

**Özgürlükler Düzeni Olarak
ANAYASA - VERFASSUNG
als Freiheitsordnung**

Festschrift für zum 65. Geburtstag

Fazıl Sağlam

65. Yaş Armağanı

Yayına Hazırlayanlar / Herausgegeben von

Osman Can / A. Ülkü Azrak

Yavuz Sabuncu / Otto Depenheuer / Michael Sachs

Türk-Alman
Kamu Hukukçuları
Forumu Yayını

Veröffentlichung des
Deutsch-Türkischen
Staatsrechtlerforums

**Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte des
Grundgesetzes**

Martin Ibler *

1. Historische und normative Grundlagen

Das deutsche Grundgesetz von 1949 (GG) schützt die persönliche Freiheit der Menschen durch Grundrechte des Einzelnen gegen den Staat so stark wie keine deutsche Verfassung zuvor. Mit dieser Feststellung möchte ich auf zwei wichtige Merkmale der deutschen Grundrechtsdogmatik aufmerksam machen. Erstens konzentriert sich die Rechtsmacht, die eine Person durch Grundrechte erhält, auf einen Schutz gegen die Staatsgewalt. Die Grundrechte des GG sind also keine Rechte des einen Bürgers gegen den anderen – wenngleich sie als Maßstäbe für eine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts auch für Rechtsverhältnisse der Menschen untereinander wichtig sind. Zweitens bedeutet ein starker Schutz gegen den Staat, dass die Grundrechte jede Ausübung staatlicher Hoheitsmacht mäßigen, die Verwaltung, die Rechtsprechung und die Gesetzgebung.¹ Dieser starke Grundrechtsschutz ist vor allem eine Reaktion auf die nationalsozialistische Diktatur von 1933 bis 1945, in der Grundrechte Einzelner gegen den Staat keinen Platz gehabt hatten. Deshalb beginnt unser heutiger Verfassungstext gleich mit einem ausführlichen Grundrechtekatalog (Art. 1-19 GG). Das Grundgesetz unterscheidet sich dadurch von früheren rechtsstaatlichen deutschen Verfassungen. So enthielt die demokratische Verfassung der Weimarer Republik (1919-1932) erst in ihrem zweiten Teil einen Grundrechtekatalog. In den noch weiter zurückliegenden Verfassungen des deutschen Kaiserreichs (1871-1918) und des Norddeutschen Bundes (1866-1871) fanden sich gar keine Grundrechte² (wohl aber in

* Prof. Dr., Universität Konstanz. Vortrag, gehalten im April 2005 an der Universidad Santo Tomás in Bogotá und in Tunja (Kolumbien).

¹ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Bindung des parlamentarischen Gesetzgebers an die Grundrechte.

² Vgl. dazu *Manfred Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 295 f.

der einfachgesetzlichen Rechtsordnung, z. B. die Gewerbefreiheit in der Gewerbeordnung).³

Schon ein Blick auf den ersten Artikel des Grundgesetzes verdeutlicht den Willen der Verfassungsgeber von 1949 zu einem starken Grundrechtsschutz. In Art. 1 Abs. 3 GG heißt es: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“.⁴ Dieser Satz bestimmt den höheren Rang der Grundrechte in der Normenhierarchie des deutschen Rechts, gerade auch im Vergleich zu Gesetzen des Parlaments. Dieser höhere Rang wird durch andere Vorschriften der Verfassung bestätigt. So können die Grundrechte – anders als einfache Gesetze – nur mit einer 2/3-Mehrheit von Bundestag und Bundesrat geändert werden (vgl. Art. 79 Abs. 2 GG), und nur, wenn zugleich ausdrücklich der Verfassungstext geändert wird (vgl. Art. 79 Abs. 1 GG); in keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG), und soweit ein Gesetz ein Grundrecht einschränken soll, muss es noch weiteren Anforderungen genügen (Verbot grundrechtsbeschränkender Einzelfallgesetze, Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG⁵; Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG⁶). Art. 1 Abs. 3 GG, der auch den Gesetzgeber an die Grundrechte bindet, ordnet aber nicht nur eine Rangfolge der Normen an, sondern geht darüber hinaus: Dass die Gesetzgebung „unmittelbar“ an die Grundrechte gebunden ist, hat das deutsche Recht erstmals durch diese Vorschrift ausdrücklich anerkannt. Auch diese Unmittelbarkeits-Anordnung fußt auf Erfahrung aus der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Diktatur. In der Weimarer Republik waren die Grundrechte zu schwach gewesen, die NS-Diktatur zu verhindern. Die Schwäche bestand darin, dass viele Grundrechte der Weimarer Verfas-

³ Die historisch bedeutsame „Mutter“ des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Deutschland, die berühmte Frankfurter Paulskirchenverfassung von 1849, ist niemals in Kraft getreten (zur einfachgesetzlichen Geltung ihres Grundrechtskatalogs s. Reichsgesetz v. 27. 12. 1848, RGB. I S. 49 und *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 4. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 49).

