Dies begründet noch keine Wesensverletzung für die kurzfristige Verweigerung bis zur Anerkennung im Kriegseinsatz, solange eine überlange Verfahrensdauer das Grundrecht nicht wertlos macht (vgl. BVerfGE 28, 243, 259 ff.).

¹¹⁴⁵ *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 25 Vorb. Rn. 2.

¹¹⁴⁶ Vgl. *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 56 f.; *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 251.

¹¹⁴⁷ BVerfGE 7, 198, 208; E 25, 256, 264 f.; E 62, 230, 247; *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 53 ff., insb. S. 56; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 162 Rn. 9.

¹¹⁴⁸ v. *Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 140 f. Vgl. auch BVerfGE 25, 256, 265: „Die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung ist eine unabdingbare

Stellen im allgemeinen Rahmen der (Regierungs-)Tätigkeit in üblichem Maße informieren und insofern auch auf die Meinungsbildung Einfluss nehmen, solange keine weitgehende Einflussnahme wie eine „Gleichschaltung“ durch Reduzierung der Medien auf wenige, staatlich beeinflusste Informationsquellen oder durch Propagandamaßnahmen erfolgt.¹¹⁴⁹

Die Meinungsfreiheit wäre dagegen wertlos, wenn sich das Wesen nicht auch auf Teile außerhalb des *forum internum* erstrecken würde. Bei der Meinungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht¹¹⁵⁰ geht es elementar auch um die *Meinungsäußerungsfreiheit*,¹¹⁵¹ wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ergibt. Den Grundbedingungen der Meinungsäußerungsfreiheit im Sinne des objektiven Rechtes steht deshalb die Einführung einer Vorzensur als behördliche Prüfung und Genehmigung des Meinungsinhaltes diametral entgegen, das Zensurverbot würde als Wesensbestandteil deshalb auch unabhängig von der Normierung in Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG aus Art. 19 Abs. 2 GG folgen.¹¹⁵² Hinsichtlich der Äußerungsfreiheit im Übrigen ist festzuhalten, dass auch der einzelnen, individuellen Meinung Wesensrelevanz zukommt. Die Meinungsfreiheit würde leerlaufen, wenn der Einzelne auf die „im Übrigen“ bestehende Meinungsfreiheit verwiesen, ihm aber ein Äußerungsrecht hinsichtlich der eigenen Meinung gänzlich verweigert würde. Die „inhaltliche Meinungsfreiheit“ der Äußerung des Gedankeninhaltes auch einer spezifischen, unliebsamen Auffassung darf

Voraussetzung für das Funktionieren der freiheitlichen Demokratie, weil nur sie die öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeinem Interesse und staatspolitischer Bedeutung gewährleistet.“

¹¹⁴⁹ Vgl. auch *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 139.

¹¹⁵⁰ *Rüthers*, NJW 2016, 3337, 3338.

¹¹⁵¹ Vgl. *Maunz/Dürig/Grabenwarter*, GG, Art. 5 Rn. 80: „Mit der Äußerung einer Meinung wird das *forum internum* des Einzelnen verlassen, [...] und schließlich der für den öffentlichen Kommunikationsprozess wesensnotwendige Außenbezug hergestellt.“

¹¹⁵² *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 595 f.; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII³, § 162 Rn. 55; vgl. auch *v. Bernstorff*, Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, S. 16, 141, der allerdings primär erst aus der Normierung die Wesenszugehörigkeit ableitet; Zensurverbot als Wesensgehalt auch bei *Koreng*, Das Zensurverbot im Zeitalter der Digitalisierung, in: *Goerlich* [Hrsg.], Rechtsfragen der Nutzung und Regulierung des Internet, S. 3, 13, 17; *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG I, Art. 5 I, II Rn. 170. Zum Zensurverbot als Wesen der Pressefreiheit *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 600 f.; *v. Arnould*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 209.

nicht unmöglich gemacht werden.¹¹⁵³ „Charakteristisches Merkmal der Meinungsfreiheit ist es nämlich gerade sagen zu können, was man will.“¹¹⁵⁴ Doch gehört nicht jede Art und Weise, die Äußerung in jeder Situation oder die gewählte Form zum absolut geschützten Gehalt der Meinungsfreiheit, sondern nur eine Äußerungsfreiheit, die trotz bestehender Einschränkungen noch im Wesentlichen ihren eigentlichen Zweck der öffentlichen Meinungsbildung erfüllen kann.¹¹⁵⁵ Die Art und Weise und die Formulierung einer Meinungsdarstellung lässt sich in der Regel variieren, ohne dass der zugrunde liegende Gedankeninhalt nicht mehr zum Tragen kommt.¹¹⁵⁶ Dem entsprechen etwa die Beleidigungsvorschriften des Strafgesetzbuches (§§ 185 ff. StGB), die nur eine bestimmte Art der Meinungsäußerung untersagen, hingegen andere, nicht diffamierende Formulierungen nicht ausschließen und die Meinungsfreiheit durch mehrere verbleibende Mittel und Formen der Meinungsäußerung in ausreichendem Maße gewährleisten.

Grenzwertig sind dagegen § 130 Abs. 3 und 4 StGB, wonach die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung nationalsozialistischer Handlungen (Absatz 3) oder die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft (Absatz 4) durch öffentliche oder in einer Versammlung bekundete Äußerungen strafbar ist. Auch wenn diese nicht jede Form der Meinungsäußerung hinsichtlich dieser Thematik verbieten,¹¹⁵⁷ sondern nur die öffentliche und in einer bestimmten Wertungsweise (billigen, verherrlichen, rechtfertigen, verharmlosen, leugnen), ist zweifelhaft, ob

¹¹⁵³ Vgl. auch BVerfGE 42, 163, 169 f.; ein Gesamtverbot der Äußerung bestimmter Gedankeninhalte trifft das Grundrecht in seiner Kernbedeutung. Vgl. auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 249; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 594 f.

¹¹⁵⁴ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 594 f.

¹¹⁵⁵ Vgl. auch *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 249 f.: „Der Wesensgehalt der Meinungsfreiheit verlangt deshalb auch, daß dem Einzelnen und den Medien ausreichend Mittel zur Äußerung und Verbreitung von Meinungen offenstehen, ohne daß die Form der Meinungsäußerung an dem umfassenden Schutz des gedanklichen Inhalts teilhat.“

¹¹⁵⁶ *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 250.

¹¹⁵⁷ Vgl. *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 609 m. Fn. 898: „Ein Anwendungsfall der Sonderrechtsregelung ist die Ausschwitzlüge im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB, der diese Meinung nicht als solche, sondern nur die Äußerung in bestimmter Form [...] unter Strafe stellt.“

der Zweck des Grundrechtes noch in mit Art. 19 Abs. 2 GG zu vereinbarenden Weise durch andersartige Meinungserklärungen erreicht wird. Unabhängig von den weiteren Anforderungen an die Vereinbarkeit der Regelungen mit Art. 5 Abs. 2 GG als Sonderrecht lässt sich mangels Wesensgehaltsvorbehalt¹¹⁵⁸ eine Vereinbarkeit mit der Wesensgehaltsgarantie nur herstellen, wenn die Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 3 und 4 StGB restriktiv ausgelegt werden und auch bezüglich dieser Meinung eine zwar nicht unbeschränkte, aber noch dem Wesensminimum entsprechende Freiheit gewährleistet wird.

III. Elternrecht: Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG

Das Elternrecht und zugleich die Elternpflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder weist durch diese Pflichtenbindung aus der Eltern-Kind-Beziehung eine besondere Struktur auf. Das Recht ist auf das Wohl des Kindes als fürsorgerisch dienende, treuhändische Freiheit gerichtet,¹¹⁵⁹ die Pflicht ist dementsprechend nicht Schranke des Grundrechtes, sondern „wesensbestimmender Bestandteil des ‚Elternrechts‘“.¹¹⁶⁰ Zum Wesen des Grundrechtes zählt weiter vor allem die grundsätzlich vorrangige eigenständige Eigenverantwortlichkeit der Eltern und die sonach geltende Subsidiarität staatlichen Eingreifens,¹¹⁶¹ die nicht aufgehoben oder in ihr Gegenteil verkehrt werden darf. Der Dualismus wird mit wachsendem Alter des Kindes zum Trialismus, wenn mit zurückgehender Erziehungs- und Pflegebedürftigkeit die Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes zunimmt und das Elternrecht zurückgedrängt wird, bis es mit der Volljährigkeit erlischt.¹¹⁶² Diese Entwicklung hat auch Auswirkungen auf die den Eltern absolut zugehörigen Gehalte des Elternrechts; mit

¹¹⁵⁸ Die Einschränkungsalternativen des Ehr- und Jugendschutzes in Art. 5 Abs. 2 GG erfüllen die Anforderungen an einen Wesensgehaltsvorbehalt nicht, anders wohl *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 595, der darin eine *lex specialis*-Regelung zu Art. 19 Abs. 2 GG sieht.

¹¹⁵⁹ *Saladin*, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Vischer u.a. [Hrsg.], Familienrecht im Wandel, S. 175, 199; *Ossenbühl*, DÖV 1977, S. 801, 806; auch BVerfGE 59, 360, 376 f.; E 61, 358, 372; E 103, 89, 107.

¹¹⁶⁰ BVerfGE 56, 363, 381 f.; E 68, 176, 190; ebenso Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 6 Rn. 16.

¹¹⁶¹ Vgl. Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 6 Rn. 13; Maunz/Dürig/Badura, GG, Art. 6 Rn. 96; Heiß, NZFam 2015, 491, 491.

¹¹⁶² BVerfGE 59, 360, 382; E 72, 122, 137. Vgl. auch § 1626 Abs. 2 BGB.

wachsendem Selbstbestimmungsrecht geht ein Teil von den Eltern auf das Kind über.

Eine Wesensantastung bestünde jedenfalls in der nicht bloß kurzzeitigen Trennung des Kindes von den Eltern, die durch den Wesensgehaltsvorbehalt des Art. 6 Abs. 3 GG jedoch ermöglicht ist. Hierzu sei auf den vorangegangenen Abschnitt zur Trennung des Kindes von den Eltern in der exemplarischen Darstellung bestehender Wesensgehaltsvorbehalte im 2. Teil (S. 167 ff.) verwiesen.

IV. Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG

Zum Wesen der Versammlungsfreiheit sind bereits in diversen Abschnitten Feststellungen getroffen worden, womit auch weitestgehend schon die wesensbestimmenden Merkmale und die Verletzungskriterien determiniert sind. Ein kurzer, zusammenfassender und ergänzender Abschnitt dient der Zusammenführung der verstreuten Darlegungen zugunsten einer Gesamtübersicht.

Entsprechend der Funktion des Grundrechtes als Teilhabe- und Mitwirkungsrecht an der demokratischen Willensbildung¹¹⁶³ kann das Wesen nicht auf private und nicht-öffentliche Versammlungen beschränkt werden.¹¹⁶⁴ Das Versammlungsrecht ist zur Bewirkung der potentiellen Einflussnahme auf die Meinungsbildung auf *öffentliche* Versammlungen funktional angewiesen, weshalb auch der freien Wahl des Ortes Wesensrelevanz zukommt. Zwar bestehen für die Versammlungsfreiheit als stärker sozial bezogenes Grundrecht in der Regel quantitativ mehrere Wege der Freiheitsausübung; aber auch qualitativ müssen die verbleibenden Optionen dem Zweck der Versammlungsfreiheit entsprechen. Der Ausschluss von Versammlungen von öffentlichkeitswirksamen Plätzen und die Gestattung nur in unbelebten Randgebieten würde deshalb qualitativ das Wesen antasten, obwohl noch quantitativ eine Vielzahl an anderen, entlegenen Ortsmöglichkeiten

¹¹⁶³ BVerfGE 69, 315, 315.

¹¹⁶⁴ Zutreffend *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 247, teilweise aber mit abweichender Begründung.

bestünde.¹¹⁶⁵ Dies schließt den Verweis auf Alternativen gleichwohl nicht aus, sofern damit der Grundrechtszweck noch ausreichend verwirklicht werden kann.¹¹⁶⁶

Funktional unentbehrlich für den Versammlungszweck ist weiterhin ein Minimum an Kommunikationsoptionen, um den Versammlungszweck den Teilnehmern und der Öffentlichkeit bekanntmachen zu können, wie durch das Halten von Reden und Zeigen von Plakaten und Transparenten.¹¹⁶⁷ Auch dies lässt Einschränkungen weiterhin zu, die diffamierende oder hetzerische Bekundungen unterbinden, da wie bei der Meinungsfreiheit¹¹⁶⁸ hinreichend andere Kundgabemodalitäten durch andere Formulierungsweisen verbleiben.

