

# 1. Aufsätze

## Der Wesensgehalt der Grundrechte

I. Einleitung .....	321
II. Verfassungsgeschichtliche Grundlagen .....	321
III. Dogmatische Positionen .....	322
1. Begriff des Wesensgehalts .....	323
2. Schutzgut des Art. 19 Abs. 2 GG .....	324
3. Inhalt der Gewährleistung .....	324
IV. Der Wesensgehalt der Grundrechte aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts .....	326
1. Verständnis der Wesensgehaltsgarantie .....	326
2. Konkretisierungen des Wesensgehalts .....	326
3. Funktionale Äquivalente des Art. 19 Abs. 2 GG .....	328
V. Grundlinien einer verfassungsgemäßen Bestimmung des je konkreten Wesensgehalts .....	331
1. Der sachliche Gehalt des Grundrechts als Ausgangspunkt .....	331
2. Allgemeine Maßstäbe zur Konkretisierung des Verhältnisses von Freiheitsverbürgung und Freiheitsbegrenzung .....	332
3. Standort der Wesensgehaltsgarantie .....	333
4. Der Wesensgehalt in der Zeit .....	334
5. Wesensgehalt und Grundrechtsverständnis .....	334
VI. Thesen .....	335

Maßgabe der sie begrenzenden Gesetze gewährleistet und demgemäß auf die Funktion von Gesetzesvorbehalten beschränkt.<sup>5</sup> Rechtliche Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber äußerten sie nicht. Eines solchen Schutzes bedurfte es auch nicht, da nach dem Modell der Trennung von Staat und Gesellschaft<sup>6</sup> Verfassung und Gesetz der Sache nach einsfliessen und die bürgerlichen Freiheitsrechte im dualistischen System von Regierungsgewalt und Parlament durch dessen Mitwirkung an der Gesetzgebung gesichert waren. Von hier aus mußte dieser Sichtweise, welche die Funktion des Gesetzes im Schutz des Bürgers vor Eingriffen der Regierungsgewalt in Freiheit und Eigentum erblickte, eine Prüfung des Gesetzes am Maßstab der Grundrechte fremd bleiben.

Das überkommene Verständnis der Grundrechte als Ausprägung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beherrschte noch weithin die Staatsrechtslehre unter der Weimarer Reichsverfassung.<sup>7</sup> Der vorherrschenden Lehre erschienen Grundrechte, die mit einem (einfachen) Gesetzes-

### I. EINLEITUNG

Die Frage nach dem Wesensgehalt der Grundrechte ist den Verfassungsinterpreten aufgegeben.<sup>1</sup> Das Grundgesetz setzt in Art. 19 Abs. 2 voraus, daß Grundrechten ein Wesensgehalt innewohne, bestimmt ihn aber nicht. Damit läßt es das Thema von Inhalt und Grenzen der Grundrechte in einem offenbar wesentlichen Ausschnitt frei. Im Blick auf den bündigen Wortlaut der Norm<sup>2</sup> scheint eine eindeutige Stellungnahme unabweisbar, der Weg einer „offenen Auslegung“<sup>3</sup> kaum gangbar zu sein: Muß nicht der Verlauf der Grenze, an welcher die grundrechtsbeschränkende öffentliche Gewalt „hinzutun“ hat, ein für allemal feststehen? Sind nicht die Grenzsteine in bald vierzig Jahren durch Theorie und Praxis längst gesetzt? Liegt hier der Schlüssel für das Verständnis des Wesens der Grundrechte und ihres „Gehalts“?

Die Antworten aus Rechtsprechung und Schrifttum sind indes, wie nähere Betrachtung zeigt, unterschiedlich, und entsprechend kontrovers sind die Erträge. Dieser Beitrag unternimmt nach einem Rückblick (II) zunächst eine Darstellung von Gründen, Voraussetzungen und Folgen der verschiedenen Standpunkte zur Auslegung des Art. 19 Abs. 2 GG (III). Er sucht sodann den ausgesprochenen und unausgesprochenen Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zum Problem nachzugehen (IV). Auf dieser Basis können Grundlinien einer verfassungsgemäßen Bestimmung des Wesensgehalts der Grundrechte gezogen werden (V).

### II. VERFASSUNGSGESCHICHTLICHE GRUNDLAGEN

Aufgabe und Tragweite der Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes entfalten sich vor dem Hintergrund des gewandelten Verständnisses von der Funktion des Gesetzes im Grundrechtsbereich.

Der „formelle“ Rechtsstaat des deutschen Spätkonstitutionalismus bewirkte individuellen Freiheitsschutz in erster Linie durch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes.<sup>4</sup> Die Grundrechte waren nach

\* Der 5. Beitrag im Rahmen der EuGRZ-Aufsatzserie zum Allgemeinen Teil der Grundrechtsdogmatik. Im Anschluß an EuGRZ 1985, 277.

<sup>1</sup> Zu Bedeutung und Aufgabe der Verfassungsinterpretation s. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 1984, Rdnr. 49 ff.

<sup>2</sup> „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“

<sup>3</sup> Peter Häberle, Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem „zeit-gerechten“ Verfassungsverständnis, ZfP 21 (1974), S. 111–137 (122).

<sup>4</sup> Rainer Wahl, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, Der Staat 18 (1979), S. 321–348 (339); Frank Rottmann, Die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, EuGRZ 1985, S. 277–297.

<sup>5</sup> Gerhard Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat. Vom 31. Januar 1850, Bd. 1, 1912, S. 98: „Die Grundrechte enthalten eine kasuistisch gefaßte Darlegung des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung“; s. auch a.a.O., S. 133 ff.; ders., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 511; Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, unv. Nachdruck 1963, S. 103: „Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“. Ebenso noch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. 1, S. 70 m. Anm. 12; Ernst Rudolf Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, AÖR 62 (1933), S. 1–98 (94): „Liberale Grundrechte sind nur formelles Verfassungsrecht, materiell aber Verwaltungsrecht (mit gesteigerter Gelungskraft)“; Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 221–236 (224 m. Anm. 9 und 10). – S. näher R. Wahl (Fußn. 4), S. 329 f.

<sup>6</sup> Dazu Horst Ehmke, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Konrad Hesse u. a. (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, 1962, S. 23–49; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: Alteuropa und die moderne Gesellschaft. Festschrift für Otto Brunner, 1963, S. 248–277 (beide Beiträge wiederaufgedruckt in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976, S. 241–274 und S. 131–171); aus sozialwissenschaftlicher Sicht eingehend Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974.

<sup>7</sup> S. aber auch die weiterführenden Ansätze vor allem von Heinrich Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung →

vorbehalt versehen waren, nicht „verfassungskräftig“, sondern „lediglich gesetzkräftig“ und daher „leerlaufend“, weil sie dem Zugriff des Gesetzgebers unbeschränkt ausgesetzt seien.<sup>8</sup> Der darin erkannten Bedrohung der bürgerlichen Freiheitsrechte durch den demokratischen Gesetzgeber wurde als „Schutzwall“ die Lehre von den „Institutsgarantien“<sup>9</sup> entgegengesetzt, welche bestimmte Grundrechte als Rechteinrichtungen<sup>10</sup> auffaßte mit der Folge, daß das Institut im „Minimum dessen, was sein Wesen ausmacht“,<sup>11</sup> verfassungskräftig gesichert war. Der Gedanke einer durchgehenden Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte zum Schutz des Einzelnen fand indes keine allgemeine Anerkennung. Demgemäß gab es kein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle für Reichsgesetze und wurde eine gerichtliche Inzidentkontrolle der Gesetze am Maßstab der Verfassung von der alten positivistischen Schule als unangemessene Beschränkung des demokratischen Gesetzgebers durchweg abgelehnt, bis sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1925 zum Aufwertungsgesetz das materielle Prüfungsrecht gleichsam aneignete.<sup>12</sup> Und vor allem fehlte es – abgesehen vom Rechtsschutz gegen Akte der Verwaltung – an einem Weg, auf welchem der Einzelne die Wahrung seiner Grundrechte hätte durchsetzen können.

Erst das Grundgesetz verlieh dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung uneingeschränkt Geltung. Die Grundrechte binden auch den Gesetzgeber als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Das zulässige Ausmaß einer Freiheitsbegrenzung durch Gesetz ist durch unterschiedlich abgestufte Gesetzesvorbehalte festgelegt. In jedem Fall endet die Befugnis des Parlaments zur Einschränkung eines Grundrechts an dessen *Wesensgehalt* (Art. 19 Abs. 2 GG). Diese neuartige Sicherung<sup>13</sup> erklärt sich zum einen als Reaktion auf die Mißachtung der Menschen- und Bürgerrechte unter nationalsozialistischer Herrschaft.<sup>14</sup> Sie ist zum anderen in Anknüpfung an Strömungen der Weimarer Staatsrechtslehre<sup>15</sup> eine eindeutige Stellungnahme zugunsten materialer Begrenzung des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich. Mit der Bindung nicht nur an das Recht als solches, sondern auch an bestimmte Inhalte des Rechts ist aus dem „formellen“ der „materielle“ Rechtsstaat geworden.<sup>16</sup> Er erhält seine notwendige Ergänzung<sup>17</sup> durch die verfassungsgerichtliche Kontrolle einer Einhaltung der grundrechtlichen Grenzen der Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers.

Es ist nicht zu übersehen, daß die dargestellte Konzeption des Grundgesetzes auf ein Stück Mißtrauen gegenüber dem (einfachen) Gesetzgeber zurückgeht.<sup>18</sup> Indes kann der Schutz der Grundrechte unter dem Grundgesetz in der Tat nicht *allein* dem Gesetzgeber obliegen. Seine Bindung an die Grundrechte ist die notwendige Folge einer Selbstbindung des souveränen Volkes durch Gewährleistung individueller Grundrechte,<sup>19</sup> deren Achtung wirksam nicht im Wege der Selbstkontrolle des Gesetzgebers, sondern durch besondere Organe der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 GG) außerhalb des Zentrums der politischen Macht sicherzustellen ist.<sup>20</sup> Von hier aus stellt sich die Frage allein nach der *Reichweite* der Bindung.<sup>21</sup> Ihr gilt, beschränkt auf das durch Art. 19 Abs. 2 GG abgebildete Teilstück, die folgende Erörterung.

### III. DOGMATISCHE POSITIONEN

Gemäß seiner systematischen Stellung wird Art. 19 Abs. 2 GG allgemein dahin verstanden, daß er solche Grundrechte betrifft, die mit einem Gesetzes- oder Reglungsvorbehalt versehen sind.<sup>22</sup> Die *Wesensgehaltsgarantie* bezeichnet mithin die Grenze, die zum Schutz vor einer „Aushöhlung“ der Grundrechte dem Gesetzgeber<sup>23</sup> – sowie der aufgrund gesetzlicher Ermächtigung handelnden Exekutive und der die Rechtmäßigkeit dieses Handelns beurteilenden Judikative – gezogen ist. In der Auslegung der Bestim-

fassung, AÖR 39 (1920), S. 456–546 (536 ff.); *ders.*, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924, S. 26 ff.; *Gerhard Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925; *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz i. S. des Art. 109 WRV, VVDStRL 3 (1927), S. 2–24; *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44–73.

<sup>8</sup> So v. a. *Richard Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt, in: *Heinrich Triepel* (Hrsg.), Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 183–223 (191 ff.); *ders.*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: *Hans Carl Nipperdey* (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 1–53 (13); *ders.* (Fußn. 5), S. 221 Anm. 2; *Karl Loewenstein*, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, 1926, S. 257 m. Anm. 3; *G. Anschütz*, Die Verfassung ... (Fußn. 5), S. 517 ff. – Kritisch zu dieser Sichtweise bereits *Albert Hensel*, Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: *G. Anschütz/R. Thoma* (Fußn. 5), S. 313 (316 m. Anm. 2 m.w.N.): „Eine Ergänzung dieser – nur die formalen Rangordnungsunterschiede treffsicher erfassenden – Vorbehaltstheorie aus dem den Grundrechten innenwohnenden Wertgedanken heraus fehlt bisher. Sie müßte etwa dahingehend formuliert werden, daß der Gesetzgeber, wenn er von dem Vorbehalt Gebrauch macht, den Wert der grundrechtlichen Entscheidung unangetastet lassen muß; die Ausnahme hat die Regel zu bestätigen, hat sich dem in ihr beschlossenen Werte gegenüber selbst als werhaft, ja als höherwertig zu rechtfertigen. Die werhafte Einheit, welche die Verfassung darstellt, zum mindesten darstellen soll, darf auch durch Ausübung des Vorbehaltstrechts nicht gesprengt werden.“

<sup>9</sup> *Martin Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, S. IV 1–30; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 170 ff.; *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, S. 140–173; *ders.*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: *G. Anschütz/R. Thoma* (Fußn. 5), S. 572–606 (596 f. m.w.N.).

<sup>10</sup> Eigentum, Erbrecht, Ehe, Elternrecht, „Vertragsfreiheit“.

<sup>11</sup> *R. Thoma*, Die juristische Bedeutung ... (Fußn. 8), S. 33.

<sup>12</sup> RGZ 111, S. 320; vgl. hierzu auch *Konrad Hesse*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AÖR 109 (1984), S. 174–198 (179 f.).

<sup>13</sup> *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Art. 19 Anm. II 2, III; zur Entstehungsgeschichte s. auch *Erhard Denninger*, in: *Rudolf Wassermann* (Hrsg.), Grundgesetz, Alternativ-Kommentar, 1984, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 1.

<sup>14</sup> *Hermann v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Vorbem. zu den Grundrechten, S. 37; Art. 19 Anm. 1.

<sup>15</sup> S. oben Fußn. 7.

<sup>16</sup> *Konrad Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: *ders. u. a.* (Fußn. 6), S. 71–95 (77) (wiederabgedruckt in: *Ernst Forsthoff* (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 557–588, sowie in: *Mehdi Tohidipur* (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978, S. 290–314); *Hanns-Rudolf Lipphardt*, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ 1985 (demnächst).

<sup>17</sup> Zu diesem Zusammenhang s. *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99–143 (103 f.).

<sup>18</sup> *Peter Häberle* wendet sich zugespitzt, aber in der Tendenz zutreffend dagegen, „im Gesetzgeber ausschließlich den potentiellen Feind der Grundrechte“ zu sehen (Die *Wesensgehaltsgarantie* des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962, S. 211; unv. 2., um ein Vorwort sowie die Thesen des Verf. zu seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 1971 ergänzte Aufl. 1972; 3., um eine „Fortschreibung 1982“ (S. 255–431) stark erweiterte Aufl. 1983).

<sup>19</sup> *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485–516 (490 f.).

<sup>20</sup> Der gewaltenteilende Aspekt wird hervorgehoben bei *Konrad Hesse*, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77 (1951/52), S. 167–224 (223 f.).

<sup>21</sup> Nicht nachzugehen ist hier der weiteren Frage nach dem Umfang ihrer Kontrolle. Dazu allgemein *Konrad Hesse*, Funktionale Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Recht als Prozeß und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 261–272; *Hans-Peter Schneider*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103–2111.

<sup>22</sup> *K. Hesse* (Fußn. 1), Rdnr. 329; *Ekkehart Stein*, Staatsrecht, 9.

mung wurden die dogmatischen Positionen bereits frühzeitig bezogen.<sup>24</sup> Ihnen ist – unter dem Gesichtspunkt der Bindung des Gesetzgebers – hier nur insoweit nachzugehen, als sie den Begriff des Wesensgehalts im allgemeinen (1), das Schutzgut (2) und den Inhalt der Gewährleistung (3) betreffen.