⁴ Auf Grundrechtsbindungen durch die Europäische Menschenrechtskonvention und durch das Recht der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union gehe ich in diesem Beitrag nicht ein. Zur Rechtsvergleichung mit der Türkei vgl. Art. 11 der Verfassung der Republik Türkei, ferner *Christian Rumpf*, Das türkische Verfassungssystem, 1996, S. 129, 131. Zur besonderen Situation in Großbritannien, das in der Tradition des Parlamentsabsolutismus herkömmlich jedem Gedanken einer Grundrechtsbindung des Gesetzgebers jedenfalls theoretisch fern steht, vgl. z.B. *Jost Pietzcker*, Rechtsvergleichende Aspekte des allgemeinen Gleichheitssatzes, in: *Hendler/Ibler/Martínez* (Hrsg.), „Für Sicherheit, für Europa“, Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 301 (303).

⁵ Vgl. dazu *Peter Michael Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2005, Bd. 1, Art. 19 Abs. 1 Rdnr. 10, 24.

⁶ Vgl. dazu BVerfGE 5, 13 (16).

sung von 1919 nur als „Programmsätze“ für den Gesetzgeber verstanden wurden.⁷ Der Verfassungsgeber hatte sich damals gewünscht, dass sich das Parlament an diesem Programm orientiere, wenn es durch seine Gesetze die Rechtsordnung gestalte. Rechtlich erzwingbar war die Erfüllung dieses Wunsches jedoch nicht – mögen auch die Grundrechte im Brennpunkt des damaligen Streits um ein Gesetzesprüfungsrecht der Gerichte gestanden haben.⁸ Zu schwach blieb zudem der Versuch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, einzelne Einrichtungen des Privatrechts (Ehe und Familie, Eigentum und Erbrecht) als Institutsgarantien und einzelne Einrichtungen des öffentlichen Rechts (z. B. kommunale Selbstverwaltung und Berufsbeamtentum) als institutionelle Garantien zu charakterisieren, die der Gesetzgeber nicht abschaffen dürfe.⁹ So wurde in der kurzlebigen Weimarer Republik keine wirkungsvolle Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte erreicht.

Die mit dem Grundgesetz 1949 deshalb neu eingeführte „unmittelbare“ Grundrechtsbindung auch des Gesetzgebers soll verhindern, dass die Grundrechte des GG bloße Programmsätze sind.¹⁰ Damit dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wird, muss die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers gerichtlich durchsetzbar sein.¹¹ Folgerichtig erhält der ausdrückliche Bindungsbefehl in Art. 1 Abs. 3 GG seine volle Stärke durch die 1949 ebenfalls neu geschaffene Verfassungsgerichtsbarkeit, die den Staat zur Einhaltung dieser Bindung zwingt. Mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) kann jeder Grundrechtsträger eine Verletzung seiner Grundrechte durch die öffentliche Gewalt, auch durch den Gesetzgeber, abwehren.

Obwohl das Grundgesetz den Gesetzgeber in zuvor nicht gekannter Streue an die Grundrechte binden will, ist das genaue Ausmaß dieser Bindung nur schwer festzustellen. Die damit verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten haben verschiedene Ursachen, von denen ich hier zwei vorstellen will. Erstens kann der Gesetzgeber bei manchen Grundrechten, z. B. beim Eigentums-

⁷ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1965), S. 514 ff.

⁸ Zusammenfassend zur Weimarer Diskussion über ein solches richterliches Prüfungsrecht s. *Manfred Friedrich* (Fußn. 2), S. 380 ff.

⁹ Vgl. z.B. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 170 ff.; *Friedrich Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 49. Heft der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 1934, 1 (128 ff.); zur (damaligen) Auffassung über das Verhältnis von Grundrechten, subjektiven öffentlichen Rechten und Einrichtungsgarantien zueinander vgl. *dens.*, a.a.O., S. 132 ff., 172 ff., 284 ff.

¹⁰ *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rdnr. 151 f.

¹¹ Vgl. *Hans D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2004, Art. 1 Rdnr. 21.

grundrecht und bei der Gerichtsschutzgarantie,¹² den Inhalt (= Tatbestand = Schutzbereich) des höherrangigen Grundrechts durch einfaches Gesetz mitgestalten. Zweitens erlaubt bei anderen Grundrechten, z. B. bei der Berufsfreiheit, die Verfassung selbst, dass der Gesetzgeber durch ein Gesetz in den von der Verfassung definierten Schutzbereich des Grundrechts eingreift und dadurch den Grundrechtsschutz beschränkt. Beide Ursachen mindern die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers in unterschiedlichem Maß. Lassen Sie mich diese dogmatischen Schwierigkeiten exemplarisch an den beiden Grundrechten zeigen, die im Wirtschaftsleben für die persönliche Freiheit maßgebend sind: am Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG und am Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.