Eine Auflösung einer Versammlung oder ein Verbot z.B. wegen nicht eingehaltener Auflagen tastet ebenso wenig das Wesen an, da (sofern die Auflagen etc. die Versammlung nicht generell unmöglich machen) in der Regel andere Optionen bestehen, den Versammlungszweck zu erreichen.¹¹⁶⁹ Auch durch eine Auflösung oder ein Verbot wegen fehlender Sicherungsmöglichkeiten einer Versammlung im Einzelfall (und nicht als Regelfall) bei drohenden Gefahren wird Art. 19 Abs. 2 GG nicht verletzt. Dies gilt dagegen nicht, wenn der Staat namentlich wegen fehlenden Personals allgemein nicht in der Lage oder nicht willens ist, die Sicherheit der Versammlungsteilnehmer vor gewaltbereiten Gegendemonstranten zu gewährleisten und deshalb Versammlungen mit Gefahrenpotential untersagt.

¹¹⁶⁵ Ebenso *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 100: „Andererseits wäre die Freiheitsgarantie schon vom Normbereich – ‚politische‘, also: resonanz- und diskussionsbezogene und -angewiesene Meinungskundgabe – her in unzulässiger Weise unterlaufen, wenn der Demonstration durch die Behörde allein friedliche Waldgebiete, nur vom fließenden Verkehr benutzte Ausfalls- und Umgehungsstraßen oder menschenleere Vorortgebiete angewiesen würden. Der freigegebene und im Sinn eines grundrechtlichen Anspruchs zu fordernde Weg muß hinreichende Resonanzchancen aufweisen.“

¹¹⁶⁶ Vgl. oben S. 195, es besteht deshalb z.B. kein Recht auf eine Versammlung während der Bundestagssitzungen o.ä. Vgl. auch *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 83; *Katz*, Staatsrecht, Rn. 661.

¹¹⁶⁷ Ebenso *Krüger*, DÖV 1955, 597, 601; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 83; hieran anschließend *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 54, zur Diskussion als Wesensbestandteil der Versammlungsfreiheit.

¹¹⁶⁸ Siehe oben S. 293.

¹¹⁶⁹ A.A. v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c.

V. Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Auch für die Berufsfreiheit wird als Problem der Verfassungswirklichkeit angeführt, objektive Berufszulassungsregelungen tasteten das Wesen an, weil Art. 12 Abs. 1 GG das Recht auf einen bestimmten Beruf schütze.¹¹⁷⁰ Entsprechende Bedenken müssten ebenso für Berufsverbote und ähnliche Maßnahmen bestehen. Zwar ist der Ausgangspunkt zutreffend, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit die freie Wahl auch eines konkreten Berufes gewährleistet,¹¹⁷¹ doch bedeutet dies nicht automatisch, dass entsprechend auch Art. 19 Abs. 2 GG jede Berufswahl absolut und unantastbar garantiert. Bei der Wesensermittlung zu berücksichtigender Zweck der Berufsfreiheit ist die Erwirtschaftung einer Lebensgrundlage,¹¹⁷² die Verhinderung von Arbeitszwang und Zwangsarbeit, wie sie in den Absätzen 2 und 3 zum Ausdruck kommt¹¹⁷³ sowie die Bedeutung der Berufswahl und -ausübung für die Persönlichkeitsentfaltung.¹¹⁷⁴ Dieser grundsätzliche Zweck kann im Sinne der Wesensgehaltsgarantie als absolute Gewährleistung unabdingbarer Grundrechtsgehalte auch noch von demjenigen verwirklicht werden, dem der Zugang zu einzelnen Berufen versagt wird. Mit einem Berufsverbot für einen bestimmten Beruf oder einzelnen, wenigen Berufszulassungsschranken ist grundsätzlich nur ein geringer Ausschnitt der gewährten Freiheit versperrt.¹¹⁷⁵ Demzufolge liegt eine Wesensverletzung erst vor, wenn keine ausreichende Verwirklichung mehr im Sinne einer den eigenen Begabungen, Fähigkeiten und Interessen entsprechenden Wahlmöglichkeit verbleibt.¹¹⁷⁶ Dies ist jedenfalls dann

¹¹⁷⁰ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 218 ff.; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c.

¹¹⁷¹ *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, Art. 12 Rn. 9; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 940; BVerfGE 7, 377, 397; E 13, 97, 104.

¹¹⁷² Dies kommt schon in der Berufsdefinition zum Ausdruck, wonach dieser „der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“ dienen soll, BVerfGE 97, 228, 252 f.; E 105, 252, 265.

¹¹⁷³ Entsprechend auch die Vorstellungen des Parlamentarischen Rates, JöR NF 1 (1951), S. 133 ff.

¹¹⁷⁴ BVerfGE 7, 377, 397; E 50, 290, 362; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 9.

¹¹⁷⁵ Zutreffend *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 55.

¹¹⁷⁶ *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 55; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG,

der Fall, wenn die Grundrechtsträger nur zwischen wenigen, vorgegebenen Berufen wählen könnten oder ihnen sogar ein bestimmter aufgezwungen wird.

Der Befund wird durch den Sinn der Wesensgehaltsgarantie als weit zurückgezogene, absolute Grenze, deren Überschreitung einer Rechtfertigung nicht zugänglich ist, bestätigt. Eine zu weitgehende Ausdehnung des Wesensbereichs entsprechend der geäußerten Gegenansicht würde es unmöglich machen, einem mehrfach wegen Kindesmissbrauchs vorbestraften Sexualstraftäter den Beruf z.B. als Erzieher in einem Kindergarten auf Dauer zu versagen und würde zur Notwendigkeit einer Vielzahl von Wesensgehaltsvorbehalten bei diversen Grundrechten führen. Wesen des Grundrechtes ist nicht, dass jeder jeden beliebigen Beruf unabhängig von der Erfüllung von Minimalanforderungen o.ä. absolut wählen kann. Nur eine konsequente Anwendung und Auslegung von Art. 19 Abs. 2 GG als letzte Grenze verhindert die ansonsten sachlich zu einer Relativierung der Wesensgehaltsgarantie führende Wesensbestimmung bei Art. 12 Abs. 1 GG. Der Grundrechtsträger wird durch die hier vertretene Auslegung auch nicht schutzlos, denn Eingriffe bleiben weiterhin rechtfertigungsbedürftig und müssen insbesondere verhältnismäßig sein. Eine Ausnahme von der freien Wahl, ob und welchen Beruf man ergreifen möchte, ist in Art. 12 Abs. 3 GG für die Zwangsarbeit bei gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehungen begründet.¹¹⁷⁷ Zwangsarbeit ist die umfassende, unbegrenzte Inanspruchnahme der gesamten Arbeitskraft des Grundrechtsträgers gegen dessen Willen.¹¹⁷⁸ Die Anordnung von Zwangsarbeit wäre grundsätzlich wegen der Unbegrenztheit und umfassenden Versagung der Berufswahlfreiheit eine Wesensverletzung, ist aber durch Art. 12 Abs. 3 GG im Falle der Freiheitsentziehung ausdrücklich ermöglicht. Art. 12 Abs. 3 GG stellt insofern einen Wesensgehaltsvorbehalt dar, von dem mit § 41 StVollzG Gebrauch

S. 250 ff.; vgl. auch AK-GG/*Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6; in diesem Sinne wohl auch *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 876; sowie *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 376 f.

¹¹⁷⁷ BVerfGE 96, 169, 205; Maunz/Dürig/*Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 505: „Das grundsätzliche Verbot der Zwangsarbeit erleidet dadurch eine verfassungsrechtlich gestattete Ausnahme [...]“

¹¹⁷⁸ BeckOK-GG/*Ruffert*, Art. 12 Rn. 146; v. Münch/Kunig/*Kämmerer*, GG I, Art. 12 Rn. 94.

gemacht wurde. Der in Art. 12 Abs. 2 GG geregelte Arbeitszwang als gegenständlich und zeitlich begrenzte Arbeitspflicht¹¹⁷⁹ unterhalb der Schwelle von Art. 12 Abs. 3 GG ist hingegen grundsätzlich nicht so weitgehend, dass eine Wesensantastung in Betracht kommt, dürfte aber ansonsten unter Beachtung der Voraussetzungen (für alle gleiche, allgemeine Dienstleistungspflicht) ebenso einen Wesensgehaltsvorbehalt darstellen.

VI. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG

Das Wohnungsgrundrecht schützt einen für den Einzelnen „elementaren Lebensraum“,¹¹⁸⁰ in dem ihm das Recht gewährleistet ist, „in Ruhe gelassen zu werden“¹¹⁸¹. Sinn und Zweck des Grundrechtes ist die Möglichkeit der „Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht“.¹¹⁸² Funktional dient Art. 13 GG deshalb als Gewährleistung eines Rückzugsortes,¹¹⁸³ in den sich der Grundrechtsträger unbeobachtet und ohne Zuhörer aufhalten und zurückziehen kann. Gerade diese Rückzugsfunktion an einen von Dritten und dem Staat unbehelligten Ort stellt das Charakteristikum des Grundrechtes dar.¹¹⁸⁴ Insofern unterscheidet sich der Wesensgehaltsschutz auch nicht unerheblich vom unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, der auch für den Rückzugsbereich der Wohnung (nur) an das konkrete Verhalten und die höchstpersönliche Intimsphäre des Bürgers anknüpft,¹¹⁸⁵ während das Wesen von Art. 13 GG entsprechend der Funktion des Wohnungsgrundrechts unabhängig von der Art und Weise des Verhaltens

¹¹⁷⁹ BeckOK-GG/Ruffert, Art. 12 Rn. 141 f.; v. Münch/Kunig/Kämmerer, GG I, Art. 12 Rn. 85.

¹¹⁸⁰ BVerfGE 42, 212, 219; E 51, 97, 110; E 103, 142, 150; E 115, 166, 196.

¹¹⁸¹ BVerfGE 32, 54, 75; E 51, 97, 107; E 89, 1, 12; E 103, 142, 150 f.; E 115, 166, 196.

¹¹⁸² BVerfGE 97, 228, 265. Vgl. auch Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 13 Rn. 6: Schutz vor körperlichem oder unkörperlichen Eindringen des Staates als primäre Abwehrrichtung.

¹¹⁸³ Vgl. BVerfGE 109, 279, 321; Traub, Die Verwertbarkeit von Selbstgesprächen im Strafverfahren, S. 192; Guttenberg, NJW 1993, 567, 567.

¹¹⁸⁴ Ebenso Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 520.

¹¹⁸⁵ Vgl. BVerfGE 109, 279, 314 f.: „Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt. [...] Entscheidend ist, ob eine Situation gegeben ist, in der auf Grund von konkreten Hinweisen oder typischerweise und ohne gegenteilige tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen wird, etwa im Zuge der Beobachtung von Äußerungen innerster Gefühle oder von Ausdrucksformen der Sexualität.“

in der Wohnung und höchstpersönlichem Bezug allgemein den *Rückzugsbereich der Wohnung durch Abschottung* vor dem einfachen Gesetzgeber schützen will.¹¹⁸⁶ Das Vorliegen einer Wesensantastung ist deshalb nur mittelbar von der Betroffenheit der Intimsphäre abhängig, indem dies auf die Intensität des Grundrechtseingriffs einwirkt, die gewährte Abschirmung aber nicht auf diesen Bereich beschränkt ist.

Die Gewährleistung als Rückzugsbereich ist nicht durch das kurzfristige bloße Betreten, Verweilen oder Mithören von nach außen dringenden Gesprächen in seinem Wesen verletzt. Dagegen berührt die (heimliche) Überwachung des inneren Wohnbereiches das Grundrecht in seinem Wesen, da damit der Rückzugsbereich als Ort der Abschottung vor Beobachtung und Überwachung im Kern getroffen wird.¹¹⁸⁷ Wegen der Unkenntnis der Observation kann sich der Betroffene auf die Situation, dass die gewünschte und geschützte Abschottung und Privatheit nicht vorliegt, gar nicht einstellen.¹¹⁸⁸ Anders als bei anderen Grundrechten ist es deshalb unmöglich, auf alternative Verwirklichungsmöglichkeiten auszuweichen. Da der Grundrechtsträger regelmäßig nur im Besitz einer Wohnung ist und er deshalb zumeist nicht nur keinen alternativen Rückzugsort hat, sondern er vielmehr wegen der Unkenntnis auch gar nicht in der Lage ist, andere, unüberwachte Rückzugsbereiche aufzusuchen, können an die Dauer des Grundrechtseingriffs keine größeren Anforderungen gestellt werden.

In der Regel dürften Überwachungen der Privatwohnung¹¹⁸⁹ deshalb Wesensantastungen darstellen.¹¹⁹⁰ Dass dem nicht so ist, liegt an den durch

¹¹⁸⁶ Insofern ist die Kritik am verhaltensbezogenen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts von *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 514, dass Art. 13 Abs. 1 GG die Wohnung und nicht nur das Wohnen schütze, zwar für den unantastbaren Kerngehalt privater Lebensgestaltung nicht zutreffend, für die Wesensgehaltsgarantie dagegen korrekt.

¹¹⁸⁷ Dies gilt unabhängig von der Zweckrichtung – ob die Maßnahme präventiv oder repressiv erfolgt, ist für Art. 19 Abs. 2 GG irrelevant.

¹¹⁸⁸ Vgl. auch *Guttenberg*, NJW 1993, 567, 570. Entsprechend würde eine Beschränkung auf nur einige der Wohnräume an der Alternativlosigkeit nichts nehmen.