1. Die zum Begriff des Wesensgehalts vertretenen Auffassungen lassen sich typisierend auf zwei Grundmuster zurückführen.

a) Eine sogenannte „absolute Theorie“ versteht den Wesensgehalt der Grundrechte als vorbehaltlos geschützten „substantiellen Wesenskern“,<sup>25</sup> der unabhängig von der konkreten Situation „absolut feststeht“ und jeder Disposition des Gesetzgebers entzogen ist. Art. 19 Abs. 2 GG gewährt hier nach ein „Mindestmaß von unbedingter Freiheit für die Abweichung von der Linie“ und verwehrt eine gesetzliche Beschränkung, die weniger als die „vollständige Substanz“ des Grundrechts übrig lässt.<sup>26</sup> Diese Grenze soll nicht rein quantitativ, sondern vom „Stoff“ des Grundrechts her danach bestimmt werden, ob sich der Zweck, um dessentwillen die Freiheit eingeräumt ist, noch erreichen lässt.<sup>27</sup> Sie sei überschritten, wenn dem Einzelnen alle Wege zu einer Verwirklichung des durch das Grundrecht geschützten Interesses versperrt seien.<sup>28</sup> Die im Grunde ontologische Sicht sucht den Wesensgehalt als *substanzhaften Bestandteil* des Grundrechts zu begreifen – was im Ansatz verfehlt wirkt.

b) Demgegenüber geht eine sogenannte „relative Theorie“ davon aus, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts keine feststehende Größe, sondern jeweils im Blick auf den mit der gesetzlichen Beschränkung verfolgten Zweck zu ermitteln ist. Sie lässt sich vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit leiten und versteht – gewissermaßen negativ – als Wesensgehalt den Rest, der sich aufgrund einer Zweck-Mittel-Prüfung nicht einschränken lässt.<sup>29</sup> Danach erscheint der Wesensgehalt eines Grundrechts je nach Intensität und Zweck des gesetzlichen Eingriffs bald weiter, bald enger.<sup>30</sup> Die Ermittlung seiner konkreten Reichweite ist weithin<sup>31</sup> das Ergebnis einer Güterabwägung.<sup>32</sup> Verbietet nach dieser Auffassung Art. 19 Abs. 2 GG unverhältnismäßige Begrenzungen, so kommt für die Reichweite des konkret zu ermittelnden grundrechtlichen Bestandsschutzes dem Verständnis des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit maßgebliche Bedeutung zu. Die Wesensgehaltsgarantie hat lediglich *deklaratorische Funktion*.

c) Beide Lehren nehmen für sich im Anspruch, größtmöglichen Grundrechtsschutz zu bewirken. Während nach der einen Meinung dieses Ziel durch einen absoluten Schutz eines „Kernbereichs“ zu erreichen ist, soll nach der anderen Ansicht das unter Gesetzesvorbehalt stehende Grundrecht auch diesseits dieser Grenze vor einer Preisgabe an die beliebige Disposition des Gesetzgebers bewahrt bleiben. Über den Wesensgehalt eines Grundrechts sagt indes keine der *verallgemeinernden* Auffassungen etwas aus. Eine allgemeine Gelung beanspruchende Abschichtung des eingriffesten „Kerns“ der Grundrechte von einer weniger widerstandskräftigen „Schale“ wurde bislang nicht unternommen und kann abstrakt auch schwerlich gelingen.<sup>33</sup> Die Güterabwägung kann wegen ihres Charakters als Formalprinzip zu der Frage nach dem Inhalt ohnehin nichts beitragen. Der von der „Schranke“ des Art. 19 Abs. 2 GG her formulierte „negative“ Begriff des Wesensgehalts bleibt infolgedessen eigentlich inhaltss leer.

In der Sache sind die beiden Standpunkte einander freilich näher, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Die absolute Lehre kommt nicht umhin, den über die Zeit hinweg zu wahren „Kernbereich“ so vage und flexibel zu beschreiben, daß die im Konfliktfall zu treffende konkrete Entscheidung, ob die Grenze eingehalten ist, offen bleibt.<sup>34</sup> Die relative Lehre steht nicht an, einer „Relativierung“ des Grundrechtsschutzes durch Betonung des Übermaßverbots und

→ Aufl. 1984, S. 258; *Sigurd Hendrichs*, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 19 Rdnr. 21; *E. Denninger* (Fußn. 13), Rdnr. 2; *Theodor Maunz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Stand: Sept. 1983, Art. 19 Abs. II Rdnr. 1, 20 ff. (s. aber auch Rdnr. 24); *Theodor Maunz/Reinhold Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 25. Aufl. 1983, S. 153; weitere Nachw., auch zu abw. Ansichten, bei *Ludwig Schneider*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, 1983, S. 32 ff., 56 ff., 69 ff. – Demgegenüber beschränkt die Rechtsprechung den Anwendungsbereich auf (echte) Gesetzesvorbehalte, s. BVerfGE 13, S. 97 (122) – Befähigungsnachweis; 31, S. 58 (69) – Spanier; anders aber wieder BVerfGE 61, S. 82 (113) = EuGRZ 1982, 321 (325) – Gemeinde Sasbach.

<sup>23</sup> Zur Frage einer Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an Art. 19 Abs. 2 GG s. *E. Denninger* (Fußn. 13), Rdnr. 3.

<sup>24</sup> S. die Darstellungen bei *H. v. Mangoldt/F. Klein* (Fußn. 13), Art. 19 Anm. V 4; *Walter Hamel*, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 39 ff.; *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 34–39 und S. 236–244; *P. Häberle* (Fußn. 18), S. 1–3; *Hartmut Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG, 1967, S. 20–43; *Joachim Chłosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, 1975, S. 39–78; *Eberhard Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 103–112; *Herbert Krüger*, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: *Herbert Krüger/Jürgen Seifert*, Die Einschränkung der Grundrechte, 1976, S. 35–60 (37 ff.); *Albert Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 265–267; *Th. Maunz* (Fußn. 22), Art. 19 Abs. II Rdnr. 3 ff.; *L. Schneider* (Fußn. 22), S. 155–197.

<sup>25</sup> *H. v. Mangoldt/F. Klein* (Fußn. 13), Art. 19 Anm. V 4 unter Anknüpfung an Äußerungen des Abgeordneten *Hermann v. Mangoldt* im Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates (s. Jörn. F. 1 (1951), S. 177); *S. Hendrichs* (Fußn. 22), Art. 19 Rdnr. 25; prinzipiell zustimmend auch *L. Schneider* (Fußn. 22), s. etwa S. 189, 193 f., 205 ff., 231–259, allerdings unter Ausklammerung der als „reine“ Abwehrrechte verstandenen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2, 10, 13, 16 GG (zu deren Unterscheidung von der Gewährleistung des „Kernbereichs“ der Persönlichkeitsentfaltung durch Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG sowie von den – sozialbezogenen – „aktiven Freiheitsrechten“ der Art. 5 Abs. 1, 8, 9, 11, 12, 14 GG s. ebd., S. 214 f., 229 f.).

<sup>26</sup> *Herbert Krüger*, Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 597–602 (599) im Anschluß an OVG Münster DÖV 1954, S. 629 (633): „Die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird, (beurteilt sich) nicht nach dem Zweck und Grund für die Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrigbleibt“; ebenso BVerwGE 1, S. 269 (272 f.); *L. Schneider* (Fußn. 22), S. 235, 241 f., 245, 257 und passim; absoluter Schutz des „Kernbereichs“ menschlicher Persönlichkeitsentfaltung (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) sowie des personalen „Kerngehalts“ der vorbehaltlos verbürgten Grundrechte aus Art. 4, 5 Abs. 3, 6 GG.

<sup>27</sup> *H. Krüger* (Fußn. 26), S. 601.

<sup>28</sup> *E. Stein* (Fußn. 22), S. 261; ähnlich *E. Denninger* (Fußn. 13), Rdnr. 6; *H. Krüger* (Fußn. 26), S. 45; *J. Chłosta* (Fußn. 24), S. 43; ebenso *L. Schneider* (Fußn. 22) für die „aktiven Freiheitsrechte“: Handlungsalternativen als (absolute) Mindestgarantie (bes. S. 248, 252 f., 256).

<sup>29</sup> Treffend *Walter Schmidt*, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AÖR 106 (1981), S. 497–525 (515).

<sup>30</sup> S. die klassische Formulierung BGHSt 4, S. 375 (377): „Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesengemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrechte gleichwohl grundsätzlich und in weitestmöglichem Umfange Raum zu lassen“; i. Erg. ebenso *L. Schneider* (Fußn. 22) für die „reinen“ Abwehrrechte: Verbot übermäßiger staatlicher Eingriffe (s. S. 261 ff.).

<sup>31</sup> Differenzierter *K. Hesse* (Fußn. 1), Rdnr. 332, 318, der die Grenze durch „verhältnismäßige Zuordnung“ von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern nach dem Prinzip praktischer Konkordanz (a.a.O., Rdnr. 72) bestimmt; ähnlich wohl →

einer vom Gebot der Effektivität des Grundrechts geleiteten Auslegung zu begegnen. Die Antwort auf die Frage, ob und in welchem Umfang sich das Grundrecht gegenüber gesetzlicher Begrenzung durchzusetzen vermag, *was also „übrig bleibt“*, können beide Lehren nicht ein für allemal geben. Der Befund offenbart vor allem, daß sich der Wesensgehalt der Grundrechte durch eine abstrakte und generelle Formel nicht bestimmen läßt.

2. Vermeintlichen Widersprüchen der absoluten Auffassung ebenso wie einer Relativierung des Wesensgehalts sucht eine Lehre zu entgehen, die das *Schutzbau* des Art. 19 Abs. 2 GG nicht in der Bedeutung des Grundrechts für den Einzelnen, sondern in der Grundrechtsnorm als objektiver Rechtseinrichtung erblickt.<sup>35</sup> Der Wesensgehalt ist danach erst dann angetastet, wenn das Grundrecht als solches *generell* beseitigt oder wesentlich verkürzt wird, d. h., wenn die Beschränkung von der Grundrechtsnorm „so gut wie nichts“ übrig läßt. Die Ansicht wird (in einem wohl klassischen Zirkelschlus) damit begründet, es sei „unvermeidlich“, daß in einer Vielzahl von Fällen – als Beispiele werden Strafvollzug und Wehrdienst genannt – die individuelle Rechtsposition in ihrem Wesensgehalt angetastet werde; um die für den Schutz der „Grundrechtsordnung“ entscheidende Funktion der Wesensgehaltsgarantie zu wahren und ihrer „Abnutzung“ zu wehren, sei deshalb ihr Verständnis als objektive Bestands- und Institutsgarantie geboten.<sup>36</sup>

Diese „institutionelle“ Auslegung der Wesensgehaltsgarantie, welche die unter der Weimarer Reichsverfassung entwickelte Lehre Carl Schmitts von den „Institutsgarantien“<sup>37</sup> unter dem Grundgesetz fortführt, kann den von ihr eingenommenen „absoluten“ Anspruch bruchlos einlösen, ohne im konkreten Fall zur Verfassungswidrigkeit einer restlosen Grundrechtsbeschränkung gelangen zu müssen. Grundsätzlichen Einwänden unterliegt diese Lehre indes deshalb, weil sie nicht nur zu einem weitgehenden Leerlauf des Art. 19 Abs. 2 GG führt, sondern auch – und vor allem – die Schutzrichtung der Grundrechte umbiegt. Diese sind nach ihrer geschichtlichen Entwicklung als Menschen- und Bürgerrechte<sup>38</sup> in erster Linie subjektive Rechte des *Einzelnen*. Den Wesensgehalt zu verselbständigen und auf die objektive Norm zu reduzieren, heißt den ursprünglichen und bleibenden Sinn der Grundrechte gerade dort zu verkehren, wo es um dieses ihr *Wesen* geht. Zugleich gerät von dem institutionellen Ansatz her die Frage nach der Wahrung des Wesensgehalts eines Grundrechts unter derhand zu der quantitativen Frage danach, ob die Zahl derjenigen, die das Grundrecht noch in Anspruch nehmen können, hinreichend groß ist, um ein „Leerauflauf“ der Norm zu verneinen.<sup>39</sup>

3. Eine Aussage zum *Inhalt der Gewährleistung* machen die verallgemeinernden Lehren zu Art. 19 Abs. 2 GG durchweg nicht. Die „absolute“ Auffassung kommt entweder über Leerformeln nicht hinaus oder beschränkt sich auf das Gebot der Wahrung eines abstrakten „Restgehalts“, ohne einen Maßstab für dessen Bestimmung zu geben. Entsprechendes gilt für die „institutionelle“ Auslegung, soweit diese über die Selbstverständlichkeit hinausgreift, daß der (einfache) Gesetzgeber die Grundrechtsnorm nicht beseitigen darf. Die „relative“ Meinung verweist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder der Güterabwägung auf formale Prinzipien, welche den Begriff des Wesensgehalts mit Inhalt zu erfüllen gleichfalls nicht imstande sind. Inhaltliche Konturen gewinnt die Wesensgehaltsgarantie hingegen in den Positionen von Günter Dürig und Peter Häberle.

a) Dürig<sup>40</sup> sieht in Art. 19 Abs. 2 GG „die positivrechtliche Abschirmung des Menschenrechtsgehalts der einzelnen Grundrechte gegenüber den an sich jeweils zulässigen Einschränkungsmöglichkeiten“. Diesen Gehalt bezieht jedes Grundrecht aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), die getroffen sei, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Grö-

ße herabgewürdigt wird“. Dabei wird Art. 1 Abs. 1 GG verstanden als der „wertaufüllende Maßstab“, der die Legitimität von Staat und Recht aus den Werten personaler Ethik bestimmt und beschränkt. Durch die Verklammerung der Wesensgehaltsgarantie mit dem „Rechtswert“ Menschenwürde wird auch der Begriff des Wesensgehalts „welterfüllt“, wobei der so bestimmte Wertgehalt überdies vorgegeben ist. Von hier aus überrascht es nicht, daß Dürig etwa den Gebrauch des Lügendetektors auch mit Einwilligung des Beschuldigten als Eingriff in den Wesensgehalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit begreift und zum Wesensgehalt eine notfalls durch Pönalisierung zu verwirklichende staatliche Schutzwicht rechnet, welche die Zeugung eines Retortenbabys zu verhindern habe. – Mit der durch Art. 1 GG geprägten Sicht ist der Wesensgehalt der Grundrechte freilich noch nicht erschöpfend umrisen, sondern lediglich der menschenrechtliche Minimalgehalt abstrakt formuliert. Der darüber hinausgehende zusätzliche Gehalt des Art. 19 Abs. 2 GG ergibt sich nach Dürig aus den „historisch-politisch-soziologischen Anschauungen der Rechtsgemeinschaft über das Wesen bestimmter Einrichtungen und Normenkomplexe“.

b) Mit einem von der Position Dürigs grundlegend abweichenden Ansatz hat Häberle einen bemerkenswerten Versuch unternommen,

→ *thür Kaufmann*, Über den „Wesensgehalt“ der Grund- und Menschenrechte, ARSP 70 (1984), S. 384–399 (393 ff.).

<sup>32</sup> BGH DÖV 1955, S. 729 (730): „Die Grundrechte sind nach Art. 1 Abs. 3 GG grundsätzlich undurchbrechbar. ( . . ) Eben hierin besteht ihr rechtliches Wesen. Allerdings gibt es Lagen, in denen sie aus übergeordneten Gründen, nämlich dann, wenn sie in Konflikt mit klar übergeordneten Rechtswerten zu kommen drohen, bis zu einem gewissen Grade eingeschränkt werden müssen und nach der Auffassung des GG auch eingeschränkt werden dürfen. (Daraus folgt), daß eine Einschränkung dann erfolgen darf, wenn das nach Lage der Dinge ganz zwingend notwendig ist, und auch dann nur in einem möglichst geringen Umfange“; bes. ausgeprägt auch *Eike von Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 50, 56: „In keinem Falle darf ein grundsätzlich geschütztes Freiheitsinteresse stärker beeinträchtigt werden, als dies zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter erforderlich ist“; ebenso *W. Hamel* (Fußn. 24), S. 40; der Sache nach auch *P. Häberle* (Fußn. 18), S. 51 ff., 58 ff. – Auf eine unbegrenzte Abwägung lief die frühere Gemeinschaftsklausur-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinaus, die sich zwar verbal zu einer absoluten Auffassung bekannte (BVerwGE 1, S. 269 (272 f.)), zugleich aber betonte, es gehöre zum „Inbegriff der Grundrechte ( . . . ), daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden“ (BVerwGE 2, S. 89 (93 f.); 4, S. 167 (171 f.); s. dagegen aber BVerwGE 7, S. 377 (411) – Apotheken).

<sup>33</sup> Ablehnend auch *A. Kaufmann* (Fußn. 31), S. 391; Ansätze in dieser Richtung auf der Grundlage eines „raumhaften“ Verständnisses der Grundrechte aber bei *L. Schneider* (Fußn. 22), S. 205 ff., freilich nach den jeweiligen Normbereichen differenzierend (s. S. 223 ff., 229 ff.).

<sup>34</sup> Kritisch auch *Tb. Maunz* (Fußn. 22), Art. 19 Abs. II Rdnr. 8. – Die Gemeinsamkeiten beider Auffassungen im Ergebnis werden hergehoben von *Erhard Denninger*, Zum Begriff des „Wesensgehalts“ in der Rechtsprechung (Art. 19 Abs. II GG), DÖV 1960, S. 812–814; *Walter Hamel*, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958, S. 37–44 (38 f.).

<sup>35</sup> *Ernst Rudolf Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (II), DÖV 1956, S. 135–143 (142); *H. v. Mangoldt/F. Klein* (Fußn. 13), Art. 19 Anm. V 2; *H. Jäckel* (Fußn. 24), S. 112; ähnlich *Hans-Uwe Erichsen*, Zur Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, NJW 1976, S. 1721–1726 (1724); *S. Hendrichs* (Fußn. 22), Art. 19 Rdnr. 24; ebenso von einem betont objektiv-funktionalen Ansatz aus *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 59 ff., 120 ff.

<sup>36</sup> *H. Jäckel* (Fußn. 24), S. 111.

<sup>37</sup> S. oben II bei Fußn. 9.

<sup>38</sup> S. dazu *Bodo Pieroth*, Geschichte der Grundrechte, Jura 1984, S. 568–578 (570 ff.) m.w.N.

<sup>39</sup> So *H.-U. Erichsen* (Fußn. 35), S. 172 ff.; dagegen *E. Denninger* (Fußn. 13), Rdnr. 5 unter Betonung der Bedeutung der Grundrechte für den Minderheitenschutz; *A. Kaufmann* (Fußn. 31), S. 388.