2. Die Bindung des Gesetzgebers beim Eigentumsgrundrecht

a) Der „normgeprägte“ Inhalt des Eigentumsgrundrechts und seine verfassungsrechtlichen Vorgaben

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Eigentum. Nach Satz 2 werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Aus diesem Satz folgt, dass das Parlament durch seine (einfachen) Gesetze den Inhalt des mit höherem Verfassungsrang geschützten Rechtsguts „Eigentum“ festlegen kann. Durch diese Bestimmungsbefugnis des Gesetzgebers entsteht eine eigenartige Spannung zu dem Bindungsbefehl in Art. 1 Abs. 3 GG: Wie kann der Gesetzgeber an das Eigentumsgrundrecht gebunden sein, wenn er selbst bestimmen darf, was genau „Eigentum“ ist? In diesem Fall droht die Anordnung einer unmittelbaren Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG beim Eigentumsgrundrecht leer zu laufen. Aber angesichts der großen Bedeutung, die dem Art. 1 Abs. 3 GG systematisch, historisch und teleologisch zukommt, kann diese Vorschrift, deren Wortlaut sich auf alle nachfolgenden Grundrechte bezieht, auch beim Eigentum nicht bedeutungslos sein. Andererseits weist Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die Inhaltsbestimmung des Eigentums ausdrücklich dem (einfachen) Gesetzgeber zu und schwächt so den Bindungsbefehl des Art. 1 Abs. 3 GG für das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG. Doch liegt darin keine Widersprüchlichkeit der Verfassung, weil sich diese Spannung zwischen Art. 1 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch Auslegung lösen lässt. Es bedarf dazu einer Verfassungsauslegung, die beiden Vorschriften Rechnung trägt. Das BVerfG und die ihm folgende herrschende Meinung bewältigen diese Schwierigkeit so: Sie erkennen einerseits eine Ges-

¹² Zur Gerichtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als sog. normgeprägtes Grundrecht vgl. *Martin Ibler*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz* (Stand 2002), Art. 19 IV Rdnr. 18.

taltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Bestimmung dessen an, was „Eigentum“ ist. Beispielsweise liegt es im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wenn er die Beschädigung einer Sache durch einen Dritten unter Strafe stellt, während der Eigentümer seine Sache sanktionslos zerstören darf. Andererseits ermitteln das BVerfG und die Rechtswissenschaft durch Verfassungsauslegung verschiedene Eigentumsvorgaben.¹³ Sie werden nicht erst durch den einfachen Gesetzgeber bestimmt, sondern ergeben sich schon aus der höherrangigen Verfassung selbst und binden (auch) den Gesetzgeber. Abgestellt wird dazu auf den Zweck des Eigentumsgrundrechts und auf den systematischen Zusammenhang, in dem das Eigentumsgrundrecht in der Verfassung steht. Der Zweck des Eigentumsgrundrechts des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG besteht darin, dem Einzelnen eine materielle Lebensgrundlage zu erhalten, von der aus er seine anderen Grundrechte (z.B. Meinungs-, Glaubens-, Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit) aus einer rechtlich gesicherten Vermögensposition heraus ausüben kann. Das Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst deshalb von Verfassungs wegen Sachen und Rechte, die einem Menschen zur Sicherung seiner materiellen Lebensgrundlage dienen, die ihm in diesem Sinne „privatnützlich“ sind. Zur „Privatnützigkeit“ zählt die Befugnis, seine Sachen und Rechte inne zu haben, sie zu nutzen und über sie zu verfügen. An diese Vorgabe muss sich der Gesetzgeber halten, wenn er nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den Inhalt des Eigentums durch Gesetze näher ausgestaltet („bestimmt“). Darin liegt eine erste Bindung, die das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) als ein i. S. des Art. 1 Abs. 3 GG „nachfolgendes Grundrecht“ dem Gesetzgeber auferlegt. Eine zweite Bindung des Gesetzgebers ermittelt das BVerfG durch eine systematische Auslegung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG), indem es den Zusammenhang zu Art. 14 Abs. 2 GG hervorhebt. Art. 14 Abs. 2 GG bestimmt: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“ Nach dieser Sozialbindungsklausel darf der Gesetzgeber dem Eigentümer die Nutzung, Innehabung und Verfügung seiner Sachen und Rechte (nur) im Interesse der Allgemeinheit einschränken; ein völliger Entzug des Eigentums durch ein Enteignungsgesetz ist in Art. 14 Abs. 3 GG an noch strengere Voraussetzungen geknüpft.¹⁴ Eine dritte Bindung des Gesetzgebers ermittelt das BVerfG systematisch aus dem ebenfalls als Grundrecht geschützten Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG): Der Gesetzgeber muss bei der Bestimmung des Eigentums alle Eigentümer in vergleichbarer Situation gleich

¹³ Hierzu und zum folgenden näher BVerfGE 89, 1 (6 m. w. N.) und *Martin Ibler*, *Die Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Mietrecht*, AcP 197 (1997), 565 (567 ff.).

