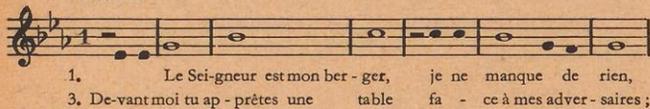


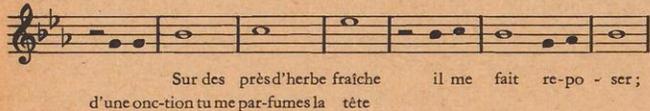
Psalmes, und die ganze Gemeinde antwortet jedesmal mit der Antiphon, dem Eingangslied des Sonntags: „Singet dem Herrn ein neues Lied, denn Wunder hat er vollbracht.“

Als Antiphon zu Psalm 22: „Der Herr ist mein Hirt“, wird ein volkstümliches Lied aus dem Oratorium Le Roi David von Arthur Honegger gesungen, „L'Éternel est mon berger, je ne suis que son agneau; conduis moi par tes sentiers au vallon des fraiches eaux“. Die Abschnitte der Verse sind hier abwechselnd drei- und zweiakzentig. Bei Vers eins ist der Eingang verkürzt, die Verse drei und

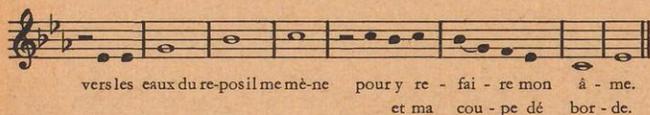
Ps. 22



1. Le Sei-gneur est mon ber-ger, je ne manque de rien,
3. De-vant moi tu ap-prêtes une table fa-ce à mes adver-saires;



Sur des près d'herbe fraîche il me fait re-po-ser;
d'une onc-tion tu me par-fumes la tête



vers les eaux du re-pôsil me mè-ne pour y re-fai-re mon à-me.
et ma cou-pe dé bor-de.

vier (und die Doxologie) sind kürzer als die ersten beiden Verse und lassen zwei Melodieabschnitte ausfallen. Das Melodiebeispiel gibt die Verse eins und drei wieder. Beim Vortrag ergibt sich ganz natürlich ein 4/4 Takt, der Wechsel von Abschnitten verschiedener Länge gibt einen ganz eigenen Reiz. Auf der Schallplatte SM 33—04 wird

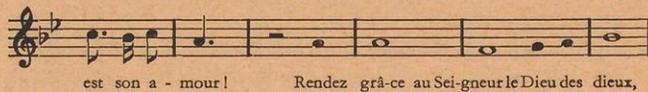
der Psalm von den Petit Chanteurs de Provence gesungen.

Als letztes Beispiel sei endlich noch Ps. 135 genannt, das große Hallel. Ein Solist singt von den Wundern, die der

Ps. 135



Ren-dez grâ-ce au Sei-gneur car il est bon, car é-ter-nel



est son a-mour! Rendez grâ-ce au Sei-gneur le Dieu des dieux,

Alle:



car é-ter-nel est son a-mour! Rendez grâ-ce au Sei-

Alle:



gneur des sei-gneurs, car é-ter-nel est son a-mour!

Herr für sein Volk vollbracht hat, und die ganze Gemeinde antwortet jeweils „denn ewig währet sein Erbarmen“. Das Melodienbeispiel gibt den ersten Vers wieder. Auf der Schallplatte SM 33—04 wird der Psalm von den Petit Chanteurs de Provence in einer Bearbeitung Pater Gelineaus gesungen, bei der allmählich eine einfache Mehrstimmigkeit, Pauken, zwei Trompeten und eine Posaune hinzutreten. Die Melodie des Psalms ist von einer großartigen Lebendigkeit, die zum Mitsingen einlädt, sie ist ein begeistertes Loblied auf die Wundertaten des Herrn.