<sup>40</sup> *Günter Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR 81 (1956), S. 117–157.

den Begriff des Wesensgehalts mit Leben zu erfüllen<sup>41</sup>. Wesentlich für Häberles Sichtweise ist das Verständnis grundrechtlicher Freiheit. Sie wird nicht als „natürliche“, vorstaatliche Freiheit jenseits des Rechts gesehen, sondern als rechtlich verfaßte, deshalb von vornherein begrenzte und auf das Recht angewiesene Freiheit, die dadurch auf die soziale Wirklichkeit bezogen ist. Demgemäß erscheinen die Grundrechte als „verfassungsrechtliche Gewährleistung freiheitlich ausgestalteter Lebensbereiche“. Als solche bedürfen sie zu ihrer Verwirklichung der Schaffung von Normen, die folglich nicht als von außen herangetragene „Schranken“, sondern als Inhaltsbestimmungen aufgefaßt werden. Das gilt nicht nur für die „Ausgestaltung“ solcher Grundrechte, die – wie etwa der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), das Eigentum (Art. 14 GG) – erst durch gesetzlich geregelte Organisation und geordnetes Verfahren praktische Wirksamkeit gewinnen können. Auch der Gesetzgeber, der die Grundrechte begrenzt, bestimmt sie damit inhaltlich. Da die soziale Bindung Teil des Wesens der rechtlich verfaßten Freiheit ist, normiert der begrenzende Gesetzgeber lediglich die Grenzen, die von vornherein bestehen. Durch Begrenzung und Ausgestaltung schafft er die Voraussetzungen dafür, daß die einzelnen Grundrechtsberechtigten in der Lage sind, vom Wesen ihrer Freiheit Gebrauch zu machen. Aus dieser Sicht werden die Grundrechte erst durch das Gesetz mit ihrem jeweiligen Wesensgehalt „ausgestattet“. Die Begrenzung und Ausgestaltung ist freilich keine beliebige. Sie hat dem „Leitbild“, das die Verfassung jedem Grundrecht vorgegeben hat, gerecht zu werden, findet ihr Maß im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und darf den sozialen Geltungsanspruch der Grundrechte nicht in Frage stellen. Hält sich der Gesetzgeber innerhalb dieses – durch Güterabwägung zu ermittelnden – Rahmens, so gewinnt der Wesensgehalt der Grundrechte durch die geschaffenen Normenkomplexe positive Gestalt.

c) Beiden Positionen, die als repräsentativ gelten mögen für Versuche, die Wesensgehaltsgarantie materiell anzureichern, lassen sich wesentliche Elemente für die nähere Bestimmung des Wesensgehalts der Grundrechte entnehmen. Das in den grob umrisstenen Auffassungen zutage tretende Verständnis beruht jedoch zugleich auf Voraussetzungen, deren Folgen für die hier erörterte Fragestellung zu bemerken sind.

Indem Dürig die Wesensgehaltsgarantie mit Art. 1 Abs. 1 GG, verstanden als Verbot der Herabwürdigung des Einzelnen zum Objekt staatlichen Handelns, verknüpft, macht er die Bedeutung der Grundrechte als Sicherungen wesentlich *personaler* Freiheit des Einzelnen sichtbar. Freilich erfaßt der unbedingt und absolut geschützte Bereich vom gewählten Ansatz her nur den menschenrechtlichen „Minimalgehalt“ der Grundrechte. Da dieser bereits durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet ist, ist nicht recht erkennbar, welche Funktion Art. 19 Abs. 2 GG noch daneben erfüllen soll. Auch vermag die Anwendung dieser Lehre nur eine begrenzte Zahl von Verletzungen des Wesensgehalts, bei denen es sich zudem in aller Regel um evidente Fälle handeln dürfte, aufzuweisen.<sup>42</sup>

Der entscheidende Einwand richtet sich indes gegen die mit der Auffassung Dürigs einhergehende *Auffüllung* des Wesensgehalts der Grundrechte mit „Werten“. Soweit diese durch die speziellen Grundrechte oder durch andere Bestimmungen der Verfassung eine normative Ausprägung erfahren haben, können nicht diesen unterlegte Werte – die sich nahezu beliebig behaupten lassen –, sondern allein die jeweiligen Verfassungsnormen für die Bestimmung des Wesensgehalts eines Grundrechts maßgeblich sein. Soweit „Werte“, etwa im Blick auf weltanschauliche Neutralität,<sup>43</sup> durch die Verfassung nicht geschützt sind, dürfen sie für die verfassungsrechtliche Frage nach dem Wesensgehalt eines Grundrechts keine Geltung beanspruchen; daran kann auch die – überdies in verstärktem Maße anfechtbare<sup>44</sup> – Berufung auf ein verfassungsrechtliches „Wertesystem“<sup>45</sup> nicht vorbeiführen. Werden dennoch verfassungsmäßig nicht fundierte ethische Werte über Art. 1 Abs. 1 GG in den Wesensgehalt der Grundrechte eingeschleust, so gerät die personale Freiheit des Andersdenkenden in Gefahr und wird der menschenrechtliche Ansatz verfehlt.<sup>46</sup>

Demgegenüber trifft Häberle nicht die Kritik, nach seiner Lehre werde der Wesensgehalt der Grundrechte durch vor- oder außerrechtliche Werte aufgeladen. Wenn er von „Werten“ oder „Wertesystem“ spricht, meint er in der Verfassung und in der übrigen Rechtsordnung *positiviert* Rechtsgüter, die sich in der Verfassung „zusammenschließen“ und „allein von der Verfassungsebene aus“ zu bestimmen sind. Sein Maßstab für die Beurteilung von „Werten“ ist mithin im Ansatz ein rechtlicher. Die ganzheitliche Auslegung, mit deren Hilfe nach Häberle der Geltungsgehalt des Grundrechts in seinem Verhältnis zu einfachgesetzlich normierten Rechtswerten zu deuten ist, läßt sich als Ergebnis der Einsicht begreifen, daß Grundrechte als *rechtlich* verfaßte Gewährleistungen von vornherein begrenzt sind und zur Ermittlung ihrer Reichweite der Konkretisierung<sup>47</sup> bedürfen, die nicht zureichend ohne den Blick auf den sachlichen und normativen Zusammenhang zu leisten ist, in den das Grundrecht zu stellen ist. Von hier aus erklärt sich ein Verständnis, welches im Gesetzesvorbehalt nicht eine von außen an das Grundrecht herangetragene Schranke, sondern die nähere Ausgestaltung des sachlichen Gehalts des Grundrechts und die Bestimmung seiner wesensmäßigen Grenzen erkennt.

Die Sichtweise begegnet indes *Bedenken* insofern, als die normative Bindung des Gesetzgebers (Art. 1 Abs. 3 GG) verloren zu gehen droht, wenn Grundrechte nur „nach Maßgabe verfassungsmäßiger Gesetze gelten“, wenn „der Gesetzesbegriff selbst zum Garanten der Unverletzlichkeit der Grundrechte“ wird und wenn die sie begrenzende Gesetzgebung „sich selbst legitimiert“. Maßstab und Grenze verschwimmen, Rahmen und Funktion des Gesetzes im Grundrechtsbe-

<sup>41</sup> P. Häberle (Fußn. 18); s. dazu jetzt aber auch die vielfältigen Differenzierungen, Fortentwicklungen und Klarstellungen ebd., S. 322 ff. („Fortschreibung 1982“), denen hier nicht weiter nachgegangen werden kann.

<sup>42</sup> E. Grabitz (Fußn. 24), S. 110.

<sup>43</sup> BVerfGE 39, S. 1, 68 (94) = EuGRZ 1975, 126 (149, 157) – Fristenregelung (abw. Meinung).

<sup>44</sup> Zur Kritik s. eingehend Helmut Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, bes. S. 135 ff. S. auch Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion u. a. (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, S. 35–62, und hierzu Alexander Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, AÖR 85 (1960), S. 241–270 (beide Beiträge wiederaufgedruckt in: Manfred Friedrich (Hrsg.), Verfassung, 1978, S. 117–152 und S. 153–190, sowie in: Ralf Dreier/Friedrich Schwemann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 51–79 und S. 80–109).

<sup>45</sup> G. Dürig (Fußn. 40), S. 122; s. auch ders., in: Th. Maunz/G. Dürig (Fußn. 22), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 5 ff.

<sup>46</sup> Das wird etwa erkennbar in dem Beispiel G. Dürigs (Fußn. 40), S. 130, die künstliche Insemination sei als „naturwidriger“ Vorgang – der das Kind zum „Retortenkind“, den Vater zu einer „vertretbaren Größe“ und die Mutter durch die Erwartung degradiere, daß sie den Gatten als „austauschbar“ hinnehme – notfalls vom Staat unter Strafe zu stellen. Diese Wertung ist für den Fall eines staatlich *erzwungenen* Verhaltens im Ergebnis sicher zu billigen; insoweit findet sie ihren *verfassungsrechtlichen* Grund ohne weiteres in Art. 2 Abs. 2 oder Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Handelt es sich dagegen um einen *freien* Entschluß der Beteiligten, der auf wohlerwogenen Gründen beruhen mag, so wird die Freiheit ihrer personalen Selbstbestimmung in einem höchst privaten Bereich durch die geforderte Strafvorschrift tief getroffen. – Gegen eine Inhaltsbestimmung des Art. 1 Abs. 1 GG, soweit sie aus der jeweiligen subjektiven weltanschaulichen oder ideologischen Position entnommen wird, spricht sich aus Ernst Benda, Die Menschenwürde, in: Ernst Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 107–128 (113); vgl. auch ders., Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik, 1985, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament 3/85, S. 18–36. Vor einer „Überstrapazierung“ des Art. 1 Abs. 1 GG warnt L. Schneider (Fußn. 22), S. 192 f.

<sup>47</sup> Zu diesem Begriff s. Friedrich Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl. 1976, S. 131 ff.; K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 61 ff.

reich verschmelzen und die Bedeutung des Wesensgehalts im Sinne eines der beliebigen Disposition des Gesetzgebers entzogenen Bereichs tritt zurück, wenn der an die Grundrechte gebundene Gesetzgeber deren Inhalt selbst bestimmt, sie mit ihrem jeweiligen Wesensgehalt „ausstatter“ und auf diese Weise diffuse „Normenkomplexe“ schafft, in denen gesetzliche Freiheitsbegrenzungen als verfassungsimmanent erscheinen müssen. Freilich leugnet Häberle die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte keineswegs. Der Umfang, in dem sich das Grundrecht gegenüber anderen Rechtsgütern durchzusetzen vermag, ist durch Abwägung zu ermitteln, die danach fragt, ob die Rechtsgüter dem Grundrecht gleich- oder höherwertig sind. Die Güterabwägung ist jedoch nur formales Prinzip, nicht inhaltlicher Maßstab. Sie läuft Gefahr, den *Rangunterschied* zwischen Verfassungsrecht und Unter- verfassungsrecht einzuebnen, und schließt die Möglichkeit nicht aus, daß ein Grundrecht um vorgeblich „höherwertiger“ Gemeinschaftsgüter willen verkürzt und die Verfassung damit überspielt wird. Mangels präzisen verfassungsrechtlichen Maßstabs<sup>48</sup> geht diese Weise, den Wesensgehalt der Grundrechte mit inhaltlichen Konturen auszustatten, bald zu Lasten seiner Sicherung.

#### IV. DER WESENSGEHALT DER GRUNDRECHTE AUS DER SICHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts ist keiner der angeführten dogmatischen Positionen zur Wesensgehaltsgarantie ausdrücklich gefolgt. Elemente dieser Lehren finden sich jedoch in der Rechtsprechung in wechselnder Gemengelage. Trotz vielfacher Stellungnahmen zum Begriff des Wesensgehalts hat Art. 19 Abs. 2 GG keine selbständige Bedeutung erlangt. Die dieser Norm zugedachte Funktion einer Sicherung der Grundrechte gegen unzulässige Verkürzung durch den Gesetzgeber wird vielmehr auf andere Weise wahrgenommen. Aus den einschlägigen Entscheidungen wird nur in Umrissen sichtbar, was das Bundesverfassungsgericht unter dem unantastbaren Wesensgehalt der Grundrechte versteht.

1. Das Bundesverfassungsgericht bekennt sich zu einem *Verständnis des Art. 19 Abs. 2 GG*, das dem Gesetzgeber eine „absolute Grenze“<sup>49</sup> setzt. Es erteilt den Auffassungen, die bestimmt<sup>50</sup> oder geeignet<sup>51</sup> sind, den Wesensgehalt der Grundrechte zu „relativieren“, eine deutliche Absage: „Der Wesensgehalt eines Grundrechts darf nach dem klaren Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG ‚in keinem Falle‘ angetastet werden; die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff ausnahmsweise trotzdem zulässig sei, ist gegenstandslos.“<sup>52</sup> Einen „Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich“ können selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit nicht rechtfertigen; „eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.“<sup>53</sup> Gleichfalls verworfen wird der institutionelle Ansatz, indem der Wesensgehalt auch dann als angetastet erachtet wird, wenn das Grundrecht zwar materiellrechtlich bestehen bleibt, aber im konkreten Fall eine wirkungsvolle Eingriffsabwehr nicht gewährleistet ist.<sup>53a</sup> Worin der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts liegt, „muß für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden.“<sup>54</sup> Als maßgeblich erachtet das Gericht „das zu regelnde Lebensverhältnis, die tatsächlich getroffene Regelung und die gesellschaftlichen Anschauungen hierüber sowie das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung ( . . . ), die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt“.<sup>55</sup>

Leitlinie für die inhaltliche Bestimmung des Wesensgehalts ist dem Gericht ein „Menschenbild des Grundgesetzes“, welches sich „insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und

20 GG“ ergibt: Es „ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“.<sup>56</sup> Unter diesem Blickwinkel erscheint als letzte Grenze, vor welcher der Gesetzgeber hältzumachen hat, die Wahrung der *Eigenständigkeit der Person*. Die Pflicht zur uneingeschränkten Anerkennung des Einzelnen als selbstverantwortlicher Persönlichkeit<sup>57</sup> schließt es aus, seine Freiheit durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes sowohl in einer Weise als auch in einem Maße zu beschränken, daß der Mensch „zum bloßen Objekt im Staat“ gemacht wird.<sup>58</sup> Die Menschenwürde gebietet darüber hinaus, daß dem Einzelnen „eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert“ werden muß.<sup>59</sup> Daraus folgt für das Verständnis der Gewährleistung des Wesensgehalts, daß diese den Bürger nicht allein negativ gegen Angriffe abschirmt, sondern – in einem näher zu bestimmenden Umfang – auch positives Handeln des Gesetzgebers verlangt. Endlich fordert das so gesehene Menschenbild, durch entsprechende Gestaltung der staatlichen Gemeinschaft insgesamt ein freiheitliches Lebensklima zu sichern.<sup>60</sup> Hieraus erhellt der Zusammenhang zwischen dem Wesensgehaltsschutz für das subjektive Grundrecht des Einzelnen und der Funktion dieser Gewährleistung „für das soziale Leben im Ganzen“.<sup>61</sup> Zwar geht es primär um die Wahrung der Freiheit und Gleichheit des einzelnen Bürgers,<sup>62</sup> doch erfüllt sich diese erst in einem freiheitlichen Gemeinwesen, und zwischen subjektiver Verbürgung und objektiver Funktion besteht eine enge Wechselbezogenheit.<sup>63</sup>

2. Mit diesen allgemeinen Wendungen sind Richtpunkte für die Ermittlung des Wesensgehalts gesetzt. Die Leistungsfähigkeit des Ansatzes kann sich erst in den *Konkretisierungen* erweisen.

a) Es ist bemerkenswert, daß gerade der Wesensgehalt des Grundrechts auf *freie Entfaltung der Persönlichkeit* (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>64</sup> noch die deutlichsten Umrisse erhalten hat. Er

<sup>48</sup> Einen solchen liefern auch die grundrechtlichen „Leitbilder“ (a.a.O., S. 182) nicht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt bei P. Häberle erst nach vollendeter Güterabwägung ein und wird überdies im Sinne der „Stufentheorie“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, S. 377 (404 ff.)) so flexibel gehandhabt, daß er maßstabsbildende Kraft nur in begrenztem Umfang entfaltet (s. P. Häberle, S. 67 ff.).

<sup>49</sup> BVerfGE 16, S. 194 (201) – Liquorentnahme.

<sup>50</sup> BVerwGE 2, S. 85 (87); 4, S. 167 (171 f.).

<sup>51</sup> BGHSt 4, S. 375 (377); BGH DÖV 1955, S. 729 (730).

<sup>52</sup> BVerfGE 7, S. 377 (411).

<sup>53</sup> BVerfGE 34, S. 238 (245) – heimliche Tonbandaufnahme; weniger deutlich aber BVerfGE 44, S. 353 (373) = EuGRZ 1977, 334 (337) – Drogenberatungsstelle.

<sup>53a</sup> BVerfGE 61, S. 82 (113) = EuGRZ 1982, 321 (325).

<sup>54</sup> BVerfGE 22, S. 180 (219) – Sozialhilfe.

<sup>55</sup> BVerfGE 2, S. 266 (285) – Notaufnahmegesetz.

<sup>56</sup> BVerfGE 4, S. 7 (15 f.) – Investitionshilfe; 50, S. 290 (353) = EuGRZ 1979, 121 (137) – Mitbestimmung.