¹⁴ Zu den besonderen Voraussetzungen für eine Legalenteignung vgl. z. B. BVerfGE 24, 367 (398 ff. – Deichordnungsgesetz-Urteil).

behandeln, in verschiedener Situation unterschiedlich. Eine vierte Bindung ermittelt das BVerfG, ebenfalls durch systematische Auslegung, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) und in allen Grundrechten enthalten ist: Unverhältnismäßige Beschränkungen des Eigentum sind unzulässig. Neben diesen vier Bindungen – 1. Privatnützigkeit des Eigentums, 2. Sozialpflichtigkeit des Eigentums, 3. grundsätzliche Gleichbehandlung der Eigentümer, 4. Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – gibt es weitere, die ich hier nicht näher erörtern will;¹⁵ zu ihnen zählt (wie schon in der Weimarer Republik, s. o. l.) auch die Charakterisierung des Eigentumsgrundrechts als Einrichtungsgarantie.¹⁶ Allen diesen Bindungen gemeinsam ist aber, dass sie sehr abstrakt sind. Deshalb verbleibt dem Gesetzgeber ein großer Spielraum für die Bestimmung konkreter Eigentumsinhalte.¹⁷ Auf diese Weise wird die Spannung zwischen der Anordnung unmittelbarer Grundrechtsbindung des Gesetzgebers in Art. 1 Abs. 3 GG einerseits und der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG andererseits in der Theorie widerspruchsfrei gelöst. In der Praxis jedoch ergeben sich regelmäßig Abgrenzungsfragen, die in einer den Rechtsfrieden sichernden Weise nur durch ein Verfassungsorgan gelöst werden können, das zur Entscheidung von Verfassungsstreitfragen berufen ist, also durch das Bundesverfassungsgericht. Diese Aufgabe des Eigentumsschutzes hat das Bundesverfassungsgericht seit seinem Bestehen (1951) immer stärker wahrgenommen. Heute gibt es in Deutschland eine vornehmlich von ihm geprägte Eigentumsdogmatik, welche die Spannung zwischen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch immer feiner werdende Strukturen stetig entschärft, ohne die Spannung jedoch vollends beseitigen zu können und zu wollen.¹⁸

¹⁵ Vgl. die Regelungen des Grundgesetzes zu Gesetzgebungskompetenz und Gesetzgebungsverfahren; zum sog. Untermaßverbot vgl. z. B. BVerfGE 88, 203 (Leitsatz 6. und S. 254 f. – Schwangerschaftsabbruch-Urteil); zum Verbot von Einzelfallgesetzen s. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG; zum Zitiergebot s. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, zum Wesensgehaltsgrundsatz s. Art. 19 Abs. 3 GG und vieles mehr.

¹⁶ Zur Einrichtungsgarantie als Verfassungsvorgabe für den Gesetzgeber beim Eigentumsschutz vgl. z. B. BVerfGE 24, 367 (Leitsatz 3 und S. 389 f. – Deichordnungsgesetz-Urteil). Zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantien als Bindung des Gesetzgebers auch unter dem GG vgl. *Martin Ibler* (Fußn. 12), Art. 19 IV Rdnm. 19 ff.

¹⁷ Zu der daraus folgenden Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle s. *Martin Ibler* (Fußn. 13), AcP 197 (1997), 565 (586 f.).

¹⁸ Es verbleibt z. B. die Frage, ob ein Gericht der Klage eines Bürgers unmittelbar auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gestützt Recht geben darf, selbst wenn das einfache Recht dies nicht ausdrücklich oder sogar ausdrücklich nicht vorsieht. Sie wird u. a. wichtig, wenn ein Bürger ohne Baugenehmigung ein Haus gebaut hat, obwohl er die Genehmigung auf Antrag erhalten hätte. Hier ist umstritten, ob der Staat den Abriss dieses Hauses anordnen darf, wenn

b) Die Pflichtexemplar-Entscheidung des BVerfG

Lassen Sie mich dies an einem berühmten Beispiel verdeutlichen, dem sog. Pflichtexemplar-Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 1981.¹⁹ Der Gesetzgeber eines deutschen Bundeslandes hatte ein sogenanntes Pflichtexemplar-Gesetz erlassen. Es ermächtigte zu einer Rechtsverordnung, nach der jeder Verleger eines Druckwerkes ein Exemplar unentgeltlich an die Landesbibliothek abgeben muss. Das Gesetz verfolgt das kulturpolitische Ziel, das geistige und kulturelle Schaffen im Land möglichst umfassend zu archivieren und Interessierten und späteren Generationen zugänglich zu machen. Die im Gesetz vorgezeichnete Pflicht zur unentgeltlichen Abgabe eines Buches belastet einen Verleger normalerweise nur wenig, weil er die Kosten des abzuliefernden Exemplars regelmäßig in seine Preiskalkulation einbeziehen und über den Verkaufspreis der anderen Bücher dieser Auflage auf die Käufer abwälzen kann. Ein Verleger jedoch war mit dieser Pflicht nicht einverstanden. Er gab bibliophile Bücher und Originalgraphiken heraus. Seine Auflagen waren sehr klein und die Herstellung seiner Werke war sehr teuer. Durch die Pflicht zur Abgabe eines unentgeltlichen Exemplars an die Landesbibliothek fühlte er sich wirtschaftlich stark benachteiligt: Im Vergleich zu anderen Verlegern, die billige Bücher in großer Auflage herstellen, werde ihm ein Sonderopfer auferlegt. Eine Abwälzung seiner Kosten für das abzugebende Buch auf die Käufer der wenigen anderen Bücher seiner kleinen Auflage kam wegen des ohnehin schon sehr hohen Kaufpreises nicht in Betracht.