Fragen des sozialen, wirtschaftlichen und politischen Lebens

Das Bonner Grundgesetz und die Gefahren seiner Aushöhlung in der Rechtspraxis

Zum Problem der „ungeschriebenen Grundrechtsschranken“

Das Bonner Grundgesetz kennt die Institution von sogenannten Grundrechten, die auf eine lange verfassungsrechtliche Entwicklung zurückblickt und namentlich auch schon in der Weimarer Verfassung beheimatet war. Grundrechte im Sinne des Grundgesetzes sind im wesentlichen solche Rechte, die dem Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt eingeräumt sind und — gerade durch ihre Aufnahme in die Verfassung — mit einer besonderen Garantie gegenüber staatlichem Zugriff versehen sind. Zu ihnen zählen etwa die Rechte auf freie Berufswahl, Glaubensfreiheit, freie Meinungsäußerung, Versammlungsfreiheit, Vereinsfreiheit, Freizügigkeit, freie Entfaltung der Persönlichkeit, grundsätzliche Beachtung des Privateigentums, Unverletzlichkeit der Wohnung, Gleichbehandlung u. a. (im einzelnen ist manches strittig). Der besondere Schutz gegenüber dem staatlichen Zugriff erscheint in den mannigfaltigsten Formen; im allgemeinen kann — nach dem Wortlaut des Grundgesetzes — auch der Gesetzgeber selbst in ein Grundrecht nicht eingreifen, es sei denn, er wäre hierzu ausdrücklich für befugt erklärt. Keinesfalls kann er — ohne Verfassungsänderung — die

Institution eines Grundrechts überhaupt beseitigen. Der Schutz, den das Grundgesetz diesen Rechten angedeihen läßt, bezieht sich also grundsätzlich gerade auf die gesetzgeberische Tätigkeit, nicht etwa nur auf die Verwaltung und die Rechtsprechung.

Das Grundgesetz versucht auf diese Weise dem einzelnen eine gewisse Sphäre auch gegenüber dem Gesetzgeber zu schaffen, in der er nach Belieben schalten und walten kann — Freiheitssphäre —, wie auch den einzelnen vor ungerechtfertigter Benachteiligung durch die Staatsgewalt zu schützen — Gleichheitssphäre. Das „liberale“ Gedanken-gut, das mit diesen beiden Begriffen angedeutet ist, wird im heutigen Staate aber an zahlreichen Reibflächen recht problematisch. Wir leben nicht mehr in einem „Nachtwächterstaat“, in dem sich die Staatsgewalt mehr oder weniger mit der Aufgabe begnügen konnte, auf die Beachtung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung hinzuwirken. Das heutige staatliche Leben wird vielmehr charakterisiert durch eine Unzahl von Eingriffen in den Privatrechtsbereich zugunsten des öffentlichen Wohls, zugunsten sozialstaatlicher Entwicklungen, zugunsten der „Daseinsvorsorge“ (Forsthoff); der Staat — namentlich auch in Gestalt des Gesetzgebers — wehrt nicht nur ab, weist nicht nur den Störer in seine Schranken zurück, sondern greift selbst gestaltend und umgestaltend ein; er plant, sichert und reguliert. Nur über die zweckmäßige

Intensität und die Art und Weise des staatlichen Eingriffes wird noch gestritten, nicht über das grundsätzliche Ob des Eingriffes überhaupt.

Diesem Sachverhalt versuchte das Grundgesetz in der einen und der anderen Richtung Rechnung zu tragen. Sowohl die nur störungsabwehrende wie auch die sozialgestaltende Aktivität des Staates konnte das Grundgesetz nicht ignorieren. Seine Ordnung kennt daher ein wengleich nur zersplittert formuliertes, so doch bestehendes System von *geschriebenen Grundrechtsschranken*. Dazu gehören einmal jene Bestimmungen, die einem Grundrecht Schranken im Hinblick auf schon bestehende (aber auch noch zu ergänzende) Normengefüge setzen. So ist etwa angeordnet, daß das Recht der freien Meinungsäußerung seine „Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ u. a. findet (Art. 5 Abs. 2 GG). Ebenso ist etwa bestimmt, daß trotz dem bestehenden Grundrecht der Vereinigungsfreiheit solche Vereinigungen, „die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung . . . richten“, verboten sind (Art. 9 Abs. 2 GG). Zum andern gehören hierher jene Vorschriften, die den Gesetzgeber ermächtigen, durch ein (auch künftiges) Gesetz in ein Grundrecht einzugreifen. So kann etwa das Recht auf Freizügigkeit unter bestimmten Umständen „durch Gesetz . . . eingeschränkt werden“ (Art. 11 Abs. 2 GG). Ebenso dürfen z. B. — was weit wichtiger ist — auch Enteignungen (also Eingriffe in das Eigentumsrecht) unter näher bestimmten Voraussetzungen „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ vorgenommen werden (Art. 14 Abs. 3 GG) u. ä.

