

Vorbereiter – Nachbereiter?

Studien zum Verhältnis von
Verfassungsrechtsprechung und
Verfassungsrechtswissenschaft

Herausgegeben von
Dieter Grimm

Mohr Siebeck

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany.

Ausstrahlungs- und Wechselwirkung der Grundrechte: Das Lüth-Urteil (3)

Christian A. Djeffal

Inhaltsübersicht

I. Ausstrahlungs- und Wechselwirkung im Lüth-Urteil	100
1. Inhalt und dogmatischer Kontext	100
2. Reichweite	102
3. Begründung	103
II. Die Staatsrechtslehre vor Lüth	104
1. Die Staatsrechtslehre der Weimarer Republik vor dem Hintergrund der früheren Grundrechtsentwicklungen	104
2. Die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre vor Lüth	110
III. Reaktion der Staatsrechtswissenschaft auf das Urteil	113
1. Unmittelbare Reaktionen	113
2. Begriffliche Perspektive	114
3. Konzeptionelle Perspektive	116
4. Dogmatische Perspektive	119
5. Institutionelle Perspektive	123
IV. Weitere Entwicklung durch das Bundesverfassungsgericht	125
1. Ausstrahlungswirkung	125
2. Wechselwirkung	129
V. Gesamtwürdigung und Ausblick	130

Wie stehen Privatrecht und Verfassungsrecht zueinander? In seinem vergangenheitspolitisch bedeutenden¹ und allgemein wegweisenden² Lüth-Urteil entwarf das Bundesverfassungsgericht eine folgenreiche Lösung, die die Dogmatik der Grundrechte des Grundgesetzes bis heute prägt.³ Neben den Figuren der Grundrechte als

¹ Siehe besonders T. Rensmann, Wertordnung und Verfassung (2006), 81, siehe auch die Beiträge in T. Henne/A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht (2005).

² Zusammenfassend T. Henne: „Smend oder Hennis“ – Bedeutung, Rezeption und Problematik der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1958 in: R. van Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System (2006), 141, 142.

³ R. Wahl, Lüth und die Folgen in: Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht (Fn. 1), 372 ff.

objektive Wertordnung und der mittelbaren Drittwirkung entwickelte das Bundesverfassungsgericht die Ausstrahlungswirkung und die Wechselwirkung der Grundrechte.

Ob diese in ihrer Entstehung und in ihrer Entwicklung von der Literatur voroder nachbereitet wurden, sucht dieser Beitrag zu beantworten. Dabei geht es nicht um die Frage, ob und wer die Idee zum ersten Mal vertreten hat. Vielmehr soll ermittelt werden, ob die dogmatische Figur innerhalb einer sichtbaren Strömung des Diskurses vertreten wurde, ob die Lösung des Bundesverfassungsgerichts dem Ergebnis dieser Strömung entsprach und ob es Anzeichen dafür gibt, dass die Lösung tatsächlich übernommen wurde. Der Beitrag beleuchtet auch die weitere Entwicklung der Ausstrahlungswirkung in Rechtsprechung und Lehre, wobei hier nicht nur die dogmatischen Figuren selbst, sondern auch ihre Reichweite im Mittelpunkt steht.

I. Ausstrahlungs- und Wechselwirkung im Lüth-Urteil

1. Inhalt und dogmatischer Kontext

Die Begriffe „Ausstrahlungswirkung“ und „Wechselwirkung“ verwendete das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil zum ersten Mal. Prüfungsgegenstand des Urteils waren zivilgerichtliche Entscheidungen. Diese konnten Grundrechte der unterlegenen Partei nur dann verletzen, wenn sie in einem Privatrechtsverhältnis überhaupt zu berücksichtigen waren. Der Verfassungsrechtsstreit warf also die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte auf. Diese Frage war zur Zeit des Urteils umstritten. Das Bundesverfassungsgericht beantwortete sie im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung,⁴ nachdem es den Grundrechten neben ihrer Bedeutung als subjektiver Abwehrrechte gegenüber dem Staat auch den Rang objektiver Werte beigemessen hatte, die für alle Bereiche des Rechts Geltung beanspruchen.⁵

Damit stellte sich jedoch die Anschlussfrage, wie diese Wirkung praktisch von statten geht und was der Zivilrichter, der einen Fall mit Grundrechtsberührung zu lösen hat, beachten muss, um dem Grundrecht Rechnung zu tragen. Die „Ausstrahlung“ der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung des Privatrechts im Allgemeinen und die Wechselwirkung speziell für die Ausstrahlung des im Lüth-Fall einschlägigen Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG war die Antwort darauf. „Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürger-

liche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen; jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“⁶

Im Zusammenhang des Verhältnisses von Verfassungs- und Zivilgerichtsbarkeit fiel das Wort „Ausstrahlungswirkung“.⁷ Es steht dort in Anführungszeichen, was wohl darauf hindeutet, dass sich das Gericht des metaphorischen Charakters seiner Wortwahl bewusst war. Mit den Worten „Richtlinien und Impulse“ hatte es die Grundrechtswirkung ja nur angedeutet. Nun erklärte es, dass der Rechtsstreit trotz des Verfassungseinflusses ein Zivilrechtsstreit bleibe, in dem bürgerlich-rechtliche Vorschriften angewandt würden, wenn auch die Auslegung „dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat“.⁸ Dafür böten sich vor allem die zwingenden Vorschriften des Zivilrechts und die Generalklauseln an. Mit *Nipperdey*, dessen direkte Drittwirkungslehre zuvor verworfen worden war, werden sie als „Einfallstore“ für den verfassungsrechtlichen Einfluss bezeichnet. Dann folgen Anweisungen für die Zivilgerichte:

„Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten. Dies ist der Sinn der Bindung auch des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Verfehlt er diese Maßstäbe und beruht sein Urteil auf der Außerachtlassung dieses verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen, so verstößt er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, indem er den Gehalt der Grundrechtsnorm (als objektiver Norm) verkennt, er verletzt vielmehr als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Gegen ein solches Urteil kann – unbeschadet der Bekämpfung des Rechtsfehlers im bürgerlich-rechtlichen Instanzenzug – das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden.“⁹

Daraus ergebe sich aber auch die Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung. Es sei nicht Sache des Verfassungsgerichts, Urteile der Zivilgerichte in vollem Umfang auf Rechtsfehler zu überprüfen. Es habe nur die Beachtung der Ausstrahlungswirkung sicherzustellen. Wo der Grundrechtseinfluss endet, beginnt also die Autonomie des Privatrechts und der Zivilgerichtsbarkeit. Das Bundesverfassungsgericht sei nicht „Revisions“-oder gar „Superrevisions“-Instanz. Es dürfe aber auch nicht völlig von der Nachprüfung absehen und an einer Verkennerung grundrechtlicher Normen und Maßstäbe vorübergehen.¹⁰

Dass neben der allgemeinen Ausstrahlungswirkung noch eine besondere, für Art. 5 Abs. 1 GG geltende Wechselwirkung notwendig sei, begründet das Gericht mit der Eigentümlichkeit der Schrankenregelung von Art. 5 Abs. 2 GG. Einzig hier

⁶ BVerfGE 7, 198 (205).

⁷ BVerfGE 7, 198 (207).

⁸ BVerfGE 7, 198 (205 f.).

⁹ BVerfGE 7, 198 (206 f.).

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (207).

⁴ Siehe dazu *Ramadori* in diesem Band.

⁵ Siehe dazu *Kulick* in diesem Band.

findet sich nämlich die Formulierung, dass die Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze finden. Diese aus der Weimarer Verfassung übernommene Formulierung könnte, so das Bundesverfassungsgericht, zu der Auffassung verleiten, „hier habe die Verfassung selbst... den Geltungsanspruch des Grundrechts von vornherein auf den Bereich beschränkt, den ihm die Gerichte durch ihre Auslegung dieser Gesetze noch belassen“.¹¹ Das würde bedeuten, dass es für Art. 5 Abs. 1 GG bei der unter der Weimarer Verfassung vorherrschenden Meinung bliebe, nach der die Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze gelten, also dem Gesetzgeber keine Beschränkung auferlegen.

Dem tritt das Bundesverfassungsgericht mit der Feststellung entgegen, dass die Meinungsfreiheit „als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ und für die freiheitlich-demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“ sei.¹² Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsfreiheit ergebe es sich, dass es nicht folgerichtig wäre, gerade dieses Grundrecht jeder Relativierung durch einfaches Gesetz zu überlassen.

„Es gilt vielmehr im Prinzip auch hier, was oben allgemein über das Verhältnis der Grundrechte zur Privatrechtsordnung ausgeführt wurde: die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und ‚allgemeinem Gesetz‘ ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die ‚allgemeinen Gesetze‘ aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die ‚allgemeinen Gesetze‘ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“¹³

2. Reichweite

Wie bereits erwähnt, widmet sich das Bundesverfassungsgericht auch ausführlich der Frage, wie Ausstrahlungs- und Wechselwirkung konkret umgesetzt werden und wie weit beide reichen. Die Analyse der betreffenden Passagen ergibt, dass das Bundesverfassungsgericht dies im materiell-rechtlichen Kontext und auf institutioneller Ebene diskutiert. Dabei gibt das Verfassungsgericht kein einheitliches Bild von der Reichweite der Ausstrahlungswirkung ab. Im Ergebnis flexibel formulierte das Bundesverfassungsgericht, wenn es auf „Richtlinien und Impulse“¹⁴ der Verfassung abstellte oder darauf, dass Privatrechtsnormen im „Geiste“ des Grundge-

setzes ausgelegt werden müssen.¹⁵ Demgegenüber fasste das Bundesverfassungsgericht den interpretatorischen Spielraum viel enger, als es etwa darauf abstellte, dass das Zivilrecht bei seiner Auslegung dem öffentlichen Recht zu folgen habe.¹⁶ Gleichsam spricht das Verfassungsgericht auch von einer möglichen „Modifikation“ des Privatrechts im Prozess der Auslegung.¹⁷ Rechtsdogmatisch stellte das Verfassungsgericht dabei besonders auf die zwingenden Regeln des Privatrechts und auf den gesteigerten Einfluss bei Generalklauseln, also Klauseln ab, die unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen.¹⁸ Aus der so gefassten materiellen Reichweite und der daraus folgenden Verbindlichkeit für den Zivilrichter ergibt sich aber auch, dass die Entscheidungen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde überprüfbar sind. Das Bundesverfassungsgericht hielt es hier jedoch für notwendig, auf die Grenzen der eigenen Kompetenz hinzuweisen. Es ist bezeichnend, dass der Begriff der Ausstrahlungswirkung erst in diesem Kontext fällt. Auch die Beschränkung der eigenen Kompetenz (Superrevisionsinstanz) gibt keinen Aufschluss über die Reichweite.

3. Begründung

Im Hinblick auf die Frage von Vorbereitung beziehungsweise Nachbereitung ist von großer Relevanz, dass das Bundesverfassungsgericht unterschiedliche Grundrechtsverständnisse in einer historischen Genese verglich.

Die erste Phase beschrieb das Verfassungsgericht wie folgt:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben.“¹⁹

Das Verfassungsgericht sah in dieser klassischen abwehrrechtlichen Konzeption zwar die primäre Aufgabe der Grundrechte, jedoch erweiterte es die Funktion gerade um deren Ausstrahlungswirkung auf das einfache Recht. Das begründete es wie folgt:

„Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (134 ff., 197 ff.); 6, 32 (40 f.)), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (...). Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfalten-

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (206).

¹⁷ Ebenda.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ BVerfGE 7, 198 (204).

¹¹ BVerfGE 7, 198 (207 f.).

¹² BVerfGE 7, 198 (208).

¹³ BVerfGE 7, 198 (208 f.).

¹⁴ BVerfGE 7, 198 (205).

den menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten;²⁰

Das Bundesverfassungsgericht leitet die Ausstrahlungswirkung also aus seiner Lehre von der objektiven Wertordnung ab.²¹ Die postulierte Wertordnung leitet es aus dem Grundgesetz ab. Die Mitte des Wertesystems verortet das Gericht zwischen der sich frei entfaltenden Persönlichkeit und ihrer Würde und der Gemeinschaft, innerhalb derer sich das Individuum entfaltet. Nach diesem Wertesystem müsse sich alle staatliche Gewalt richten. Die Tragweite dieser Begründung wird erkennbar, wenn man sie mit einer alternativen Begründungsstrategie kontrastiert: Das Verfassungsgericht hätte die Ausstrahlungswirkung auch auf streng rechtspositivistischen Gründen annehmen können. Es hätte die Ausstrahlungswirkung als systematische Interpretation ausgeben können, gekoppelt mit dem Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht, der sich aus Art. 20 Abs. 3 und Art. 100 GG ergibt. Wenn die Verfassung Geltungsvorrang vor dem einfachen Recht beansprucht, dann lässt sich mit guten Gründen das Argument vertreten, dass sie erst recht auch dessen Auslegung beeinflusst. Als höherrangiges Recht müsse die Verfassung dem einfachen Recht bei der Auslegung den Weg weisen. Hinsichtlich der Zivilgerichte könnte diese Argumentation noch mit der Verfassungs- und insbesondere der Grundrechtsbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG bzw. Art. 1 Abs. 3 GG angereichert werden. Dass das Verfassungsgericht diesen Weg nicht ging, verdeutlicht seine Begründungsstrategie. Es ist mittlerweile gezeigt worden, dass die Ausstrahlungswirkung bereits in den Entwürfen und Notizen des Berichterstatters in dem Verfahren *Theodor Ritterspach* auftaucht.²² Nicht eindeutig geklärt werden konnte allerdings, ob und wenn ja von welchen Teilen der Staatsrechtslehre die Ausstrahlungswirkung und damit auch die Wechselwirkung vorbereitet wurden.