¹¹⁸⁹ Das Gesagte gilt nicht für Geschäftsräume oder auch den umfriedeten Besitz wie ein Garten, der auch unter den Wohnungsbegriff fallen soll (*Maunz/Dürig/Papier*, GG, Art. 13 Rn. 11), denen es aber am unentbehrlichen Charakter als Rückzugsort fehlt, vgl. auch *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 521.

¹¹⁹⁰ Vgl. zur Lage vor dem Einfügen der Absätze 3 bis 6 als Wesensantastung durch das heimliche Abhören *de Lazzar/Rohlf*, JZ 1977, 207, 211; *Eisenberg*, NJW 1993, 1033, 1039; *Raum/Palm*, JZ 1994, 447, 451 f.; *Kuscha*, NJW 1994, 85, 88 m. w. Nw.; a.A. *Schwabe*, JZ 1993, 867, 873.

die Verfassungsänderung im Jahr 1998 eingefügten, spezifischen Eingriffsermächtigungen in Art. 13 GG,¹¹⁹¹ die sich als Wesensgehaltsvorbehalte einordnen lassen.¹¹⁹²

Die Absätze 3 bis 5 des Art. 13 GG ermöglichen Eingriffe in den Wesensbereich, die entsprechend der oben genannten Anforderungen grundsätzlich mit Art. 19 Abs. 2 GG unvereinbar wären. Der Einordnung als Wesensgehaltsvorbehalt entspricht die explizite Normierung und ausdrückliche verfassungsrechtliche Gestattung („dürfen [...] technische Mittel [...] eingesetzt werden“ in Art. 13 Abs. 3 und 4 GG bzw. „kann“ in Abs. 5) spezifischer, umgrenzter Eingriffe, durch technische Mittel Überwachungsmaßnahmen im Rückzugsbereich vornehmen zu können. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hatte nicht nur den Willen, diese Maßnahmen ausdrücklich zuzulassen,¹¹⁹³ er hat dies auch in einer Ermächtigung zu einzelnen, detailliert geregelten Eingriffen getan. Um den verfolgten Zweck von Art. 13 Abs. 3 GG zu erreichen und Eingriffe auch zu repressiven Zwecken unter Einhaltung von Art. 19 Abs. 2 GG durchführen zu können,¹¹⁹⁴ hätte auch ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt genügt. In diesem Falle hätte der einfache Gesetzgeber aber bei der Schaffung von Ermächtigungsgrundlagen die Wesensgehaltsgarantie wahren müssen. Dies gilt umso mehr, als durch die Absätze 4 und 5 weitergehendere, präventive Überwachungsmaßnahmen durch die

¹¹⁹¹ In diesem Sinne auch *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, S. 520 f.: „In der hypothetischen Konstellation, dass Art. 13 Abs. 1 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stünde, ließe sich auf einen solchen weder die heimliche akustische noch optische Überwachung stützen“ sowie v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gornig*, GG I, Art. 13 Rn. 120: „Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber das Recht der räumlichen Privatsphäre in Sonderfällen einschränkt, um eine im überragenden Interesse liegende Verfolgung besonders schwerer Straftaten zu ermöglichen, dann stellt er den Kerngehalt des Art. 13 Abs. 1 GG nicht zur Disposition, sondern legt ihn seiner Neugestaltung zugrunde.“

¹¹⁹² Art. 13 Abs. 6 GG als reine Verfahrensvorschrift stellt logischerweise keinen Wesensgehaltsvorbehalt dar, sondern begründet Anforderungen für die Wesensgehaltsvorbehalte der Absätze 3 bis 5.

¹¹⁹³ BT-Drs. 13/8650, S. 1, 4: „Der Gesetzentwurf soll im Interesse einer wirksamen Bekämpfung insbesondere der Organisierten Kriminalität *die verfassungsrechtliche Grundlage für den Einsatz technischer Mittel zur akustischen Überwachung* von Wohnungen zum Zweck der Strafverfolgung schaffen.“ – Hervorhebung A.S.

¹¹⁹⁴ BT-Drs. 13/8650, S. 4: „Die geltende Fassung des Artikels 13 GG erlaubt den Einsatz technischer Mittel jedoch nur zur Gefahrenabwehr, nicht aber für Zwecke der Strafverfolgung. Der neue Absatz 3 des Artikels 13 GG soll deshalb die verfassungsrechtliche Grundlage für entsprechende gesetzliche Regelungen schaffen.“

Verfassungsänderung ermöglicht worden sind, die bereits unter den Auffangtatbestand¹¹⁹⁵ des heutigen Absatzes 7 (zuvor Art. 13 Abs. 3 GG) gefallen wären, der als „normaler“ Gesetzesvorbehalt „Eingriffe und Beschränkungen“ zur Abwehr von Gefahren gestattete und weiterhin gestattet. Für die Schaffung einer bloßen Eingriffsmöglichkeit im Sinne eines Gesetzesvorbehaltes bei weiterhin bestehender Bindung des einfachen Gesetzgebers an Art. 19 Abs. 2 GG wäre die Erweiterung von Absatz 7 (früher Art. 13 Abs. 3 GG) auch auf repressive Maßnahmen ausreichend gewesen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist darüber weit hinausgegangen, indem er die geregelten Eingriffe auch explizit geregelt hat, bewusst zulassen wollte und damit eine Abweichungsmöglichkeit Art. 19 Abs. 2 GG begründet hat.

Für die in Art. 13 Abs. 3 bis 5 GG zugelassene, nun in § 100 c StPO für die repressive bzw. für die präventive in den Landespolizeigesetzen einfachgesetzlich geregelte Wohnraumüberwachung ist deshalb der Wesensgehalt nicht zu wahren. Dafür sind aber die umfangreichen, insbesondere prozeduralen Anforderungen der Verfassung einzuhalten. Die Abs. 3 bis 5 stellen deshalb qualifizierte Wesensgehaltsvorbehalte dar. Darüber hinaus ist weiterhin der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung zu achten, denn auch der verfassungsändernde Gesetzgeber kann wegen Art. 79 Abs. 3 GG keine Eingriffe in den Menschenwürdegehalt ermöglichen.

Unklar ist die Situation für Durchsuchungen nach Absatz 2: Diese sind zwar auch schwerwiegende Eingriffe,¹¹⁹⁶ beseitigen aber grundsätzlich auch wegen der zeitlichen Kürze und bestehender Kenntnisnahmemöglichkeit nicht das Wesen des Grundrechtes als Rückzugsort für Personen.¹¹⁹⁷ Da damit nicht ein in der Regel wesensantastender Eingriff erlaubt wird, sondern nur formelle Anforderungen für Durchsuchungen im Allgemeinen festgelegt werden, müssen diese ebenso wie alle anderen Eingriffe, die unter Absatz 7 fallen,

¹¹⁹⁵ Hömig/Wolff/Wolff, GG, Art. 13 Rn. 26; vgl. auch v. Münch/Kunig/Kunig, GG I, Art. 13 Rn. 57.

¹¹⁹⁶ BVerfGE 51, 97, 110; E 103, 142, 151; Maunz/Dürig/Papier, GG, Art. 13 Rn. 25.

¹¹⁹⁷ Vgl. Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, S. 521.

den Wesensgehalt des Grundrechtes dagegen wahren, weil die Absätze 2 und 7 nicht die Anforderungen eines Wesensgehaltsvorbehaltes erfüllen. Aus diesem Grund ergibt sich eine erhebliche Anzahl an verfassungswidrigen Eingriffen aus der Zeit vor der Verfassungsänderung: Bereits vor Einfügung der Absätze 3 bis 6 hatten fast alle Landespolizeigesetze präventiv die Wohnraumüberwachung gestattet,¹¹⁹⁸ ohne dass zu diesem Zeitpunkt ein legitimierender Wesensgehaltsvorbehalt bestanden hätte.

VII. Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG

Das verfassungsrechtliche Eigentum ist geprägt durch die Merkmale der Privatnützigkeit und grundsätzlichen Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand.¹¹⁹⁹ Insofern hat die Eigentumsfreiheit die Schaffung eines Freiheitsraumes im vermögensrechtlichen Bereich zur Aufgabe, wodurch dem Einzelnen eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglicht werden¹²⁰⁰ und das Eigentum vor allem zur Existenzsicherung gewährleistet sein soll.¹²⁰¹ Mit dem Wesen der Eigentumsfreiheit in offenem Konflikt soll eine Enteignung stehen, aus diesem Grund wird diese als unvereinbar mit einem subjektiv-absoluten Verständnis der Wesensgehaltsgarantie gehalten.¹²⁰² Begründet wird die Ansicht mit dem Argument, dass die Eigentumsfreiheit das Recht an einem bestimmten Gegenstand schütze und die Enteignung dieses Recht vollständig entziehe.¹²⁰³ Die Argumentation wäre zutreffend, wenn die Wesensgehaltsgarantie – so wohl die Auffassung – bei der Eigentumsfreiheit für jeden Grundrechtsträger den Bestand jeder einzelnen Eigentumsposition absolut

¹¹⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei *Kutscha*, NJW 1994, 85, 85.

¹¹⁹⁹ BVerfGE 24, 367, 390; E 31, 229, 240; E 50, 290, 339; E 52, 1, 30; E 100, 226, 241; E 102, 1, 15; E 134, 242, 290 f.

¹²⁰⁰ Vgl. BVerfGE 24, 367, 389; E 31, 229, 239; E 51, 193, 218; E 83, 201, 208; E 102, 1, 15; E 134, 242, 290.

¹²⁰¹ *Leisner*, Eigentum, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 173 Rn. 80, 121; *Depenheuer*, Eigentum, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 111 Rn. 10 f. Vgl. auch BVerfGE 50, 290, 340; E 102, 1, 15.

¹²⁰² v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 19 Anm. V 2 c; *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 208 f.

¹²⁰³ *Drews*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 207 ff.

garantieren würde (und damit jeglicher Entzug des Eigentums als Wesensantastung ausscheiden müsste).

Maßstab einer Wesensantastung ist jedoch nicht, ob einzelne Schutzpositionen vollständig entzogen werden, sondern ob (gegebenenfalls auch durch den Entzug einer einzelnen Eigentumsposition) das Grundrecht des Einzelnen leerläuft und in seinem Wesen nicht mehr gewährleistet ist. Bezugsgegenstand einer Wesensantastung ist dementsprechend bei Art. 14 GG nicht die einzelne Eigentumsposition, sondern vielmehr die gesamte Eigentumsfreiheit des einzelnen Grundrechtsträgers.¹²⁰⁴

Der Entzug nur eines Schutzgutes beseitigt aber grundsätzlich nicht das Eigentumsgrundrecht in seinem Wesen und lässt es nicht leerlaufen.¹²⁰⁵ Eine solche Wirkung hätte dagegen eine Regelung, die dem Grundrechtsträger die Eigentumsfreiheit nimmt, indem sie den Erwerb und den Besitz seiner Eigentumspositionen verbietet oder faktisch so erschwert, dass die grundsätzlich freie Verfügungsbefugnis und Privatnützigkeit aufgehoben ist.¹²⁰⁶ Dagegen kann bei Entzug nur einzelner Eigentumsgegenstände grundsätzlich ein ausreichender

¹²⁰⁴ Wie hier *Schaks*, JuS 2015, 407, 409; ebenso ausdrücklich auch *Böhmer*, NJW 1988, 2561, 2563: „Es ist zumindest ein Mißverständnis, wenn unter Bezugnahme auf Art. 19 II GG vielfach vom unantastbaren ‚Wesensgehalt des Eigentums‘ die Rede ist und davon gesprochen wird [...], es liege stets eine Enteignung vor, wenn dieser ‚angetastet‘ werde. Von der Frage abgesehen, was das Wesen des Eigentums ausmacht, wird dabei übersehen, daß Art. 19 II GG vom Wesensgehalt des Grundrechtes spricht. Dieses ist aber nicht mit dem Eigentum identisch. Der Kern des Grundrechtes ist die verfassungsrechtliche Gewährleistung und das Eigentum der Gegenstand der Gewährleistung. In dieser Theorie werden Schutzobjekt und Garantie vermengt“; sowie *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1092: „Dies [die subjektive Auslegung, Anm. A.S.] darf allerdings nicht zu einer Verwischung des Unterschieds zwischen dem Grundrecht und dem durch dieses geschützten Gut führen: Art. 19 II GG will seinem Wortlaut nach den Wesensgehalt der Grundrechte schützen, nicht individuelle grundrechtliche Schutzgüter bewahren. Solange der Entzug eines Rechtsgutes nicht dazu führt, dass das Grundrecht vom Betroffenen schlechterdings nicht mehr ausgeübt werden kann [...], ist Art. 19 II GG Genüge getan.“ Vergleichbar auch *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6; *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 12 Rn. 147.

¹²⁰⁵ Dies gilt nicht nur für die Enteignung, sondern auch für andere, das Eigentum entziehende Regelungen; auch die §§ 932 ff. BGB stellen keine Wesensantastung dar, auch wenn das Eigentum am Gegenstand dauerhaft verloren wird, *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 42.