<sup>57</sup> BVerfGE 45, S. 187 (228) = EuGRZ 1977, 267 (278) – lebenslange Freiheitsstrafe.

<sup>58</sup> BVerfGE 27, S. 1 (6) – Mikrozensus – m.w.N.; 45, S. 187 (228) = EuGRZ 1977, 267 (278); 50, S. 166 (175) = EuGRZ 1979, 180 (181) – Ausweisung; vgl. auch 65, S. 1 (48, 53) = EuGRZ 1983, 557 (589, 591) – Volkszählung. – Es bleibt hinter diesem Niveau des Freiheitsschutzes erheblich zurück, wenn als zusätzliche Voraussetzung einer solchen Verletzung der Menschenwürde das subjektive Element einer *Verachtung* des Eigenwerts der menschlichen Persönlichkeit verlangt wird (BVerfGE 30, S. 1 (25 f.) – Abhörurteil). Diese Auffassung der das Urteil tragenden Mehrheit hat denn auch bereits in der abweichenden Meinung scharfen Widerspruch erfahren (BVerfGE 30, S. 33 (42 f.)).

<sup>59</sup> BVerfGE 5, S. 85 (204 f.) – KPD.

<sup>60</sup> BVerfGE 35, S. 202 (225) – Lebach.

<sup>61</sup> BVerfGE 2, S. 266 (285).

<sup>62</sup> BVerfGE 50, S. 290 (337 f.) = EuGRZ 1979, 121 (133); 61, S. 82 (100 f.) = EuGRZ 1982, 321 (322).

<sup>63</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 334.

<sup>64</sup> Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfaßt neben dem *aktiven* Element der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Recht auf Re-

ist dadurch gekennzeichnet worden, „daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“.<sup>65</sup> Hierzu gehört auch (nicht: nur) „das Recht, in diesem Bereich ‚für sich zu sein‘, ‚sich selber zu gehören‘ (Adolf Arndt, NJW 1967, S. 1845 (1846)), ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen“.<sup>66</sup> Freilich steht nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem *absoluten* Schutz des Grundrechts.<sup>67</sup> Solchen Schutz kann vielmehr nur die Intimsphäre des Einzelnen als „Kernbereich privater Lebensgestaltung“<sup>68</sup> beanspruchen. Schutzgut ist insoweit die Erhaltung der „Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung“.<sup>69</sup> – Da positive Konkretisierungen weithin fehlen, muß eine Annäherung an das gemeinte Verständnis von der negativen Abgrenzung her erfolgen.

Den Wesensgehalt des Grundrechts sah das Bundesverfassungsgericht nicht als angetastet an in einem Fall, in dem der Antrag eines in einer oppositionellen Gruppe aktiven Politikers auf Verlängerung seines Reisepasses mit der Begründung abgelehnt worden war, durch dessen beabsichtigte Teilnahme an einem internationalem Friedenskongress würden sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 7 Abs. 1 Buchst. a des Paßgesetzes beeinträchtigt.<sup>70</sup> Die homosexuelle Betätigung wurde nicht dem engsten Intimbereich zugerechnet, weil sie durch die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Sozialbezug erhalte.<sup>71</sup> Das Recht des Unternehmers, die Preise seiner Ware frei von staatlicher Genehmigung festzusetzen, gehöre nicht zum vorbehaltlos geschützten letzten Bereich menschlicher Freiheit.<sup>72</sup> Die absolut geschützte Intimsphäre werde nicht dadurch berührt, daß ein Dritter ohne Einverständnis der Eheleute Einsicht in deren Scheidungsakten nimmt.<sup>73</sup> Die auf ärztlichen Karteikarten (Krankenblättern) gesammelten Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen seien nicht der unantastbaren Intimsphäre, sondern (nur) dem privaten Bereich des Patienten zuzuordnen, so daß die strafprozessuale Beschlagnahme der Arztkartei nicht schlechthin unzulässig ist.<sup>74</sup> Auch diejenigen Tatsachen aus dem privaten Lebensbereich, die ein Bürger im Rahmen der Beratung und Betreuung durch einen Sozialarbeiter offenbart hat, seien nicht jeder Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen; absoluten Schutz der dadurch begründeten Vertrauensbeziehung könne der Einzelne schon deshalb nicht beanspruchen, weil er „den innersten Bezirk, der ihm um seiner freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeitsentfaltung verbleiben muß, zwangsläufig verläßt, sobald er sich anderen freiwillig mitteilt“.<sup>75</sup> Die polizeiliche Verwertung eines heimlich aufgenommenen privaten Tonbands über eine vertrauliche geschäftliche Unterredung greife nicht in den „absolut geschützten Persönlichkeitsbereich“ der Gesprächspartner ein.<sup>76</sup> Auch der Briefverkehr eines Untersuchungsgefangenen mit seinem Ehepartner stehe nicht unter absolutem Schutz.<sup>77</sup>

Auf der anderen Seite finden sich nur wenige Äußerungen des Gerichts, durch welche der Bereich, in den einzudringen der öffentlichen Gewalt verwehrt ist, positiv gekennzeichnet ist. Hierzu gehört die Erwägung, daß die Verwertung eines heimlich aufgenommenen Tonbands unzulässig sein möge, wenn es „höchstpersönliche Dinge, die der unantastbaren Intimsphäre zugerechnet werden können“, betreffe.<sup>78</sup> Es könne den „unantastbaren innersten Lebensbereich“ berühren, wenn in einem durch das Fernsehen ausgestrahlten Dokumentarspiel über ein aufsehenerregendes Gewaltverbrechen das Familienleben sowie homosexuelle Beziehungen eines namentlich genannten Beteiligten im einzelnen dargestellt werden.<sup>79</sup> Als Bestandteil der verfassungsrechtlich verbürgten Intimsphäre der Frau wurde auch die Schwangerschaft bezeichnet.<sup>80</sup> Unvereinbar mit der Würde des Menschen wäre ferner ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen.<sup>81</sup> Zum geschützten Bereich zählt endlich das Verhältnis des Einzelnen zu seiner Sexualität; er kann deshalb „grundsätzlich“ selbst darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will.<sup>82</sup>

b) Ganz im Gegensatz zu den vielfältigen Bemühungen, aus dem Schutzbereich des „unbenannten“ allgemeinen Freiheitsrechts des Art. 2 Abs. 1 GG einen absolut geschützten Kern herauszuarbeiten, steht die durchaus spärliche Recht-

sprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wesensgehalt spezieller Freiheitsrechte.

Im Zusammenhang mit dem Schutz ungeborenen Lebens ist die Rede von Art. 19 Abs. 2 GG, freilich nicht in der Absicht, vom Schutzgut Leben noch einen unantastbaren Wesensgehalt abzuschichten.<sup>83</sup> Für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) wurde eine „absolute Grenze“ angenommen, deren Überschreitung den Wesensgehalt des Grundrechts antasten würde. Sie werde nicht überschritten durch die Ermächtigung des § 81 a StPO, der gegen den Willen des Beschuldigten körperliche Eingriffe zu Untersuchungszwecken gestattet, wenn sie von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden und einen Nachteil für die Gesundheit nicht befürchten lassen.<sup>84</sup> Ein Gesetz, das ärztliche Heileingriffe generell ohne Einwilligung des Betroffenen gestattete und den Menschen allenfalls zum bloßen Gegen-

→ spekterierung des engeren persönlichen Bereichs, namentlich der Privat- und Intimsphäre (zu weiteren Konkretisierungen vgl. etwa BVerfGE 56, S. 37 (41 ff.) = EuGRZ 1981, 311 – Selbstbezeichnung; 63, S. 131 (142 f.) = EuGRZ 1983, 152 (153) – Gegendarstellung; 65, S. 1 (41 ff.) = EuGRZ 1983, 557 (588)). Während die allgemeine Handlungsfreiheit unter dem Vorbehalt jeder verfassungsgemäßen Rechtsnorm steht (BVerfGE 6, S. 32 (36 ff.) – Elfes), ist die engere Persönlichkeitssphäre nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch Art. 2 Abs. 1 *in Verbindung mit* Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet, was einer Verstärkung des Grundrechtsschutzes dient (vgl. BVerfGE 54, S. 148 (153 f.) = EuGRZ 1980, 413 (414) – Eppeler).

<sup>65</sup> BVerfGE 6, S. 32 (41); 8, S. 274 (328 f.) – Preisgesetz; 27, S. 1 (6); 27, S. 344 (350 f.) – Scheidungsakten; 32, S. 373 (379) – Arztkartei; 34, S. 238 (245); s. auch BVerfGE 34, S. 269 (281) – Soraya –, dort freilich nicht als „absolute“ Gewährleistung bezeichnet; Josef M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 15 f. und G. Dürig (Fußn. 45), Art. 1 Rdnr. 37.

<sup>66</sup> BVerfGE 35, S. 202 (220).

<sup>67</sup> St. Rspr., s. BVerfGE 6, S. 389 (433) – Homosexualität; 27, S. 1 (7); 27, S. 344 (351); 32, S. 373 (379); 33, S. 367 (376 f.) – Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter; 34, S. 238 (245 f.); 35, S. 35 (39) – Briefkontrolle in Untersuchungshaft; 35, S. 202 (220).

<sup>68</sup> So BVerfGE 34, S. 238 (245 f.).

<sup>69</sup> BVerfGE 27, S. 344 (351).

<sup>70</sup> BVerfGE 6, S. 32 (41).

<sup>71</sup> BVerfGE 6, S. 389 (433).

<sup>72</sup> BVerfGE 8, S. 274 (328 f.).

<sup>73</sup> BVerfGE 27, S. 344 (351); ebenso 34, S. 205 (208 f.).

<sup>74</sup> BVerfGE 32, S. 373 (379); ebenso 44, S. 353 (372) = EuGRZ 1977, 334 (337) für die Klientenakten einer Drogenberatungsstelle.

<sup>75</sup> BVerfGE 33, S. 367 (377); demgemäß wurde ein strafproze suales Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter verneint. Ebenso BVerfGE 38, S. 312 (320) = EuGRZ 1975, 111 (112) – Zeugnisverweigerungsrecht für Tierärzte: Die Ergebnisse einer tierärztlichen Untersuchung gehören nicht zum unantastbaren Bereich der Privatsphäre des Tierarztes. S. auch BVerfGE 56, S. 37 (49 f.) = EuGRZ 1981, 311 (312).

<sup>76</sup> BVerfGE 34, S. 238 (248).

<sup>77</sup> BVerfGE 35, S. 35 (39 f.); ebenso 42, S. 234 (236) = EuGRZ 1976, 280 (281).

<sup>78</sup> BVerfGE 34, S. 238 (248).

<sup>79</sup> BVerfGE 35, S. 202 (243 f.), dort offen gelassen.

<sup>80</sup> BVerfGE 39, S. 1 (42) = EuGRZ 1975, 126 (140). – Nimmt man das Gericht hier beim Wort, ließe sich die in § 5 Abs. 1 Satz 1 des Mutterschutzgesetzes normierte Pflicht zur Offenbarung einer Schwangerschaft im Arbeitsverhältnis wohl nicht halten – eine Folgerung, die freilich das Bundesverfassungsgericht selbst nicht zieht, wenn es der werdenden Mutter die entsprechende Mitteilung an den Arbeitgeber deshalb zumutet, weil sie „nicht im Hinblick auf etwa bei ihr bestehende innere Hemmungen einen bedingungslosen Schutz zu Lasten anderer beanspruchen“ könne (BVerfGE 32, S. 273 (278); vgl. auch 52, S. 357 (366 f.) = EuGRZ 1980, 87 (89)).

<sup>81</sup> BVerfGE 56, S. 37 (49) = EuGRZ 1981, 311 (312).

<sup>82</sup> BVerfGE 47, S. 46 (73) = EuGRZ 1978, 57 (64) – Sexualkundunterricht; s. auch BVerfGE 49, S. 286 (298) = EuGRZ 1979, 50 (51) – Transsexuelle.

<sup>83</sup> BVerfGE 39, S. 1 (43) = EuGRZ 1975, 126 (140).

<sup>84</sup> BVerfGE 16, S. 194 (201); 17, S. 108 (117) – Hirnkarlsruffüllung; 27, S. 211 (219) – Elektroenzephalographie; 47, S. 239 (248) = EuGRZ 1978, 96 (97 f.) – Haar- und Barttracht.

stand von Gesundheitspolitik mache, würde indes den Wesensgehalt des Rechts auf körperliche Unversehrtheit berühren.<sup>85</sup> Daß das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) über einen Wesensgehalt verfüge, ist eher beiläufig erwähnt und nicht näher bestimmt; in den auf Gründen des Staatsschutzes beruhenden Öffnung und Prüfung aller aus der DDR kommenden Postsendungen, bei deren äußerlichem Betrachten sich der Verdacht aufdrängt, sie enthielten eine der Einziehung zugängliche Schrift, liege jedenfalls weder ein generell unzulässiger Eingriff in die Informationsfreiheit noch ein solcher in das Brief- und Postgeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG).<sup>86</sup> Weiteren Stellungnahmen zum Wesensgehalt der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) hat das Bundesverfassungsgericht selbst den Boden entzogen, indem es – in kurzsätzlicher Übertragung der zum Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) entwickelten teleologischen Reduktion – mit rein begrifflichen Gründen die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 2 GG auf den Regelungsvorbehalt dieses Grundrechts verneint hat.<sup>87</sup>

Die einzige Entscheidung, in der ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG angenommen wurde, betrifft die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG): Diese ist in ihrem Wesensgehalt angetastet, wenn sie entzogen wird allein zu dem Zweck, einen erwachsenen Menschen, der weder sich noch andere gefährdet, zu *bessern*, indem er in einer Anstalt zu einem geordneten Leben hingeführt, an regelmäßige Arbeit gewöhnt oder auf Dauer seßhaft gemacht wird; der Staat hat nämlich nicht die Aufgabe, seine Bürger zu bessern.<sup>88</sup> Dient die Anstaltsunterbringung hingegen dem Schutz der Allgemeinheit – und sei es auch nur vor der Belastung mit vermeidbaren Kosten –, so berührt die mit ihr verbundene Freiheitsentziehung den Wesensgehalt des Grundrechts nicht.<sup>89</sup>

c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Inhalt und zur Reichweite der Wesensgehaltsgarantie wird ergänzt durch die Figur des „Kernbereichs“, die ohne ausdrücklichen Rückgriff auf Art. 19 Abs. 2 GG entwickelt wurde. Diese Argumentation betrifft im wesentlichen die grundrechtlich geschützten Institute, findet sich aber auch außerhalb dieser Zusammenhänge. Sie beruht auf der Erkenntnis, daß namentlich geschützte *Rechtseinrichtungen* in besonderem Maße der gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen, um wirksam werden zu können. Auch insoweit ist dem Gesetzgeber eine äußerste Grenze gezogen, deren Verlauf im einzelnen in der Rechtsprechung allerdings mehr angedeutet als absolut fixiert wird.

So sichert die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unbeschadet aller gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen einen Grundbestand von Normen, die als Eigentum bezeichnet werden. Sie verbietet, daß solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird.<sup>90</sup> Regelungen der Freiheit der Eheschließung müssen die wesentlichen, das Institut der Ehe bestimmenden Strukturprinzipien beachten, die sich – wie etwa das Prinzip der Einehe – aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG an vorgefundene überkommene Lebensformen ergeben.<sup>91</sup> Der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Kernbereich der Koalitionsfreiheit umfaßt die Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen;<sup>92</sup> er wird angetastet durch Regelungen, die das Betätigungsrecht der Koalitionen beschränken, ohne zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten zu sein.<sup>93</sup> Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet – im Interesse eines effektiven Grundrechtschutzes – einen Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit.<sup>94</sup> Beschränkungen der Selbstverwaltung der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) müssen deren Kernbereich unangetastet lassen;<sup>95</sup> bei der Bestimmung dessen, was zum Kernbereich der Garantie gehört, ist der geschichtli-

chen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen,<sup>96</sup> ohne Änderungen auszuschließen, „die in der Linie einer vernünftigen Fortentwicklung des überkommenen Systems liegen“.<sup>97</sup> In seiner Unbestimmtheit ebenso wie in seiner Funktion als äußerster Grenze gleicht der Kernbereichsschutz der Wesensgehaltsgarantie.<sup>98</sup> Daß eine ähnliche Übereinstimmung hinsichtlich der „Dynamik“ der Verbürgung<sup>99</sup> besteht, läßt die Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 2 GG freilich nicht erkennen.

3. Überblickt man diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im ganzen, so vermittelt sie offenbar geringen Ertrag. Er beschränkt sich im wesentlichen auf die Erkenntnis, daß der Gesetzgeber bei Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte einen Wesensgehalt oder Kernbereich zu achten hat. Konkrete Ansätze in der Richtung, Zonen schwächeren, stärkeren und absoluten Freiheitsschutzes zu bezeichnen, lassen sich ehestens beim Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ausmachen, bei dem die Grenze der absolut geschützten Intimsphäre freilich in einem Maße eng gezogen ist, daß die Annahme, die öffentliche Gewalt würde in diesen innersten Bezirk einzudringen versucht sein, unter den gegebenen Bedingungen durchaus fernliegend erscheint.