II. Die Staatsrechtslehre vor Lüth

1. Die Staatsrechtslehre der Weimarer Republik vor dem Hintergrund der früheren Grundrechtsentwicklungen

Das Verhältnis von Grundrechten und einfachem Gesetz kann für die Zeit vor Weimar so charakterisiert werden, dass sie „nach dem Eindruck, den die Rechtsgeschichte vermittelt, beziehungslos nebeneinander (...) stehen.“²³ Seit dem Vormärz wurden Grundrechte insbesondere als Abwehrrechte konzipiert und gedacht, ihre

²⁰ BVerfGE 7, 198 (204).

²¹ Siehe dazu *Ramadori* in diesem Band.

²² Siehe *T. Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe (2018), 177.

²³ *D. Grimm*, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte (1981), 359. Noch ausführlicher ist das Thema erörtert in *D. Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), 192 ff., sowie *ders.*, Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert (2017).

Wirkung bezog sich also in erster Linie auf die Abwehr staatlicher Eingriffe.²⁴ In der Paulskirchenverfassung waren sie auch durchaus als solche vorgesehen,²⁵ während sie insbesondere in den Verfassungen von 1866 und 1870/1871 nicht ausgearbeitet, sondern im Wesentlichen dem Gesetzgeber aufgegeben waren.²⁶

Als Funktion der Grundrechte wurde gemeinhin die Umwandlung der feudalen in eine bürgerliche Gesellschaft gesehen,²⁷ Motor dieses Wandels war der Gesetzgeber.²⁸ Das Privatrecht hatte dabei die Aufgabe, den „grundrechtlich geschaffene(n) Freiraum“ benutzbar zu machen.²⁹ War das geschehen, spielten die Grundrechte im Privatrecht keine Rolle mehr. Selbst wenn sie in Einzelfällen Erwähnung fanden, kam ihnen allenfalls unterstützende Bedeutung zu.³⁰ Zwar wurde schon früh gesehen, dass das bürgerliche Recht Grundfragen der Gesellschaft betrifft³¹, jedoch führte dies nicht dazu, dass die Grundrechte in die Auslegung miteinbezogen wurden.

Mit der Weimarer Verfassung wurde den bürgerlichen und politischen Rechten ein rechtsverbindlicher Gehalt beigemessen.³² Dieser erschöpfte sich jedoch nach der herrschenden Auffassung darin, staatliche Eingriffe nur auf Grundlage von Gesetzen zu erlauben. Das Gesetz diene also dem Schutz des Individuums, während es keinen Schutz vor dem Gesetz selbst gab.³³ Der Gesetzgeber war durch die Grundrechte nicht gebunden. Diese Ungebundenheit wurde aber zunehmend als Schutzlücke wahrgenommen, so dass der „Leerlauf“ der Grundrechte bemängelt wurde.³⁴ Dies führte dazu, dass die Staatsrechtslehre dogmatische Konstruktionen entwickelte, um dem Problem des Leerlaufs zu begegnen. So folgerte *Albert Hensel*

²⁴ *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), 22 ff.; *Grimm*, Recht und Staat (Fn. 23), 140.

²⁵ *J. D. Kühne*, Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg in: D. Merten/H. J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I Entwicklung und Grundlagen (2004), 110.

²⁶ Ebenda, 138 f.

²⁷ *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1800–1914 (1992), 372.

²⁸ *Grimm*, Recht und Staat (Fn. 23), 316. Darauf Bezug nehmend *M. Stolleis*, (Fn. 27), 373.

²⁹ *Grimm*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 23), 373.

³⁰ *W. Heun*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und einfache Gerichtsbarkeit VVDStRL 61 (2002), 80 (98 f.) m. w. N.; *U. Scheuner*, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften (1978), 633, 658 ff. Zur Situation im Kaiserreich siehe *L. Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages) (1967), 5 ff.

³¹ Auf von *Gierke* und *Menger* rekurrierend *L. Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1967), 6.

³² *H. Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (Fn. 25), 153, 162 ff.

³³ *Dreier*, Zwischenkriegszeit (Fn. 32), 166 ff.

³⁴ So ausführlich in verfassungshistorischer und verfassungsvergleichender Perspektive *R. Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt, in: H. Triepel (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (1925), 183, 194 ff.

aus dem Regel-Ausnahme Verhältnis von Grundrecht und Eingriff die Rechtsbindung des grundrechtseinschränkenden Gesetzgebers, die bildhaft auch als „Schranken-Schranke“ bezeichnet wurde.³⁵ In diesem Bereich bewegt sich auch das Problem des Einflusses der Grundrechte auf die Auslegung des Schrankengesetzes und des einfachen Rechts, das sich ebenfalls an Fragen der Rechtsverbindlichkeit und der Wertigkeit der Grundrechte entzündete. Ganz zentral und gut sichtbar wurde der hinter der Ausstrahlungswirkung liegende Gedanke auf den Staatsrechtslehrertagungen vertreten.³⁶ Schon *Erich Kaufmann* kam in seinem Referat auf der Tagung in Münster dem Gedanken sehr nahe, als er ausgehend von einem Rechtsvergleich folgendes über den Grundrechtsabschnitt der Weimarer Reichsverfassung statuierte:

„Die Tatsache, daß die Legitimitätsanschauungen des Zeitalters und der deutschen Volksgemeinschaft in diesem Abschnitt bezeugt worden sind, macht ihn so wichtig für den Juristen, der aus ihm für die Auslegung zweifelhafter gesetzlicher Begriffe und für die Anwendung der Gerechtigkeitsprinzipien die letztlich maßgebenden und leitenden Gesichtspunkte selbst da ablesen kann und soll, wo die einzelnen grundrechtlichen Sätze kein unmittelbar geltendes Recht geschaffen haben.“³⁷

Auch auf der Münchner Tagung 1927 spielte die interpretationsleitende Wirkung der Grundrechte eine Rolle. Hier hielt *Rudolf Smend* als Mitberichterstatter ein Referat zur Meinungsfreiheit, in welchem er grundlegend Neues zur Funktion und Stellung der Grundrechte im Gefüge der Weimarer Rechtsordnung darlegte: „Die Grundrechte normieren privatrechtliche, verwaltungsrechtliche, strafrechtliche Verhältnisse nicht des Privatrechts, des Verwaltungsrechts, des Strafrechts, sondern der Verfassung wegen.“³⁸ *Smend* bezog also die Grundrechte nicht nur auf die Verfassung, vielmehr dachte er die ganze Rechtsordnung von der Verfassung aus. Dieser Perspektivwechsel hatte weitreichende Konsequenzen. *Smend* legte dar, dass besonders die Teile der Reichsverfassung, die einer Textstufe des einfachen Rechts entstammen, im Kontext der Verfassung anders ausgelegt werden müssten

³⁵ Siehe *A. Hensel*, Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (1930), 313, 313 f.

³⁶ Dem Gedanken nach wurde die Ausstrahlungswirkung bereits 1925 formuliert, allerdings nicht in einer wissenschaftlichen Publikation, sondern in einem Gutachten über das Selbstverwaltungsrecht einer Universität. *G. Holstein*, Der Selbstverwaltungsschutz der Verfassungen und die Greifswalder Universitätsgüterverwaltung, in: F. Curschmann/G. Holstein/H. Triepel (Hrsg.), Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald (1925), 17, 36 ff. Für eine genauere Betrachtung siehe *Ramadori* in diesem Band.

³⁷ *E. Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109, VVDStRL 3 (1927), 2 (18). Nicht jede Bedeutungsalternative des Satzes kann also Ausstrahlungswirkung gedeutet werden. Die naheliegende Lesart ist jedoch den Satz so zu verstehen, dass Grundrechte die Auslegung des einfachen Rechts auch dann beeinflussen, wenn sie nicht unmittelbar gelten. Diese Lesart würde die Ausstrahlungswirkung auch wirtschaftlichen und sozialen Rechten der Weimarer Reichsverfassung zukommen lassen, obwohl diese keine individuellen Rechte begründeten.

³⁸ *R. Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44 (45).

als im Kontext des einfachen Rechts.³⁹ Ausgehend von diesem Gedanken ist es nur noch ein kleiner Schritt zu folgern, dass mit der neuen Verfassung das einfache Recht in einen neuen Bedeutungszusammenhang rückt. Nicht *Smend*, sondern *Heinrich Triepel* zog aber die für den vorliegenden Zusammenhang entscheidenden Schlüsse. Er reagierte auf das neue Verständnis der Grundrechtsnormen in der Aussprache, schloss sich der Ansicht von *Smend* an⁴⁰ und führte dessen Gedankengang in folgender Weise weiter:

„Solche Legalwertungen sind aber echte Rechtsnormen. ... Wenn man früher Grundrechte anders angesehen hat, so hat sich das eben geändert. Bei dem Hauptgeschäfte des Juristen, bei Auslegung von Rechtssätzen und bei Ausfüllung von Gesetzeslücken führen uns die Grundrechte auf Maßstäbe, nach denen wir zu urteilen haben.“⁴¹

1928 formulierte *Smend* in seiner Monographie „Verfassung und Verfassungsrecht“, den in München geäußerten Gedanken weiterführend, dass Grundrechte, selbst wenn sie nicht unmittelbar gelten, dennoch die Auslegungsregel für das spezielle Recht seien.⁴² Gefolgert wird das aus der Einheitlichkeit des homogen gedachten Wertekanons der Grundrechte.⁴³ Daraus lässt sich leicht ableiten, dass sie im Falle ihrer unmittelbaren Geltung erst recht bei der Auslegung des einfachen Rechts heranzuziehen sind.⁴⁴ *Smend* selbst ging also von einer Wirkweise der Grundrechte aus, die der Ausstrahlungswirkung und der Wechselwirkung sehr nahekam. Auch *Hensel* verband den Gedanken einer Wertordnung mit der Einheit des Rechtssystems. Er drückte dies so aus:

„Ein Grundrechtssystem soll die Grundentscheidungen einer bestimmten politischen Weltanschauung zu einer widerspruchsfreien Einheit zusammenfassen. Diese Einheit soll sich als eine Werteinheit in der Gesamten auf das Grundrechtssystem aufgebauten Rechtsordnung manifestieren.“⁴⁵

Er hatte zuvor die „höchste Wertigkeit“ der Verfassungsnormen von ihrer „höchsten Geltung“ unterschieden, um aus der „Wertung“ die „doppelte Grundrechtsgeltung“ abzuleiten.⁴⁶ Eine Seite dieser Grundrechtsgeltung war ihre Bedeutung für die Auslegung der Gesetze, selbst wenn das betreffende Grundrecht nicht unmittelbar anwendbar war. Dem pflichtete auch *Carl Schmitt* bei⁴⁷, der auf dieser

³⁹ Ebenda, 45 f.

⁴⁰ Ebenda, 89.

⁴¹ Ebenda, 90.

⁴² *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), 163 f.

⁴³ *S. Ruppert*, Rudolf Smends Grundrechtstheorie in: Henne/Riedlinger, Lüth-Urteil (Fn. 1), 327, 339 f.

⁴⁴ Diese Folgerung findet sich allerdings nicht bei *Smend*.

⁴⁵ *A. Hensel*, Grundrechte und politische Weltanschauung (1931), 9.

⁴⁶ *A. Hensel*, Grundrechte und Rechtsprechung, in: O. Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1.10.1929) (1929), 4.

⁴⁷ *C. Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung in: G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1932), 572, 601.

Grundlage ebenfalls von einer interpretationsleitenden Wirkung der Grundrechte ausging.⁴⁸

Für *Hensel* war es

„selbstverständlich, dass diese Werte auch auf der Stufe der Normanwendung ihre Verwirklichung finden. Vom Standpunkte des Wertsystems aus betrachtet, entspricht also nur diejenige Rechtsanwendung dem Verfassungsrecht, welche die in der Norm getroffene, durch das Grundrechtssystem geforderte Wertentscheidung gebührend berücksichtigt. Damit fordert jedes Grundrechtssystem: im Zweifel ist diejenige Auslegung einer Rechtsnorm verfassungsrechtlich geboten, welche sich als Verwirklichung der in der Verfassung getroffenen Wertentscheidung darstellt.“⁴⁹

Eine Ausstrahlungswirkung der Grundrechte wurde also der Sache nach von verschiedenen Staatsrechtslehrern angenommen, insbesondere, wenn den Grundrechten auch ein Wertgehalt beigemessen wurde. Diese Anwendung des Wertgedankens auf die Verfassung wurde besonders deutlich von *Smend* herausgestellt, der in der Durchdringung der Rechtsordnung die zentrale Funktion der Grundrechte erblickte: Sie sollten integrierend wirken und ein bestimmtes „Kultur- und Wertesystem“ stiften⁵⁰, das sich in der ganzen Rechtsordnung niederschlagen sollte.