Andererseits traf das Grundgesetz dafür Vorsorge, daß der Gesetzgeber von diesen Ermächtigungen nicht uferlos und unkontrollierbar Gebrauch machen kann. So hat es in Art. 19 Abs. 1 und 2 folgendes vorgesehen:

„Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“

In diesen Vorschriften handelt es sich also um „Schranken der Schranken“. Die Betonung der Individualsphäre gelangt auch hier wiederum zum sichtbaren Ausdruck.

Dieses ganze System von geschriebenen (d. h. ausdrücklich niedergelegten, positivierten) Grundrechtsschranken samt ihren eigenen Eingrenzungen erweist sich jedoch seit einiger Zeit als problematisch.

Das — jedenfalls scheinbare — Ungenügen der geschriebenen Grundrechtsschranken zeigt sich etwa in folgendem:

1. Es fehlt eine ausdrückliche allgemeine Bestimmung, wonach wenigstens ein Teil der Grundrechte nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung (Bürgerliches Recht, Strafrecht u. ä.) zu verstehen ist. Namentlich sind die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem Wortlaut des Grundrechtsabschnitts als *allgemeine* Grenze der Individualbetätigung unbekannt.

2. Es fehlt eine ausdrückliche klare Regelung der Frage, was Rechtens sein soll, wenn mehrere Grundrechtsnormen oder sonstige Grundgesetzbestimmungen miteinander konkurrieren. Namentlich kommt auch die große Bedeutung des sozialstaatlichen Elements unserer Verfassung

(vgl. Art. 20, 28 GG) im Grundrechtsabschnitt nur zersplittert zum Ausdruck (z. B. im Art. 15), wie denn überhaupt eine befriedigende Integrierung von „Rechtsstaat“ und „Sozialstaat“ noch nicht gelungen erscheint. Das ergibt die Gefahr extrem entgegengesetzter Auslegungsmöglichkeiten.

3. Es fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, was Rechtens sein soll, wenn die Existenzgrundlagen des staatlichen Lebens durch den ungehinderten Gebrauch der Grundrechte bedroht werden sollten.

4. Auch in vielen einzelnen Fragen scheint das „allzu starre rechtsstaatliche Normengerüst“ des Grundgesetzes (Dürig) den Anforderungen nicht voll gerecht zu werden. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann z. B. zwar die Berufsausübung durch Gesetz geregelt werden, aber von der Berufszulassung ist hier nicht ausdrücklich die Rede.

Der Schrankenbegriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“

Es darf daher nicht Wunder nehmen, daß das Pendel der herrschenden, ehemals so grundrechtsfreudigen Rechtsvorstellungen zurückzuschwingen beginnt. Man versucht, dem Gesetzgeber entgegen dem ungenügenden Wortlaut des Grundgesetzes mehr Luft und größere Bewegungsfreiheit zu verschaffen.

Dies geschah zunächst in verhältnismäßig wohlbedachten, abgemessenen, kontrollierten Schritten, und zwar vor allem auf zwei verschiedenen Wegen:

Einmal suchte man sich auf Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes zu stützen. Hier heißt es:

„Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

Das Recht zur freien Entfaltung wird demnach u. a. durch die „verfassungsmäßige Ordnung“ beschränkt. In der Statuierung dieses Entfaltungsrechts erblickte man die Festlegung eines ganz allgemeinen Freiheitsrechts als Hauptgrundrechts (z. B. von Mangoldt, Hamann u. a.). Alle sonstigen Grundrechte, die Freiheiten gewähren, erscheinen dabei als Ausflüsse oder Unterfälle dieses Hauptgrundrechts. Damit wurde der Boden gewonnen, um von hier aus auch die *Schranken*, die dieses Hauptgrundrecht kennt, zugleich zu Schranken für jedes einzelne der sonstigen Grundrechte erwachsen zu lassen. Es wurde namentlich die „verfassungsmäßige Ordnung“ zur — ungeschriebenen — Schranke für nahezu den gesamten sonstigen Grundrechtsteil.