Der Befund erlaubt indes allenfalls den Schluß, daß das Bundesverfassungsgericht die These eines *absoluten* Schutzes des Wesensgehalts der Sache nach nicht einläßt. Die der Wesensgehaltsgarantie zugeschriebene Funktion einer materialen Bindung des Gesetzgebers im Grundrechtbereich sucht die Rechtsprechung ungeachtet des Art. 19 Abs. 2 GG auf anderen Wegen zu wahren. In welchem Maße hierbei *funktionale Äquivalenz* herrscht, zeigt die Betrachtung einschlägiger Entscheidungen.

a) Als Maßstab zur Begrenzung von Grundrechtseingriffen dient dem Gericht in erster Linie der *Grundsatz der Ver-*

<sup>85</sup> BVerfGE 52, S. 131, 171 (175) = EuGRZ 1979, 506 (514, 519) – Arzthaftung, abw. Meinung.

<sup>86</sup> BVerfGE 27, S. 88 (99, 102 f.) – Verbringungsverbot.

<sup>87</sup> Seit BVerfGE 13, S. 97 (122); s. W. Schmidt (Fußn. 29), S. 514; K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 302, 331. Vgl. auch – zu Art. 14 GG – BVerfGE 14, S. 263 (277 f.) – Feldmühle; anders aber jetzt BVerfGE 58, S. 300 (348) = EuGRZ 1982, 120 (129) – Naßauskiesung; BVerfGE 61, S. 82 (113) = EuGRZ 1982, 321 (325).

<sup>88</sup> BVerfGE 22, S. 180 (219 f.) – Sozialhilfe.

<sup>89</sup> BVerfGE 30, S. 47 (53) zu § 26 BSHG a. F., der die Unterbringung zur Arbeitsleistung ermöglichte, wenn wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren war.

<sup>90</sup> BVerfGE 24, S. 367 (389) – Hamburger Deich.

<sup>91</sup> BVerfGE 10, S. 59 (66 f.) – Stichentscheid; 29, S. 166 (176) – Familienbuch; 31, S. 58 (69 f.).

<sup>92</sup> BVerfGE 4, S. 96 (108).

<sup>93</sup> BVerfGE 19, S. 303 (321 f.) – Personalratswahl; 28, S. 295 (303) – Mitgliederwerbung; 50, S. 290 (368 f.) = EuGRZ 1979, 121 (141).

<sup>94</sup> BVerfGE 30, S. 227 (241) – Vereinsname.

<sup>95</sup> Dazu näher Rudolf Steinberg, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Planungshoheit, JuS 1982, S. 578–583 (579 ff.); zusammenfassend Willi Blümel, Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in: Albert von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, 1983, S. 265–303.

<sup>96</sup> BVerfGE 50, S. 195 (201) = EuGRZ 1979, 227 (Rsprber. Nr. 18) – Gemeindenname – m.w.N.; 56, S. 298 (312) = EuGRZ 1981, 478 (Rsprber. Nr. 7) – Militärflugplatz.

<sup>97</sup> BVerfGE 38, S. 258 (278 f.) – Magistratsverfassung.

<sup>98</sup> R. Steinberg (Fußn. 95), S. 580.

<sup>99</sup> R. Steinberg (Fußn. 95), S. 580, und W. Blümel (Fußn. 95), S. 285 ff., zum Schutz des Kernbereichs der Selbstverwaltung; E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 10, zur Wesensgehaltsgarantie.

*hältnismäßigkeit*. In der ihm beigemessenen Funktion, die Befugnis des Gesetzgebers zur Beschränkung unter Gesetzesvorbehalt stehender Grundrechte auf das erforderliche und zumutbare Mindestmaß einzuengen, ersetzt er in der Rechtsprechung weithin die Prüfung einer Verletzung des Wesensgehalts. Wenngleich verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verortet, erscheint der Grundsatz als Ausprägung des „Wesens der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“.<sup>100</sup> Seine Anwendung kann bereits in den Fällen, in denen der durch das Gesetz angestrebte Zweck als solcher von Verfassungs wegen nicht in Frage gestellt wird, einen effektiven Grundrechtschutz bewirken, ohne daß es eines Rückgriffs auf den Wesensgehalt bedarf. Ein „absoluter“ Schutz ist dadurch aber nicht gewährleistet.

Demgemäß wurde die Beziehung von Scheidungsakten im Disziplinarverfahren ohne Einverständnis der Eheleute mit der Begründung beanstandet, die damit verbundene Offenbarung von Vorgängen aus dem Privatleben sei für die Durchführung eines Disziplinarverfahrens nicht ohne weiteres erforderlich und stehe zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des Tatverdachts außer Verhältnis.<sup>101</sup> Die Beschlagnahme einer Arztkartei als erheblicher Eingriff in die Privatsphäre des Patienten läßt sich nicht allgemein mit dem Interesse an der Aufklärung von Straftaten rechtfertigen, die allein dem Patienten zur Last gelegt werden.<sup>102</sup> Entsprechend ist die Beschlagnahme von Klientenakten einer Drogenkartei nicht generell durch die Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege gerechtfertigt, sondern verfassungsrechtlich zu mißbilligen, wenn sie lediglich dazu dienen soll, die Klienten des strafbaren Erwerbs und Besitzes von Rauschgift zu überführen und – ohne weitere Anhaltspunkte – den von ihnen zu ihren Lieferanten führenden Weg sichtbar zu machen.<sup>103</sup> Die polizeiliche Verwertung einer heimlich gefertigten Tonbandaufnahme über eine vertrauliche geschäftliche Unterredung ist unzulässig, wenn sie der Aufklärung von Straftaten geringeren Gewichts dienen soll.<sup>104</sup> Die (zwangswise) Erhebung personenbezogener Daten läßt sich vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur insoweit rechtfertigen, als die Daten einen sozialen Bezug aufweisen, „unzumutbare“ intime Angaben sowie Selbstbezichtigungen ausgeschlossen sind und ihre nicht anonymisierte Verarbeitung zeitlich sowie durch einen gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt ist.<sup>104a</sup> Mit der Bedeutung der Meinungsfreiheit in der ehelichen Privatsphäre ist es nicht vereinbar, Briefe eines Untersuchungsgefangenen an seinen Ehegatten wegen unsachlicher Äußerungen über das anhängige Strafverfahren oder über die in diesem Verfahren tätigen Richter anzuhalten.<sup>105</sup> Die Anordnung der Liquorentnahme oder der Hirnkammerluftfüllung zur Feststellung der Zurechnungsfähigkeit eines Beschuldigten in einer Bagatellsache steht nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der zu ahndenden Straftat.<sup>106</sup> Der in der Untersuchungshaft liegende Eingriff in die Freiheit ist nur hinzunehmen, wenn und soweit das Interesse an vollständiger Aufklärung der Tat und rascher Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann; das ist nicht der Fall, wenn die Ermittlungen zögerlich geführt wurden<sup>107</sup> oder das Gericht mit Strafsachen überlastet ist.<sup>108</sup> Ein Haftbefehl darf, auch wenn er außer Vollzug gesetzt wurde, nicht ohne weiteres über mehrere Jahre hinweg aufrechterhalten werden.<sup>109</sup> Maßnahmen zur Überwachung des Telefonverkehrs von und nach den Ländern des Warschauer Paktes zu dem Zweck, den Bestand des Staates vor bewaffneten Angriffen von außen zu sichern („strategische Kontrolle“), sind mangels anderer Erkenntnisquellen dem Einzelnen zuzumuten, weil er von Maßnahmen dieser Art allenfalls gelegentlich getroffen wird und seine Person anonym bleibt, während ein Einsatz dieser Mittel zur Abwehr von Gefahren für die innere Sicherheit („polizeiliche Kontrolle“) unverhältnismäßig und deshalb mit Art. 10 GG unvereinbar ist.<sup>109a</sup> Die Freiheit der Niederlassung als Apotheker darf objektiv nicht schon mangels Bedürfnisses, sondern erst dann beschränkt werden, wenn andernfalls die Volksgesundheit gefährdet wäre.<sup>110</sup> Die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots für einen Rechtsanwalt setzt die Feststellung voraus, daß eine weitere Berufstätigkeit konkrete Gefahren für die Rechtsuchenden oder das Funktionieren der Rechtspflege befürchten läßt, und ist nicht allein im Blick auf Schwere und Umfang der Pflichtverletzung oder aus berufsständischem Interesse gerechtfertigt.<sup>111</sup>

b) In der Handhabung durch des Bundesverfassungsge-

richt ist die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit nicht auf Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mittels im Verhältnis zu einem als solchen feststehenden Zweck beschränkt. Vielmehr prüft das Gericht darüber hinaus die *Legitimität des Gesetzeszweckes* im Blick auf das konkret betroffene Grundrecht. Da dessen Gehalt die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu begrenzen vermag,<sup>112</sup> ist das zum Eingriff ermächtigende Gesetz „im Lichte der Bedeutung des Grundrechts“ zu sehen und auszulegen.<sup>113</sup> Dieser Zusammenhang tritt besonders deutlich hervor in der Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Meinungsfreiheit und „allgemeinen Gesetzen“ (Art. 5 Abs. 2 GG), die hiernach aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat auszulegen und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder einzuschränken sind.<sup>114</sup>

Die damit gestellte Aufgabe einer Zuordnung von Freiheitsrecht und begrenzendem Gesetz sucht die Rechtsprechung im allgemeinen durch *Güterabwägung* zu lösen.<sup>115</sup> Den Gründen und Folgen dieser Argumentationsfigur soll an dieser Stelle nicht näher nachgegangen werden.<sup>116</sup> Im hier erörterten Zusammenhang ist das Interesse darauf beschränkt, anhand dieser Rechtsprechung die These zu belegen, daß in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts weniger die Idee eines absolut geschützten Wesensgehalts im Vorder-

<sup>100</sup> BVerfGE 19, S. 342 (348 f.) – Haftverschonung; 65, S. 1 (44) = EuGRZ 1983, 557 (588 f.).

<sup>101</sup> BVerfGE 27, S. 344 (352 ff.); 34, S. 205 (208 f.).

<sup>102</sup> BVerfGE 32, S. 373 (381).

<sup>103</sup> BVerfGE 44, S. 353 (378 ff.) = EuGRZ 1977, 334 (339).

<sup>104</sup> BVerfGE 34, S. 238 (248).

<sup>104a</sup> BVerfGE 65, S. 1 (45 f.) = EuGRZ 1983, 557 (589).

<sup>105</sup> BVerfGE 35, S. 35 (40); 42, S. 234 (237) = EuGRZ 1976, 280 (281).

<sup>106</sup> BVerfGE 16, S. 194 (202 f.); 17, S. 108 (118 ff.).

<sup>107</sup> BVerfGE 20, S. 45 (50).

<sup>108</sup> BVerfGE 36, S. 264 (271 f.).

<sup>109</sup> BVerfGE 53, S. 152 (162) = EuGRZ 1980, 143 (145).

<sup>109a</sup> BVerfG EuGRZ 1984, S. 504 (508 f., 510, 511) – Post- und Telefonkontrolle.

<sup>110</sup> BVerfGE 7, S. 377 (405).

<sup>111</sup> BVerfGE 44, S. 105 (118) = EuGRZ 1977, 177 (179); vgl. auch 45, S. 422 (428 f.) = EuGRZ 1977, 356 (357 f.) – Amtsenthebung eines Notars.

<sup>112</sup> BVerfGE 7, S. 377 (404).

<sup>113</sup> BVerfGE 7, S. 198 (208 f.) – Lüth; 12, S. 113 (124 f.) – Schmid/Spiegel; 13, S. 318 (325) – Ehegatten-Arbeitsvertrag; 17, S. 108 (117). – Die Surrogatfunktion dieses Verfahrens im Blick auf Art. 19 Abs. 2 GG wird hervorgehoben in BVerfGE 7, S. 377 (411): „Inhalt und Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lassen sich schon durch eine Auslegung, die dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im sozialen Leben Rechnung trägt, weitgehend sachgemäß bestimmen; es bedarf dazu nicht des Rückgriffs auf die Schranke des Wesensgehalts (Art. 19 Abs. 2 GG).“

<sup>114</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, S. 198 (208 f.); s. noch BVerfGE 28, S. 191 (201 f.) – Dienstgeheimnis; 42, S. 143 (150) = EuGRZ 1976, 315 (316) – DGB; 42, S. 163 (169) = EuGRZ 1976, 313 (314) – Echternach; 44, S. 197 (202) = EuGRZ 1977, 304 (305 f.) – Solidaritätsadresse; 47, S. 198 (232) = EuGRZ 1978, 143 (146) – Wahlspot; 50, S. 234 (241) = EuGRZ 1979, 179 – Gerichtsreporter; 54, S. 129 (136) = EuGRZ 1980, 415 (417) – Kunstkritik; 60, S. 234 (240) = EuGRZ 1982, 280 (281) – Kredithaie; 64, S. 108 (115) = EuGRZ 1984, 90 – Chiffregeheimnis; konkreter jetzt 66, S. 116 (138 f.) = EuGRZ 1984, 300 (303) – Springer/Wallraff (Entwicklung normativer Leitprinzipien).

<sup>115</sup> Z. B. BVerfGE 7, S. 198 (210 f.); 7, S. 377 (405); 21, S. 245 (249) – Arbeitsvermittlungsmonopol; 30, S. 292 (315) – Erdölbewirtschaftung; 35, S. 185 (190) – Haftgrund Wiederholungsgefahr; 35, S. 202 (221); 49, S. 24 (55 f.) = EuGRZ 1978, 330 (337 f.) – Kontaktsperre gesetz.

<sup>116</sup> S. dazu Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; Harald Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979.

grund steht, denn vielmehr die Erwägung, als „vorrangig“ erkannte Rechtsgüter zwar unter möglichster Schonung, aber soweit erforderlich auch zu Lasten von Grundrechten zur Geltung bringen zu müssen. Die Reichweite des auf diesem Wege gewährleisteten Grundrechtsschutzes erhält aus Grenzfällen mit höchster Eingriffsintensität:

Durch Art. 1 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10) ist den zuständigen Behörden unter anderem „zur Sammlung von Nachrichten über Sachverhalte, deren Kenntnis notwendig ist, um die Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland rechtzeitig zu erkennen und einer solchen Gefahr zu begegnen“ (§ 3 Abs. 1), die Befugnis eingeräumt, dem Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnis unterliegende Sendungen zu öffnen und einzusehen sowie den Fernschreibverkehr mitzulesen, den Fernmeldeverkehr abzuhören und auf Tonband aufzunehmen (§ 1 Abs. 1), ohne daß der Betroffene über die Beschränkungsmaßnahme nachträglich unterrichtet werden muß, wenn bis zum Ablauf von fünf Jahren eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung „nicht ausgeschlossen werden kann“ (§ 5 Abs. 5). Sind diese – denkbar weiten und unbestimmten – Voraussetzungen gegeben, was richterlicher Nachprüfung entzogen ist (§ 9 Abs. 6), so ist die Garantie des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses der Sache nach außer Kraft. Die auf Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG gestützte Ermächtigung zu präventiven Beschränkungsmaßnahmen hatte vor dem Grundgesetz, namentlich vor dem Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG, gleichwohl Bestand, weil die Grundrechtseinschränkung für erforderlich gehalten wurde, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihre freiheitliche Verfassungsordnung als „übergendes Rechtsgut“ wirksam zu schützen.<sup>117</sup> Unter Berufung auf die Notwendigkeit einer Auslegung der Grundrechte aus dem „Kontext der Verfassung“ zieht die verfassungsrechtliche Begründung der Entscheidung ergänzend heran, daß sich das Grundgesetz für die „streitbare Demokratie“ entschieden hat, daß die Institution des Verfassungsschutzes durch Kompetenznormen der Verfassung (Art. 73 Nr. 10, Art. 87 Abs. 1 GG) legitimiert ist und daß den Grundrechten „durch Rücksichten auf Gemeinwohl und zum Schutz überragender Rechtsgüter“ Grenzen gezogen sind.<sup>118</sup>

Die in § 211 Abs. 1 StGB angeordnete lebenslange Freiheitsstrafe für Mord ermächtigt und verpflichtet – nach Maßgabe einer verfassungskonformen Auslegung der Tatbestandsmerkmale – den Richter dazu, die Freiheit der Person auf Dauer zu entziehen. Dieser schwerste Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG hatte Bestand im Blick auf die Schwere der Straftat und das Verschulden des Täters, das Sicherungsinteresse der staatlichen Gemeinschaft sowie den Schutz des menschlichen Lebens als eines „überragenden Rechtsguts“.<sup>119</sup> Das Verfassungsgebot, durch eine gesetzliche Regelung der bedingten Entlassung dem Verurteilten „eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance“ zur späteren Wiedergewinnung seiner Freiheit zu gewährleisten, wurde – ohne klaren Bezug zur Frage nach der Wahrung des Wesensgehalts des Rechts auf persönliche Freiheit – aus der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde entwickelt.<sup>120</sup> Die vom Bundesverfassungsgericht unternommene entstehungsgeschichtliche Rechtfertigung der Verträglichkeit der absoluten Strafandrohung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 19 Abs. 2 GG tritt gegenüber den dargelegten materiellen Erwägungen in den Hintergrund.<sup>121</sup>