¹²⁰⁶ Vgl. *Maunz/Dürig/Papier*, GG, Art. 14 Rn. 335; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 77, 180; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 255; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: *Merten/Papier* [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 82.

Freiheitsraum zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung entsprechend der Funktion des Grundrechtes verwirklicht werden.

Eine andere Auslegung würde zu insbesondere zu Wertungswidersprüchen führen – nicht nur müsste jeder Entzug von Eigentum unabhängig von seiner Wertigkeit,¹²⁰⁷ sondern auch der von gefährlichen Gegenständen zu einer Wesensverletzung führen, die für die Sicherstellung eines Freiheitsbereiches im vermögensrechtlichen Bereich nicht unabdingbar sind. Niemand würde wohl die Auffassung vertreten, das Eigentum an Krankheitserregern oder strahlendem Material (mit einem Mindestmaß an Nutzungsmöglichkeit!) wäre funktional für die Eigentumsfreiheit zwingend erforderlich und somit als das Wesen absolut vor Eingriffen des Gesetzgebers geschützt werden.¹²⁰⁸ Derartiges Eigentum ist nicht für den Zweck der Eigentumsgarantie erforderlich.

Wesen des Eigentumsgrundrechtes ist stattdessen die Möglichkeit, Eigentum zu erwerben, dieses zu behalten, grundsätzlich nutzen zu können und die im Wesentlichen freie Verfügungsbefugnis hierüber; eine Verletzung liegt erst dann vor, wenn dies nicht grundsätzlich gewährleistet ist. Durch eine Enteignung wird diese wesentliche Freiheit des Eigentums nicht prinzipiell angetastet.¹²⁰⁹

Eine Einschränkung ist gleichwohl zu treffen: Das Grundrecht kann die Aufgabe als Sicherung des Freiheitsbereiches zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung wohl kaum erfüllen, wenn Eigentumspositionen entzogen werden könnten, die das Hauptvermögen des Einzelnen darstellen und insbesondere dessen Existenz und Lebensgestaltung absichern und gewährleisten. Zweck der Eigentumsfreiheit ist nicht nur, Eigentum allgemein erwerben zu können, sondern damit auch den Lebensunterhalt zu bestreiten oder abzusichern.¹²¹⁰ Das Eigentumsrecht

¹²⁰⁷ Vgl. *Schaks*, JuS 2015, 407, 409.

¹²⁰⁸ Teilweise wird die Entzugsmöglichkeit derartiger Gegenstände über eine dem Eigentumsrecht immanente Beschränkung gelöst, vgl. BVerfGE 20, 351, 361; E 110, 1, 23 ff.; Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 14 Rn. 10; was die Frage zu Art. 19 Abs. 2 GG gleichwohl nur verlagert.

¹²⁰⁹ Vgl. *Schaks*, JuS 2015, 407, 409 f.; *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1092.

¹²¹⁰ *Leisner*, Eigentum, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VIII³, § 173 Rn. 80, 121; *Depenheuer*, Eigentum, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR V, § 111 Rn. 10 f. Vgl. auch BVerfGE 50, 290, 340; E 102, 1, 15.

als maßgebliche Sicherung der eigenen Freiheit und Existenz würde leerlaufen, wenn *gewichtige* Eigentumspositionen entschädigungslos entzogen werden könnten und die Früchte vorangegangenen Freiheitsgebrauchs schlicht wegfallen würden.¹²¹¹ Unabhängig von der normierten Entschädigungspflicht für Enteignungen in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG gilt dies schon als Wesen des Eigentumsgrundrechtes auch ohne eine entsprechende Regelung – und demzufolge auch für Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die eine vergleichbare Wirkung haben.¹²¹² Damit ist keine Aufgabe des Vorrangs des Bestandsschutzes vor der Wertgarantie¹²¹³ verbunden; der Wertersatz verhindert nur, dass über die aus den genannten Gründen zulässige Enteignung das Eigentumsgrundrecht dann doch leerläuft. Sollte man die Enteignung mit der Gegenansicht als Wesensantastung ansehen, würde im Übrigen Art. 14 Abs. 3 GG mit der Ermöglichung des Eigentumsentzugs unmittelbar auf Verfassungsebene als Wesensgehaltsvorbehalt einzuordnen sein.¹²¹⁴

¹²¹¹ Keine Begründung mit dem Zweck der Eigentumsgarantie, aber für eine Wesensantastung ohne Entschädigung (ohne Einschränkung auf *gewichtige* Eigentumspositionen) *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 449; *Grosskreutz*; Normwiderrsprüche im Verfassungsrecht, S. 26; *Krausnick*, JuS 2007, 1088, 1092; *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6; *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 67; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 179; *Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 18; *Leisner-Egensperger*, Wesensgehaltsgarantie, in: Merten/Papier [Hrsg.], HGR III, § 70 Rn. 57. Ähnlich wie hier als Beschränkung auf Eigentumspositionen, die einen wesentlichen Teil des Vermögens ausmachen *Schaks*, JuS 2015, 407, 409 f.

¹²¹² In diesem Sinne auch die Rechtsprechung des BVerfG zur Ausgleichspflicht von Inhalts- und Schrankenbestimmungen, wenn diese wie eine Enteignung wirken und andere, vorrangige Kompensationsmechanismen wie Übergangsregelungen etc. nicht greifen, vgl. BVerfGE 83, 201, 212 f.; E 100, 226, 244 ff. Dies jedoch für Art. 19 Abs. 2 GG mit der (erheblichen) Einschränkung, dass eine Ausgleichspflicht noch zurückhaltender nur für die Wertlosigkeit existenzsichernder Eigentumspositionen durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen in Betracht kommt.

¹²¹³ Vgl. BVerfGE 56, 249, 260 f.; E 58, 300, 323; E 100, 226, 244; Maunz/Dürig/Papier, GG, Art. 14 Rn. 332; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 14 Rn. 2.

¹²¹⁴ In diesem Sinne bereits *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 882 f.: „Weil Normadressat des Art. 19 Abs. 2 GG nur die verfassungsunterworfenen staatlichen Gewalten sind, konnte auch der Grundgesetzgeber selbst vom Wesensgehaltsschutz abweichen. Das war von Anfang an bei Art. 14 Abs. 3 GG und bei Art. 15 GG der Fall [...]“. Art. 14 Abs. 3 GG als Ausnahme oder *lex specialis* zu Art. 19 Abs. 2 GG bei *Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, S. 67 f.; wohl auch *AK-GG/Denninger*, Art. 19 Abs. 2 Rn. 6.

VIII. Auslieferungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 GG

Für die Auslieferungsfreiheit aus Art. 16 Abs. 2 GG, die in Satz 2 seit der Grundgesetzänderung einen nachträglichen Wesensgehaltsvorbehalt dahingehend enthält, dass nun auch deutsche Staatsbürger an EU-Mitgliedstaaten ausgeliefert werden können und damit das absolute Wesen der Auslieferungsfreiheit durch Verfassung „einschränkungsfähig“ gemacht wurde, siehe bereits zur exemplarischen Darstellung bestehender Wesensgehaltsvorbehalte oben S. 165 ff.

IX. Verwirkung, Art. 18 GG

Die Verwirkungsentscheidung nach Art. 18 GG ist zwar kein eigenes Grundrecht, passt aber in die Untersuchung durch die mit dem Verwirkungsausspruch einhergehende Grundrechtsbeschränkung bzw. den folgenden Rechtsverlust. Mit der hier vertretenen Auslegung lässt sich allerdings auch die Verwirkung von Grundrechten mit Art. 19 Abs. 2 GG in Einklang bringen.

Ungeachtet dessen, ob durch den Verwirkungsausspruch „bloß“ von einem Rechtsschutzverlust im Sinne der fehlenden Möglichkeit, sich auf das Grundrecht berufen zu können¹²¹⁵ oder von einem tatsächlichen Rechtsverlust¹²¹⁶ auszugehen ist, verbleibt für den betroffenen Grundrechtsträger im Falle der Verwirkung nicht mehr das Wesen des Grundrechtes. Zwar kann für einzelne Grundrechte aus Art. 19 Abs. 2 GG noch angedacht werden, ob durch die Beschränkung der Verwirkung auf den politischen Bereich¹²¹⁷ noch ein Grundrechtsrest verbleibt, wogegen jedoch schon die Bedeutung der *öffentlichen* Meinungsäußerung oder Versammlungsfreiheit als von Art. 18 GG umfasste Grundrechte für die Grundrechtsverwirklichung spricht, weshalb diese gerade zu den wesenszugehörigen Grundrechtsbestandteilen zählen. Letztlich wird die

¹²¹⁵ Dürig, JZ 1952, 513, 517 f.; Krüger, DVBl. 1953, 97, 100; Sachs/Pagenkopf, GG, Art. 18 Rn. 13; Stern, Staatsrecht III/2, 963 f., 965; Hömig/Wolff/Antoni, GG, Art. 18 Rn. 4; BeckOK-GG/Butzer, Art. 18 Rn. 17; Dreier/Wittreck, GG I, Art. 18 Rn. 52.

¹²¹⁶ Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 98; Reissmüller, JZ 1960, 529, 532; Brenner, DÖV 1995, 60, 62; Stern/Becker/v. Coelln, Grundrechte-Kommentar, Art. 18 Rn. 26 f.

¹²¹⁷ Reif, Der Begriff der Verwirkung der Grundrechte in Art. 18 des Grundgesetzes, S. 119, 122; ebenso v. Münch/Kunig/Krebs, GG I, Art. 18 Rn. 12, 14 f.; tendenziell auch Drews, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, S. 214 ff.

Unvereinbarkeit eines des „Restdenkens“ an der Asylfreiheit deutlich, welche zum Katalog der verwirkbaren Grundrechte zählt, aber im Verwirkungsfalle kein „Rest“ an Asylfreiheit mehr verbleiben kann.¹²¹⁸ Ein Verwirkungsausspruch hätte die vollständige Entziehung des Asylrechts zur Folge; eine Aufspaltung des Grundrechts ist wegen der Singularität der Gewährleistung nicht möglich.

Art. 18 GG ermöglicht, die enumerativ aufgezählten Grundrechte durch die Verwirkungsentscheidung massiv und (wegen der zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unerlässlichen Zeitspanne des Verwirkungsausspruchs)¹²¹⁹ auch mit erheblicher Dauer zu beschränken und ermächtigt insofern zu einer an sich wesensantastenden Maßnahme. Deren verfassungsrechtliche Legitimation in Art. 18 GG selbst stellt einen Wesensgehaltsvorbehalt dar,¹²²⁰ der jedoch mit den in Art. 18 GG genannten, hohen Anforderungen versehen ist, weshalb bislang Art. 18 GG auch bedeutungslos geblieben ist.¹²²¹

¹²¹⁸ Ebenso *Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S. 103 ff.

¹²¹⁹ In diesem Sinne konsequent auch die §§ 39 f. BVerfGG, die eine Verwirkung von mindestens einem Jahr vorsehen. Es wäre unvorstellbar, dass sich der Verwirkungsausspruch wegen des Kampfes gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung nur auf kurzfristige Maßnahmen beziehen und auch wirksam sein soll.

¹²²⁰ Vgl. zur Einordnung als Ausnahme oder *lex specialis* zu Art. 19 Abs. 2 GG Krüger, DVBl. 1953, 97, 100; *ders.*, DÖV 1955, 597, 597; *Gallwas*, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 134.

¹²²¹ Vgl. zur Bedeutungslosigkeit Hömig/Wolff/*Antoni*, GG, Art. 18 Rn. 7.

4. Teil: Ergebnis und Fazit

A. Schlussbetrachtung/Schlussbemerkung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine absolut-subjektiv verstandene Wesensgehaltsgarantie nicht nur angesichts der historischen Erfahrungen dem Zweck und der Funktion des Art. 19 Abs. 2 GG eher entspricht, sondern ihren Absolutheitsanspruch tatsächlich auch gegenüber den Verpflichtungsadressaten der Wesensgarantie einlösen kann. Den Kern, das Wesen des Grundrechts darf weder der einfache Gesetzgeber noch Rechtsprechung und Verwaltung antasten, die höhere, verfassungserzeugende Gewalt kann den Wesensschutz jedoch aufheben. Die Möglichkeit, von Art. 19 Abs. 2 GG Abweichungen mittels Wesensgehaltsvorbehalt zuzulassen, ist letztlich die eindeutige Folge daraus, dass weder die verfassungsgebende noch die verfassungsändernde Gewalt an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden war bzw. ist.

Insofern konnte ein eigener Bedeutungsgehalt und Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 2 GG als absolut-subjektiv verstandener Wesensschutz des unantastbaren Kerns nachgewiesen werden. Dass diese Wirkung in einer Vielzahl von Fällen gar nicht notwendig ist, weil die Eingriffe unterhalb der wesensantastenden Schwelle mittels Abwägung einer tragfähigen Lösung zugeführt werden, schmälert die Bedeutung nicht – Art. 19 Abs. 2 GG ist als letzte, absolute Grenze des Grundrechtsschutzes zu verstehen, in der das Grundrecht trotz Abwägung preisgegeben werden würde.