Wie sich daran zeigt, steht die interpretationsleitende Wirkung im Zusammenhang mit der generellen Aufwertung der Grundrechte, die sich in der Weimarer Republik ankündigt.

Das Verhältnis der Grundrechte zum einfachen Recht hängt dennotwendig von ihrer Rechtsverbindlichkeit und ihrer Stellung im Normengefüge ab.⁵¹ Solange den Grundrechten kein verbindlicher Rang und keine erhöhte Stellung zugewiesen worden war, konnten sie auch keinen besonderen Einfluss auf das einfache Recht gewinnen. Verstand man sie dagegen als Werte, ergab sich eine Grundlage für die Verwirklichung der Werte in allen Teilen der Rechtsordnung. Eine andere Erklärungsmöglichkeit liefert ein Blick auf die „Agenten“ der Grundrechte. Vor Weimar sollten sie besonders die Exekutive binden. Mit der Weimarer Verfassung wurde die Exekutive aber in viel höherem Maße von der Legislative abhängig. Aufgrund dieser institutionellen Verschränkung ließen sich Verfassungsrecht und einfaches Recht viel schwerer bestimmten Gewalten zuordnen. Auch dies mag einen fruchtbaren Boden für die Ausstrahlungswirkung bereitet haben.

Wie sind nun aber die Beiträge der Staatsrechtslehre für das Bundesverfassungsgericht zu werten? Obwohl die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts an der Ausstrahlungswirkung keinen Anteil hatte, bildete ihre traditionelle abwehrrechtliche Konzeption gegenüber exekutiven Maßnahmen jedenfalls den Hintergrund und die Kontrastfolie, vor der das Bundesverfassungsgericht die Ausstrahlungswirkung entwickelte.

⁴⁸ Ebenda, 604.

⁴⁹ *Hensel*, Grundrechte und Rechtsprechung (Fn. 46), 4.

⁵⁰ *Smend*, Verfassung (Fn. 43), 164.

⁵¹ *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988), 9 f.

Was das Verhältnis zur Weimarer Republik angeht, sind nach *Stolleis* „die Lüth- und Blinkfuer-Entscheidungen nachweislich in der Grundrechtsdoktrin der späten Weimarer Republik verankert“. Er führt dies unter anderem auch auf die personelle Verschränkung zurück.⁵² Das Verfassungsgericht hat keine Weimarer Quelle in direktem Zusammenhang mit der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung zitiert. Aber der Umstand, dass im Lüth-Urteil zumindest die Staatsrechtslehrertagung 1927 in München erwähnt wird, zeigt, dass die Lehre zu dieser Zeit noch zur Kenntnis genommen wurde.⁵³ Sie war von *Wilhelm Hennis*, angeblich dem Verfasser des Schriftsatzes von *Erich Lüth*, in das Verfahren eingeführt worden, er zitierte unter anderem *Smend* mehrfach.⁵⁴ *Adolf Arndt*, der *Lüth* vor dem Verfassungsgericht vertrat, hatte auch um Rat beim in Göttingen lehrenden Verfassungsrechtswissenschaftler *Theodor Ritterspach* nachgesucht.⁵⁵ Der Berichterstatter *Theodor Ritterspach* hat später geschildert, dass die Verhandlungen im Senat unkontrovers verliefen⁵⁶, woraus man schließen kann, dass er selbst als Berichterstatter großen Einfluss auf die Entscheidung hatte. Es wurde berichtet, dass sich das Votum des Berichterstatters ausführlich mit der Literatur auseinandersetzte.⁵⁷

Neben diesen Indizien sticht jedoch ein anderes Argument für die Vorbereitungsrolle der Staatsrechtslehre deutlich hervor. Die Ausstrahlung der Grundrechte wird unmittelbar aus dem Wertgedanken abgeleitet. Zwischen dieser konzeptionellen Einbettung und der dogmatischen Folgerung besteht ein enger Konnex. Genau dieser Konnex findet sich bei den Staatsrechtslehrern der Weimarer Zeit, von denen hier *Schmitt*, *Smend*, *Hensel*, *Thoma* und *Triepel* ausführlich gewürdigt wurden. *Smend* ragt dadurch hervor, dass er diesen Zusammenhang grundsätzlich ausgebaut und ihn ebenso wie das Verfassungsgericht im Kontext der Meinungsfreiheit entwickelt hat, die in Art. 118 WRV garantiert war und starke Parallelen zur Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG aufwies. Daher ist auch in der späteren Literatur die Ausstrahlungswirkung mit seinem Denken assoziiert worden.⁵⁸

⁵² So grundsätzlich *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Ost und West (2012), 240.

⁵³ BVerfGE 7, 198 (210).

⁵⁴ Wilhelm Hennis war Smend-Schüler und damals Mitarbeiter bei Adolf Arndt. Siehe dazu ausführlich *Henne*, „Smend oder Hennis“ (Fn. 2). Schriftsatz von *Arndt* an das BVerfG vom 30. Juli 1952, abgedruckt in: *Henne/Riedlinger*, Lüth-Urteil (Fn. 1), 524 f.

⁵⁵ Dazu eingehend *D. Gosewinkel*, Adolf Arndt, die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1991), 495 f. Dabei muss jedoch betont werden, dass der Schriftsatz, der von Wilhelm Hennis verfasst wurde, einen anderen Weg einschlug: er stellte formal auf die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Äußerungen ab. Siehe dazu ausführlich *Henne*, „Smend oder Hennis“ (Fn. 2).

⁵⁶ Siehe dazu die Ausführungen von *D. Grimm*: *Theodor Ritterspach*, JöR 60 (2012), 351, 352 f.

⁵⁷ *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 55 (1990), 1, 5 f.

⁵⁸ Siehe *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960), 362; *K. A. Bettermann*, Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 1964, 601 ff., 601, interessant ist jedoch, dass der Autor in der Wechselwirkungslehre eine Abweichung von Smends Theorie sieht, siehe 602. *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (Fn. 31) 7, 13.

2. Die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre vor Lüth

Als einflussreichster Vorbereiter der Ausstrahlungswirkung in der Bundesrepublik erweist sich *Günter Dürig* in seinen grundlegenden Erwägungen zu einer möglichen Drittwirkung der Grundrechte.⁵⁹ *Dürig* lehnte eine direkte Drittwirkung zwar ab, schlug aber eine vermittelnde Lösung vor. Diese bestand darin, den Grundrechten einen Einfluss auf die Auslegung von Generalklauseln einzuräumen.⁶⁰ Ziel dieser Konstruktion war es, zwischen der „Eigenständigkeit des Privatrechts“ und der „Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral“ so etwas wie praktische Konkordanz herzustellen.⁶¹ *Dürig* unterschied im Anschluss daran drei verschiedene „Intensitätsgrade“: die „bloße Verdeutlichung“ der Zivilrechtsdogmatik anhand der grundrechtlichen Wertung, eine „wertgeschärfte Auslegung“ aufgrund von Verfassungswandel und das Ausfüllen von Wertungslücken.⁶² Obwohl *Dürig* mit zunehmender Intensität eine abnehmende Häufigkeit annahm, ist nicht ersichtlich, dass er in der Intensität ein Kriterium für die Zulässigkeit der Ausstrahlungswirkung sah. An verschiedenen Stellen betonte er jedoch ausdrücklich, dass die Erhaltung einer gewissen Autonomie des Zivilrechts angezeigt sei.⁶³ Das mag auch ein Grund für ihn gewesen sein, den Einfluss der Grundrechte auf das Zivilrecht auf Generalklauseln zu beschränken. Eine Ausstrahlungswirkung nahm *Dürig* jedoch auch über das Zivilrecht hinaus an, so zum Beispiel beim fiskalischen Handeln des Staates.⁶⁴

In etwas abgewandelter Form hat auch *Theodor Maunz* diesen Gedanken entwickelt. Hier findet sich eine gesteigerte Form der Ausstrahlungswirkung. Ihm zufolge sollen Schrankengesetze Interpretationen des Grundrechts sein.⁶⁵ Der Gesetzgeber fülle deklaratorisch die bereits gezogenen Grenzen aus⁶⁶, die im Zweifel für das Individuum auszulegen seien.⁶⁷ Konstruktiv ist also dem Gehalt des Grundrechts soweit als möglich zu entsprechen, dies wird durch eine Vermutung „pro homo“, für eine grundrechtsfreundliche Auslegung, abgesichert. Die Ausstrahlungswirkung wurde von *Maunz* als interpretatorisches Optimierungsgebot verstanden. Dieses könnte man als besondere Ausprägung der Ausstrahlungswirkung bezeichnen. Es geht nicht nur darum, den Grundrechten überhaupt Einfluss auf die Aus-

⁵⁹ G. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: T. Maunz (Hrsg.). Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky (1956), 157.

⁶⁰ Ebenda, 176 ff.

⁶¹ Ebenda, 177 f.

⁶² Ebenda, 177 ff.

⁶³ Ebenda, 177, 180, 183 ff.

⁶⁴ Ebenda, 199 f.

⁶⁵ T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl. (1956), 87 f. In der ersten Auflage des Werkes hängt er allerdings noch der Auffassung an, dass Schrankengesetze über den Grundrechten stehen, siehe T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. (1951), 83.

⁶⁶ Ebenda.

⁶⁷ Ebenda, 88.

legung zu gewähren, sondern bei der Auslegung immer die Alternative zwingend zu Grunde zu legen, die den grundrechtlichen Wertungen am ehesten entspricht. In dieser Konzeption ist die Ausstrahlungswirkung notwendig mit enthalten.

Tatsächlich wurde in einer Reihe von Beiträgen zum Zivilrecht der Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung des Zivilrechts gesehen und bejaht. *Herbert Krüger* verband die tatsächliche Geltung einer Verfassung mit ihrer „Anerkennung und Anwendung durch die Rechtsgenossen“.⁶⁸ Auch der Zivilrichter müsse der Verfassung Geltung verschaffen und sie in den Prozess der Auslegung von Generalklauseln und anderen Begriffen einbeziehen.⁶⁹ In einer Entscheidungsanmerkung wurde Gerichten vorgeworfen, die Grundrechte als bindende Auslegungsregel zu missachten.⁷⁰ Grundrechtliche Wertungen wurden dabei als Argumentationshilfe bei der Beantwortung konkreter Rechtsfragen und insbesondere bei der Interpretation von Generalklauseln wie die der guten Sitten herangezogen.⁷¹ Anders als bei *Maunz* wurde dies aber manchmal auch auf eine Vermutungsregel begrenzt, die nur in Zweifelsfällen gelten sollte.⁷²

In seinem Lehrbuch zum Verwaltungsrecht kennzeichnete *Hans Peters* Gesetze und Verwaltungshandeln als konkretisierte Verfassung.⁷³ Zwar schlug sich das nicht in seiner Konzeption der Auslegungsmethode nieder,⁷⁴ dennoch nahm er damit den Gedanken vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht vorweg⁷⁵ und stellte die beiden Rechtsgebiete in einen Zusammenhang, aus dem sich die Ausstrahlungs- und Wechselwirkung der Grundrechte ergibt. Auch *Friedrich Klein* entwickelte die Ausstrahlungswirkung in der zweiten Auflage des *Mangoldtschen* Kommentars ausführlich.⁷⁶ Nachdem er eine Drittwirkung im strengen Wortsinne verneint hatte, erkannte er dennoch eine Wirkung an, „kraft deren die Grundrechtsbestimmungen (...) als Auslegungsregeln auch für die außerverfassungsrechtlichen Rechtsgebiete, mithin auch für das bürgerliche Recht, in Betracht kommen“.⁷⁷

⁶⁸ H. Krüger, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, 163, 163 f.

⁶⁹ Krüger, Verfassungen in der Zivilrechtsprechung (Fn. 68), 163, 163; 166 ff.

⁷⁰ H. Krüger, Anmerkung zu OLG Celle, Beschl. v. 13.7.1954 – 5 Wx 36/54, NJW 1955, 549, 549 f.

⁷¹ W. Jellinek, Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes 1950, 425, 426 f.

⁷² H. A. Bischoff, Der Frauenlohn, BB 1950, 427, 428 f.

⁷³ H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung (1949), 9–10.

⁷⁴ Ebenda, 91 ff.

⁷⁵ F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527.

⁷⁶ H. v. Mangoldt/F. Klein: Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. (1957), 69. Klein wiederum zitierte ausführlich ein Rechtsgutachten zu den Gleichheitsgrundrechten, dass die Ausstrahlungswirkung nur unter bestimmten Voraussetzungen anwenden wollte. Siehe W. Schmidt-Rimpler/A. Knur/P. Giesecke/E. Friesenhahn: Die Lohnleichheit von Männern und Frauen, AöR 37 (1950/1951), 165, 173. Aus den oben (siehe Fn. 36) erwähnten Gründen ist es als Rechtsgutachten nicht Gegenstand der Untersuchung.

⁷⁷ Ebenda.