Unter der Voraussetzung, daß von einer terroristischen Vereinigung eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person ausgeht, kann nach den durch das sogenannte Kontaktsperrgesetz eingefügten §§ 31 ff. EGGVG „jedwede Verbindung von (näher bestimmten) Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger“ auf befristete Dauer unterbrochen werden, sofern diese Maß-

nahme zur Abwehr der Gefahr geboten ist. Diese Ermächtigung zur zeitweiligen, aber restlosen Beschränkung der Kommunikations- und Informationsfreiheit der Gefangenen ist mit dem Grundgesetz, namentlich mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG vereinbar, weil sie dem Schutz des menschlichen Lebens als eines „Höchstwerts“ und anderer Grundrechte, der Abwehr von Gefahren für den Rechtsstaat sowie der Sicherheit des Staates und seiner Bevölkerung dient, zeitlich begrenzt ist, keine erheblichen bleibenden Nachteile mit sich bringt und der zum Schutz überwiegender Gemeinschaftsgüter unerlässliche Eingriff in einem vernünftigen Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg steht: „Indem der Gesetzgeber die staatlichen Stellen ermächtigt hat, zum Schutze vorrangiger Rechtsgüter unter besonderen Voraussetzungen für bestimmte Gefangene eine zeitweilige Kontaktsperrre zu ordnen, hat er zugleich in angemessenem Umfang Sorge dafür getragen, daß eine solche Maßnahme nicht zur Aushöhlung von Grundrechten der Gefangenen führt und die mit ihr verbundenen Grundrechtsbeschränkungen die Betroffenen so wenig wie möglich belasten.“<sup>122</sup>

c) Die Argumentation aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Verfahren der Abwägung treten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in zunehmendem Maße an die Stelle einer Prüfung von Grundrechtsbegrenzungen am Maßstab des Art. 19 Abs. 2 GG. Angeichts des wachsenden *Verlusts praktischer Bedeutung* wurde bereits eine „Umdeutung“ der Wesensgehaltsgarantie festgestellt.<sup>123</sup> Ob diese Entwicklung Anlaß zu der Befürchtung gibt, der Leerlauf des Art. 19 Abs. 2 GG führe zu einer wesentlichen Verkürzung des Grundrechtsschutzes, hängt nicht zuletzt von der Praxis des Bundesverfassungsgerichts ab. Solange das Verhältnismäßigkeitsprinzip in einer Weise angewendet wird, die an der „Bedeutung des Grundrechts“<sup>124</sup> orientiert ist und damit im Interesse möglichster Wirksamkeit der Grundrechte den begrenzenden Gesetzgeber selbst in die Schranken weist, mag die dem Art. 19 Abs. 2 GG zugedachte Funktion äquivalent erfüllt werden. Aus dieser Sicht trifft es zu, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts dort beginnt, wo die Möglichkeiten zulässiger Begrenzung enden.<sup>125</sup> Daß der Schutz des Wesensgehalts in äußersten Fällen durch Güterabwägung in gleichem Maße gewährleistet ist, kann hingegen bezweifelt werden. Die Bedenken beruhen vor allem darauf, daß dieses Verfahren vom inhaltlichen Maßstab gelöst und die „Vorrangigkeit“ von Rechtsgütern gegenüber den Grundrechten aus der Verfassung kaum zu begründen ist. Wird der

<sup>117</sup> BVerfGE 30, S. 1 (18, 30); vgl. auch BVerfG EuGRZ 1984, S. 504 (508 f., 510, s. aber auch ebd., 512).

<sup>118</sup> BVerfGE 30, S. 1 (19 f.) – das letzte mit dem bemerkenswerten Klammerzusatz „vgl. z. B. Art. 2 Abs. 1 GG“.

<sup>119</sup> BVerfGE 45, S. 187 (253 ff., 260 ff.) = EuGRZ 1977, 267 (285, 287); s. auch 50, S. 5 (12 ff.) = EuGRZ 1979, 17 (Rsprber. Nr. 1).

<sup>120</sup> BVerfGE 45, S. 187 (228 f.) = EuGRZ 1977, 267 (278). – Die „Chance“ ist eine Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit der *Verurteilung* (und des Vollzugs), während sie für die (absolute) gesetzliche *Strafandrohung* an sich ohne Belang ist. Kritisch auch A. Kauffmann (Fußn. 31), S. 387 f.; nicht ganz deutlich E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 7.

<sup>121</sup> BVerfGE 45, S. 187 (270 f.) = EuGRZ 1977, 267 (290).

<sup>122</sup> BVerfGE 49, S. 24 (53 ff., 64) = EuGRZ 1978, 330 (336 f., 340).

<sup>123</sup> W. Schmidt (Fußn. 29), S. 515.

<sup>124</sup> S. oben Fußn. 113. – Dem abstrakten Maßstab der „Bedeutung des Grundrechts“ vorzuziehen wäre freilich eine Prüfung, die – konkret – auf das *materielle Gewicht* des Eingriffs für den Betroffenen abstellt (s. in dieser Richtung etwa BVerfGE 42, S. 143 (149) = EuGRZ 1976, 315 (316); 43, S. 130 (135 f.) = EuGRZ 1977, 109 – politisches Flugblatt; 54, S. 208 (215 f.) = EuGRZ 1980, 409 (411) – Böll).

<sup>125</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 332.

„Rang“ solcher Rechtsgüter aus ihrer Erwähnung in den Kompetenznormen der Verfassung abgeleitet, so ist der Grundrechtsbegrenzung ein weites Feld eröffnet,<sup>126</sup> ohne daß die Wahrung dessen, was das Wesen der Grundrechte ausmacht, unbedingt gesichert wäre.

Diese Bedenken rechtfertigen die Frage, ob sich im Blick auf die Tatsache, daß der Gedanke eines Wesensgehalts der Grundrechte positivrechtlich normiert ist, nicht gleichwohl materielle Zielvorgaben gewinnen lassen, die über das formale Verhältnismäßigkeitsprinzip hinaus und unter Verzicht auf diffuse Abwägung die „wesensgemäße“ Auslegung der Grundrechte steuern und damit ihre effektive Sicherung bewirken können. Ihr gelten die abschließenden Überlegungen.

## V. GRUNDLINIEN EINER VERFASSUNGSGEMÄSEN BESTIMMUNG DES JE KONKREten WESENSGEHALTS

Der Maxime des Art. 19 Abs. 2 GG kann allein eine Deutung genügen, die den je spezifischen Wesensgehalt des einzelnen Grundrechts auf der Grundlage seines sachlichen Geltungsgehalts bestimmt und zugleich von dem Wesen der Grundrechte adäquaten allgemeinen Maßstäben geleitet ist. Sie greift über die Frage nach der Grenze für den grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber hinaus und bezieht auch die gesetzliche „Ausgestaltung“ sowie die verfassungsgemäße Begrenzung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte ein. Art und Umfang ihrer Erträge lassen sich aus dem Zusammenhang mit dem jeweiligen Grundrechtsverständnis nicht ablösen.

1. Ausgangspunkt der Ermittlung des je konkreten Wesensgehalts muß der *sachliche Geltungsgehalt des Grundrechts* sein. Nicht von der durch einen Gesetzesvorbehalt dem Grundrecht gezogenen „Schranke“ her und schon gar nicht durch eine abstrakte und generelle Formel läßt sich der Wesensgehalt bestimmen. Vielmehr bedarf es in erster Linie der Klarheit, „wie weit sein aus der Analyse des Normbereichs aus und ihrer Vermittlung mit dem grundrechtlichen Normprogramm zu entwickelnder Geltungsgehalt reicht“.<sup>127</sup> Von der sachspezifischen Reichweite des Grundrechts wird dessen Wesensgehalt geprägt und begrenzt. Aufgrund sorgfältiger Normbereichsanalyse lassen sich von der Unantastbarkeit nicht erfaßte Modalitäten des Freiheitsgebrauchs als nicht „wesensgemäß“ aussondern, zugleich aber auch Kriterien der dem Grundrecht eigentümlichen Funktion und Struktur gewinnen.

Durch solches Vorgehen läßt sich etwa aus dem die Privatsphäre umfassenden, aber auch ein Wirken in der Öffentlichkeit schützenden Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>128</sup> als unantastbarer Wesensgehalt die Intimsphäre abschichten und im Wege weiterer Konkretisierung ermitteln, auf welche zwischenmenschlichen Beziehungen der durch sie gewährleistete Schutz erstreckt ist.<sup>129</sup> Während sachlicher Geltungsgehalt und Wesensgehalt beim Recht auf Leben nicht zu trennen sind, soweit eine *finale* Verletzungshandlung vorliegt,<sup>130</sup> wären im Blick auf das Recht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) – namentlich auch auf der Grundlage medizinischer Erkenntnisse – verschiedene Ausprägungen des Schutzzugs auseinanderzuhalten,<sup>131</sup> die bereichsspezifischen Konturen zu entwickeln und besonders im „klassischen“ Eingriffsbereich eine Typologie möglicher Eingriffe herauszuarbeiten, die nach ihrer Eigenart und dem angestrebten Erfolg, ihrer Intensität sowie ihren möglichen Folgen mit dem Grundrecht schlechthin unvereinbar sind.<sup>132</sup> Im Bereich der Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie 8 und 9 Abs. 1 GG erscheinen wesentlich die der Meinungsbildung dienende<sup>133</sup> freie Kommunikation als solche, die Gewährleistung vom Staat unbeeinflußter geistiger Freiheit<sup>134</sup> und freier Teilnahme am politi-

schen Leben; die Sicherung dieser Funktion bedingt ihr gemäße Strukturen der Kommunikationsmittel im Innern wie nach außen.<sup>135</sup> Für die Kunstrechte (Art. 5 Abs. 3 GG) ist treffend unterschieden worden zwischen dem Werkbereich und dem Wirkbereich;<sup>136</sup> eine ähnliche Differenzierung mag naheliegen für das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) in seinen Ausformungen der Glaubens-, Bekenntnis- und Kultusfreiheit.<sup>137</sup> Am Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) hat das Bundesverfassungsgericht selbst mit der Stufung von Bereichen schlichter Ausübung, subjektiv beeinflußbarer sowie objektiv bestimmter Berufswahl Zonen unterschiedlichen Freiheitsschutzes umschrieben.<sup>138</sup> Das Eigentum (Art. 14 GG) als „vergegenständlichte Freiheit“ wurde in seinem rechtlichen Gehalt gekennzeichnet durch Privatnützlichkeit und (grundsätzliche) Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand.<sup>139</sup> Die Eigenart von Ehe und Familie (Art. 6 GG), freier Wissen-

<sup>126</sup> Das wird etwa bei dem Versuch deutlich, die Verfassungsmäßigkeit der Einschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses aus Gründen des Staatsschutzes mit der Bundeskompetenz für den Verfassungsschutz (Art. 73 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) zu begründen (vgl. BVerfGE 30, S. 1 (19 f.) und dazu die Kritik der abw. Meinung ebd., S. 33 (45, 46 f.)).

<sup>127</sup> Friedrich Müller, Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 87; K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 310.

<sup>128</sup> S. hierzu BVerfGE 54, S. 148 (155 f.) = EuGRZ 1980, 413 (414); 54, S. 208 (218) = EuGRZ 1980, 409 (411); zu beiden Entscheidungen Walter Schmidt, Der verfassungsgerichtliche Grundrechtschutz im öffentlichen Meinungskampf, NJW 1980, S. 2066–2067.

<sup>129</sup> In diese Richtung geht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, s. oben IV 2.

<sup>130</sup> So auch Schweizerisches Bundesgericht, BGE 98 I a, S. 508 (514) – Organtransplantation – m.w.N.; Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 144 m. Anm. 151. – Anderes mag gelten bei der Schaffung von Lebensgefahren etwa durch Errichtung technischer Anlagen, s. BVerfGE 49, S. 89 (137 ff.) = EuGRZ 1978, 553 (566 f.) – Kalkar; 53, S. 30 (57 ff.) = EuGRZ 1980, 57 (64) – Mülheim-Kärlich; zum Problem eingehend Eberhard Schmidt-Aßmann, Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht, AÖR 106 (1981), S. 205–217.

<sup>131</sup> S. dazu Ansätze in BVerfGE 56, S. 54 (73 ff.) = EuGRZ 1981, 225 (228) – Fluglärm; E. Schmidt-Aßmann (Fußn. 130), S. 208 ff., 214 ff.

<sup>132</sup> Friedrich Müller, Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1968, S. 32.

<sup>133</sup> An dieser Voraussetzung fehlt es bei der unwahren Tatsachenmeldung, die deshalb vom Schutz des Grundrechts nicht erfaßt wird (BVerfGE 54, S. 208 (219 f.) = EuGRZ 1980, 409 (412)). Ein abgeschwächter Freiheitsschutz kann aus funktionaler Sicht gerechtfertigt sein, wenn es nicht um die Äußerung eines Gedankens als solchen, sondern um seine Verbreitung in bestimmter Form geht (s. BVerfGE 42, S. 143 (149 f.) = EuGRZ 1976, 315 (316)).

<sup>134</sup> BVerfGE 5, S. 85 (205); 7, S. 198 (208); 12, S. 113 (125); 12, S. 205 (259 f.) – Rundfunk I; 31, S. 314 (325) – Rundfunk II.

<sup>135</sup> Für die Pressefreiheit s. BVerfGE 20, S. 162 (175 f.) – Spiegel; 52, S. 283 (296) = EuGRZ 1980, 40 (41) – Tendenzschutz; 66, S. 116 (133, 135) = EuGRZ 1984, 300 (302, 303); für die Rundfunkfreiheit s. BVerfGE 57, S. 295 (319 ff.) = EuGRZ 1981, 295 (301 f.) – Rundfunk III; 59, S. 231 (258) = EuGRZ 1982, 181 (183) – freie Rundfunkmitarbeiter.

<sup>136</sup> Friedrich Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 97 ff.; vgl. auch BVerfGE 30, S. 173 (189) – Mephisto.

<sup>137</sup> S. etwa zur Gewissensfreiheit Adalbert Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, S. 35 ff.

<sup>138</sup> BVerfGE 7, S. 377 (402 f., 404 ff.).

<sup>139</sup> BVerfGE 50, S. 290 (339) m.w.N. = EuGRZ 1979, 121 (133). Eine beispielhafte Normbereichsanalyse findet sich in BVerfGE 58, S. 300 (339 ff.) = EuGRZ 1982, 120 (127); s. hierzu Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401–409 (404 ff.).

schaft (Art. 5 Abs. 3 GG) oder freier Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG) beruht auf weithin historisch gewachsenen Strukturprinzipien, die den Wesensgehalt dieser Grundrechte in besonderem Maße prägen.

2. Unbeschadet des aus den einzelnen Bereichsdogmatiken zu ziehenden Ertrags für den jeweiligen Wesensgehalt bedarf es *allgemeiner Maßstäbe zur Konkretisierung des Verhältnisses von Freiheitsverbürgung und Freiheitsbegrenzung*, nach welchen sich auch der im äußersten Falle zu wahrnehmende Wesensgehalt bestimmen läßt.

a) Unter diesem Blickwinkel ist an erster Stelle die Besinnung auf *Eigenart und Funktion der Grundrechte* Richtschnur und Maßstab. Nach ihrer geschichtlichen Entwicklung sind die Grundrechte in ihrem wesentlichen Gehalt Menschen- und Bürgerrechte des Einzelnen.<sup>140</sup> Von hier aus dienen sie primär der Gewährleistung freier Selbstbestimmung in typischerweise besonders gefährdeten Lebensbereichen gegenüber der öffentlichen Gewalt, sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie und selbstverantwortliche Entfaltung, Mitwirkung und Mitgestaltung des Einzelnen im Gemeinwesen.<sup>141</sup> Im Vordergrund stehen Autonomie, Schutz und Entfaltung der *einzelnen Person*. Der individualrechtlich-personale Ansatz gewinnt Gestalt auch in einer Deutung des Wesensgehalts, die dem Grundrecht, so weit es um seine Funktion zur Freiheitssicherung und -entfaltung des Einzelnen geht, einen besonders ausgeprägten Schutz bis hin zur Unantastbarkeit eines letzten Bereichs menschlicher Freiheit angedeihen läßt und die Befugnis des Gesetzgebers zur Begrenzung um so weiter zieht, je mehr die Freiheit des Grundrechtsträgers in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht.<sup>142</sup> Danach ist die Frage nach dem Wesensgehalt stets und in erster Linie eine solche der Wahrung der Freiheit des Einzelnen, nicht der Erhaltung einer durch verselbständigte Objektivierungen begründeten „Normenkomplexes“.