Zugegebenermaßen schränkt die Möglichkeit von Wesensgehaltsvorbehalten die Bedeutung der Wesenssperre ein. Bezeichnend ist auch, dass das Grundgesetz für einige der intensivsten Eingriffe bereits spezielle, legitimierende Regelungen enthält. Letztlich entspricht dies aber auch der notwendigen Sensibilität und dem Bewusstsein für die Intensität der geregelten Eingriffe, die eine spezifische Regelung und auch „Erlaubnis“ erforderten und von der die verfassungserzeugende Gewalt mit ihrer Abweichungsbefugnis Gebrauch gemacht hat.

Mit der verfassungsrechtlichen Verankerung von Wesensgehaltsvorbehalten ist deshalb keine Aufgabe des Absolutheitsanspruches verbunden, der gegenüber der verfassungsgebenden und -ändernden Gewalt gar nicht besteht, aber eine verfassungsrechtlich und dogmatisch verwurzelte Option aufgezeigt, die praktischen Auslegungs- und Umsetzungsprobleme aufzulösen. Gegenüber den übrigen Grundrechten ohne Wesensgehaltsvorbehalt greift weiterhin die subjektiv-absolute Wesensgewährleistung, die wesensantastende Eingriffe ausschließt bzw. erst einer Verfassungsänderung mit ihren besonderen Anforderungen bedürfte, um diese zuzulassen.

Die Wesensgehaltsgarantie erfüllt somit ihre grundrechtsschützende Funktion zwischen dem gewichtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der spezifisch an das Menschsein und dessen Eigenwert anknüpfenden, absoluten Menschenwürdegarantie, die wegen Art. 79 Abs. 3 GG auch gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber ewigkeitsfest normiert ist.

B. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Art. 19 Abs. 2 GG stellt ein wesentliches Element der Grundrechtssicherung dar: Der Schutz eines letzten Grundrechtsrestes, dem Wesen des Grundrechtes.
2. Kategorische, abwägungsresistente Grenzen der Grundrechtseinschränkung können durch stärkere Regelerorientierung, größere Rechtssicherheit und hohe Begründungspflichten zum Grundrechtsschutz im essentiellen Bereich maßgeblich beitragen.
3. Neben dem einfachen Gesetzgeber sind auch Exekutive und Judikative an Art. 19 Abs. 2 GG gebunden, nicht dagegen die verfassungsgebende und verfassungsändernde Gewalt.
4. „Grundrecht“ im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG sind alle Grundrechte sowie auch die grundrechtsgleichen Rechte.
5. Das Antastverbot gilt auch im Falle der Grundrechtsausgestaltung, auf die Schutzpflichtendimension ist Art. 19 Abs. 2 GG nicht oder nur sehr eingeschränkt anwendbar.

6. Die Wesensgehaltsgarantie schützt auch den einzelnen Grundrechtsträger und gewährt einen absoluten, unantastbaren Grundrechtskern.
7. Bereits die verfassungsgebende Gewalt konnte mit dem Akt der Verfassungsgebung ebenso wie der verfassungsändernde Gesetzgeber durch Verfassungsänderung Abweichungen von Art. 19 Abs. 2 GG normieren, durch die dessen absolute Geltung beseitigt und den wesensgebundenen Gewalten Eingriffe in den vorher unantastbaren Wesensgehalt ermöglicht wurden.
8. Ein solcher Wesensgehaltsvorbehalt setzt hinreichende Bestimmtheit hinsichtlich der Aufhebung des Wesensschutzes voraus und kann sowohl Voraussetzungen aufstellen als auch in unterschiedlichem Umfang die Geltung von Art. 19 Abs. 2 GG aufheben.
9. Dogmatisch lässt sich der Wesensgehaltsvorbehalt nicht eindeutig in die Kategorien von Grundrechtsgrenzen und Grundrechtsbeschränkungen einordnen, seine Wirkungen mit der Aufhebung des absoluten Wesensschutzes unter gleichzeitigem Erfordernis einer einfachgesetzlichen Grundlage weisen Merkmale beider Kategorien auf.
10. Die Wesensbestimmung eines Grundrechtes ist meist negativ von der Verletzung her zu bestimmen und danach zu fragen, ob der wesentliche Grundrechtszweck noch ausreichend verwirklicht werden kann. Hierfür sind zunächst die wesensrelevanten Gehalte des Grundrechtes zu ermitteln, die für die Verwirklichung der Grundrechtsfunktion funktional unentbehrlich sind.
11. Das Wesen eines Grundrechtes ist angetastet, wenn entweder qualitativ oder quantitativ oder kombiniert das Grundrecht im Wesen nicht verwirklicht werden kann, wobei es grundsätzlich auch auf die Dauer des Grundrechtseingriffs ankommt.
12. Die Wesensgehaltsgarantie unterscheidet sich vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch ihre Unabwägbarkeit des unantastbaren Grundrechtswesens. Von der Menschenwürdegarantie unterscheidet sie sich durch die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte jeweils an den spezifischen Grundrechtszweck gegenüber der Menschenwürdeantastung durch Missachtung der Subjektstellung und des menschlichen Eigenwertes. Gegenüber beiden Grundrechtsschranken-Schranken gewährleistet die Wesensgehaltsgarantie einen eigenständigen, teils weitergehenden Grundrechtsschutz im Kernbereich.

13. Einige Wesensgehaltsvorbehalte hat die verfassungsgebende Gewalt bereits mit der Verfassungsschöpfung eingeführt, etwa in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG für den Lebensentzug oder in Art. 104 GG für Freiheitsentziehungen. Auch der verfassungsändernde Gesetzgeber hat bereits Wesensgehaltsvorbehalte nachträglich eingefügt, z.B. in Art. 16 Abs. 2 GG für die Auslieferungsfreiheit oder in Art. 13 Abs. 3-5 GG für die Wohnraumüberwachung.

Literaturverzeichnis

- Abel, Gunther:* Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964.
- Aleinikoff, Alexander:* Constitutional Law in the Age of Balancing, The Yale Law Journal 96 (1987), S. 943-1005.
- Alexy, Robert:* Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Baden-Baden 1985.
- ders.:* Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1991.
- v. Arnould, Andreas:* Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Baden-Baden 1999.
- Augsberg, Ino:* Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 2011, S. 28-34.
- Augsberg, Steffen:* Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter [Hrsg.], Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u.a. 2014, § 28.
- Badura, Peter:* Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 270.
- Baldus, Manfred:* Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen, JZ 2008, S. 218-227.
- ders.:* Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese. Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte, AöR 136 (2011), S. 529-552.
- Barrot, Johannes M.:* Der Kernbereich privater Lebensgestaltung. Zugleich ein Beitrag zum dogmatischen Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Baden-Baden 2012.

- Basten, Pascal:* Die Menschenwürde des Grundgesetzes auf dem Prüfstand. Rechtlich-ethische Entscheidungen für Fallkonstellationen der polizeilichen Praxis, Berlin 2016.
- Bayreuther, Frank:* Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetzes 2009, NJW 2009, S. 2006-2011.
- ders.:* Der Arbeitskampf des Marburger Bundes – Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2006, S. 642-646.
- Beckmann, Rainer:* Der Parlamentarische Rat und das „keimende Leben“, Der Staat 47 (2008), S. 551-572.
- Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Epping, Volker/Hillgruber, Christian [Hrsg.]: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Edition, München 2016, zitiert als: BeckOK-GG/Bearbeiter.
- Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Möstl, Markus/Schwabenbauer, Thomas [Hrsg.]: Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 5. Edition, München 2017, zitiert als: BeckOK-PolR Bayern/Bearbeiter.
- v. Bernstorff, Jochen:* Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Arndt, Felix u.a. [Hrsg.], Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009, S. 40-60.
- ders.:* Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47 (2008), S. 21-40.
- ders.:* Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz. Eine vergleichende Studie zur Einschränkung und verfassungsrechtlichen Inkorporation

- elementarer Freiheitsgarantien, unveröffentlichte Habilitationsschrift, Johann Wolfgang von Goethe-Universität Frankfurt am Main 2010.
- ders.:* Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, *Der Staat* 50 (2011), S. 165-190.
- ders.:* Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag, *JZ* 2013, S. 905-915.
- ders.:* Proportionality Without Balancing: Why Judicial Ad hoc Balancing is Unnecessary and Potentially Detrimental to the Realisation of Individual and Collective Self-determination, in: Lazarus, Liora/McCruden, Christopher/Bowles, Nigel [Hrsg.], *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford und Portland 2014, S. 63-86.
- Bilchitz, David:* Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach, in: Lazarus, Liora/McCruden, Christopher/Bowles, Nigel [Hrsg.], *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford und Portland 2014, S. 41-62.
- Bleckmann, Albert:* Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln u.a. 1997.
- Boecken, Winfried/
Düwell, Josef/Diller,
Martin/Hanau, Hans
[Hrsg.]:
*Böckenförde,
Ernst-Wolfgang:* Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, *NJW* 1976, S. 2089-2099.
- ders.:* Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), S. 165-192.

- ders.:* Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2003, S. 809-815.
- Böhmer, Werner:* Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, S. 2561-2574.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian [Hrsg.]: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 185. Aktualisierung 2017, Heidelberg 2017, zitiert als: BK-GG/Bearbeiter.
- Borowski, Martin:* Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., Baden-Baden 2007.
- Braasch, Matthias:* Untherapierbare Straftäter im Maßregelvollzug – Zur Unzulässigkeit der zeitlichen Begrenzung von Behandlungsmaßnahmen, FPPK 2007, S. 269-275.
- Brandner, Hans:* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ 1983, S. 689-696.
- Braun, Frank:* Der so genannte „Lauschangriff“ im präventivpolizeilichen Bereich – Die Neuregelung in Art. 13 IV-VI GG, NVwZ 2000, S. 375-382.
- Brenner, Michael:* Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts, Der Staat 32 (1993), S. 493-526.
- ders.:* Grundrechtsschranken und Verwirkung von Grundrechten, DÖV 1995, S. 60-66.
- Brinkmann, Karl [Hrsg.]: Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. ErgL., Bonn 1969, zitiert als: Brinkmann/Bearbeiter, Grundrechts-Kommentar.

- Brodowski, Dominik:* Grundfälle zu den Justizgrundrechten. Art. 104 GG – Freiheit der Person, Folterverbot, Benachrichtigungsgebot, JuS 2012, S. 980-984.
- Bumke, Christian:* Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998.
- Burdeau, Georges:* Traité de Science Politique, Tome III: Le statut du pouvoir dans l'état, Paris 1950.
- ders.:* Les libertés publiques, 2. Aufl., Paris 1961.
- Burkiczak, Christian:* Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts. Gebietet Art. 9 Abs. 3 GG die zwingende Wirkung von Tarifverträgen (§ 4 Abs. 1 und 3 TVG) und den Tarifvorrang (§ 77 Abs. 3 BetrVG)? Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Berlin 2006.
- Butzer, Hermann:* Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, S. 375-385.
- Chlosta, Joachim:* Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung. Unter besonderer Berücksichtigung der Mitbestimmungsproblematik, Berlin 1975.
- Christensen, Ralph/Lerch, Kent D.:* Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr, JZ 2007, S. 438-444.
- Clérico, Laura:* Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2001.
- Cornils, Matthias:* Art. 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel? Zur Frage „vorbeugenden“ Grundrechtsschutzes gegenüber der Mitwirkung der deutschen Vertreter an Rechtsetzungsakten des Rats der Europäischen Union, AöR 129 (2004), S. 336-377.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin [Hrsg.]:* Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektiven Bezügen, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, zitiert als: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/*Bearbeiter*, Arbeitsrecht.
- Däubler, Wolfgang/Bepler, Klaus:* Das neue Tarifeinheitsrecht. Hintergründe und Anwendungsprobleme, Baden-Baden 2016.

- Däubler, Wolfgang:* Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971.
- ders. [Hrsg.]:* Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz, Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, zitiert als: *Däubler/Bearbeiter*, TVG.
- ders.:* Gutachten zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Tarifeinheitsgesetz, erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE, Bremen 2015, <http://www.trend.infopartisan.net/trd0215/20150109-gutachten-tarifeinheit.pdf> oder <http://www.mdb-klaus-ernst.de/wp-content/uploads/2015/01/Gutachten-zur-Tarifeinheit-W-D%C3%A4ubler-DIE-LINKE.pdf>, zuletzt abgerufen am: 10.12.2017.
- Dammann, Ilmer:* Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte, Berlin 2011.
- v. Danwitz, Thomas:* Koalitionsfreiheit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013, § 116.
- Degenhart, Christoph:* Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, JuS 1990, S. 361-370.
- ders.:* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361-368.
- ders.:* Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 61.
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider Hans-Peter/Stein, Ekkehart [Hrsg.]:* Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl., Neuwied und Kriftel 2002, zitiert als: *AK-GG/Bearbeiter*.