Das Bundesverfassungsgericht prüfte in einem Normenkontrollverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG), ob das Pflichtexemplar-Gesetz mit dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) vereinbar war. Das Gericht hielt den Gesetzgeber grundsätzlich für befugt, durch ein Pflichtexemplar-Gesetz die Eigentumsposition der Verleger von Druckwerken inhaltlich auszugestalten (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).²⁰ Der Gesetzgeber müsse aber sowohl der „ele-

später durch neue Baugesetze das Haus nicht mehr genehmigt werden könnte, oder ob in diesem Fall das Eigentumsgrundrecht unmittelbar vor einem Abrissbefehl schützt. Vgl. dazu z. B. *Hans Karsten Schmaltz*, Formelle Illegalität und bauaufsichtliches Einschreiten, in: *Hendler/Ibler/Martinez* (Hrsg.), „Für Sicherheit, für Europa“, Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 455 (461 f.); BVerfGE 88, 191; 106, 228. Siehe ferner *Thomas Mann*, Genehmigungsfreie Wohngebäude – Folgeprobleme einer Deregulierung im Bauordnungsrecht, in: *Hendler/Ibler/Martinez* (Hrsg.), „Für Sicherheit, für Europa“, Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 465 (480 ff.) und BVerfG, NVwZ-RR 1996, 483.

¹⁹ BVerfGE 58, 137.

²⁰ Dabei geht es nicht um eine Enteignung, weil sich die Abgabepflicht nicht auf ein bestimmtes Buch bezieht, sondern in genereller und abstrakter Weise eine Naturalleistungspflicht in der Form der Abgabe begründet, sogar schon bevor alle Bücher produziert sind (BVerfGE 58, 137 [144 f.]).

mentären freiheitssichernden Bedeutung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG²¹ – also der Privatnützigkeit des Eigentums – als auch dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG („Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“) Rechnung tragen.²² Der Gesetzgeber müsse dabei die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Was dem Eigentümer von der Verfassung zugemutet und vom Gesetzgeber bestimmt werden dürfe, hänge hiernach wesentlich davon ab, ob und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion stehe. Deshalb müssen Eigentumsbindungen stets verhältnismäßig sein. Sie dürfen, gemessen am sozialen Bezug und an der sozialen Bedeutung des Eigentumsobjekts sowie im Blick auf den Regelungszweck, den Eigentümer insbesondere nicht übermäßig und unzumutbar belasten. Wegen des legitimen staatlichen Interesses, die literarischen Erzeugnisse allgemein zugänglich zu machen und künftigen Generationen einen umfassenden Eindruck vom geistigen Schaffen früherer Epochen zu vermitteln, darf der Gesetzgeber die Verleger zur Abgabe eines Exemplars je Druckwerk verpflichten. Unzulässig sei jedoch eine Regelung, die die allgemeine Ablieferungspflicht bei unterschiedlosem Ausschluss einer Kostenerstattung auch bei solchen Druckwerken vorsieht, die mit großem Aufwand und zugleich nur in kleiner Auflage hergestellt werden. Die Abwägung zwischen der Intensität der Belastung und dem Gewicht der zu ihrer Rechtfertigung anzuführenden Gründe ergebe hier, dass bei wertvollen Druckwerken mit niedriger Auflage eine kostenlose Pflichtablieferung die Grenzen verhältnismäßiger und noch zumutbarer inhaltlicher Festlegung des Verlegereigentums überschreite.²³ Im Ergebnis war das Gesetz verfassungswidrig. Denn es sah ohne Rücksicht auf die Ungleichheit unterschiedlicher Verleger keine Entschädigung für Verleger kleiner teurer Auflagen vor. Der Gesetzgeber hatte also bei der Ausgestaltung des Eigentumsgrundrechts solcher Verleger die Bindung missachtet, die das Eigentumsgrundrecht dem Gesetzgeber unmittelbar auferlegt (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Diese verfassungsrechtliche Bindung hat das Bundesverfassungsgericht durch Verfassungsauslegung ermittelt: Aus der Privatnützigkeit des Eigentums und aus seiner Sozialpflichtigkeit sowie unter Berücksichtigung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Gleichheitssatzes.

²¹ BVerfGE 58, 137 (146).

²² Hierzu und zum folgenden vgl. BVerfGE 58, 137 (147 ff.).

²³ BVerfGE 58, 137 (149 ff.).