Dieser Ansatz ist freilich nicht dahin zu verstehen, als liefe er auf ein Verständnis des Wesensgehalts hinaus, das auf den Schutz der Privat- oder Intimsphäre beschränkt bliebe.<sup>143</sup> Der personale Grundzug der Grundrechte verweist diese keineswegs in die Grenzen der Privatheit. Namentlich die Kommunikationsgrundrechte der Art. 5, 8 und 9 GG sind weithin auf öffentliches Wirken angewiesen.<sup>144</sup> Ob und in welchem Umfang das Heraustreten aus dem privaten Bereich zum Wesensgehalt der Grundrechte gehört, ist zuvörderst aufgrund einer Normbereichsanalyse festzustellen.<sup>145</sup> Das individualrechtlich-personale Verständnis bezeichnet lediglich die Richtung der Fragestellung: Wesentlich ist die Selbstbestimmung des Einzelnen, nicht eine staatliche oder soziale Fremdbestimmung des rechten Grundrechtsgebrauchs.<sup>146</sup>

b) Es hängt mit der individualrechtlich-personalen Deutung der Grundrechte zusammen, wenn auch die *Achtung der Menschenwürde* die Bestimmung des Wesensgehalts zu leiten vermag. Auf sie ist die Anerkennung unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte gegründet (Art. 1 Abs. 2 GG). Sie ist Ausdruck der Erkenntnis, daß *jedem* Menschen um seinetwillen ein *Mindestmaß* an Eigenständigkeit und sozialer Achtung zukommt. Dieses Mindestmaß ist im jeweiligen Garantiebereich vom Wesensgehalt der Grundrechte miterfaßt, ohne daß sich dieser darin erschöpft.<sup>147</sup>

Aus dieser Sicht schützt etwa der Wesensgehalt des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit vor Folter, Vernichtung sogenannten „unwerten“ Lebens oder zwangsweisen Versuchen an Menschen, verbietet der Wesensgehalt des Persönlichkeitsrechts die Zerstörung der Persönlichkeit eines Häftlings ebenso wie schwere psychische Schädigung, gebietet der Wesensgehalt des Grundrechts der Freiheit der Person einen dem Resozialisierungsgedanken verpflichteten menschenwürdigen Strafvollzug und bei Verurteilung zu lebens-

länglicher Freiheitsstrafe die Gewährung der Chance, die Freiheit einmal wiederzuerlangen, gewährleistet der Wesensgehalt der Meinungsfreiheit einen elementaren Bereich der persönlichen Meinungsäußerung und Information, verwehrt der Wesensgehalt der Berufsfreiheit den Zwang, auf Dauer keinerlei Art von Erwerbstätigkeit ausüben zu dürfen.<sup>148</sup>

Insoweit lassen sich Anhaltspunkte für die Bestimmung des Wesensgehalts eines Grundrechts auch im Wege der *Rechtsvergleichung*<sup>149</sup> gewinnen. Namentlich die „absoluten“ Gewährleistungen und Verbote gemäß Art. 15 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Recht auf Leben, Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, Verbot der Sklaverei und Leibesenschaft, Verbot rückwirkender Strafgesetze) sowie die zwingenden Normen des allgemeinen Völkerrechts („ius cogens“) können dabei als Auslegungshilfen dienen. Freilich

<sup>140</sup> BVerfGE 50, S. 290 (336 f.) = EuGRZ 1979, 121 (132); 61, S. 82 (100 f.) = EuGRZ 1982, 321 (322); BVerfG EuGRZ 1985, S. 149 (150) – Zahntechnikerinnung.

<sup>141</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 279 ff., 283 ff.; ders., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427–438 (430 f.); ders., Bestand und Bedeutung, in: E. Benda u. a. (Fußn. 46), S. 79–106 (91); J. P. Müller (Fußn. 130), S. 1 ff.; BVerfGE 50, S. 290 (336 f.) = EuGRZ 1979, 121 (132); 61, S. 82 (101) = EuGRZ 1982, 321 (322); BVerfG EuGRZ 1985, S. 149 (150).

<sup>142</sup> Ausgeführt für das Eigentum, die Berufsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit in BVerfGE 50, S. 290 (340 f., 353 f., 362 f.) = EuGRZ 1979, 121 (133, 137, 139). – Von diesem Ansatz her werden auch die aktuellen Probleme zu beurteilen sein betreffend Reichweite und Schranken der menschlichen Selbstbestimmung am Lebensende (vgl. BGH NJW 1984, S. 2639 ff. zur Straflosigkeit passiver ärztlicher Sterbehilfe im Gewissenskonflikt zwischen der Verpflichtung zum Lebensschutz und der Achtung des Selbstbestimmungsrechts; dazu allgemein und mit einem gesetzgebungspolitischen Vorschlag Oliver C. Brändel, Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen, ZRP 1985, S. 85–92) sowie die vielfältigen grundrechtlichen Grenzfragen im Zusammenhang mit neueren Entwicklungen auf dem Gebiet der Humangenetik, insbesondere zu den Risiken und Chancen der Gentechnologie (s. Ernst-Ludwig Winnacker, Gene und Klone. Eine Einführung in die Gentechnologie, 1984); vgl. zum letzten auch E. Benda, Erprobung... (Fußn. 46), der freilich auf die Menschenwürde als Maßstab zurückgreift.

<sup>143</sup> So zu Unrecht H. Krüger (Fußn. 24), S. 59. Dazu kritisch insoweit auch E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 12.

<sup>144</sup> S. Rudolf Steinberg/Georg Herbert, Grenzen politischer Meinungsäußerung auf der Straße, JuS 1980, S. 108–115 (112 m. Anm. 49).

<sup>145</sup> S. oben 1.

<sup>146</sup> Im Ansatz bedenklich deshalb H. Krüger (Fußn. 24), S. 59 f.; zutr. dagegen E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 12.

<sup>147</sup> S. oben III 3 a und c sowie IV 1. – Verfehlt ist es freilich, wenn über einen materiell aufgeladenen Begriff der Menschenwürde verfassungsrechtlich nicht legitimierte „Würdekonzepte“ eingeführt werden, die dem Prinzip der Selbstverantwortung des Einzelnen zuwiderlaufen.

<sup>148</sup> S. auch – mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission für Menschenrechte – J. P. Müller (Fußn. 130), S. 149 ff.; ferner Hess. StGH DVBl. 1974, S. 940 (943).

<sup>149</sup> Ebenso P. Häberle (Fußn. 18), S. 258 ff., 407 ff. („Fortschreibung 1982“); zu möglichen Erträgen vgl. etwa die Übersichten von Jochen Abr. Frowein, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der neueren Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1980, S. 231–237; Manfred A. Dause, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JöR n. F. 31 (1982), S. 1–22; aus der Rechtsprechung z. B. EGMR EuGRZ 1975, S. 298 (300) – belgischer Sprachenstreit; 1981, S. 559 (560) – closed shop; EuGH Slg. 1974, S. 491 (507 f.) = EuGRZ 1974, 3 – Nold; 1979, S. 3727 (3747 ff.) = EuGRZ 1979, 659 – Hauer; 1980, S. 2033 (2059 f.) = EuGRZ 1980, 490 – National Panasonic.

bezeichnen auch diese Garantien nicht mehr als einen Minimalstandard, der hinter dem durch Art. 19 Abs. 2 GG verbürgten Schutz durchweg zurückbleibt.

c) Endlich bedarf das vorherrschende rein materiellrechtliche Verständnis des Wesensgehalts der Ergänzung um *verfahrens- und organisationsmäßige Elemente*.<sup>150</sup> Die Gestaltung insbesondere des gerichtlichen Verfahrens hat zu gewährleisten, daß jegliches „Antasten“ des Wesensgehalts eines Grundrechts wirkungsvoll abgewehrt werden kann. Soll der Einzelne nicht „als Objekt“ behandelt werden, muß ihm rechtliches Gehör gewährt und die Möglichkeit eingeräumt sein, seinen materiellen Anspruch effektiv durchzusetzen; übermäßige verfahrensrechtliche Erschwerungen, eine überlange Verfahrensdauer<sup>151</sup> oder der Abbau prozessualer Mindestgarantien stoßen an die Grenze des Wesensgehalts. Ferner sind die Grundrechte selbst zu ihrer Entfaltung in der sozialen Wirklichkeit vielfach auf Sicherung und Verwirklichung durch Verfahren und Organisation angewiesen. Soweit diese Mittel – die freilich nicht Selbstzweck sind, sondern stets dienende Funktion haben – zum Wirksamwerden der Grundrechte erforderlich sind, hat sie der Gesetzgeber in einer deren Wesen entsprechenden Weise bereitzustellen.

3. Die vorstehenden Ausführungen lassen bereits Umrisse des *Standorts der Wesensgehaltsgarantie* im Dreieck von Gewährleistung, gesetzlicher Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte erkennen, die im folgenden zu präzisieren sind.

a) *Positiv* muß die Besinnung auf den je spezifischen Wesensgehalt der Grundrechte Maxime ihrer Auslegung sein. In diesem Verständnis ist der Wesensgehalt nicht, wie es aus einer „Schrankensicht“ erscheinen mag, als nach vorangegangener Zweck-Mittel-Prüfung verbleibender „Restgehalt“ lediglich negativ besetzt. Er kann vielmehr als Leitprinzip dienen bei der Klärung der Frage, in welchem Maße der sachliche Gehalt des Grundrechts aufgrund seiner wesensgemäßen Struktur und Funktion Bewahrung beansprucht und Entfaltung verdient. In dieser Richtung verknüpft sich die Wesensgehaltsgarantie mit dem in Art. 19 Abs. 3 GG vorausgesetzten „Wesen“ der Grundrechte.<sup>151</sup>

b) Soweit Grundrechte der rechtlichen *Ausgestaltung* der durch sie gewährleisteten Lebensverhältnisse und Lebensbereiche bedürfen, bewirkt erst der Gesetzgeber durch Normierung inhaltlicher, organisatorischer und prozessualer Regeln und Formen, daß das Grundrecht reale Wirksamkeit entfaltet. In diesem Zusammenhang hat die Redeweise von einer „Ausstattung“ der Grundrechte mit Wesensgehalt eine Berechtigung.<sup>152</sup> Freilich muß die gesetzliche Regelung auf die Entfaltung des sachlichen Gehalts, den das Grundrecht gewährleisten will,<sup>153</sup> unter Wahrung seiner Eigenart und Funktion<sup>154</sup> gerichtet sein. Von hier aus entwickelt der Wesensgehalt der Grundrechte zugleich zielbestimmende Kraft.

So haben die ausgestaltenden Regelungen des Ehe- und Familienrechts den wesentlichen Strukturprinzipien dieser Lebensverhältnisse gerecht zu werden.<sup>155</sup> Einfachrechtliche Normen, durch die das öffentliche Wirken von Vereinigungen im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit, ihrer Mitglieder und dritter Betroffener sichergestellt wird,<sup>156</sup> müssen sich davon leiten lassen, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeiten eines geordneten Vereinslebens und schutzwürdiger sonstiger Belange zu ermöglichen und zu erhalten.<sup>157</sup> Die Garantie des Eigentums kann wirksam werden erst in rechtlichen Ordnungen, die seinen Gebrauch gestatten, ohne Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis zu beseitigen.<sup>158</sup> Die Rundfunkfreiheit bedarf einer gesetzlichen Ausgestaltung, welche die Vielfalt der bestehenden Meinungen zur Sprache

kommen läßt und auf diese Weise umfassende Information zu bewirken geeignet ist.<sup>159</sup>

c) Im Falle von Grundrechtsbegrenzungen ebenso wie bei Grundrechtskollisionen<sup>160</sup> verhindert das *Prinzip verhältnismäßiger Zuordnung*<sup>161</sup> in aller Regel zugleich, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet wird. Läßt sich nämlich die Interpretation von Begrenzungen der Grundrechte durch andere Grundrechte oder aufgrund eines Gesetzesvorbehalt von der Maxime leiten, beide Schutzzüge zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen, so wird der Wesensgehalt des Grundrechts erhalten bleiben müssen.<sup>162</sup> Dabei kann es, wenn die Begrenzung im Interesse einer 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. Ist eine solche Kollisionslage hingegen nicht gegeben, werden namentlich mit dem begrenzenden Gesetz staatliche Interessen verfolgt, die sich nicht unmittelbar grundrechtlich legitimieren lassen, so bedeutet verhältnismäßige Zuordnung, daß der Wesensgehalt des Grundrechts nicht angetastet werden darf; insoweit wirkt der Schutz des je konkreten Wesensgehalts also „absolut“.

<sup>150</sup> Vgl. hierzu neuerdings BVerfGE 61, S. 82 (113) = EuGRZ 1982, 321 (325): Der Wesensgehalt eines Grundrechts kann betroffen sein, „wenn jeglicher Störungsabwehranspruch, den die Rechtsordnung zum Schutze eines Grundrechts einräumt, materiellrechtlich beseitigt oder wenn verfahrensrechtlich verwehrt wird, ihn wirkungsvoll geltend zu machen“; s. auch bereits BVerfGE 37, S. 132 (148) Mietrecht (Durchsetzbarkeit als wesentlicher Zug des Rechts) sowie die Nachw. in BVerfGE 53, S. 30, 69 (71 ff.) = EuGRZ 1980, 57 (68 f.) – abw. Meinung (Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren). – Den Verfahrensaspekt ebenfalls ausdrücklich in den Wesensgehalt einschließend jetzt P. Häberle (Fußn. 18), S. 375, 423 („Fortsetzung 1982“). Zur grundrechtlichen Verankerung des Verfahrensgedankens umfassend Helmut Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; Gertrude Lübbe-Wolff, Stufen des Grundrechtsschutzes gegen Verfahrensverstöße, in: Jürgen Schwarze/Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht. Werner von Simson zum 75. Geburtstag, 1983, S. 137–165.

<sup>151</sup> S. dazu EGMR EuGRZ 1978, S. 406 (417 ff.) – Dr. König.

<sup>152</sup> Dazu zuletzt Herbert Bethge, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 104 (1979), S. 54–111 und 265–298; Dieter Subr, Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, S. 529–546 (543 f.); BVerfGE 61, S. 82 (101 ff.) = EuGRZ 1982, 321 (322); BVerfG EuGRZ 1985, S. 149 (150).

<sup>153</sup> S. oben III 3 b und c.

<sup>154</sup> S. oben 1.

<sup>155</sup> S. oben 2 a.

<sup>156</sup> BVerfGE 31, S. 58 (69 f.). – Diese Prinzipien stehen freilich nicht ein für allemal fest, sondern sind wandelbar im Lauf der Zeit (s. unten 4); im Ansatz insoweit zutreffend, aber überzogen in den Folgerungen Wolfgang Zeidler, Ehe und Familie, in: E. Benda u. a. (Fußn. 46), S. 555–607 (588 ff., 594), wenn das Wesen der Ehe in einer „Garantie- und Gewährleistungsfunktion“ für den Bestand der Gesellschaftsordnung gesehen und ihrer „wertbezogenen Hervorhebung“ für Gegenwart und Zukunft die innere Rechtfertigung abgesprochen wird mit der schlichten Behauptung, daß sie diese Funktionen heute nicht mehr erfüllen; solcher (über)betont institutionell-funktionalen, die gesellschaftliche Bedeutung der Ehe verabsolutierenden Sichtweise gerät die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen aus dem Blick (s. hierzu schon oben III 2).

<sup>157</sup> BVerfGE 50, S. 290 (354 f.) = EuGRZ 1979, 121 (137).

<sup>158</sup> BVerfGE 50, S. 290 (339 ff.) = EuGRZ 1979, 121 (133 f.).

<sup>159</sup> BVerfGE 57, S. 295 (319 ff.) = EuGRZ 1981, 295 (301 f.).

<sup>160</sup> Dazu Lothar Fohmann, Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtssbereich, EuGRZ 1985, S. 49–62.

<sup>161</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 72 und 317 f.

<sup>162</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 332 ff.; s. auch oben IV 3.

Mithin muß der gefährliche Geisteskranke selbst einen vollständigen Entzug seiner persönlichen Freiheit hinnehmen, wenn seine dauernde Unterbringung zum Schutz des Lebens Dritter erforderlich ist. Den mit einer Kontaktsperrre einhergehenden weitgehenden Beschränkungen steht die Wesensgehaltsgarantie nicht entgegen, wenn und soweit sie geboten sind, um Leben oder persönliche Freiheit eines in der Gewalt von Terroristen befindlichen Menschen zu schützen. Hingegen lässt sich eine Aushöhlung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses durch Interessen des Staatsschutzes allein nicht rechtfertigen. Ebenso wird der Wesensgehalt der Informationsfreiheit angetastet, wenn in anderen Staaten allgemein zugängliche Publikationen von den Grenzbehörden eingezogen oder Rundfunksendungen ausländischer Stationen den Bürgern im Inland vorenthalten werden.

4. *In der Zeit* ist der anhand der dargelegten Richtpunkte zu ermittelnde Wesensgehalt eines Grundrechts weder eine unverrückbare Größe, noch lässt er sich mit beliebigen Inhalten speisen.