Freilich erschöpfte dies das Problem noch nicht. Es war zwar ein Ansatzpunkt gefunden, aber noch nicht klar gestellt, was man sich denn nun unter diesem Schrankenbegriff der verfassungsmäßigen Ordnung eigentlich vorzustellen habe. Die neutrale, formelhafte Fassung dieses Begriffs ermöglichte dabei die verschiedenartigsten Lesarten. Eine von ihnen (Dürig) las z. B. in die „verfassungsmäßige Ordnung“ den polizeirechtlichen Begriff der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ hinein. Mit Hilfe dieser Ansicht besaßen wir also plötzlich eine allgemeine — zwar nicht wortwörtlich im Grundgesetz so formulierte, aber doch in ihm selbst fundierte — Schranke der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die überall dort einspringen konnte, wo der nackte Wortlaut des Grundgesetzes bei den einzelnen Grundrechtsnormen nicht ausreichte. Ähnlich entnahm man dem Art. 2 Abs. 1 GG eine

große Reihe sonstiger Inhalte, wie z. B. die Bindung an die „Grundentscheidungen“ des Grundgesetzes (z. B. Klein), worunter etwa auch die Betonung des sozialstaatlichen Charakters gezählt wurde u. a. m.

Der „Inbegriff aller Grundrechte“

Eine zweite Richtung (bes. in der Rechtsprechung) wollte sich nicht auf eine einzige Grundgesetznorm wie den Art. 2 Abs. 1 GG stützen, sondern suchte das Heil aus einer „Gesamtsicht“ verschiedener Grundgesetzbestimmungen oder in einem vorgesehenen, ungeschriebenen „Inbegriff“ aller Grundrechte. Auch hier fehlt es nicht an Versuchen, die durch das Bemühen ausgezeichnet sind, nur höchst vorsichtig die Gestalt des Grundgesetzes zu korrigieren und zu ergänzen, um dessen System nicht überhaupt aus den Angeln zu heben.

Folge: Rechtsunsicherheit

Beide Richtungen dieser Lehre von den „ungeschriebenen Grundrechtsschranken“, die zahlreiche Verästelungen untereinander aufweisen und überhaupt flüssige Grenzen besitzen, ergeben ein recht buntscheckiges Gesamtbild, mannigfach aufgefächert und vielgestaltig. Darin liegt zwar so mancher Vorteil, aber jedenfalls auch der beherrschende Nachteil beachtlicher Rechtsunsicherheit. Gerade in einem für den Staatsbürger so wichtigen Teile des Grundgesetzes, wie ihn die genaue Absteckung der Grenzen der Individualsphäre gegenüber der Staatsgewalt ausmacht, stehen wir vor zahlreichen, z. T. stark differierenden und einander widersprechenden Lesarten. Ohne juristische Brille kann dieser Teil überhaupt nicht mehr gelesen werden. Der Laie wird durchaus verwirrt.

In einer solchen Situation wendet sich der Blick notwendiger- und füglichweise zur Rechtsprechung der höchsten Gerichte. Deren Aufgabe ist es, klare Verhältnisse zu schaffen, um einen echten Rechtsfrieden herbeizuführen.

Hier aber muß man skeptisch feststellen: Diese Rechtsprechung ist selbst nicht einheitlich und vor allem: Sie birgt erhebliche Aushöhlungsgefahren für das ganze Grundrechtssystem in sich. Dazu ist im einzelnen zu sagen:

I

Das problematische „Zumutbare“

Das *Bundesverfassungsgericht* hatte bemerkenswerterweise noch wenig Gelegenheit, sich zu diesen Fragen eingehend zu äußern. In dem grundlegenden und auch der allgemeinen Öffentlichkeit nicht unbekannt gebliebenen Investitionshilfeurteil (vom 20. 7. 1954 in BVerfG E 4, 7) traf das Bundesverfassungsgericht aus der Gesamtsicht einer Reihe von Grundgesetznormen heraus jedoch folgende Feststellung:

Der Einzelne müsse sich „diejenige Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“.

In diesen Worten vermutet die Kritik (z. B. E. R. Huber, in: Die öffentliche Verwaltung 1956, 136) mit Recht die Gefahr wirklicher Aushöhlung der Grundrechte. Wenn nahezu alles auf das „Zumutbare“ zugeschnitten werden kann, dann braucht es kaum besonderer, spezialisierter Grundrechtsklauseln, und es besteht die Befürchtung, daß

die Frage, *was* nun im Einzelfall als zumutbar erscheint oder nicht, höchst verschieden beantwortet werden könnte. Es muß nicht betont werden, daß das Bundesverfassungsgericht eine solche Aufweichung der Grundrechte natürlich nicht beabsichtigt; seine Formulierung kann aber andernorts ohne ernsthafte Schwierigkeit zu diesem Zwecke mißbraucht werden. Dies um so mehr, als wir keine durch zahlreiche Präjudizien gefestigte und abgeschirmte Tradition in der Auslegung von verfassungsrechtlichen Generalklauseln besitzen, wie sie in anderen Ländern vorhanden ist (vgl. z. B. den Begriff „due process“ in den USA oder den Begriff „rule of law“ in England).