- Deppenheuer, Otto:* Eigentum, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013, § 111.
- Detterbeck, Steffen:* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., München 2017.
- Deutscher Bundestag/
Bundesarchiv
[Hrsg.]: Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle; Band 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, bearbeitet von Peter Bucher; Band 5: Ausschuss für Grundsatzfragen, bearbeitet von Eberhart Pikart und Wolfram Werner; Band 7: Entwürfe zum Grundgesetz, bearbeitet von Michael Hollmann, Band 9: Plenum, bearbeitet von Wolfram Werner; Band 14: Hauptausschuß, bearbeitet von Michael F. Feldkamp., Boppard am Rhein 1975-2009.
- Dieterich, Thomas/
Hanau, Peter/
Schaub, Günter
[Begr.], Müller-
Glöge, Rudi/
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid
[Hrsg.]: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, zitiert als: *ErfK/Bearbeiter*.
- Di Fabio, Udo:* Das beamtenrechtliche Streikverbot. Das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie. Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Beamtenbundes, München 2012.
- ders.:* Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem. Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des *Marburger Bundes* Verband der angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte Deutschlands e.V., Bonn 2014, https://www.oetv-mb-erlangen.de/app/download/5796929421/Tarifeinheit_Gutachen+

- Di+Fabio_Tarifautonomie_final_07_2014.pdf,
zuletzt abgerufen am: 10.12.2017.
- Dittrich, Norbert:* Pressekonzentration und Grundgesetz. Ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Konzentrationsvorgänge im Bereich der Presse, München 1971.
- Dreier, Horst
[Hrsg.]: Grundgesetz, Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19; Band II: Art. 20-82, 3. Aufl., Tübingen 2013, zitiert als: Dreier/*Bearbeiter*, GG.
- ders.:* Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, Tübingen 2014.
- Drews, Claudia:* Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, Baden-Baden 2005.
- Dreyer, Michael:* Weimar als wehrhafte Demokratie – ein unterschätztes Vorbild, in: Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg.], Die Weimarer Verfassung. Wert und Wirkung für die Demokratie, Erfurt 2009, S. 161-189.
- Dribbusch, Heiner/
Birke, Peter:* Die DGB-Gewerkschaften seit der Krise. Entwicklungen, Herausforderungen, Strategien, Studie der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2014.
- Dürig, Günter:* Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des Grundgesetzes. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre, JZ 1952, S. 513-518.
- ders.:* Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW 109 (1953), S. 326-350.
- ders.:* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 117-157.
- Düwell, Franz Josef/
Schubert, Jens: Mindestlohngesetz, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, zitiert als: Düwell/Schubert/*Bearbeiter*, Mindestlohngesetz.
- Duttge, Gunnar:* Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit?, NJW 1997, S. 3353-3355.

- ders.:* Recht auf Datenschutz? Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche, *Der Staat* 36 (1997), S. 281-308.
- Ehlers, Dirk:* Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: *ders.* [Hrsg.], *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl., Berlin u. Boston 2014, § 14.
- Ehmann, Horst:* Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, *JuS* 1997, S. 193-203.
- Ehmke, Horst:* Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953.
- ders.:* Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVDStRL* 20 (1963), S. 53-98.
- Eisenberg, Ulrich:* Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber „Organisiertem Verbrechen“, *NJW* 1993, S. 1033-1039.
- Ely, John Hart:* Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendmend Analysis, *Harvard Law Review* 88 (1975), S. 1482-1508.
- Enders, Christoph:* Der Staat in Not – Terrorismusbekämpfung an den Grenzen des Rechtsstaats –, *DÖV* 2007, S. 1039-1046.
- Engels, Andreas:* Verfassung und Arbeitskampfrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfbjudikatur, Berlin 2008.
- ders.:* Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Lohnpolitik, *JZ* 2008, S. 490-498.
- Epping, Volker/
Hillgruber, Christian
[Hrsg.]: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Edition, München 2016, zitiert als: *BeckOK-GG/Bearbeiter*.
- Erfurter Kommentar,
Dieterich, Thomas/
Hanau, Peter/
Schaub, Günter
[Begr.], Müller-
Glöge, Rudi/
Preis, Ulrich/

- Schmidt, Ingrid
[Hrsg.]:
- Erichsen, Hans-
Uwe:* Zur Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, NJW 1976, S. 1721-1726.
- Eser, Albin:* Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung im Einzelfall. Rechtsvergleichende Beobachtungen und rechtspolitische Überlegungen zur spruchkörperinternen Geschäftsverteilung, in: ders. [Hrsg.], Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1994, S. 247-271.
- Ewer, Wolfgang:* Aushöhlung von Grundrechten der Berufs- und Spartengewerkschaften – das Tarifeinheitsgesetz, NJW 2015, S. 2230-2235.
- Farthmann,
Friedhelm/Coen,
Martin:* Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen [Hrsg.], Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1994, § 19.
- Fischer, Ulrich:* Die DGB-Gewerkschaften und das Tarifeinheitsgesetz. Wer anderen eine Grube gräbt, fällt (manchmal auch) selbst hinein, NZA 2015, S. 662-666.
- Fischinger, Philipp
S./Monsch,
Christine:* Tarifeinheitsgesetz und Arbeitskampf, NJW 2015, S. 2009-2012.
- Franzen, Martin:* Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, S. 193-205.
- ders.:* Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, S. 297-318.
- Frotscher, Werner/
Pieroth, Bodo:* Verfassungsgeschichte, 15. Aufl., München 2016.
- Gallwas, Hans-
Ullrich:* Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967.
- Gamillscheg, Franz:* Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989.
- Ganßer, Walter:* Abwehrbereit. Demokratie und Verfassungsschutz, München 1985.

- Geiß, Max-Emanuel:* Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts – Ein Plädoyer für die „Sphärentheorie“ –, JZ 1991, S. 112-117.
- Gellermann, Martin:* Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.
- Giese, Friedrich:* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1953.
- Giesen, Richard:* Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen, Tübingen 2002.
- ders.:* Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, S. 11-18.
- Glaeser, Walter*
Schmitt: Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: Depenheuer, Otto u.a. [Hrsg.], Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 507-523.
- Götz, Heinrich:* Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, NJW 2005, S. 953-957.
- Gooren, Paul:* Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 27.02.2014, 2 C 1/13, NJW 2014, S. 2218-2219.
- Grabitz, Eberhard:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568-616.
- ders.:* Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen 1976.
- ders.:* Freiheit der Person, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Aufl., Heidelberg 2001, § 130.
- Grawert, Rolf:* Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Historische Grundlagen, 3. Aufl., Heidelberg 2003, § 6.

- Greiner, Stefan:* Der Arbeitskampf der GDL – Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, NZA 2007, S. 1023-1028.
- ders.:* Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität, München 2010.
- ders.:* Das Tarifeinheitsgesetz – ein „Brandbeschleuniger“ für Tarifauseinandersetzungen?, RdA 2015, S. 36-43.
- ders.:* Das Tarifeinheitsgesetz. Dogmatik und Praxis der gesetzlichen Tarifeinheit, NZA 2015, S. 769-778.
- Grimm, Dieter:* Das Grundgesetz nach vierzig Jahren, NJW 1989, S. 1305-1312.
- ders.:* Mißglückt oder Glücklos? Die Weimarer Reichsverfassung im Widerstreit der Meinungen, in: Winkler, Heinrich August [Hrsg.], Weimar im Widerstreit. Deutungen der ersten deutschen Republik im geteilten Deutschland, München 2002, S. 151-161.
- Groß, Thomas:* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999.
- Grosskreutz, Peter:* Normwidersprüche im Verfassungsrecht, Köln u.a. 1966.
- Günther, Thomas/
Franz, Einiko B.:* Grundfälle zu Art. 9 GG, JuS 2006, S. 788-792.
- Gusy, Christoph:* Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, Tübingen 1991.
- ders.:* Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, S. 457-463.
- ders.:* Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1997.
- ders.:* Die Weimarer Verfassung und ihre Wirkung auf das Grundgesetz, in: Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg.], Die Weimarer Verfassung. Wert und Wirkung für die Demokratie, Erfurt 2009, S. 27-50.
- Guttenberg, Ulrich:* Die heimliche Überwachung von Wohnungen – Zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 9

- II, III BVerfSchG und verwandter Vorschriften, NJW 1993, S. 567-576.
- Häberle, Peter:* Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg 1983.
- ders.:* Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004, § 7.
- Hain, Karl-E.:* Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?, *Der Staat* 45 (2006), S. 189-214.
- Hamel, Walter:* Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlin 1957.
- Hantel, Peter:* Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 II 2, 104 GG, *JuS* 1990, S. 865-872.
- Hartleb, Torsten:* Der neue §14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, *NJW* 2005, S. 1397-1401.
- Heiß, Alexander:* Elternrechte contra Kinderrechte? Die Stellung von Eltern und Kind in der Judikatur des BVerfG, *NZ Fam* 2015, S. 491-493.
- ders.:* Elternrechte contra Kinderrechte. Paradigmenwechsel in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG?, *NZ Fam* 2015, S. 532-537.
- Hensel, Albert:* Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard [Hrsg.], *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band II, Tübingen 1932, S. 313-329.
- Henssler, Martin:* Tarifautonomie und Gesetzgebung, *ZfA* 1998, S. 1-40.

- Herbert, Georg:* Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985, S. 321-335.
- Herdegen, Matthias:* Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773-779.
- Hermes, Georg/
Reimer, Franz
[Hrsg.]: Landesrecht Hessen, Studienbuch, 8. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Hermes, Georg:* Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- ders.:* Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 63.
- Herschel, Wilhelm:* Kernbereichslehre und Kodifikationsprinzip in der Tarifautonomie, AuR 1981, S. 265-269.
- Herzog, Roman:* Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens, JR 1969, S. 441-445.
- Hesse, Konrad:* Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959.
- ders.:* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Hilf, Meinhard:* Die sprachliche Struktur der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 262.
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph:* Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015.
- Hillgruber, Christian:* Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,

- Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 200.
- v. Hippel, Eike:* Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965.
- Höfling, Wolfram/Augsberg, Steffen:* Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, S. 1080-1088.
- Höfling, Wolfram:* Grundrechtstatbestand – Grundrechtsschranken – Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, S. 169-172.
- Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus [Hrsg.]:* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: *Hömig/Wolff/Bearbeiter*, GG.
- Hönsch, Gerhard:* Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG und das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 GG, Hamburg 1962.
- Hofmann, Ekkehard:* Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, Tübingen 2007.
- Hofmann, Hans:* Fällt das Streikverbot im Beamtenverhältnis? Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven zwischen der Rechtsprechung des EGMR und der deutschen Gerichte, in: Waldhoff, Christian/Thüsing, Gregor [Hrsg.], Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, Baden-Baden 2014, S. 47-57.
- Hofmann, Jens:* Zur Absolutheit des Menschenwürdeschutzes im Wirken des Präsidenten des BVerfG Hans-Jürgen Papier, NVwZ 2010, S. 217-221.
- Hopfner, Wolf-Karl:* Grundgesetz und gesetzliche Tarifeinheit bei Tarifpluralität, Baden-Baden 2015.
- Horn, Hans-Detlef:* „Grundrechtsschutz in Deutschland“ – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1995, S. 89-96.
- Hornung, Gerrit:* Grundrechtsinnovationen, Tübingen 2015.

- Huber, Ernst Rudolf:* Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (II), DÖV 1956, S. 135-143.
- ders.:* Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band VI: Die Weimarer Reichsverfassung, Stuttgart u.a. 1981.
- Hufen, Friedhelm:* Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, S. 2913-2922.
- ders.:* Verfassungsrecht und Beamtenrecht: Streikverbot. Statusbezogenes Streikverbot mit Art. 11 EMRK unvereinbar, JuS 2014, S. 670-672.
- ders.:* Gesetzliche Tarifeinheit und Streiks im Bereich der öffentlichen Infrastruktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, S. 1237-1240.
- ders.:* Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., München 2016.
- Ipsen, Jörn:* Staatsrecht II Grundrechte, 20. Aufl., München 2017.
- Isensee, Josef:* Vom Stil der Verfassung. Eine typologische Studie zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes, Opladen/Wiesbaden 1999.
- ders.:* Tabu im freiheitlichen Staat. Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts, Paderborn u.a. 2003.
- ders.:* Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), S. 173-218.
- ders.:* Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 191.
- Jacob, Karin:* Grenzen des Arbeitskampfrechts im Staatsnotstand, Berlin 1985.
- Jacobs, Matthias:* Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999.