Die Grundrechte sind auf die soziale Wirklichkeit bezogen, die stetem geschichtlichem Wandel unterliegt. Im Vorgang ihrer „Konkretisierung“<sup>163</sup> bleibt ihr sachlicher Gehalt von sozialem Wandel nicht unberührt.<sup>164</sup> Soweit die Verfassung „offen“<sup>165</sup> ist und durch den Text der Norm begrenzte Auslegung ihres Inhalts mit dem Blick auf die reale Umwelt zuläßt und ermöglicht, trägt das nicht zu ihrer allmählichen Auflösung, sondern zu ihrer „Verstetigung“ bei.<sup>166</sup> Solcher Normwandel macht auch vor dem Wesensgehalt nicht halt. Was dem konkreten Grundrecht „wesentlich“ im hier zugrundegelegten Sinne ist, steht nicht in jeder Hinsicht ein für allemal fest.<sup>167</sup> Der Wesensgehalt ist nicht als der gleichsam versteinerte Kern eines Grundrechts zu verstehen. Vielmehr hat auch der jeweilige Wesensgehalt, wenngleich mit gebremster Dynamik, teil an der Entwicklung des Grundrechts trotz unveränderten Wortlauts der Norm und ist damit zugleich aufgeschlossen für neuartige Fragestellungen.

Diese Eigenart tritt deutlich hervor namentlich beim Eigentum, dessen Wesensgehalt sich von einer Garantie freien Herrschaftsbeliebens<sup>168</sup> zur Gewährleistung von Privatnützigkeit und „grundsätzlicher“ Verfügungsbefugnis<sup>169</sup> gewandelt hat und dessen Inhalt vom Sacheigentum über andere vermögenswerte private Rechte auf bestimmte existenzsichernde vermögenswerte Positionen aufgrund öffentlichen Rechts wie etwa gesetzliche Renten und Rentenanwartschaften erstreckt wurde.<sup>170</sup> Ein Wandel gegenüber überkommenen Auffassungen wird ferner erkennbar in der grundsätzlichen Anerkennung eines grundrechtlich fundierten Anspruchs auf Erhaltung des Existenzminimums<sup>171</sup> oder eines menschenwürdigen Strafvollzugs mit dem Ziel der Resozialisierung des Strafgefangenen.<sup>172</sup> Und als Antwort auf gewandelte Verhältnisse lassen sich etwa verstehen die Begründung staatlicher Schutzwilten für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bei Gefährdungen von höchster Intensität<sup>173</sup> sowie die wachsende Bedeutung des Grundrechts für das Immissionsschutzrecht.<sup>174</sup>

Auf der anderen Seite ist der Wesensgehalt eines Grundrechts kein unerschöpflicher Quell, aus dem stets neue Inhalte hervorkämen oder entnommen werden könnten. Soweit es um den Schutz der Grundrechte des Einzelnen gegen den Zugriff der öffentlichen Gewalt geht, kann Art. 19 Abs. 2 GG seine Funktion als letzte Reserve über die Zeit hinweg nur dann bewahren, wenn er nicht abgenutzt wird durch übermäßigen Gebrauch. Ein *unmittelbarer* Rückgriff auf die Wesensgehaltsgarantie ist in aller Regel entbehrlich, wenn die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf den sachlichen Gehalt des Grundrechts Bedacht nimmt.<sup>175</sup> Bereits auf diese Weise lässt sich auch einer fortschreitenden „Einkreisung des Grundrechts“ beitreten wehren.<sup>176</sup> Die praktische Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG wird von hier

aus auf besonders qualifizierte Einzelfälle beschränkt bleiben, für welche die Bezeichnung als „ernsthafte Verfassungsrüttungen“<sup>177</sup> angebracht sein mag.<sup>178</sup> Auch in seiner *mittelbaren* Wirkung als Direktive richterlicher Auslegung von Gewährleistungsinhalten und gesetzlicher Ausgestaltung grundrechtsgeprägter Lebensverhältnisse<sup>179</sup> ist der je konkrete Wesensgehalt kein Blankett, das mit bestimmten programmatischen Aufträgen oder sozialen Ordnungsvorstellungen und Verhaltenserwartungen aufgefüllt werden dürfte. Vielmehr geht es stets um die freie Entfaltung und Wahrung der Persönlichkeit des Einzelnen im privaten Bereich und im Gemeinwesen, was zugleich Erhaltung und Entwicklung der Grundbedingungen solcher Autonomie voraussetzt.

5. Aus dem dargelegten Befund erhellt, daß für die Bestimmung des je konkreten Wesensgehalts das jeweilige *Grundrechtsverständnis* nicht ohne Einfluß ist. Auch in umgekehrter Richtung mag die Deutung der Wesensgehaltsgarantie gewisse grundrechtstheoretische Rückschlüsse nahelegen. Die verschiedenen Auffassungen zu Inhalt und Bedeutung der Grundrechte sind an dieser Stelle nicht im einzelnen zu verfolgen.<sup>180</sup> Unter dem hier eingenommenen Blickwinkel lassen sich lediglich einige Einsichten grob skizzieren.

<sup>163</sup> S. o. Fußn. 47.

<sup>164</sup> Zu den Grenzen des „Verfassungswandels“ s. Konrad Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Horst Ehmke u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 1973, S. 123-141 (136 ff.); F. Müller (Fußn. 47), S. 153 ff.; Wilfried Fiedler, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, 1972, S. 50 ff.

<sup>165</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 19 ff., 36 ff.

<sup>166</sup> Hermann Heller, Staatslehre, 1934, unv. Nachdruck 1970, S. 257 f.

<sup>167</sup> Vgl. P. Häberle (Fußn. 18), S. 214 ff.; E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 10 f.; A. Kaufmann (Fußn. 31), S. 394 f.; ähnlich schon P. Lerche (Fußn. 24), S. 250; a. A. offenbar L. Schneider (Fußn. 22), S. 188 f., 245 u. ö.

<sup>168</sup> M. Wolff (Fußn. 9), S. IV 6; C. Schmitt, Verfassungslehre (Fußn. 9), S. 172 f.

<sup>169</sup> BVerfGE 50, S. 290 (339) = EuGRZ 1979, 121 (133); 58, S. 300 (345) = EuGRZ 1982, 120 (128).

<sup>170</sup> BVerfGE 32, S. 111, 129 (141 ff.) – Österreichfälle, abw. Meinung; 40, S. 65 (82 ff.) = EuGRZ 1976, 43 (46) – Knappschaftsrente; 53, S. 257 (289 ff.) = EuGRZ 1980, 118 (127) – Versorgungsausgleich.

<sup>171</sup> BVerfGE 1, S. 159 (160 f.); s. auch W. Hamel (Fußn. 24), S. 36 m.w.N., 38; E. Benda, Die Menschenwürde (Fußn. 46), S. 115.

<sup>172</sup> BVerfGE 45, S. 187 (228 f., 238 ff.) = EuGRZ 1977, 267 (278, 281); s. auch E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 10.

<sup>173</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41 f.) = EuGRZ 1975, 126 (139 f.); 46, S. 160 (164 f.) = EuGRZ 1977, 426 (427) – Schleyer; 56, S. 54 (73) = EuGRZ 1981, 225 (228).

<sup>174</sup> Vgl. E. Schmidt-Aßmann (Fußn. 130); E. Denninger (Fußn. 13), Rdnr. 11; BVerfGE 49, S. 89 (137 ff.) = EuGRZ 1978, 553 (566 f.); 53, S. 30 (57 ff.) = EuGRZ 1980, 57 (65 f.); 56, S. 54 (73 ff.) = EuGRZ 1981, 225 (228 f.).

<sup>175</sup> S. oben 1 und 3 c.

<sup>176</sup> P. Lerche (Fußn. 24), S. 244.

<sup>177</sup> P. Lerche (Fußn. 24), S. 236.

<sup>178</sup> Deshalb besteht kein Anlaß, Art. 19 Abs. 2 GG als letzte Verteidigungslinie preiszugeben zugunsten eines allgemeinen „Verfassungsvorbehals der Grundrechte“, so aber offenbar W. Schmidt (Fußn. 29), S. 515, 521 f. Im Gegenteil: Bei einer (wünschenswerten) Zurücknahme der – nicht zuletzt auf extensiver Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beruhenden – Prüfungsintensität gegenüber Gesetzesrecht, die das Verfassungsrecht zu überanstrengen, den politischen Prozeß zu lähmen und das Bundesverfassungsgericht zu überlasten droht, gewinnt der Gedanke des Wesensgehalts seinen eigentlichen und bleibenden Sinn.

<sup>179</sup> S. oben 3 a und b.

<sup>180</sup> S. dazu Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457-468; D. Subr (Fußn. 151), S. 529 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529-1538. – In aller Regel geht es nicht um geschlossene „Theorien“, sondern um die je verschiedene Betonung von Gesichtspunkten und Elementen in unterschiedlichen Zusammenhängen.

Daß nach der bis in die Weimarer Zeit überkommenen Auffassung, grundrechtliche Freiheit sei einfach „Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“, die Garantie eines Wesensgehalts gegenstandslos war, liegt auf der Hand. Wenn Grundrechte nichts anderes sind als eine Ausprägung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und eine Bindung des Gesetzgebers an die Gewährleistungen nicht besteht,<sup>181</sup> bedarf es keiner Sicherung gegen dessen übermäßigen Zugriff. Aber auch einem Verständnis, welches grundrechtliche Freiheit als dem Staat vorausliegend für „prinzipiell unbegrenzt“ hält und in den Grundrechten *Ausgrenzungen* einer „staatsfreien Sphäre“ sieht,<sup>182</sup> muß die Vorstellung eines Wesensgehalts von Grundrechten fremd bleiben. Prinzipiell unbegrenzte Freiheit kann weder eine „wesensgemäße“ Grenze in sich tragen,<sup>183</sup> noch erlaubt solche Sicht, aus den Grundrechten inhaltliche Direktiven zu gewinnen, die für die Ausgestaltung eines rechtlich zu ordnenden Lebensbereichs nutzbar zu machen wären.<sup>184</sup> Freiheit im Sinne der grundrechtlichen Freiheitsrechte ist hiernach kein Rechtsinstitut.<sup>185</sup> Der rechtliche „Gehalt“ der Verbürgung *erschöpft* sich in der „Aufrichtung von Bereichen, vor denen die Staatsgewalt hält macht“,<sup>186</sup> und in dem Verbot, das Freiheitsrecht „als solches“ zu beseitigen.<sup>187</sup> Sofern in diesem Gerüst der Gedanke eines Wesensgehalts Raum findet, ist er als reine Quantität auf die Abschirmung eines letzten Bereichs individueller Beliebigkeit beschränkt.

Demgegenüber tut sich eine *institutionelle* Deutung der Grundrechte mit dem Wesensgehalt nicht schwer. Indem grundrechtliche Freiheit auf institutionell gewährleistete Lebensbereiche und auf die sie anreichernden Normenkomplexe bezogen wird, gewinnt sie nicht nur Richtung und Maß, sondern auch Inhalt und Aufgabe. Die Garantie des Wesensgehalts ist nicht lediglich ausgrenzender „Umbau“ der grundrechtlichen Freiheit, sondern liegt in ihr selbst verschlossen. Aus der rechtlichen Ordnung der jeweiligen Lebensbereiche erwächst der Wesensgehalt der betroffenen Grundrechte.<sup>188</sup> Er ist das Kernstück der den Grundrechten zugeordneten unterverfassungsrechtlichen Normenkomplexe, trägt deren typische und charakteristische Züge und hat damit positive Gestalt.<sup>189</sup> – An dieser Sicht besticht, daß ihr zufolge das Wesen grundrechtlicher Freiheit nicht mit individueller Willkür gleichgesetzt, sondern in die soziale Wirklichkeit eingebunden ist. Der Ansatz erlaubt, die Fragen nach der *real* gewährleisteten Freiheit und der Teilhabe des Einzelnen am politischen Prozeß vom Grundrecht her zu stellen und grundrechtliche Lebensbereiche „wesensgemäß“ einzurichten.<sup>190</sup> Aber solches Wesen der Grundrechte neigt dazu, entweder in der gegebenen Lage zu verharren oder sich mit nahezu beliebigen Inhalten auffüllen zu lassen.<sup>191</sup> Und in den zerfließenden Grenzen zwischen Freiheit und Bindung droht auch der Wesensgehalt unterzugehen.

Alldem sucht ein Verständnis zu entgehen, welches in den Grundrechten in erster Linie *Abwehrrechte* des Einzelnen gegen staatliche Gewalt erblickt,<sup>192</sup> ohne ihr Potential zur positiven Aktualisierung der Freiheit zu übersehen.<sup>193</sup> Es begreift den Wesensgehalt nicht als ausgegrenzte „Kern“-Substanz, sondern erkennt in ihm den letzten Grund und die zu wahrende Chance menschlicher Selbstentfaltung. Diese Deutung unterscheidet sich von Modellen sozialgebundener Freiheit ebenso sehr wie von einer rein individualistischen Sicht der Grundrechte. Sie verweist den Gesetzgeber zur Verwirklichung seiner Ziele im Grundrechtsbereich auf die differenzierten Gesetzesvorbehalte als maßgebliche Titel, ohne ihn durch eine starre Grenze des Wesensgehalts zu lähmen. Sie sucht – ohne inhaltliche Vorgabe eines bestimmten (erwünschten) Grundrechtsgebrauchs – die Aktualisierung der Freiheit in dem Maße unbedingt zu gewährleisten, dessen der Einzelne zu persönlicher Selbstentfaltung und sozialer Mitwirkung im Rahmen des jeweiligen grundrechtlich garantierten Lebensbereichs bedarf, was je nach der Eigenart des

Grundrechts besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der rechtlichen Ordnung einschließen kann. Dieses Verständnis steht damit zugleich im Dienst einer Ordnung und Entwicklung des Gemeinwesens in Freiheit, das auf rechtlich ausgestalteten und geschützten Bereichen der Unabhängigkeit, der spontanen Selbstentfaltung und der Selbstgestaltung individuellen und sozialen Lebens beruht.<sup>194</sup>

## VI. THESEN

1. Die Gewährleistung des Wesensgehalts ist eine eindeutige Stellungnahme zugunsten materialer Begrenzung des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich. Ihr Inhalt und ihre Reichweite lassen sich nicht durch eine abstrakte und generelle Formel bestimmen. Die Formulierung eines „negativen“ Wesensgehaltsbegriffs von der Schranke des Art. 19 Abs. 2 GG her bleibt inhaltlich unergiebig. Seine Aufladung mit materiellen Elementen erweist sich bald als Überspielung, bald als Überwölbung der Verfassung.

2. In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts wird die der Wesensgehaltsgarantie zugeschriebene Sicherungsaufgabe bereits im Vorfeld und weithin in funktionaler Äquivalenz durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz übernommen. So weit die Rechtsprechung Freiheitsrecht und begrenzendes Rechtsgut durch „Güterabwägung“ zuzuordnen sucht, fehlt es an einem inhaltlichen Maßstab der Verfassung. Die selbständige Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG tritt mehr und mehr zurück.

3. Aus dem Gedanken eines Wesensgehalts der Grundrechte lassen sich materielle Zielvorgaben zur Konkretisierung des Verhältnisses von Freiheitsverbürgung und Freiheitsbegrenzung gewinnen. Der je konkrete Wesensgehalt ist auf der Grundlage des sachlichen Geltungsgehalts des Grundrechts zu entwickeln. Er gewinnt Gestalt in einer individualrechtlich-personalen Deutung, die dem Grundrecht, soweit es um seine Funktion zur Freiheitssicherung und -entfaltung des Einzelnen geht, einen besonders ausgeprägten Schutz angedeihen läßt und die Befugnis des Gesetzgebers zur Begrenzung um so weiter zieht, je mehr die Freiheit des Grundrechtsträgers in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht. In dieser Sicht ist der Wesensgehalt eines Grundrechts weder eine unverrückbare Größe, noch läßt er sich mit beliebigen Inhalten speisen. Über die Zeit hinweg zu wahren und zu ermöglichen ist die persönliche Selbstentfaltung und soziale Mitwirkung des Einzelnen im Rahmen der jeweiligen grundrechtlich garantierten Lebensbereiche.

<sup>181</sup> S. oben II.

<sup>182</sup> Der Grund ist nach C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Fußn. 9), das „fundamentale rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“ (a.a.O., S. 23, 31, 125 f., 158 f.).

<sup>183</sup> E. Grabitz (Fußn. 24), S. 57.

<sup>184</sup> Vgl. hingegen etwa Ulrich Scheuner, *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatsaktivität*, DÖV 1971, S. 505–513.

<sup>185</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Fußn. 9), S. 171.

<sup>186</sup> Ernst Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDSrL 12 (1954), S. 8–36 (18).

<sup>187</sup> C. Schmitt, Inhalt und Bedeutung . . . (Fußn. 9), S. 592.

<sup>188</sup> P. Häberle (Fußn. 18), S. 58 ff., 183, 201. S. näher oben III 3 b.

<sup>189</sup> P. Lerche (Fußn. 24), S. 240 f.

<sup>190</sup> S. auch D. Suhr (Fußn. 151), S. 536 f.

<sup>191</sup> Diese Tendenz wird erkennbar etwa bei W. Hamel (Fußn. 24), S. 24, 26, 29; deutlicher noch H. Krüger (Fußn. 24): Wesensgehalt als „Gebrauchsanweisung“ für die Freiheit (a.a.O., S. 54), beschränkt auf den „öffentlichen“ Bereich der Grundrechte (a.a.O., S. 59).

<sup>192</sup> B. Schlink (Fußn. 180), S. 457 ff.

<sup>193</sup> K. Hesse (Fußn. 1), Rdnr. 288.

<sup>194</sup> K. Hesse (Fußn. 16), S. 87 f.