3. Die Bindung des Gesetzgebers beim Grundrecht der Berufsfreiheit

a) Die Bindung an den Schutzbereich (Tatbestand) des Grundrechts

Das Grundrecht der Berufsfreiheit im deutschen Grundgesetz (Art. 12 Abs. 1 GG) lautet: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“²⁴ Kurz gesagt schützt das Berufsfreiheitsgrundrecht Berufswahl und Berufsausübung. „Berufswahl“ ist die Entscheidung über die Aufnahme eines Berufes und über die Dauer des Verbleibs in ihm. Unter „Berufsausübung“ versteht man die Art und Weise der Arbeit in einem Beruf. Der Schlüsselbegriff des Berufsfreiheitsgrundrechts ist danach der Begriff des Berufs. Anders als beim Eigentumsgrundrecht, das ausdrücklich erklärt, dass Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden, gibt es beim Berufsfreiheitsgrundrecht keine entsprechende Mitgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers. Der Berufsbegriff wird deshalb vor allem von der Verfassung selbst geprägt. Das Bundesverfassungsgericht definiert diesen Verfassungsbegriff des Berufes so: Beruf ist „jede auf dauerhaften Erwerb gerichtete Tätigkeit, die der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“.²⁵

Da der Berufsbegriff vor allem von der Verfassung geprägt wird, kann der Gesetzgeber nicht einfach bestimmte Tätigkeiten durch Gesetz aus dem Berufsbegriff ausschließen. Etwas anderes wäre unvereinbar mit der Normenhierarchie²⁶ und insbesondere mit der in Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten unmittelbaren Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Deshalb könnte beispielsweise ein Gesetz, das die Veranstaltung von Glücksspielen verbietet, einen Spielbankbetreiber nicht vom Schutz des Berufsfreiheitsgrundrechts ausnehmen. Vielmehr muss sich auch ein solches Gesetz am Grundrecht der Berufsfreiheit messen lassen.²⁷ Immerhin ist die Festlegung eines Berufs durch den Gesetzgeber auch nicht völlig bedeutungslos. So kann er etwa eine Berufstätigkeit

²⁴ Die Berufsfreiheit von Ausländern wird vom GG schwächer geschützt, nämlich durch das unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehende Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit jedermanns (Art. 2 Abs. 1 GG), vgl. BVerfGE 104, 337 (346 für einen türkischen Staatsangehörigen).

²⁵ BVerfGE 110, 141 (156) – ständige Rechtsprechung.

²⁶ Zu einzelnen Grundlagen der Normenhierarchie s. o. I.

²⁷ Vgl. BVerfGE 102, 197 (214 ff.); Martin Ibler, Gefahrenabwehr und Internet-Spielcasinos, in: Hendlér/Ibler/Martínez (Hrsg.), „Für Sicherheit, für Europa“, Festschrift für Volkmar Götze, 2005, S. 421 (424).

durch Gesetz näher beschreiben und ordnen. Beispielsweise hat der Gesetzgeber in der Handwerksordnung mit der Festlegung bestimmter Handwerksarten „Berufsbilder“ vorgezeichnet.²⁸ Auf diese Weise kann besser erkennbar werden, dass diese Tätigkeit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen eines Berufs erfüllt, selbst wenn dies zuvor umstritten war. Seit dem Prostitutionsgesetz²⁹ aus dem Jahr 2001 ist es in Deutschland praktisch unstrittig, dass Prostitution ein Beruf ist, der durch das Berufsfreiheitsgrundrecht geschützt wird. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber die Zuhälterei (in § 181a Strafgesetzbuch) unter Strafe gestellt und damit verboten. Darin liegt aber kein Verstoß des Gesetzgebers gegen das ihn unmittelbar bindende Grundrecht der Berufsfreiheit. Denn der verfassungsrechtliche Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Zuhälterei nicht; es gibt keinen grundrechtsgeschützten Beruf des Zuhälters: Tätigkeiten, die ausschließlich gemeinschaftsschädlich sind, werden nicht als Grundrecht geschützt.

Die dogmatischen Schwierigkeiten der Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht der Berufsfreiheit liegen deshalb – anders als beim Eigentumsgrundrecht (s. o. II. 1.) – nicht bei der Frage, was vom Schutzbereich, d. h. vom Tatbestand des Grundrechts erfasst wird. Vielmehr entstehen die Schwierigkeiten bei der gedanklich späteren Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber ohne Verstoß gegen die Verfassung in das Berufsfreiheitsgrundrecht eingreifen darf.

b) Die Einschränkung des Berufsfreiheitsgrundrechts durch den Gesetzgeber

Der starke Grundrechtsschutz, den Art. 1 Abs. 3 GG erreichen soll, indem er auch den Gesetzgeber unmittelbar an die Grundrechte bindet, wird also nicht nur dadurch relativiert, dass der Inhalt (= Schutzbereich = Tatbestand) einiger Grundrechte (wie oben II. 1. am Beispiel des Eigentums gezeigt) vom einfachen Gesetzgeber mitgeprägt wird. Die unmittelbare Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte wird auch dadurch geschwächt, dass viele Grundrechte selbst ausdrücklich bestimmen, der Gesetzgeber dürfe sie einschränken – sie enthalten dann sog. ausdrückliche Grundrechtsschranken bzw. Gesetzesvorbehalte. Darüber hinaus erkennt die deutsche Grundrechtsdogmatik sog. immanente Grundrechtsschranken an.³⁰ Sie besagen, dass alle Grundrechte durch andere Verfassungsnormen, insbesondere durch andere Grund-

²⁸ Vgl. z. B. Anlagen A und B zur Handwerksordnung, neugefasst durch Gesetz v. 24. 12. 2003 (BGBl. I S. 2934) und BVerfGE 13, 97 (117 f.).

²⁹ V. 20. 12. 2001, BGBl. I S. 3983, in Kraft seit dem 1. 1. 2002.