- Jäckel, Hartmut:* Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1967.
- Jäger, Christian:* Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten?, JA 2008, S. 678-684.
- Jansen, Nils:* Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 36 (1997), S. 27-54.
- Jarass, Hans D./
Pieroth, Bodo
[Hrsg.]: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl., München 2016, zitiert als: Jarass/Pieroth/*Bearbeiter*, GG.
- Jarass, Hans D.:* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857-962.
- ders.:* Tarifverträge und Verfassungsrecht. Grundlagenfragen, dargestellt am Beispiel des Streits um den Ladenschluß, NZA 1990, S. 505-510.
- ders.:* Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345-381.
- Jestaedt, Matthias:* Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer, Otto u.a. [Hrsg.], Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 253-275.
- Joecks, Wolfgang/
Miebach, Klaus
[Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 38-79b, 3. Aufl., München 2016, zitiert als: MüKo-StGB/*Bearbeiter*.
- Johannsen, Kurt H.
[Begr.], Henrich,
Dieter [Hrsg.]: Familienrecht – Scheidung, Unterhalt, Verfahren, Kommentar, 6. Aufl., München 2015, zitiert als: Johannsen/Henrich/*Bearbeiter*, Familienrecht.
- Kahl, Wolfgang/
Ohlendorf, Lutz:* Grundfälle zu Art. 2 I i.V. mit 1 I GG, JuS 2008, S. 682-687.
- Katz, Alfred:* Staatsrecht. Grundkurs im Öffentlichen Recht, 18. Aufl., Heidelberg 2010.
- Kaufmann, Arthur:* Über den „Wesensgehalt“ der Grund- und Menschenrechte, ARSP 70 (1984), S. 384-399.
- ders.:* Was heißt „Wesensgehalt“ der Grundrechte? Überlegungen zu Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, in:

- Schünemann, Bernd u.a. [Hrsg.], Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, Berlin 2002, S. 23-33.
- Kaufmann, Erich:* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 2-24.
- Kempen, Otto Ernst:* Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, S. 140-152.
- Kemper, Gerd Heinrich:* Pressefreiheit und Polizei, Berlin 1964.
- Kemper, Michael:* Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Einrichtungsgarantien, Heidelberg 1988.
- Kersten, Jens:* Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard [Hrsg.], Neues Arbeitskämpfrecht?, 7. ZAAR-Kongress, München 2010, S. 61-84.
- ders.:* Neues Arbeitskämpfrecht. Über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, Tübingen 2012.
- ders.:* Der Streik in der Daseinsvorsorge, in: Waldhoff, Christian/Thüsing, Gregor [Hrsg.], Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, Baden-Baden 2014, S. 15-46.
- Kett-Straub, Gabriele:* Die lebenslange Freiheitsstrafe. Legitimation, Praxis, Strafrestaussatzung und besondere Schwere der Schuld, Tübingen 2011.
- v. Kielmansegg, Sebastian:* Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, S. 118-124.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf:* Grundrechte Staatsrecht II, 33. Aufl., Heidelberg 2017.
- Kirchhof, Ferdinand:* Private Rechtsetzung, Berlin 1987.
- Kirchhof, Gregor:* Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732-736.

- Klatt, Matthias/Meister, Moritz:* Proportionality — a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy, I-CON 10 (2012), S. 687-708.
- Klein, Eckart:* Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633-1640.
- ders:* Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1: Europäische Grundrechte I, Heidelberg 2010, § 150.
- Klein, Hans:* Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht. Zur Auslegung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes, AöR 90 (1965), S. 129-182.
- Klein, Oliver:* Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, JuS 2006, S. 960-964.
- Klement, Jan Henrik:* Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 134 (2009), S. 35-82.
- Klöhn, Wolfhard:* Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess, Göttingen 1984.
- Kloepfer, Michael:* Einrichtungsgarantien, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, § 43.
- Kluth, Winfried:* Menschenwürde zwischen Naturrecht und Tabu, in: Depenheuer, Otto u.a. [Hrsg.], Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 535-548.
- Knüllig, Werner:* Bedeutung und Auslegung des Artikels 19 Abs. 1 und II des Grundgesetzes, Kiel 1954.
- Kokott, Juliane:* Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004, § 22.

- Konzen, Horst/Schliemann, Harald:* Der Regierungsentwurf des Tarifeinheitsgesetzes, RdA 2015, S. 1-16.
- Konzen, Horst:* Die Tarifautonomie zwischen Akzeptanz und Kritik, NZA 1995, S. 913-920.
- Koop, Stefan:* Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, Berlin 2009.
- Koreng, Ansgar:* Das Zensurverbot im Zeitalter der Digitalisierung, in: Goerlich, Helmut [Hrsg.], Rechtsfragen der Nutzung und Regulierung des Internet, Berlin 2010, S. 3-17.
- Krausnick, Daniel:* Grundfälle zu Art. 19 I und II GG, JuS 2007, S. 1088-1093.
- v. *Krauss, Rupprecht:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955.
- Krebs, Walter:* Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, Jura 2001, S. 228-234.
- Kreß, Hartmut:* Präimplantationsdiagnostik: Anschlussfragen für das Embryonenschutz- und Gendiagnostikgesetz und Auswirkungen auf das Stammzellgesetz, ZRP 2011, S. 68-69.
- Kriele, Martin:* § 218 StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1975, S. 73-79.
- Krings, Günter:* Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts, Berlin 2003.
- Krüger, Herbert:* Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 625-629.
- ders.:* Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, DVBl. 1953, S. 97-101.
- ders.:* Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 507-602.

- Kunig, Philip:* Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde, in: Gröschner, Rolf/Lembcke, Oliver W. [Hrsg.], Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 121-132.
- Küttner, Wolfdieter* Personalbuch 2017. Arbeitsrecht, [Begr.], Rölller, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 24. Jürgen [Hrsg.]: Auflage, München 2017, zitiert als: Küttner/*Bearbeiter*, Personalbuch 2017.
- Kutscha, Martin:* Der Lauschangriff im Polizeirecht der Länder, NJW 1994, S. 85-88.
- ders.:* Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem – In memoriam Hans Liskens, NVwZ 2004, S. 801-804.
- ders.:* Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe?, NJW 2005, S. 20-22.
- Ladeur, Karl-Heinz/Augsberg, Ino:* Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien, Tübingen 2008.
- de Lazzer, Dieter/Rohlf, Dietwald:* Der „Lauschangriff“. Ist nachrichtendienstliches Abhören der Privatwohnung zulässig?, JZ 1977, S. 207-213.
- Lehmann, Friedrich-Wilhelm:* Tarifeinheitsgesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 2). Interimslösungen für die Betriebspraxis bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, BB 2015, S. 2293→2303.
- Leisner, Walter:* Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- ders.:* Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, S. 617-626.
- ders.:* Eigentum, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 173.
- Leisner-Egensperger, Anna:* Wesensgehaltsgarantie, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch

- der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 70.
- Lenski, Sophie-Charlotte:* Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft, Berlin 2007.
- Lepsius, Oliver:* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999.
- Lerche, Peter:* Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln u.a. 1961.
- ders.:* Koalitionsfreiheit und Richterrecht, NJW 1987, S. 2465-2472.
- ders.:* Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg 2000, § 121.
- ders.:* Grundrechtsschranken, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg 2000, § 122.
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine:* Der „große Lauschangriff“ – Sicherheit statt Freiheit, ZRP 1998, S. 87-91.
- v. Lewinski, Kai:* Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz als Gesellen- und Meisterstück, JuS 2009, S. 505-511.
- Linsenmaier, Wolfgang:* Tarifpluralität, Tarifkonkurrenz, Tarifeinheit – Folgen für das Arbeitskampfrecht, RdA 2015, S. 369-388.
- Lisken, Hans [Begr.], Denninger, Erhard/* Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 5. Aufl., München

- Rachor, Frederik [Hrsg.]: 2012, zitiert als: Liskan/Denninger/*Bearbeiter*, Handbuch des Polizeirechts.
- Litschen, Kai*: Das BAG und der Arbeitskampf oder die Kunst, ein totes Pferd zu reiten, NZA-RR 2015, S. 57-64.
- Löffelmann, Markus*: Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, ZStW 118 (2006), S. 358-388.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker [Hrsg.]: Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2017, zitiert als: Löwisch/Rieble/*Bearbeiter*, TVG.
- Löwisch, Manfred*: Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, S. 905-911.
- ders.*: Rechtsschutz gegen das Mindestlohngesetz, NZA 2014, S. 948-951.
- ders.*: Tarifeinheit nur auf Antrag, NZA 2015, S. 1369-1371.
- ders.*: Tarifeinheit und die Auswirkungen auf das Streikrecht – Quo vadis deutsches Arbeitskampfrecht, wenn das Tarifeinheitsgesetz kommt? –, DB 2015, S. 1102-1103.
- Lücke, Jörg*: Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot übermäßiger Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl. 2001, S. 1469-1478.
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965.
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2002.
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich*: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1966.
- v. Mangoldt, Hermann/Klein*: Kommentar zum Grundgesetz, Band I: Präambel, Art. 1 bis 19, Band II: Art. 20-82, Band III: Art.

- Friedrich/Starck,
Christian [Hrsg.]: 83-146, 6. Aufl., München 2010, zitiert als:
v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter, GG.
- Manssen, Gerrit*: Staatsrecht II Grundrechte, 14. Aufl., München
2017.
- Martini, Mario*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel
der jüngeren Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, S. 839-845.
- Marx, Reinhard
[Hrsg.]: Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht,
Handbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2017, zitiert
als: *Marx/Bearbeiter*, Aufenthalts-, Asyl- und
Flüchtlingsrecht.
- Matz, Werner*: Entstehungsgeschichte der Artikel des
Grundgesetzes im Auftrage der
Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates
und des Bundesministers des Innern auf Grund
der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates,
Art. 1-37, 74-75, JöR NF 1 (1951), S. 1-346.
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter
[Begr.], Herzog,
Roman/
Rupert/ Herdegen,
Matthias/
Klein,
Hans H. [Hrsg.]: Grundgesetz, Kommentar, 80.
Ergänzungslieferung, München 2017, zitiert als:
Maunz/Dürig/Bearbeiter, GG.
- Mayer, Matthias*: Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie.
Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den
Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im
Grundrechtsbereich, Baden-Baden 2005.
- Meik, Andreas*: Der Kernbereich der Tarifautonomie. Dargestellt
am Funktionszusammenhang von Unternehmens-
, Betriebs- und Tarifautonomie, Berlin 1987.
- Meister, Moritz*: Das System des Freiheitsschutzes im
Grundgesetz, Berlin 2011.
- Merkel, Reinhard*: § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und
warum darf der Staat töten?, JZ 2007, S. 373-385.
- Merten, Detlef*: Grundrechtlicher Schutzbereich, in: ders./Papier,
Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte
in Deutschland und Europa, Band III:

- Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 56.
- ders.:* Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: *ders./Papier, Hans-Jürgen* [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 60.
- Merten, Jan O.:* Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde, JR 2003, S. 404-408.
- Michael, Lothar/
Morlok, Martin:* Grundrechte, 5. Aufl., Baden-Baden 2016.
- Middendorf, Max:* Zur Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes, Jura 2003, S. 232-236.
- Möller, Kai:* Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation, in: Lazarus, Liora/McCruden, Christopher/Bowles, Nigel [Hrsg.], Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement, Oxford und Portland 2014, S. 31-40.
- Morand, Charles-
Albert:* Le noyau intangible des droits constitutionnels, in: Meyer-Bisch, Patrice [Hrsg.], Le noyau intangible des droits de l'homme, Fribourg Suisse 1991, S. 53-61.
- Möstl, Markus/
Schwabebauer,
Thomas* [Hrsg.]: Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 5. Edition, München 2017, zitiert als: BeckOK-PolR Bayern/*Bearbeiter*.
- v. Münch, Ingo
[Begr.], Kunig,
Philip* [Hrsg.]: Grundgesetz Kommentar, Band I: Präambel bis Art. 69, Band II: Art. 70-146, 6. Auflage, München 2012, zitiert als: *v. Münch/Kunig/Bearbeiter*, GG.
- v. Münch, Ingo:* Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 1958, S. 73-76.
- Münchener
Kommentar zum
Strafgesetzbuch,
Joecks, Wolfgang/* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 38-79b, 3. Aufl., München 2016, zitiert als: MüKo-StGB/*Bearbeiter*.

- Miebach, Klaus
[Hrsg.]:
- Müller, Friedrich/
Christensen, Ralph: Juristische Methodik, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013.
- Müller, Friedrich: Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1968.
- ders.: Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969.
- ders.: Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979.
- Müller, Jörg Paul: Funktion der Garantie eines Kerngehalts der Grundrechte in der Verfassung, Recht 11 (1993), S. 33-37.
- Müller-Dietz, Heinz: Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung, JR 1987, S. 45-53.
- ders.: Unterbringung in Erziehungsanstalt und Verfassung, JR 1995, S. 353-361.
- Müller-Terpitz, Ralf: Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 147.
- Murswiek, Dietrich: Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978.
- ders.: Grundfälle zur Vereinigungsfreiheit – Art. 9 I, II GG, JuS 1992, S. 116-122.
- Mushoff, Tobias: Verwahrvollzug light? Zur Bewertung von Longstay-Einrichtungen als Ansatz zur Überwindung der Legitimationsprobleme der Sicherungsverwahrung, NK 2008, S. 67-71.
- Nawiasky, Hans: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 25-43.