Zusammenfassend kann man konstatieren, dass in der Staatsrechtslehre vor *Lüth* die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte verbreitet gesehen wurde. Im Gegensatz zur Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit begnügte man sich aber nicht nur mit der konzeptionellen Einbettung der Grundrechte durch die Ableitung aus dem Wertegedanken, sondern diskutierte auch rechtsdogmatische Fragestellungen wie etwa die Rolle von Generalklauseln. Dass die Staatsrechtslehre dieser Zeit Vorbereiterin der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung war, zeigt auch die Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts. Es zitierte viele der Quellen in anderen Zusammenhängen, in denen auch die Ausstrahlungswirkung niedergelegt war.⁷⁸ So verwies es auf *Günter Dürig* im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Ausstrahlungswirkung und Generalklauseln.⁷⁹

Zusammengenommen kann man also mit Fug und Recht behaupten, dass die Ausstrahlungswirkung von der Staatsrechtslehre der jungen Bundesrepublik vorbereitet wurde und dass das Verfassungsgericht diese Gedanken übernommen hat. Sie fußte dabei aber auf Vorarbeiten der Weimarer Zeit, insbesondere im Werk *Smends*. Es verwundert also nicht, dass er in vielen Untersuchungen als *spiritus rector* des Urteils angesehen wird.⁸⁰

Der Grundgedanke der Wechselwirkung, nämlich dass die Schrankengesetze im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden müssen, war auch bereits vorhanden. *Maunz* gab dies als Optimierungsgebot aus. Das Bundesverfassungsgericht folgte ihm darin nicht. Schon im *Lüth*-Urteil stellte es die Frage, wie weit der grundrechtliche Einfluss auf das zu beeinflussende Gesetzesrecht reicht, und löste dies unter Bezugnahme auf dessen Charakter als indisponible Norm.⁸¹ Diese Differenzierung war von der Staatsrechtslehre nicht entwickelt worden. So kann man feststellen, dass das „Ob“ der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung von der Staatsrechtslehre seit der Weimarer Zeit vorbereitet und in der noch jungen Bundesrepublik aufgenommen wurde, während die Frage nach dem „Wie“ sowie nach dem „Wie weit“ auch vom Bundesverfassungsgericht nicht abschließend beantwortet wurde und mithin noch offen war. Die Frage nach dem Maß der Ausstrahlungswirkung sollte aber im Laufe der Zeit noch erhebliche Bedeutung erlangen.

⁷⁸ Insbesondere Friedrich Klein, der mehrfach mit seiner Auflage des Mangoldt-Kommentars zitiert wurde BVerfGE 7, 198 (205, 210, 211).

⁷⁹ BVerfGE 7, 198 (206): „Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die „Einbruchstellen“ der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden (*Dürig*, in: F. Neumann/H.-C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. II, 525)“. Dass *Dürig* gerade an dieser Stelle zitiert wurde, mag auch eine abgrenzende Funktion gehabt haben, waren doch Generalklauseln gerade zu der Zeit des Nationalsozialismus ein beliebtes Mittel, dieser Ideologie Einfluss auf Auslegungsergebnisse zu schaffen. Besonders deshalb, weil *Dürig* selbst auf eine frühere Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1914 Bezug nimmt. Das Zitat eines unbelasteten Staatsrechtslehrers schafft also Distanz zu diesen früheren möglichen Anknüpfungspunkten.

⁸⁰ *Henne*, „Smend oder Hennis“ (Fn. 2), 227; jüngst auch *Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe (Fn. 22), 157 ff.

⁸¹ BVerfGE 7, 198 (206).

III. Reaktion der Staatsrechtswissenschaft auf das Urteil

Das *Lüth*-Urteil gilt heute als eines der epochalen Urteile des Bundesverfassungsgerichts und manchen sogar als sein wichtigstes Urteil.⁸² Das heißt aber nicht, dass es keine Kritik erfahren hätte. Im Folgenden sollen zuerst die unmittelbaren Reaktionen auf das Urteil referiert werden, daran anschließend werden Kritik und daraus entwickelte Lösungsansätze wiedergegeben. Damit angesichts der vielfältigen Vorschläge der Überblick erhalten bleibt, sollen diese Perspektiven (begrifflich, konzeptionell, dogmatisch, institutionell) unterschieden werden.⁸³ Referiert werden sollen dabei zum einen die jeweilige Kritik und zum anderen Alternativvorschläge in den jeweiligen Kontexten. Die Abschnitte schildern zuerst die einzelnen Kritikpunkte, die darauf aufbauenden Lösungsansätze und die spezifischen Vorzüge der jeweiligen Perspektiven.

1. Unmittelbare Reaktionen

Verschiedene Fachzeitschriften druckten unmittelbar nach der Veröffentlichung der Entscheidung Anmerkungen, auch einige Monographien widmeten sich dem durch das Urteil berührten Themenfeld ausführlich.⁸⁴ Die grundsätzlichen Weichenstellungen der Entscheidung im Hinblick auf die Ausstrahlungs- und Wechselwirkung wurden schnell als „herrschende Meinung“ bezeichnet.⁸⁵ Die Mehrheit der Staatsrechtslehre folgte dabei dem Bundesverfassungsgericht.⁸⁶

Dürig kennzeichnete das Urteil als „besonders wertvoll“⁸⁷, kritisierte zwar die Möglichkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Urteile, sah in der Lösung des Verfassungsgerichts jedoch einen guten Kompromiss.⁸⁸ *Nipperdey* kritisierte die

⁸² *R. Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte (Fn. 32), 745, 749 ff.; *Wahl*, *Lüth*-Urteil (Fn. 3), 372 ff.; *G. Kaspar*, Die Karlsruher Republik, ZRP 2002, 214 ff., 215; *R. Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2008), 8 ff., 9; *J. Schaefer*, 1958 – Schicksalsjahr der Rechtsentwicklung in beiden deutschen Teilstaaten, JZ 2008, 703, 703 f.; *M. Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (2011), 77, 93 f.; *O. Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, ebenda, 186 f.; *D. Grimm*, Identität und Wandel – das Grundgesetz 1949 und heute, *Leviathan* 37 (2009), 603.

⁸³ Die Diskussion wurde anhand der Stränge „materiellrechtlich“, „funktionell-rechtlich“ und „gerichtsinstitutionell“ gegliedert von *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbstständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401, 408.

⁸⁴ Eine Übersicht findet sich bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 52), 266 f.

⁸⁵ *W. Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht (1959), 14.

⁸⁶ *F. Günther*, Wer beeinflusst hier wen? Die westdeutsche Staatsrechtslehre und das Bundesverfassungsgericht während der 1950er und 1960er Jahre in: *R. van Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System (2006), 129, 134–135.

⁸⁷ *G. Dürig*, Zum „*Lüth*-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, JZ 1958, 194, 197 f.

⁸⁸ *Dürig*, *Lüth*-Urteil (Fn. 87), 194, 195 f.

Ausstrahlungswirkung als überflüssig, da er von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausging.⁸⁹ Im Ergebnis attestierte er dem Bundesverfassungsgericht ein verfassungskonformes, aber unrichtig begründetes Urteil.⁹⁰ In einer Anmerkung eines Richters findet sich die kritische Frage nach der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, die dem Verfasser der Rezension nicht klar beantwortet schien.⁹¹ Auch *Leisner* beschäftigte sich mit der Frage, wie die Reichweite der Grundrechte beschränkt werden könne.⁹²

Schon die unmittelbaren Reaktionen machen deutlich, dass die Vorbehalte weniger die Ausstrahlungswirkung selbst als vielmehr ihre Reichweite betrafen. Die Frage der Begrenzung der Reichweite wurde aber noch 1969 von einem Bundesrichter als „vielleicht (...) wichtigste Frage“ bezeichnet.⁹³ Auch die Staatsrechtslehre nahm umfassend zu dieser Frage Stellung.

2. Begriffliche Perspektive

Kritisiert wurde das Bundesverfassungsgericht schon wegen der von ihm verwendeten Begrifflichkeiten: Die Ausstrahlungswirkung sei Teil des in dieser Periode herrschenden essentialistischen „Jargon der Eigentlichkeit“.⁹⁴ „Sprachnebel, geboren aus dogmatischer Verlegenheit, Unsicherheit, Ungenauigkeit“, urteilte etwa *Jestaedt* über das Bundesverfassungsgericht.⁹⁵ Beide Begriffe beschrieben das Phänomen und damit das Ergebnis der verfassungsrichterlichen Würdigung⁹⁶, sie begrenzten aber gerade nicht deren Wirkung. Wann es also zu einer grundrechtlichen „Überfremdung“⁹⁷ komme, lasse sich an den Begriffen nicht ablesen. Daraus könne man schließen, dass die „Ausstrahlung und Einwirkung der Grundrechte ins Gesetzesrecht kein Maß in sich“⁹⁸ seien. Ferner suggeriere der Begriff auch „eine vorbildlose Nähe von einfachem Recht und Verfassungsrecht“.⁹⁹ Diese Nähe

⁸⁹ H. C. *Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, 445, 450 ff.

⁹⁰ Ebenda, 451 f.

⁹¹ B. *Wolff*, Eine Frage zu dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, 202.

⁹² *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 58), 367. Grundsätzlich entwickelt er eine Sinn-erfüllungslehre, die sich allerdings an nicht-rechtlichen Normen orientiert, ebenda, 362 ff.

⁹³ W. *Seufert*, Die Abgrenzung der Tätigkeit des BVerfGs gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, NJW 1969, 1369, 1369.

⁹⁴ So auf Theodor W. Adorno rekurrend *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 52), 244.

⁹⁵ M. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999), 110.

⁹⁶ J. F. *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), 442. Der Autor spricht von einem „Begriff metaphorischer Natur“.

⁹⁷ Mit diesen Begriffen unterstreicht Dürig den Vorteil der mittelbaren Drittwirkung gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung, da hier die Einheit der Rechtsordnung gewahrt würde, ohne dass die Eigenständigkeit des Privatrechts aufgegeben würde, siehe G. *Dürig*, Art. 1 in T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz. Sonderdruck (2003), Rn. 133.

⁹⁸ *Wahl*, Lüth-Urteil (Fn. 3), 383.

⁹⁹ Ebenda, 390.

könne das Bundesverfassungsgericht auch nicht durch die Abgrenzung von einfachem Gesetzesrecht und „spezifischem Verfassungsrecht“¹⁰⁰ auflösen, denn dieser Begriff könne die erforderliche Abgrenzung und Reichweite des Verfassungsrechts gerade nicht einfangen.¹⁰¹ Teilweise wurden die Begriffe präzisiert, wenn etwa von der „privatrechtsgestaltenden Kraft des Grundgesetzes“ gesprochen wurde¹⁰², teilweise wurden sie auch nur als Wechselwirkungstheorie¹⁰³ oder Wechselwirkungslehre¹⁰⁴ reformuliert. Bisweilen wurden dezidierte Gegenbegriffe entworfen, die auf Schwächen der Auffassung hinweisen sollten, wie etwa der „Schaukeltheorie“ als Gegenbegriff zur Wechselwirkung.¹⁰⁵ Wie *Alleweldt* zeigt, mangelt es auch nicht an begrifflicher Gegenpolemik.¹⁰⁶ So blieb *Isensee* bei der metaphorischen Redeweise des Bundesverfassungsgerichts, als er schrieb: „Auf Dauer führt die bundesverfassungsgerichtlich vermittelte Ausstrahlung der Grundrechte auf das einfache Recht zu Strahlenschäden. Die Fachgerichte spüren das Bedürfnis nach Strahlenschutz.“¹⁰⁷

Verallgemeinernd kann man die Ausstrahlungswirkung der verfassungskonformen beziehungsweise der grundrechtskonformen Auslegung zuordnen, die selbst methodisch ein Sonderfall der systematischen Auslegung ist. Der Begriff der Ausstrahlungswirkung macht deutlich, dass eine systematische Auslegung möglich ist, obwohl die jeweiligen Normen einem anderen Zusammenhang entstammen. Begrifflich trägt die Ausstrahlungswirkung nichts zur Begrenzung ihrer Reichweite bei, auch wenn das Bundesverfassungsgericht den Begriff in diesem Kontext geprägt hat. Unpräzise ist besonders die Kennzeichnung als Wirkung, weil sie sowohl die Frage der Auslegungskompetenz des Gerichts als auch den Zusammenhang von Normen verschiedener Ordnung bezeichnen kann. Will man den Begriff der Ausstrahlungswirkung technisch fassen, sollte man von grundrechtskonformer Auslegung sprechen. Eine solche Alternative besteht für den Begriff der Wechselwirkung nicht. Hier muss jedoch angemerkt werden, dass dem Begriff eine gewisse Unschärfe inhärent ist, weil die bezeichneten Wirkungen jedenfalls nicht direkt miteinander korrespondieren: einfache Gesetze können den Schutzbereich eines Grundrechts direkt beschränken, während dieses nur mittelbar bei der Auslegung des „Schrankengesetzes“ zum Tragen kommt.¹⁰⁸ Im Hinblick auf die Funktion des

¹⁰⁰ Siehe nur BVerfGE 18, 85 (92).

¹⁰¹ *Wahl*, Lüth-Urteil (Fn. 3), 389.

¹⁰² *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (Fn. 31), 10.

¹⁰³ Siehe nur H. *Bethge*: Vorbemerkung in T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, 35. Ergänzungslieferung (2011), Rn. 190.

¹⁰⁴ Siehe nur O. *Depenheuer*, Art. 8 GG in T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, 62. Ergänzungslieferung (2011), Rn. 112.

¹⁰⁵ Diesen Begriff verwendet z. B. G. *Dürig/R. Scholz*, Art. 3 Abs. 1 in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Fn. 104), Rn. 326.