³⁰ Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2003, vor Art. 1 Rdnr. 120 ff. m. w. N.

rechte und durch Grundrechte anderer beschränkt werden (können), wobei der Gesetzgeber diese Beschränkung durch Gesetz nachzeichnen darf.³¹ Die Spannung, die daraus folgt, dass der Gesetzgeber einerseits unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, andererseits aber die Grundrechte einschränken darf, ist dogmatisch ähnlich schwierig wie die oben beim Eigentum vorgestellte Befugnis des Gesetzgebers zur Mitbestimmung des Grundrechtsinhalts.

Bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG kommt hinzu, dass die Befugnis des Gesetzgebers, die Berufsfreiheit zu beschränken, im Text des Grundrechts nur angedeutet ist. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt: „Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes geregelt werden.“ Dass der Wortlaut des Grundrechts nur von „kann geregelt werden“ spricht und nicht klarer von „kann beschränkt werden“, ist die kleinere Schwierigkeit. Denn „regeln“ heißt Grenzen ziehen, also Beschränkungen vornehmen. Problematischer ist, dass sich der Wortlaut dieser Beschränkungsbefugnis, dieses Gesetzesvorbehalts, nur auf die *Berufsausübung* bezieht. Demgegenüber enthält Satz 1 des Verfassungstextes, der die *Berufswahl* schützt, keinen Gesetzesvorbehalt. Das BVerfG hat diese Schwierigkeit unter Zustimmung der Wissenschaft dahin gelöst, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit ein „einheitliches“ Grundrecht darstellt: Es umfasst die Berufswahl und die Berufsausübung. Folgerichtig erstreckt sich der Gesetzesvorbehalt für die Berufsausübung auch auf die Berufswahl.³² Dies überzeugt, weil die Grenze zwischen Berufsausübung und Berufswahl fließend ist. Wird die Art und Weise der Arbeit in einem Beruf so stark reglementiert, dass sich der Beruf nicht mehr lohnt, dann führt die Berufsausübungsregelung letztlich zu einer Aufgabe des Berufs und damit zu einer Entscheidung über die Berufswahl.

Obwohl der Gesetzgeber danach Berufsausübung und Berufswahl durch Gesetz beschränken darf, ist zu bedenken, dass eine Beschränkung der Berufswahl den Grundrechtsträger viel stärker beeinträchtigt als eine bloße Beschränkung der Art und Weise der Arbeit in dem Beruf. Das BVerfG hat deshalb in einer berühmten Entscheidung, dem Apotheken-Urteil aus dem Jahr 1958,³³ die Bindungen des Gesetzgebers an die Berufsfreiheit präzisiert, falls das Gesetz die Berufswahl beschränken soll.

c) Das Apotheken-Urteil des BVerfG

Der Gesetzgeber eines deutschen Bundeslandes hatte ein Apothekengesetz erlassen. Nach diesem Gesetz bedurfte der Betrieb einer Apotheke einer be-

³¹ Vgl. Michael Sachs (Fußn. 30), vor Art. 1 Rdnr. 128.

³² BVerfGE 7, 377 (401).

³³ BVerfGE 7, 377.

hördlichen Erlaubnis. Weiter bestimmte das Gesetz, dass eine solche Erlaubnis nur erteilt werden kann, wenn die Errichtung einer Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse liegt und anzunehmen ist, dass durch die Apotheke die Wirtschaftlichkeit der benachbarten Apotheken nicht gefährdet wird. Als ein Apotheker in einem kleinen Ort von 6.000 Einwohnern eine Apotheke errichten wollte, wurde ihm die Apothekenerlaubnis unter Berufung auf dieses Gesetz versagt, weil es in diesem Ort schon eine Apotheke gab und weil zwei Apotheken in einem so kleinen Ort nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten.

Auf die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr.4a GG) des Apothekers prüfte das BVerfG, ob das Apothekengesetz mit dem Berufsfreiheitsgrundrecht vereinbar sei. Das Gericht entwickelte in seiner Entscheidung grundlegende Aussagen über die Bindung des Gesetzgebers an dieses Grundrecht, die heute jeder deutsche Jurist als sog. Drei-Stufen-Theorie kennt. Je nach Intensität der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit unterscheidet das Gericht 3 Stufen. Je stärker die Beeinträchtigung, desto höher ist die Stufe. Je höher die Stufe, desto strenger sind die Anforderungen, mit denen das Berufsfreiheitsgrundrecht den Gesetzgeber bindet.