- Nettesheim, Martin:* Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005), S. 71-113.
- Nierhaus, Michael:* Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? – Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG – AöR 116 (1991), S. 72-111.
- de Oliveira, Renata Camilo:* Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Berlin 2013.
- Ossenbühl, Fritz:* Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 801-812.
- ders.:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Jura 1997, S. 617-621.
- ders.:* Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004, § 15.
- ders.:* Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 100.
- Otto, Hansjörg:* Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006.
- Papier, Hans-Jürgen:* Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 64.
- Pawlowski, Hans-Martin:* Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- Peine, Franz-Joseph:* Der Grundrechtseingriff, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,

- Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 57.
- Petersen, Niels:* Auf dem Weg zur zweckrationalen Relativität des Menschenwürdeschutzes, KJ 2004, S. 316-326.
- ders.:* Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen 2015.
- Plicht, Sandra:* Schmerzzufügung als zulässiges Zwangsmittel?, NVwZ 2017, S. 862-864.
- Poscher, Ralf:* Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- ders.:* „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, JZ 2004, S. 756-762.
- ders.:* Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter, in: Beestermöller, Gerhard/Brunkhorst, Hauke [Hrsg.], Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?, München 2006, S. 75-100
- Pyta, Wolfram:* Welche Erwartungen weckte die Weimarer Verfassung und welche Erfahrungen vermittelte sie an die Gründerväter der Bundesrepublik Deutschland, in: Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg.], Die Weimarer Verfassung. Wert und Wirkung für die Demokratie, Erfurt 2009, S. 51-71.
- Raab, Thomas:* Betriebliche Bündnisse für Arbeit – Königsweg aus der Beschäftigungskrise?, ZfA 2004, S. 371-403.
- Raum, Bertram/
Palm, Franz:* Zur verfassungsrechtlichen Problematik des „Großen Lauschangriffs“, JZ 1994, S. 447-454.
- Reif, Eduard Josef:* Der Begriff der Verwirkung der Grundrechte in Art. 18 des Grundgesetzes (unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Mißbrauch der Grundrechte), München 1970.
- Reimer, Franz:* Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016.

- Reissmüller, Johann Georg:* Das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 des Grundgesetzes, JZ 1960, S. 529-533.
- Richardi, Reinhard:* Systemwidrigkeit des Tarifeinheitsgesetzes als Quelle der Rechtsunsicherheit, NZA 2015, S. 915-917.
- Rieble, Volker:* Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, S. 1-65.
- ders.:* Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, S. 200-212.
- ders.:* Verfassungsfragen der Tarifeinheit, München 2010.
- Röhl, Klaus Friedrich:* Über die lebenslange Freiheitsstrafe, Berlin 1969.
- Roellecke, Gerd:* Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969.
- Rohlf, Dietwalt:* Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG, Berlin 1980.
- Rothballer, Thomas:* Zulässigkeit des Beamtenstreiks?, NZA 2016, S. 1119-1123.
- Rudroff, Natalie:* Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und dessen verwaltungsrechtliche Auswirkungen, Freiburg im Breisgau 1995.
- Rüthers, Bernd:* Meinungsfreiheit und Ehrenschutz bei Kollektivurteilen – Zur Zulässigkeit von Pauschalbeleidigungen, NJW 2016, S. 3337-3341.
- Rusteberg, Benjamin:* Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009.
- ders.:* Die Verhinderungsblokade, NJW 2011, S. 2999-3003.
- Sachs, Michael:* Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte, in: Stern, Klaus [Hrsg.], Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Halbband, § 79.

- ders.:* Die Gesetzesvorbehalte, in: Stern, Klaus [Hrsg.], Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Halbband, München 1994, § 80.
- ders.:* Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen, in: Stern, Klaus [Hrsg.], Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Halbband, München 1994, § 81.
- ders.:* Die Freiheit der Versammlung und Vereinigung, in: Stern, Klaus [Hrsg.], Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 1. Halbband, München 2006, § 107.
- ders. [Hrsg.]:* Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2014, zitiert als: *Sachs/Bearbeiter*, GG.
- Sagel-Grande, Irene:* Modernisierung des Sanktionensystems und der Sanktionsanwendung in den Niederlanden, MschrKrim 88 (2005), S. 427-443.
- Saladin, Peter:* Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Vischer, Frank u.a. [Hrsg.], Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, Basel und Stuttgart 1976, S. 175-213.
- Sasse, Christoph:* Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen. Ein Beitrag zur Interpretation der Art. 105 und 106 des Grundgesetzes und zur Frage der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantien, AöR 85 (1960), S. 423-457.
- Schaks, Nils:* Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 27.02.2014, 2 C 1/13, NVwZ 2014, S. 736-744.
- ders.:* Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, S. 407-410.
- ders.:* Das Verbot der Belastungskumulation als Bestandteil der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, DÖV 2015, S. 817-827.
- Schaub, Günter [Begr.]:* Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 17. Aufl., München 2017, zitiert als: *Schaub/Bearbeiter*, ArbR-HdB.

- Schauer, Frederick:* Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, Oxford 1991.
- Schelter, Kurt:* Verbrechensbekämpfung mit elektronischen Mitteln – ein Tabu?, ZRP 1994, S. 52-57.
- Schenke, Wolf-Rüdiger:* Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2016.
- Scherzberg, Arno:* Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin 1989.
- Schliemann, Harald:* Fragen zum Tarifeinheitsgesetz, NZA 2014, S. 1250-1252.
- ders.:* Zur Inbezugnahme des Minderheitstarifvertrags, NZA 2015, S. 1298-1303.
- Schlink, Bernhard:* Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Schmidbauer, Wilhelm/Steiner, Udo [Hrsg.]:* Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2014, zitiert als: Schmidbauer/Steiner/*Bearbeiter*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz.
- Schmidt, Walter:* Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), S. 497-525.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard:* Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26.
- Schmidt-Jortzig, Edzard:* Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur, Göttingen 1979.
- ders.:* Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung und Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: Depenheuer, Otto u.a. [Hrsg.], Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 491-506.

- ders.:* Meinungs- und Informationsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 162.
- Schmitt, Carl:* Verfassungslehre, Berlin 1928.
- ders.:* Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931.
- ders.:* Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard [Hrsg.], Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, S. 572-606.
- ders.:* Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders. [Hrsg.], Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 140-173.
- Schneider, Hans:* Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Historische Grundlagen, 3. Aufl., Heidelberg 2003, § 5.
- Schneider, Ludwig:* Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1983.
- Schoch, Friedrich:* Das neue Asylrecht gemäß Art. 16a GG, DVBl. 1993, S. 1161-1170.
- Scholz, Rupert/
Lingemann, Stefan/
Ruttloff, Marc:* Tarifeinheit und Verfassung. Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände, NZA-Beilage 2015, S. 3-47.
- Scholz, Rupert/
Konrad, Karlheinz:* Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts –, AöR 123 (1998), S. 60-121.
- Scholz, Rupert/
Konzen, Horst:* Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, Berlin 1980.
- Scholz, Rupert:* Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971.

- ders.:* Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), S. 80-130.
- ders.:* Koalitionsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 175.
- Schubert, Claudia:* Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), S. 92-117.
- Schulz, Sönke Ernst:* Änderungsfeste Grundrechte. Die grundrechtsrelevante Ausstrahlungswirkung des Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. der Menschenwürdegarantie, dem Menschenrechtsbekenntnis und den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, Frankfurt am Main 2008.
- Schwabe, Jürgen:* Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
- ders.:* Die polizeiliche Datenerhebung in oder aus Wohnungen mit Hilfe technischer Mittel, JZ 1993, S. 867-874.
- Schwarze, Roland:* Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212 –, JuS 1994, S. 653-659.
- Seifert, Fedor:* Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1999, S. 1889-1897.
- Seiter, Hugo:* Streikrecht und Aussperrungsrecht. Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte, Tübingen 1975.
- Seiwerth, Stephan:* Stärkung der Tarifautonomie – Anregungen aus Europa?, EuZA 2014, S. 450-467.
- Siedhoff, Eckhardt:* Probleme im Spannungsfeld zwischen Elternrecht und Kindeswohl im Rahmen des § 1632 Abs. IV BGB, NJW 1994, S. 616-622.

- Siegel, Thorsten:* Grundlagen und Grenzen polizeilicher Videüberwachung. Bestimmtheit durch Verhältnismäßigkeit?, NVwZ 2012, S. 738-742.
- Sieyès, Joseph Emmanuel:* Qu'est-ce que le Tiers état?, Troisième Edition, Flugschrift ohne Ortsangabe, 1789.
- Smend, Rudolf:* Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44-74.
- ders.:* Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928.
- Sodan, Helge [Hrsg.]:* Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2015, zitiert als: Sodann/*Bearbeiter*, GG.
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan:* Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 2016.
- Söllner, Alfred:* Grenzen des Tarifvertrages, NZA 1996, S. 897-906.
- Starck, Christian:* Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin, JZ 2002, S. 1065-1072.
- ders.:* Maximen der Verfassungslegung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 271.
- Stein, Ekkehart/Frank, Götz:* Staatsrecht, 21. Aufl., Tübingen 2010.
- Stelzer, Manfred:* Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wien/New York 1991.
- Stern, Klaus/Becker, Florian [Hrsg.]:* Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., Köln 2016, zitiert als: Stern/Becker/*Bearbeiter*, Grundrechte-Kommentar.
- Stern, Klaus:* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I (2. Aufl.), München 1984, Band III, 1. Halbband, München 1988; Band III, 2. Halbband, München 1994, Band IV, 1. Halbband, München 2006, zitiert als: *Stern*, Staatsrecht.
- ders.:* Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura, Peter/Scholz,

- Rupert [Hrsg.], Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 165-175.
- ders.:* Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 185.
- Stier-Solmo, Fritz:* Die Reform des Reichsrats und die Problematik der rechtlichen Stellung des Reichspräsidenten, AöR 59 (1931), S. 7-67.
- Stolleis, Michael:* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München 1999.
- Streinz, Rudolf:* Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1989.
- ders.:* Bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle über die deutsche Mitwirkung am Entscheidungsprozeß im Rat der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1990.
- Sullivan, Kathleen M.:* The Justices of Rules and Standards, Harvard Law Review 106 (1992), S. 22-123.
- Teifke, Nils:* Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen, Tübingen 2011.
- Thoma, Richard:* Grundbegriffe und Grundsätze, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard [Hrsg.], Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, S. 108-159.

- Thüsing, Gregor/von Medem, Andreas:* Tarifeinheit und Koalitionspluralismus: Zur Zulässigkeit konkurrierender Tarifverträge, ZIP 2007, S. 510-517.
- Tiedemann, Paul:* Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2009, S. 606-615.
- Traub, Michael:* Die Verwertbarkeit von Selbstgesprächen im Strafverfahren, Berlin 2015.
- Triepel, Heinrich:* Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 39 (1920), S. 456-546.
- Twardy, Christian:* Minderheitenrechte im Tarifeinheitsgesetz, RdA 2016, S. 357-361
- Vielmeier, Stephan:* Tarifeinheit und Rechte der Konkurrenzgewerkschaft, NZA 2015, S. 1294-1297.
- Vogelgesang, Klaus:* Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987.
- Volkmann, Uwe:* Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Britz, Gabriele/ders. [Hrsg.], Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 1-33.
- ders.:* Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, S. 261-271.
- Voßkuhle, Andreas:* Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), S. 35-60.
- Waas, Bernd:* Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, Baden-Baden 1999.
- Waechter, Kay:* Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, Die Verwaltung 29 (1996), S. 47-72.
- Waltermann, Raimund:* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, NZA 2014, S. 874-879.
- Webber, Grégoire C. N.:* The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, Cambridge u.a. 2009.
- Widmaier, Ulrich/Alber, Siegbert:* Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 2012, S. 387-416.

- Wiederin, Ewald:* Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland. Versuch einer dogmatischen Zwischenbilanz zu Art. 146 GG n. F., AöR 117 (1992), S. 410-448.
- Willemsen, Heinz
Josef/Sagan, Adam:* Mindestlohn und Grundgesetz. Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, S. 1216-1222.
- Wintrich, Josef M.:* Zur Problematik der Grundrechte (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG), Köln/Opladen 1957.
- Wittreck, Fabian:* Menschenwürde und Folterverbot. Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, DÖV 2003, S. 873-882.
- ders.:* Freiheit der Person, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 151.
- Witzig, Andreas:* Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Lösung von Tarifkonkurrenzen, Kiel 1992.
- Wolff, Martin:* Reichsverfassung und Eigentum, in: Berliner Juristische Fakultät [Hrsg.], Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Tübingen 1923, 4. Beitrag.
- Würtenberger,
Thomas/Sydow,
Gernot:* Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, NVwZ 2001, S. 1201-1208.
- Yowell, Paul:* Proportionality in United States Constitutional Law, in: Lazarus, Liora/McCruden, Christopher/Bowles, Nigel [Hrsg.], Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement, Oxford und Portland 2014, S. 87-114.
- Zachert, Ulrich:* Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb – Eine Restgröße? (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 23. 2. 1979), AuR 1979, S. 359-366.
- ders.:* „Jenseits des Tarifvertrags“? Sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen, NZA 2006, S. 10-14.

- Zechlin, Lothar:* Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit durch Subventionsauflagen, NJW 1985, S. 582-592.
- Zeising, Patrick/
Weigert, Daniel-
René:* Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohngesetzes, NZA 2015, S. 15-22.
- Ziekow, Jan:* Vereinigungsfreiheit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, § 107.
- Zypries, Brigitte:* Weimar – die unterschätzte Verfassung, in: Friedrich-Ebert-Stiftung [Hrsg.], Die Weimarer Verfassung. Wert und Wirkung für die Demokratie, Erfurt 2009, S. 17-26.