¹⁰⁶ R. *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit (2006), 52 ff.

¹⁰⁷ J. *Isensee*, BVerfG – quo vadis?, JZ 1996, 1085, 1090 f.

¹⁰⁸ In diesem Sinne könnte man von einer Wechselwirkung eher im Hinblick auf den aus

Begriffs der Wechselwirkung ist zu betonen, dass die grundrechtskonforme Auslegung auch im Bereich von Einschränkungen von Grundrechten durch Gesetz noch Anwendung findet. Präzisere Begriffe können das Problem nicht lösen, aber das Problemverständnis erhöhen.

3. Konzeptionelle Perspektive

Die konzeptionelle Perspektive betrifft die theoretische Fundierung der dogmatischen Figuren. Es geht also um die Frage, in welchen Kontext sie eingebettet und wie sie begründet werden. Wie bereits angesprochen, entwickelte das Bundesverfassungsgericht die Ausstrahlungs- und Wechselwirkung nicht in einem Vakuum, sondern im Kontext des dogmatischen Meinungsstreits um die Drittwirkung, und stellte seine Lösung auf die Grundlage der Wertelehre. Wenn auch die Kritik hierzu andernorts in diesem Band näher untersucht wird,¹⁰⁹ sollen hier wichtige gleich- oder andersartige Alternativkonzepte kurz eingeführt werden, soweit sie für die Diskussion der Reichweite der Ausstrahlungswirkung relevant sind. Diesen Versuchen der Neujustierung der Reichweite ist gemeinsam, dass sie dem Verfassungsgericht eine „Grundrechtstheorie“ an die Hand geben wollen.¹¹⁰

Um eine „Inflationierung der Grundrechte“¹¹¹ zu verhindern, wollte Hesse dem Verfassungsrecht zwar eine „Schrittmacherfunktion“¹¹² zubilligen, die sich allerdings auf einzelne Lebensbereiche des Staates und gesellschaftlichen Lebens beschränkt.¹¹³ In ähnlicher Richtung wurde auch versucht, die Verfassung als Rahmenordnung zu verstehen.¹¹⁴ Anknüpfend an seine Kritik der Wertelehre betonte Ernst Forsthoff die „Technizität der Verfassung“ und die „Formtypik des Rechts“.¹¹⁵

Art. 19 Abs. 3 resultierenden Wesensgehalt sprechen, denn dieser beschränkt die Schranke im eigentlichen Sinne.

¹⁰⁹ Siehe dazu *Ramadori* in diesem Band.

¹¹⁰ Zum grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Grundrechtstheorie und Auslegung siehe E. W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation in: E. W. Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht (2011), 157, 158 ff.

¹¹¹ Ebenda, 30.

¹¹² Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht (Fn. 51), 41.

¹¹³ Ebenda, 29 und 40, anknüpfend an Formulierung von Forsthoff, die Verfassung sei kein Weltenei, E. Forsthoff, Der Staat in der Industriegesellschaft (1971), 144.

¹¹⁴ Siehe dazu im Überblick: R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und einfache Gerichtsbarkeit VVDStRL 61 (2002), 7, 14 ff. Er selbst entwickelt den Begriff der Spielordnung, den er als „qualitativen Grundordnungsbegriff“ kennzeichnet und mit dem er die Gegensätze zwischen den beiden Begriffen aufzuheben versucht. Siehe auch K. Stern, Probleme der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, in R. Wank u. a. (Hrsg.) Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag (2002), 133, 143; E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089, 2099; J. Isensee, Verfassungsrecht als „politisches Recht“ in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 2. Aufl., 128 f.; vergleiche auch G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 115 ff., 124 f.

¹¹⁵ E. Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung (1961), 24 f.

Dieser Technizität und der Formtypik könne man durch nahe Anlehnung an eine formale und vom Rechtspositivismus inspirierte juristische Hermeneutik gerecht werden.

Es wurde auch auf den Unterschied zwischen Recht und Politik Bezug genommen.¹¹⁶ Das Verfassungsrecht sei genuin politisch, während das einfache Recht durch die Entscheidung des Gesetzgebers dem Politischen entzogen werde.¹¹⁷ Diese Forderung leuchtet besonders unter Legitimationsgesichtspunkten ein¹¹⁸, jedoch liegt die Problematik des Vorschlags in der Abgrenzung zwischen Politischem und Unpolitischem.¹¹⁹

Andeutungsweise wird auch der Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft als gedachte Trennlinie ins Spiel gebracht.¹²⁰ Hier wird wohl die Fachgerichtsbarkeit eher mit dem freien Spiel der Kräfte in der Gesellschaft assoziiert, da sie diesem zum Beispiel im Hinblick auf die Privatautonomie Raum gegeben hat.¹²¹

Raiser versteht die „Privatrechtsordnung als Ganzes und als ein in langer geschichtlicher Entwicklung gewachsenes Gefüge von Rechtsinstituten und Rechtsnormen“¹²², auf die Abgrenzung verzichtend, beschrieb er die Abgrenzungsentcheidung selbst als politisch.¹²³

Ein anderer Vorschlag wollte das Verfassungsrecht selbst in verschiedene Sub- oder Teilverfassungen untergliedern¹²⁴, etwa in Wirtschafts- oder Medienverfassungsrecht. Durch ein solches Modell wird „die Teilordnung inhaltlich entscheidend durch Gehalte aus der Ebene der einfachen Gesetze angereichert“.¹²⁵ Man

¹¹⁶ G. Leibholz, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zu „Status“-Frage, JÖR 6 (1957), 120, 121 f.; C. Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts in: Jestaedt u. a., Entgrenztes Gericht (Fn. 82), 283, 327 f.; anders aber E. Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), 1, 4 f. Er sieht alle politischen Fragen als von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen an.

¹¹⁷ Leibholz, Bericht (Fn. 116), 121 f. Diese Auffassung, die exemplarisch für einen Versuch der Trennung von Recht und Politik ist, wurde freilich selbst in einem politischen Kontext geäußert, weil der Berichterstatter mit seinem berühmt gewordenen Gutachten den Status des Bundesverfassungsgerichts als oberstes Bundesorgan begründete. Gerade im Kontext der Abgrenzung von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit ist es dennoch sehr verwunderlich, wenn Leibholz vor dem Hintergrund der Unterscheidung von Verfassungsgericht und übriger Gerichtsbarkeit nach dem Kriterium des Politischen dieses als etwas „Dynamisch-Irrationales“, das Rechtliche hingegen als „etwas Statisch-Rationales“ definiert, Leibholz, Bericht (Fn. 116), 121 ff.

¹¹⁸ Siehe Möllers, Legalität (Fn. 116), 328.

¹¹⁹ So auch Böckenförde, Wissenschaft (Fn. 110).

¹²⁰ S. Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AÖR 119 (2004), 529, 561 f.

¹²¹ Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht (Fn. 114), 119, 125 f.

¹²² Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (Fn. 31), 19.

¹²³ Ebenda.

¹²⁴ Für einen solchen Entwurf siehe R. Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung (1978), 130 ff. Eine ausführliche Diskussion dieser Ansätze R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), 485, 508 ff.

¹²⁵ Scholz, Pressefreiheit (Fn. 124), 155 ff.; Wahl, Vorrang der Verfassung (Fn. 124), 508–509 m. w. N.

könnte also sagen, dass auf diese Weise einfachrechtliche Wertungen Verfassungsrang erhalten. In umgekehrter Richtung wurde behauptet, dass der Stufenbau der Rechtsordnung nicht mehr der Wirklichkeit entspreche und die Verfassung ihren Vorrang eingebüßt habe¹²⁶, weshalb Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit in einem „Kooperationsverhältnis“ stünden.¹²⁷ Auch wurde die Errichtung funktionell-rechtlicher Schranken für die Verfassungsgerichtsbarkeit vorgeschlagen¹²⁸, um eine Perspektive für dogmatische oder an Fallgruppen orientierte Lösungsansätze zu bieten.¹²⁹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Staatsrechtslehre besonders am Verfassungsbegriff anknüpft und versucht diesen anders zu akzentuieren. Dazu treten funktionell-rechtliche Argumente. Ähnlich wie die Wertlehre der Überbau für die konkreten dogmatischen Schlüsse des Bundesverfassungsgerichts war, hat die Staatsrechtslehre alternative Theorien entwickelt, die Grundlage für dogmatische Innovationen sein können.

4. Dogmatische Perspektive

Dogmatisch wurde versucht, die Frage nach der Reichweite der Ausstrahlungswirkung durch Rechtsinstitute zu lösen. Aus der fehlenden Beschränkung des Grundrechtseinflusses folge ein „erheblicher Bedeutungsverlust“ des einfachgesetzlichen Schrankengesetzes und damit des einfachen Rechts¹³⁰, denn es falle schwer zu bestimmen, wie weit die Verfassung das einfach-gesetzliche Recht determiniert.¹³¹ Dagegen haben sich in allen Rechtsbereichen Stimmen in der Literatur erhoben.¹³²

Dezidiert wandten sich Autoren auch gegen die Wechselwirkungslehre. Kritisiert wird, dass das Verhältnis zwischen Grundrecht und Schranke aufgehoben

¹²⁶ G. Robbers, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 937.

¹²⁷ Ebenda, 938 ff.

¹²⁸ Siehe nur W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit (1992), 13 ff., K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: K. Eichberger (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag (1981), 261; G.F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation (1980), G. Nolte, Beleidigungsschutz in der Demokratie (1992), 32–33. Zur Kritik dieses Ansatzes zusammenfassend mit weiteren Nachweisen, Hermes, Verfassungsrecht (Fn. 114), 119, 146 f. Ein konkretes Prüfungsprogramm formuliert H.-J. Koch, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte – Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis –, in: R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kuhlen/H. Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003), 511 ff.

¹²⁹ Hesse (Fn. 128), 266 ff.

¹³⁰ Siehe dazu U. Rühl, Tatsachen – Wertungen – Interpretationen (1998), 52. Auf den folgenden Seiten setzt sich der Autor intensiv mit der rechtswissenschaftlichen Kritik auseinander.

¹³¹ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 95), 258.

¹³² So schon Dürig, der das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil als überflüssige Revisionsinstanz bezeichnete, siehe G. Dürig, Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, DÖV 1958, 194; siehe hierzu den exemplarischen Überblick von P. Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 62 (2002), 35.

und verkehrt wird.¹³³ Durch die grundrechtskonforme Auslegung verliere die Schranke letztlich ihre Funktion. Ein weiteres spezifisches dogmatisches Problem tritt in der Konstellation mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse auf.¹³⁴ Denn gerade in zivilrechtlichen Verfahren stehen sich typischerweise mindestens zwei Grundrechtsträger gegenüber. Hier von einer grundrechtskonformen Auslegung des Schrankengesetzes auszugehen, birgt die Gefahr, die Grundrechtsposition des anderen Grundrechtsträgers zu missachten.¹³⁵ Dabei wurde auch kritisiert, dass die Begrenzung der Ausstrahlungswirkung nicht nur dogmatisch noch nicht bewältigt, sondern vielleicht gar nicht zu bewältigen sei.¹³⁶

Trotzdem wurde eine ganze Reihe dogmatischer Vorschläge gemacht, die sich entweder direkt auf die Ausstrahlungs- und Wechselwirkung bezogen oder allgemeiner formuliert waren, aber trotzdem eine große Wirkung auf das Problem hatten. Ganz grundsätzlich wurde gefordert, das Bundesverfassungsgericht möge anstelle von „Edukationsentscheidungen“¹³⁷ auf maßstabsbildende Regelbildung setzen und den Fachgerichten mehr Anhaltspunkte geben.¹³⁸ Eine grundsätzliche Überlegung, die vor allem mehrpolige Grundrechtsverhältnisse im Auge hat, trennt eindimensionale von mehrdimensionalen Freiheitsproblemen.¹³⁹ Bei eindimensionalen Problemen sei das Individuum einem staatlichen Eingriff ausgesetzt, der dem Schutz von Allgemeingütern diene. Diese Konstellationen seien vollständig von der Verfassung determiniert. Bei mehrdimensionalen Konstellationen würden gegenläufige Interessen zum Ausgleich gebracht; dieser sei nicht durch die Verfassung vorgegeben.

Alleweldt bildet aufbauend auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Fallgruppen, nach denen Verletzungen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte beurteilt werden können. Danach liegt eine Verletzung dann vor,

„wenn ein Gericht

- übersehen hat, daß auf der einen oder anderen Seite des Rechtsstreits Grundrechte betroffen waren,
- den sachlichen Umfang des Schutzbereichs eines Grundrechts verkannt hat,
- in seiner Urteilsbegründung eine verfassungsrechtlich unzulässige Erwägung anstellt,
- von einem zu engen Abwägungsspielraum ausgeht,

¹³³ W. Knies, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? in: J. Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag (1997), 1155, 1176.

¹³⁴ So z. B. mit Rekurs auf das Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrenschrift Isensee, BVerfG – quo vadis? (Fn. 107), 1085, 1090 f. Siehe zur grundsätzlichen Kritik Stern, Probleme der Ausstrahlungswirkung (Fn. 114), 142, m. w. N.

¹³⁵ Ebenda.