1. Stufe: Am freiesten ist der Gesetzgeber auf der ersten Stufe. Diese erste Stufe ist einschlägig, wenn der Gesetzgeber lediglich die Art und Weise der Arbeit in einem Beruf, also die Berufsausübung, reglementiert, z. B. durch Ordnungsvorschriften für Berufstätige zur Vermeidung einer Gefährdung Dritter. Hier handelt es sich um einen vergleichsweise geringfügigen Eingriff in die Berufsfreiheit. Die Bindung, die das Grundrecht dem Gesetzgeber dann auferlegt, besteht darin, dass die Berufsausübung nur beschränkt werden darf, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen.³⁴

2. Stufe: Auf der zweiten Stufe stehen Regelungen, mit denen der Gesetzgeber die Aufnahme des Berufs von einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung der persönlichen Qualifikation der Berufsanwärter abhängig macht. Dies geschieht insbesondere, indem der Gesetzgeber eine bestimmte Vor- und Ausbildung verlangt. Dabei handelt es sich um einen Eingriff in die Berufswahl. Dieser Eingriff ist von mittlerer Intensität. Er beeinträchtigt den Berufsanwärter zwar stärker als bloße Berufsausübungsregelungen. Aber wenn der Berufsanwärter diese persönliche Qualifikation erfüllt, z. B. die geforderte Ausbildung absolviert und die Prüfung besteht, dann kann er den Beruf ergreifen. Die Bindung, die das Grundrecht dem Gesetzgeber hier auferlegt, besteht

³⁴ BVerfGE 7, 377 (378, Leitsatz 6.a)); vgl. auch BVerfGE 110, 141 (157 f. – Einfuhrverbot für Kampfhunde).

darin, dass eine subjektive Zulassungsvoraussetzung dem Schutz vor Nachteilen und Gefahren für die Allgemeinheit dienen und verhältnismäßig sein muss.³⁵

3. Stufe: Diese Stufe ist erreicht, wenn der Gesetzgeber die Aufnahme des Berufs von objektiven Zulassungsvoraussetzungen abhängig macht. „Objektiv“ sind Zulassungsvoraussetzungen, die nichts mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters zu tun haben und auf die er keinen Einfluss nehmen kann.³⁶ Wichtigstes Beispiel ist, dass die Zulassung zum Beruf von einem Bedürfnis abhängig sein soll. Bei solchen objektiven Zulassungsvoraussetzungen handelt es sich um Eingriff in die Berufsfreiheit von höchster Intensität. Die Bindung, die das Grundrecht dem Gesetzgeber hier auferlegt, besteht darin, dass er eine objektive Zulassungsvoraussetzung nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut festlegen darf.³⁷

Wenn der Gesetzgeber in das Berufsfreiheitsgrundrecht eingreift, muss er seine Regelungen jeweils auf der Stufe vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt. Der Gesetzgeber darf die nächste Stufe erst betreten, wenn die Gefahr, die er abwehren will, mit Mitteln der vorausgehenden Stufe höchstwahrscheinlich nicht wirksam bekämpft werden kann.³⁸

Im Apotheken-Fall hatte der Gesetzgeber die Erlaubnis, eine Apotheke zu eröffnen, von einem Wirtschaftlichkeitserfordernis abhängig gemacht, um bestehende Apotheken zu schützen und um damit die Versorgung der Bürger mit Arzneimitteln sicherzustellen. Ein solches Erfordernis hat mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters nichts zu tun und kann von ihm nicht beeinflusst werden. Es handelt sich also um eine sog. objektive Zulassungsvoraussetzung für die Berufswahl. In einem solchen Fall ist die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht der Berufsfreiheit besonders streng. Die Beschränkung der Berufsfreiheit ist hier nur verfassungsgemäß, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dient. Das BVerfG hat diese Frage nach ausführlicher Prüfung verneint, weil eine vom Gesetzgeber befürchtete Gefahr für die Volksgesundheit (z.B. durch einen ruinösen Wettbewerb zwischen den Apotheken) nicht wahrscheinlich genug war. Es hat deshalb die Vorschrift des Apothekengesetzes, nach der eine neue Apotheke nur erlaubt

³⁵ BVerfGE 7, 377 (406 f.).

³⁶ BVerfGE 7, 377 (406).

³⁷ BVerfGE 7, 377 (378, Leitsatz 6.c) und S. 408).

³⁸ BVerfGE 7, 377 (378, Leitsatz 6.d) und S. 408).

werden dürfe, wenn die Wirtschaftlichkeit der benachbarten Apotheken nicht gefährdet sei, für nichtig erklärt.

4. Ergebnis und Schlussfolgerung

Wir haben an den Beispielen des Eigentumsgrundrechts und des Grundrechts der Berufsfreiheit gesehen: Trotz der ausdrücklich im Grundgesetz angeordneten unmittelbaren Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte ist der genaue Umfang der Bindung schwer zu bestimmen. Denn die Verfassung erlaubt dem Gesetzgeber vielfach, den Grundrechtsschutz mit festzulegen – (seltener) durch Mitgestaltung des Grundrechtsinhalts wie beim Eigentum oder (häufiger) durch die Befugnis zu Grundrechtseingriffen wie bei der Berufsfreiheit. Diese Schwierigkeiten verlangen nach einer ausgefeilten Grundrechtsdogmatik, die in Deutschland das Bundesverfassungsgericht schon über 50 Jahre entwickelt. Diese Grundrechtsdogmatik hat viele Nuancen und erscheint auf den ersten Blick kompliziert. Sie hat aber einen guten Sinn: Sie setzt dem Gesetzgeber wohlbegründete und nachprüfbare Schranken und stärkt dadurch den Grundrechtsschutz der Menschen gegen den Staat.