¹³⁶ Wahl, Der Vorrang der Verfassung (Fn. 124), 485, 503. Er stellt auf den folgenden Seiten klar, dass sich das Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht jedenfalls nicht einfach durch Verhältnismäßigkeitsprüfungen auflösen lässt, da diese nicht ebenübergreifend funktionieren.

¹³⁷ Nolte, Beleidigungsschutz in der Demokratie (Fn. 128), 39 f.

¹³⁸ Oeter, „Drittwirkung“ (Fn. 120), 529, 538, 540 ff.

¹³⁹ Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen (Fn. 128), 38 ff.

– in der Güterabwägung einem grundrechtlich bedeutsamen Umstand nicht das ihm zukommende Gewicht beimißt.¹⁴⁰

Seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt, könne das Bundesverfassungsgericht in die weitere Prüfung eintreten.¹⁴¹

Einige Ansätze knüpfen an der Prüfungsdichte an. *Georg Nolte* hat dies für Fälle des Beleidigungsschutzes anhand der Relation der „Bedeutung der demokratisch-politischen Kerngewährleistung“ der Meinungsfreiheit und der jeweiligen Eingriffsintensität entwickelt.¹⁴² Ferner wurde auch ein Stufenmodell vorgeschlagen, das sich an der Eingriffsintensität orientiert. Die höchste Eingriffsintensität soll vorliegen, wenn „existentielle Belange“ oder „zentrale Freiheitspositionen“ betroffen sind, wie etwa im Strafrecht.¹⁴³ Hier soll das Verfassungsgericht vollumfänglich prüfen. Eine hohe Eingriffsintensität liege vor, wenn die Entscheidungen ihren Adressaten erheblich betreffen, hier soll die *Hecksche* Formel angewandt werden.¹⁴⁴ Bei geringer Eingriffsintensität soll hingegen nur eine Vertretbarkeitsprüfung durchgeführt werden.¹⁴⁵

Eine konstruktive Kritik merkt an, dass die Begründung konsistenter ausfallen würde, wenn zwischen Kontrollmaßstab und Kontrolldichte unterschieden würde.¹⁴⁶ Dabei ergebe sich der Maßstab aus den jeweiligen Grundrechten und sei durch Auslegung („Konjunktion“) zu ermitteln, während die Kontrolldichte maßstabsunabhängig das „Ob“ der Prüfung betreffe.¹⁴⁷ Als weiterer Vorschlag könne von einem verfassungsgemäßen Gesetz eine Art Grundvermutung zugunsten der Verfassungsmäßigkeit der richterlichen Entscheidung auf Grundlage des Gesetzes ausgehen.¹⁴⁸

¹⁴⁰ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit (Fn. 106), 77; 184–192 ff. Die Nachweise auf die Verfassungsgerichtsrechtsprechung wurden weggelassen.

¹⁴¹ Ebenda, 77 f.

¹⁴² So auch *Nolte*, Beleidigungsschutz (Fn. 128), 35–37, der die Prüfungsdichte für Fälle des Beleidigungsschutzes anhand der Relation der „Bedeutung der demokratisch-politischen Kerngewährleistung“ der Meinungsfreiheit und der Eingriffsintensität bildet.

¹⁴³ *J. Berkemann*, Das Bundesverfassungsgericht und »seine« Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, 1028 (1039 f).

¹⁴⁴ Ebenda, 1039 f.

¹⁴⁵ Ebenda, 1040 f.

¹⁴⁶ *M. Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht, DVBl. 2001, 1316.

¹⁴⁷ Ebenda, 1318. Diese feinsinnige und scharfe analytische Trennung ist tatsächlich geeignet das zugrundeliegende Problem auf den Punkt zu bringen. Jedoch ist auf der anderen Seite die Vermengung der beiden Kategorien durch das Bundesverfassungsgericht folgerichtig, wenn man die Ausstrahlungswirkung zugrundelegt: wenn das Grundrecht in das einfache Recht hineinprojiziert wird und die Kontrolldichte sich an der Grundrechtsverletzung festmacht, dann besteht zwischen beiden Prozessen ein notwendiger Zusammenhang. Der Mehrwert der Unterscheidung kann dann allenfalls parallel zur Unterscheidung von Auslegung und Anwendung liegen. Käme der Kontrolldichte in dieser Konstellation wirklich eine beschränkende Funktion zu, würde das Bundesverfassungsgericht eine Grundrechtsverletzung aus prozessualen Gründen nicht feststellen, ein Ergebnis das aufgrund der Judikatur der Ausstrahlungswirkung nicht denkbar erscheint.

¹⁴⁸ *Oeter*, „Drittwirkung“ (Fn. 120), 529, 558 f., ähnlich auch *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht (Fn. 114), 119, 138 ff.

Alternativ soll der Schutzbereich der Grundrechte wesentlich enger gefasst werden.¹⁴⁹ Dies soll im Begriff des „Gewährleistungsgehalts“¹⁵⁰ Ausdruck finden, der von dem weiter verstandenen Sach- und Lebensbereichs des Grundrechts unterschieden wird. Innerhalb des Sach- und Lebensbereichs schütze das Grundrecht nur den Gewährleistungsgehalt, der für jedes Grundrecht einzeln und präzise zu ermitteln sei. Diese Konzeption des Grundrechtsschutzes weiche von einer lückenlosen Determination durch die Grundrechte ab, weil schon der Schutzbereich der Grundrechte viel enger gefasst werde. Das würde zu einer Verringerung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte führen.

Ein Vorschlag von ähnlicher Tragweite betrifft die Prägung der Grundrechte durch das einfache Recht. Hier wird die Ausstrahlungswirkung in umgekehrter Richtung gedacht: Es geht darum, wie sich das einfache Recht auf die grundrechtlichen Gehalte auswirken kann. Auswirkungen kann das einfache Recht dabei sowohl durch die Schutzbereichsdefinition als auch durch die Schrankenregelung haben. *Leisner* und später *Lerche* haben gezeigt, wie der Schutzbereich eines Grundrechts durch den einfachen Gesetzgeber ausgestaltet und konturiert werden kann.¹⁵¹ Diese Verzahnung von Grundrecht und einfachem Recht könne auch zu einem Einfluss des einfachen Rechts auf die Grundrechte führen und diese begrenzen. Denn den grundrechtlichen Schutzbereichen seien schon durch die Verfassung Grenzen gezogen, die in den unterschiedlichen Gesetzesvorbehalten ihren Ausdruck finden. Die Grundrechte strahlen zwar auf die Rechtsordnung aus und beeinflussen diese, umgekehrt werden sie aber auch von der Rechtsordnung beeinflusst, was bis zum Verfassungswandel reichen kann.¹⁵² Legt man das zu Grunde, könnte man von einer zweiseitigen Wechselwirkung sprechen, durch welche sich Grundrecht und einfaches Gesetz wechselseitig interpretativ beeinflussen.¹⁵³ Der Grundrechtsgehalt wird durch das einfache Recht bestimmt und strahlt dann wieder auf das einfache Recht zurück. Diese Argumentation ist – wie es auch bei der Schöpfung von Rechtsprinzipien oft der Fall ist – zirkulär oder selbstreferentiell.

¹⁴⁹ So grundlegend *E.-W. Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 55 (2003), 165, 174 ff. Siehe auch ausführlich *B. Rustenberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt (2009), 169 ff. Für eine konkrete Anwendung auf die vorliegende Frage siehe *G. Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935, 940, dies wird für die allgemeine Handlungsfreiheit und den Gleichheitssatz präzisiert, für welche sich der Gewährleistungsgehalt auf die Willkürkontrolle beschränken soll.

¹⁵⁰ *Böckenförde* jedoch spricht vom „Gewährleistungsinhalt“, ebenda, 174 f.

¹⁵¹ *W. Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung (1964); *P. Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V (1992), 739, 740 ff.

¹⁵² *C. Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte, Bd. III (2004), 257, 261 ff.

¹⁵³ Die eigentliche Wechselwirkungslehre stellt nur darauf ab, dass das beschränkende Gesetz das Grundrecht im Rahmen des Vorbehalts beschränkt, nicht aber interpretativ.

Ihr besonderer Nachteil liegt darin, dass sie sich nahe an einer „Verfassung nach dem Gesetz“ bewegt.¹⁵⁴

Wie bereits gezeigt, hängt die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte eng mit dem Vorrang der Verfassung zusammen. Auf diesen Zusammenhang anspielend, ist versucht worden, die Eigenständigkeit der zivilrechtlichen Dogmatik auf der Ebene der Verfassung abzusichern: Traditionell wurde die historische Stärke und Ausgefeiltheit der zivilrechtlichen Methode betont, die die methodische Überlegenheit und Autonomie des Zivilrechts verbürgen sollte.¹⁵⁵ Dessen Dogmatik trage einen freiheitsverbürgenden Eigenwert in sich. So wurde vorgeschlagen, diesen als grundrechtliches Prinzip in die Abwägung und Auslegung von Zivilrechtsnormen einzuführen und so ein Gegengewicht zugunsten der hergebrachten zivilrechtlichen Dogmatik zu kreieren.¹⁵⁶ Dieser Ansatz steht in Verbindung mit anderen Versuchen, kollektive und objektive Erwägungen, wie etwa die öffentliche Sicherheit, zu subjektivieren und zu Verfassungsprinzipien zu machen. In anderen Bereichen des einfachen Rechts lassen sich jedoch leichter einfachgesetzliche Anknüpfungspunkte finden, die das grundrechtsbeschränkende Gesetz verfassungsrechtlich aufladen können. Das Sozialstaatsprinzip stellt hier ein Paradebeispiel dar: So wurde beispielsweise eine „[s]ozialstaatsgerechte Grundrechtsauslegung“ vorgeschlagen, bei der das Sozialstaatsprinzip auf die Grundrechte ausstrahlt, die es begrenzen.¹⁵⁷

5. Institutionelle Perspektive

Die oben beschriebene Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung hat institutionell sowohl auf das Gefüge der Verfassungsorgane als auch auf das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten einen weitreichenden Einfluss gehabt.¹⁵⁸ So wird das im Lüth-Urteil geprägte Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht als Paradebeispiel für „Selbstermächtigung“ durch Verfassungsauslegung gesehen.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Siehe hierzu ausführlich *Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung (Fn. 151).

¹⁵⁵ Zum ganzen ausführlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 95), 22 ff.

¹⁵⁶ *D. Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 36; *U. Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück in juristischer Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171, 211 f.

¹⁵⁷ *H. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland (1980), 720, 862. Siehe grundsätzlich *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (Fn. 31), 14–15. Diese dogmatischen Ansätze haben eine gewisse Nähe zum oben erwähnten Teil- oder Subverfassungsmodell, obwohl der Zusammenhang kein notwendiger ist.

¹⁵⁸ Siehe auch *Hesse*, Funktionelle Grenzen (Fn. 128), 265 ff., *Nolte*, Beleidigungsschutz in der Demokratie (Fn. 128), 34 f.

¹⁵⁹ *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt (Fn. 82), 190 f.; *Berkemann*, Das Bundesverfassungsgericht (Fn. 143), 1028, 1029 f. Es wird aber auch richtig bemerkt, dass sich die Ausstrahlungswirkung natürlich auch auf das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Exekutive auswirkt, siehe *E.-W. Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz (1990),

Nach der Ausstrahlungswirkung kann jeder Rechtssatz Anknüpfungspunkt für Grundrechtswirkungen werden, die Fachgerichtsbarkeit muss dies erkennen und beachten. Dies gibt dem Verfassungsgericht die Möglichkeit, jede gerichtliche Entscheidung zu überprüfen.¹⁶⁰ Damit steht das Verfassungsgericht nicht mehr nur neben, sondern auch über der Fachgerichtsbarkeit.¹⁶¹ Während die Fachgerichte die Stellung des Bundesverfassungsgerichts – von vereinzelten Ausnahmen abgesehen – anerkannt haben¹⁶², wurde in der Rechtslehre gegen einzelne Entscheidungen deutlicher Widerspruch geäußert.¹⁶³ Dem Bundesverfassungsgericht wurde vorgeworfen, die etablierte Dogmatik mit systemfremden Erwägungen durcheinanderzubringen. Die Kritik lässt sich also mit den oben erwähnten funktionell-rechtlichen Erwägungen¹⁶⁴ zusammenfassen: Es wird moniert, dass das Verfassungsgericht Fragen entscheidet, für die eigentlich die Fachgerichte zuständig sind.

Institutionell geht es aber nicht nur um das Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit, sondern auch zum Gesetzgeber, und zwar sowohl zum einfachen als zum Verfassungsgesetzgeber.¹⁶⁵ Wenn das Verfassungsgericht einzelne Bestimmungen im Sinne der Ausstrahlungswirkung umdeutet, besteht die Gefahr, dass es eigene Präferenzen anstelle des vom Gesetzgeber Gewollten setzt. So kann eine verfassungskonforme Auslegung unter gewissen Voraussetzungen auch als „Teilnichtigklärung ohne Normtextänderung“ verstanden werden.¹⁶⁶ Dies ist aus Legitimitätsgesichtspunkten problematisch. Rechtlich läuft die Kritik darauf hinaus, dass das Bundesverfassungsgericht an manchen Stellen die Grenze von Auslegung und zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet und sich selbst als Gesetzgeber geriert. Ein Kriterium, das die Grenzüberschreitung verlässlich anzeigen würde, hat die Rechtswissenschaft bisher aber noch nicht entwickelt. Eine ausführliche statistische Aufarbeitung hat ergeben, dass die Erfolgsquote von Urteilsverfassungsbeschwerden im niederen einstelligen Bereich liegt.¹⁶⁷ Vor dem Hintergrund der ab-

32 f. Allerdings ist dieses Verhältnis aufgrund des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung in aller Regel durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit mediatisiert, so dass es im vorliegenden Zusammenhang weniger wichtig ist.

¹⁶⁰ Dies ergibt sich insbesondere aus der Verknüpfung der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung mit der weiten Auffassung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Für dieses Argument siehe *Nolte*, Beleidigungsschutz (Fn. 128), 33.

¹⁶¹ *K. Kröger*, Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart (1998), 90.

¹⁶² Siehe dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 95), 93 ff.

¹⁶³ Siehe z. B. aus der Literatur zum Urteil BVerfGE 89, 214: *J. Eschenbach/F. Niebaum*, Von der mittelbaren Drittwirkung zur staatlichen Bevormundung, NVwZ 1994, 1079; *W. Brohm*, Die Funktion des Bundesverfassungsgerichts – Oligarchie in der Demokratie, NJW 2001, 1, 8 f. Kritik der Ausdehnung der Ausstrahlungswirkung vom Deliktsrecht auf das Vertragsrecht siehe *W. Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1, 12 f.

¹⁶⁴ Siehe S. 109.

¹⁶⁵ *Wahl*, Vorrang der Verfassung (Fn. 124) 506–508.

¹⁶⁶ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 95), 140 f., ähnlich auch *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen (Fn. 128), 6 ff.

¹⁶⁷ *Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht (Fn. 146), 1311 f.

soluten Zunahme der Beschwerdeverfahren können diese Zahlen jedoch keinesfalls beschwichtigen.

Im Vergleich zu dogmatischen sind institutionelle Alternativvorschläge rar.¹⁶⁸ Im Verhältnis zu den gesetzgebenden Organen könnte sich eine institutionelle Verschiebung über den Richterwahlprozess ergeben. Was die Stellung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit angeht, könnte man entweder an der Struktur des fachgerichtlichen Instanzenzugs oder am Bundesverfassungsgericht selbst anknüpfen. Es ist auf die Korrelation zwischen einem verkürzten Instanzenzug und der Erhebung von Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht hingewiesen worden.¹⁶⁹ Wenn dieser Zusammenhang empirisch belegbar und eine kausale Verknüpfung wahrscheinlich ist, könnten leichter zugängliche Rechtsmittel im fachgerichtlichen Verfahren das Bundesverfassungsgericht entlasten, mittelbar aber auch dazu führen, dass es sich weniger bei der Auslegung des einfachen Rechts engagiert.

§ 2 Abs. 3 BVerfGG verknüpft das Bundesverfassungsgericht und die obersten Bundesgerichte bereits personell, wenn er fordert, dass jedem Senat mindestens drei Richter angehören müssen, die mindestens drei Jahre an einem obersten Gerichtshof des Bundes tätig gewesen sind. Das Bundesverfassungsgericht hätte selbst mehr Gelegenheit, seinem „judicial self-restraint“ Geltung zu verschaffen, wenn es seine Möglichkeiten bei der Annahme von Verfassungsbeschwerden konsequenter nutzen würde oder wenn ihm bezüglich der Annahme noch weiterreichende ähnliche Kompetenzen eingeräumt werden würden.¹⁷⁰

Das Problembewusstsein der Verfassungsrichter für das Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit wird jedenfalls auch durch informelle Kontakte wie gemeinsame Tagungen oder Besuche hergestellt. Gerade in dieser Hinsicht spielt die Rechtswissenschaft eine große und nicht zu unterschätzende Rolle, weil sie den Rahmen für fachliche und persönliche Begegnungen schafft und den Wissensaustausch begünstigt. Eine große institutionelle Reform, etwa die tatsächliche Einführung eines obersten Bundesgerichts, wie es im Grundgesetz in Art. 95 GG einmal vorgesehen war,¹⁷¹ sind dagegen unwahrscheinlich und vermutlich in den vorstellbaren Konstellationen überzogen.

¹⁶⁸ Siehe aber z. B. R. Wahl/J. Wieland, Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut, JZ 1996, 1137.

¹⁶⁹ Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht (Fn. 132), 34, 70 ff.

¹⁷⁰ Diederichsen, Bundesverfassungsgericht (Fn. 156), 171, 239 ff.

¹⁷¹ C. Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht (Fn. 82), 14 f.

IV. Weitere Entwicklung durch das Bundesverfassungsgericht

1. Ausstrahlungswirkung

Der Begriff der Ausstrahlungswirkung wurde häufig vom Bundesverfassungsgericht gebraucht, aber anders als im Lüth-Urteil später ohne Anführungszeichen.¹⁷² Es hat in diesem Zusammenhang auch von den Grundrechten als „Richtlinien“ gesprochen.¹⁷³ Ferner hat es, wie im Lüth-Urteil schon angekündigt („verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“¹⁷⁴), die Ausstrahlungswirkung über das Zivilrecht hinaus,¹⁷⁵ auch auf das Strafrecht¹⁷⁶ und das öffentliche Recht¹⁷⁷ erstreckt. Auch das Prozessrecht ist von der Ausstrahlungswirkung erfasst worden.¹⁷⁸ Selbst das Bundesverfassungsgerichtsgesetz wurde grundrechtskonform ausgelegt: § 79 Abs. 2 BVerfGG, der unter anderem die Nichtvollstreckbarkeit von Urteilen vorsieht, die auf verfassungswidrigen Gesetzen beruhen, wurde analog auf Urteile angewandt, in welchen die Ausstrahlungswirkung verkannt wurde.¹⁷⁹

Da jedoch im öffentlichen Recht Organe des Staates Streitpartei sind, greift die Wirkung der Grundrechte auf die Auslegung hier oft viel weiter.¹⁸⁰ Auch weitete das Bundesverfassungsgericht die Ausstrahlungswirkung auf andere Grundrechte aus.¹⁸¹ Im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG fasste das Bundesverfassungsgericht darunter nicht nur die Auslegung von Schrankengesetzen, sondern auch die Auslegung von Äußerungen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG.¹⁸² Auch Sozialpläne, die die Wirkung von Betriebsvereinbarungen haben und zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten, wurden grundrechtskonform ausgelegt.¹⁸³ Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ist auch allgemeiner als verfassungskonforme Auslegung¹⁸⁴ oder auch als „interpretationsleitende“ Berücksichtigung der Grundrech-

¹⁷² Siehe nur BVerfGE 81, 278 (297); BVerfGE 32, 98 (109).

¹⁷³ BVerfGE 96, 375 (398). Wie oben gezeigt greift es dabei die Formulierung des Lüth-Urteils auf.

¹⁷⁴ BVerfGE 7, 198 (205), Hervorhebung durch Verfasser.

¹⁷⁵ Eine Zusammenfassung der das Zivilrecht betreffenden Entscheidungen findet sich bei J. Neuner, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts, JöR 59 (2011), 47 ff.

¹⁷⁶ Siehe z. B. BVerfGE 32, 98 (109).

¹⁷⁷ BVerfGE 32, 98 (109), BVerfG NJW 1978, 2446 (2447).

¹⁷⁸ BVerfGE NJW 2006, 40.

¹⁷⁹ BVerfGE 115, 51.

¹⁸⁰ Siehe dazu BVerfG NVwZ 1988, 237 (240).

¹⁸¹ So z. B. auf Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, siehe BVerfGE 32, 373 (383); auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, siehe BVerfG WuM 1997, 591 (592); auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, siehe BVerfGE 24, 236 (251); auf Art. 5 Abs. 1 GG, siehe BVerfGE 35, 202 (219); auf Art. 6 Abs. 1 GG, siehe NVwZ-RR 2005, 825 (826); auf Art. 12 Abs. 1 GG, siehe BVerfG, 1 BvR 381/90, juris Rn. 8, auf Art. 14 Abs. 1 GG, siehe BVerfGE 46, 325 (334 f.).

¹⁸² BVerfGE 82, 272 (280); BVerfG NJW 2001, 2072 (2073 f.).

¹⁸³ BVerfGE 73, 261 (269).

¹⁸⁴ BVerfGE 32, 373 (383), BVerfGE 46, 325 (335).

te¹⁸⁵ bezeichnet worden. In einem Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht auf die Ausstrahlungswirkung einer Strafnorm Bezug genommen, meinte hier aber nicht die Wirkungen auf die Auslegung anderer Normen, sondern die tatsächlichen Wirkungen der Strafnorm wie etwa die Generalprävention.¹⁸⁶

Besonders die Reichweite der Ausstrahlungswirkung beschäftigte das Bundesverfassungsgericht. Es hat eine grundrechtskonforme Auslegung auch dann vorgenommen, wenn sie über den erklärten Willen des Gesetzgebers hinausging.¹⁸⁷ Von der Absicht des Gesetzgebers habe es nur das aufrechterhalten, was nach der Verfassung aufrechterhalten werden könne. So sieht sich das Verfassungsgericht ermächtigt, auch im Wege der Interpretation über den Willen des Gesetzgebers hinauszugehen und Gesetze umzuinterpretieren, statt sie als nichtig oder unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären. Was das Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit angeht, lassen sich verschiedene Linien zeichnen. Das Bundesverfassungsgericht prüfte auch Abwägungsentscheidungen einzelner Gerichte, wenn die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte dadurch verkannt wurde, dass sie falsch gewichtet wurde.¹⁸⁸ Dies galt für das Bundesverfassungsgericht sogar dann, wenn das einschlägige Grundrecht zitiert und den anderen Belangen gegenübergestellt wurde.¹⁸⁹ Auf der anderen Seite hat das Bundesverfassungsgericht besonders im Patentschluss seinen Prüfungsmaßstab relativiert¹⁹⁰: So komme eine Prüfung nur bei einer Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“ in Frage. Dabei belässt das Bundesverfassungsgericht den anderen Gerichten einen gewissen Spielraum.¹⁹¹ So hat es seine Kontrolldichte reduziert¹⁹² auf Auslegungsfehler, „die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.“¹⁹³

Dieser Kontrollmaßstab geht wohl auf den damaligen Berichterstatter *Karl Heck* zurück.¹⁹⁴ Allerdings ist er in Minderheitsvoten des Bundesverfassungsgerichts kritisiert worden, die potentiell eine vollumfängliche Prüfung forderten.¹⁹⁵ Eine

¹⁸⁵ Siehe BVerfGE 99, 185 (196), allgemein BVerfGE 96, 345 (367). Siehe auch *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), 65, *G. F. Schuppert/C. Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung (2000), 20; *Wahl, Lüth* und die Folgen (Fn.3), 392.

¹⁸⁶ BVerfGE 224 (229).

¹⁸⁷ BVerfGE 33, 52 (69).

¹⁸⁸ BVerfG WRP 2002, 430 (431 f.), BVerfG WuM 1997, 591 (592).

¹⁸⁹ BVerfG WuM 2001, 482 (483).

¹⁹⁰ BVerfGE 18, 85 (92–93).

¹⁹¹ BVerfGE 18, 85 (93).

¹⁹² Von einer Einschränkung der Kontrolldichte spricht ausdrücklich BVerfG NJW 2009, 1259 (1260).

¹⁹³ BVerfGE 18, 85 (93).

¹⁹⁴ Ebenda.

¹⁹⁵ Siehe abweichende Meinung Rupp-Brünneck BVerfGE 30, 173 (218 ff.) und Stein BVerfGE 30, 173 (200 ff.).

eindeutige Linie des Bundesverfassungsgerichts lässt sich hier jedoch nicht feststellen: Ein etwaiger Spielraum entziehe sich nicht der verfassungsgerichtlichen Überprüfung, gebe aber einen gewissen „Wertungsrahmen“ vor.¹⁹⁶

Zum einen changiert das Verfassungsgericht zwischen einem grundrechtlichen Optimierungsgebot und einer bloßen Berücksichtigungspflicht. So statuierte es manchmal, dass es bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten immer diejenige wählen wolle, die den Grundrechten am besten entspricht.¹⁹⁷ Auf der anderen Seite betont es, nur die verfassungsrechtlich gebotenen Belange festzulegen, während Gewichtung und Entscheidung des Falles Aufgabe der Fachgerichte sei.¹⁹⁸

Manchmal reicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts tief in die Dogmatik des Zivilrechts hinein. So entschied es die Frage, wie die in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO geregelte Zulassung der Revision im Hinblick auf den Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip auszulegen sei.¹⁹⁹ Das Bundesverfassungsgericht wertete selbst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Auffassungen in der Literatur aus, um anders als der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis zu kommen, dass hier keine klärungsbedürftige Rechtsfrage im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO vorliege. Andererseits hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich statuiert, dass es anderen Gerichten nicht vorgeben wolle, wie sie im Ergebnis zu entscheiden hätten.²⁰⁰ Bisweilen hat es auch entschieden, ohne einen konkreten Maßstab für die Weite der Ausstrahlungswirkung anzugeben.²⁰¹

Das Bundesverfassungsgericht zog zur Beurteilung von Weite und Begrenzung der Ausstrahlungswirkung folgende Kriterien heran: Intensität der Beeinträchtigung, Form der geprüften fachgerichtlichen Handlung, dogmatischer Standort der Prüfung. Die Eingriffsintensität spielte in verschiedenen Urteilen eine Rolle.²⁰² Eine hohe Intensität kann zum Beispiel bei zwingenden Regeln des Zivilrechts²⁰³ angenommen werden. Weniger stark strahlt die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG auf den Organisationsbereich aus.²⁰⁴ Ferner hat das Bundesverfassungsgericht sich auch dann zurückgenommen, „wenn die fachrechtliche Auslegung und Anwendung des Rechts möglicherweise tatsächliche Annahmen und Feststellungen einbeziehen muss.“²⁰⁵ Um die verfassungsrechtliche Lage beurteilen zu

¹⁹⁶ BVerfGE 76, 143 (162).

¹⁹⁷ BVerfG ZUM 2011, 311 (312); im Rahmen der praktischen Konkordanz siehe auch BVerfGE 20, 162 (177).

¹⁹⁸ BVerfG NJW-RR 2010, 470 (474).

¹⁹⁹ BVerfG NJW 2011, 2276–2277.

²⁰⁰ BVerfG ZUM 2011, 311, 312.

²⁰¹ BVerfG FamRZ 2010, 795–797.

²⁰² BVerfGE 42, 143 (149); BVerfGE 66, 116 (113 f.).

²⁰³ So schon BVerfGE 7, 198, 2. Leitsatz.

²⁰⁴ BVerfGE 35, 79 (132).

²⁰⁵ BVerfG ZUM 2011, 311 (312).

können, erachtet das Bundesverfassungsgericht manchmal auch eigene Feststellungen für nötig und hört so zum Beispiel Sachverständige an.²⁰⁶

Was dogmatische Erwägungen in Bezug auf die Kontrolldichte angeht, ist zu erwähnen, dass die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte besonders im Rahmen von Generalklauseln Anwendung fand.²⁰⁷ Bei grundrechtlichen Kollisionslagen neigt das Verfassungsgericht dazu, die Weite der Ausstrahlungswirkung ausdrücklich zu thematisieren. Eine Verkenning der Ausstrahlungswirkung nimmt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig an, wenn die Bestimmung des grundrechtlichen Schutzbereichs aus seiner Sicht fehlerhaft ist.²⁰⁸ Eine vollumfängliche Prüfung wurde dann vorgenommen, wenn die Auslegung des einfachen Rechts die unmittelbare Anwendung der Grundrechtsbestimmung betrifft: So spiegelte sich in der Auslegung des Asylverfahrensgesetzes die Frage, ob die Voraussetzungen des Grundrechts auf Asyl vorliegen oder nicht.²⁰⁹ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Bundesverfassungsgericht die Ausstrahlungswirkung auf alle Grundrechte ausdehnte, hinsichtlich seiner Vorgehensweise aber auch seiner Ergebnisse sehr flexibel war.

2. Wechselwirkung

Die Wechselwirkung ist in der allgemeinen dogmatischen Figur der Ausstrahlungswirkung schon mitumfasst. Dennoch griff das Bundesverfassungsgericht den Begriff immer wieder auf.²¹⁰ Auch der Begriff Wechselbezüglichkeit²¹¹ wurde verwandt. Die Wechselwirkungen beschränkten sich nicht auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, vielmehr wurde diese dogmatische Figur auf alle Grundrechte angewandt.²¹² Ferner hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur bei Schrankengesetzen aus dem Zivilrecht, sondern auch aus dem Strafrecht eine Wechselwirkung angenommen.²¹³

Eine neue Form von Wechselwirkung erkannte das Bundesverfassungsgericht im Wunsiedel-Beschluss an.²¹⁴ Hier wurde § 130 Abs. 4 StGB als Sonderrecht angesehen, das sich nicht unter den qualifizierenden Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG subsumieren lasse. Dennoch entwickelte das Verfassungsgericht in einer ver-

²⁰⁶ BVerfGE 35, 202 (219), siehe auch BVerfG NJW 1978, 2446, 2447.

²⁰⁷ Siehe z. B. BVerfG Juris 1 BvR 2038/96, Rn. 8; BVerfG Juris 1 BvR 1282/88.

²⁰⁸ BVerfGE 112, 332 (358–359).

²⁰⁹ BVerfG DVBl. 1998, 1180.

²¹⁰ Siehe BVerfGE 12, 113 (124), BVerfGE 73 206 (223), BVerfGE 47, 198 (232 f.), BVerfGE 53, 366 (400 ff.), BVerfG 1 BvR 1415/86, Juris Rn. 8, ZUM 1991, 422–423, BVerfG NJW 1991, 2074 (2075). Im Bezug auf die Wechselwirkung zwischen Kirchenfreiheit und anderen verfassungsrechtlichen Gütern siehe BVerfGE 66, 1 (22), BVerfG NJW 1984, 970, BVerfGE 70 138 (167).

²¹¹ So BVerfG NJW 2010, 3501.

²¹² So etwa auf Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG, siehe BVerfGE 72, 278 (289); auf Art. 6 Abs. 5 GG, siehe BVerfGE 118, 45 (54); auf Art. 9 Abs. 3 GG, siehe BVerfG NZA 2007, 394 (395), NZA 2007, 514 (515); auf Art. 12 GG, siehe NZA 2005, 153 (154).

²¹³ BVerfG NJW 2012, 1273–1275 (1274); BVerfG NJW 2012, 1498–1500 (1499).

²¹⁴ BVerfGE 124, 300.

fassungsrechtlichen Gesamtschau ein Prinzip, das rechtsextremen und nationalsozialistischen Haltungen, welche die gedankliche Sphäre verlassen haben, den Schutz versagt.²¹⁵ Dieses Prinzip beeinflusst nicht das einfache Recht an sich, sondern die verfassungsrechtliche Schrankenregelung. Aufgrund der verfassungskonformen Auslegung wird der Begriff der allgemeinen Gesetze einschränkend ausgelegt. Von der Wechselwirkung der Lüth-Entscheidung unterscheidet sich diese verfassungskonforme Auslegung in dreierlei Hinsicht: Wie bereits erwähnt, ist das Objekt der Auslegung die verfassungsrechtliche Schrankenregelung und nicht das Schrankengesetz. Nicht das Grundrecht, sondern ein grundrechtsexternes Verfassungsprinzip wird in die Auslegung miteinbezogen. Im Ergebnis schränkt die erweiternde Auslegung der Schrankenregelung den Grundrechtsschutz ein. Die Wechselwirkung wirkte sich hier also in anderer Richtung aus.

V. Gesamtwürdigung und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass Ausstrahlungswirkung und Wechselwirkung in ihrem Bestehen nicht nur einen, sondern viele Vorbereiter hatten. Die Staatsrechtslehre hat den Einfluss von Grundrechtsnormen auf einfache Gesetze im Rahmen der Auslegung herausgearbeitet und in einen spezifischen Ableitungszusammenhang mit der Wertelehre gestellt, den das Bundesverfassungsgericht explizit übernommen hat. Die Staatsrechtslehre nach dem Krieg hat das Bestehen des Einflusses wieder aufgenommen und um einige konkrete Punkte angereichert. Ein Beitrag von Günter Dürig wurde vom Verfassungsgericht ausdrücklich in diesem Kontext zitiert. Während das Bundesverfassungsgericht das Bestehen der Ausstrahlungswirkung im Lüth-Urteil feststellte, hat es das Problem der Reichweite der Ausstrahlungswirkung allenfalls aufgeworfen und nicht dogmatisch gelöst. Während die Rechtslehre zahlreiche Lösungsvorschläge auf verschiedenen Ebenen erarbeitet hat, hat das Verfassungsgericht sich hier nicht festgelegt und die Reichweite sowohl methodisch als auch im Ergebnis flexibel gehandhabt.

Stützt also die Genese und Entwicklung der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung die These, dass die Staatsrechtslehre im Sinne von Bernhard Schlink „entthront“ ist?²¹⁶ Man könnte die Geschichte dieser Institute so deuten, dass das Verfassungsgericht der Lehre folgte und deren Ideen übernahm. Für eine Entthronung spricht aber der Verlust des Einflusses der Lehre auf die weitere Entwicklung. Hinsichtlich der Reichweite der Wirkungen kann man schwer von Vor- und Nachbereitungen sprechen. Und vielleicht beschreibt die Metapher des Throns das Verhältnis nicht so gut wie die Metapher des richterlichen Dialogs.²¹⁷

²¹⁵ BVerfGE 124, 300 (326 f.).

²¹⁶ Im Sinne von B. Schlink, Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161.

²¹⁷ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 52), 155.

Natürlich bestehen zwischen Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht enge Beziehungen, die am deutlichsten durch die „Professoren-Richter“ sichtbar gemacht werden. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Richterschaft und Lehre lässt sich heute also vielleicht gar nicht mehr treffen. Selbst wenn man diese Trennung typisierend zugrunde legt, ist die „Entthronung“ nichts anderes als ein Funktionswandel: Den Richtern kommt die Kompetenz der Entscheidung zu, trotzdem stehen wissenschaftlicher und richterlicher Diskurs in einem Kommunikationszusammenhang²¹⁸: Im Dialog stellt die Staatsrechtslehre den Diskurs- und Reflexionsraum für Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit dar.

Dabei können in beide Richtungen Impulse gesetzt werden, sei es durch Kritik im Einzelfall oder auch durch Entwicklung übergreifender Modelle und Theorien. Wenn sich ein gewisses kollektives und übergreifendes Vorverständnis dieser Fragen durchsetzt, bildet es einen zentralen Teil der Rechtskultur im betreffenden Rechtssystem. Unbewusst oder bewusst spielt die Rechtslehre bei der Bildung und der Umbildung einer solchen Rechtskultur eine große Rolle. Sie ist in gleichem Maße Vor- und Nachbereiterin, weil sie manchmal Impulse an die Rechtsprechung gibt, manchmal aber auch Impulse der Rechtsprechung aufnimmt. Für den Bereich der Ausstrahlungs- und Wechselwirkung wäre es also besser, die Rechtswissenschaft als Dialogpartnerin zu bezeichnen. Das Gespräch dauert fort, denn bisher ist insbesondere die Frage nach der Reichweite noch nicht gelöst, sie könnte sogar noch an Bedeutung gewinnen, wenn das Problem im ähnlichen Gewand hinsichtlich der völker- und europarechtskonformen Auslegung auftaucht.²¹⁹

Ein weiteres vergleichbares Feld, in dem die Ausstrahlungswirkung eine Rolle spielen könnte, ist die Interpretation von technischen Systemen, die normative Wirkungen zeitigen. Hier ist die Wissenschaft des öffentlichen Rechts gefragt, als Vorbereiterin, Nachbereiterin und auch als ständige Dialogpartnerin. Dabei scheint es auch nicht ausgeschlossen, dass es zu weiteren Innovationen in diesem Bereich kommen kann. Insbesondere im Bereich von Grundrechten und Technik könnte sich hier eine neue Ausstrahlungswirkung ergeben, die zu neuen Formen grundrechtlich induzierter Technikgestaltung führt und der Verfassung auch im Bereich der technischen Infrastruktur stärkere Geltung verschafft. Eine solche Ausstrahlungswirkung ins Technische hinein bedarf aber noch weiterer Vorbereitungen, ob von Seiten der Staatsrechtslehre oder der Rechtsprechung.

²¹⁸ Ebenda.

²¹⁹ Das kann den internationalen und den europäischen Menschenrechtsschutz betreffen, im Falle Europas sowohl die Europäische Grundrechtecharta als auch die Europäische Menschenrechtskonvention.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Peter Staubach

Inhaltsübersicht

I. Fragestellung	131
II. Die Konstruktion der Verhältnismäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht	132
1. Die ersten Jahre	132
2. Verhältnismäßigkeit und Berufsfreiheit	136
3. Verhältnismäßigkeit als Universalprinzip	140
III. Der Beitrag der Rechtswissenschaft	144
1. Historische Anknüpfungspunkte	144
2. Theoretische Grundlegung	146
3. Methodische Differenzierung	152
4. Kritik	155
IV. Auswertung	157

I. Fragestellung

Vergleicht man die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht mit anderen Innovationen der Rechtsprechung im Grundrechtsbereich, so fällt ein markanter Unterschied auf: Während etwa das Konzept der Grundrechte als objektive Wertordnung untrennbar mit dem Lüth-Urteil¹ verbunden ist, fehlt eine solche Leitentscheidung bei der Verhältnismäßigkeit. Vielmehr tauchen Aspekte des Grundsatzes vereinzelt bereits in sehr frühen Entscheidungen auf, während die Verbindung der einzelnen Elemente und ihre dogmatische Begründung erst später erfolgten. Ein wichtiger Grund für diese Besonderheit der Entwicklung liegt in der Tatsache, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gegensatz zu anderen dogmatischen Innovationen im Grundrechtsbereich nicht erst unter dem Grundgesetz entstand, sondern als Grundsatz des Verwaltungsrechts bereits seit langem anerkannt war. Insbesondere konnten das Bundesverfassungsgericht und die verfassungsrechtliche Literatur auf die umfangreiche Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts aufbauen,

¹ Siehe dazu in diesem Band *Ramadori*.