Zutreffend wurde auch schon darauf aufmerksam gemacht, daß die beiden Begrenzungen, die die Formel des Bundesverfassungsgerichts immerhin enthält, also „Zumutbarkeit“ und „Wahrung der Eigenständigkeit der Person“, im Grunde miteinander identisch sind: „Unzumutbar ist ein Eingriff erst dann, wenn er die Eigenständigkeit der Person verletzt. Damit aber gerät man ins Feld von Begriffen mit grenzenloser Dehnbarkeit...“ (E. R. Huber a. a. O.)

Das Gefahrenmoment dieser Rechtsprechung verstärkt sich dadurch, daß allem Anschein nach Gesetze, die in so hohem Maße wirtschaftsleitende Funktion besitzen, wie es beim Investitionshilfegesetz der Fall ist — das den Anlaß zu dieser Rechtsprechung gab —, keineswegs einzeln bleiben werden. Mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ist daher anzunehmen, daß das Bundesverfassungsgericht auch bei künftigen Gesetzen von der angeführten Formel ausgehen wird. Darüber hinaus mag auch bedacht werden, daß die genannte Formel nicht etwa nur beiläufig — gleichsam am Rande oder nur hilfsweise zur Unterstützung — ausgesprochen worden ist, sondern als eine der Zentralargumentationen des ganzen Investitionshilfeurteils erscheint und den von zahlreichen juristischen Fachleuten intensiv geführten Streit über die Verfassungsmäßigkeit des Investitionshilfegesetzes abzuschließen versucht. Es handelt sich hier also um eine gefährliche Grundgesetz-Formel.

II

Komplizierte „Bedürfnis“ prüfungen

Das *Bundesverwaltungsgericht* hat bereits eine recht lebhaftere Rechtsprechung zu der hier bedeutsamen Frage entfaltet, die in sich nicht vollkommen einheitlich ist, aber doch in den wesentlichen Grundzügen feststeht. Eine (jedenfalls teilweise) oft wiederkehrende Formel dieser Rechtsprechung lautet:

Es gehöre „zum Inbegriff der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden.“ (So z. B. im Urteil vom 10. 3. 1954, BVerwG E 1, 92.)

Schon die Gegenüberstellung zu den „anderen Grundrechten“ erweckt Bedenken. Warum sollen gerade andere Grundrechte vorgehen? Und wer sagt uns, welches Grundrecht „höherwertig“ ist? Gibt es hier überhaupt noch sichere Grenzen und vor allem sichere Maßstäbe?

Die Berufung auf die gemeinschaftsnotwendigen Rechtsgüter mag auf den ersten Blick als weniger gefährlich erscheinen, da solche Rechtsgüter nur einen eng begrenzten Umfang einnehmen können. In der Tat kann hier eine enge Auslegung zu vernünftigen Ergebnissen gelangen, aber in gleicher Weise besteht die Gefahr einer aus-

weitenden und damit aushöhlenden Auslegung. Wenn man — wie es das Bundesverwaltungsgericht tut — zu den für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgütern z. B. ganz allgemein „die Sicherstellung geordneter Verhältnisse im öffentlichen Verkehr“ rechnet (Urteil vom 10. 3. 1954), so könnte dies zur Rechtfertigung schließlich eines jeden Gesetzes führen, das sich irgendwie und sei es auch in noch so grundrechtsfeindlicher Weise mit der Regelung des öffentlichen Verkehrs beschäftigt.

Ein anderes Beispiel: Nach Art. 5 Abs. 3 GG sind u. a. Kunst und Wissenschaft „frei“. Eine Einschränkung dieses Grundrechts ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Eine jede Auslegung — so sagt das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21. 12. 1954 (BVerwG E 1, 303) insoweit überzeugend —, die die nach dem Wortlaut unbegrenzt gewährleistete Freiheit von Kunst und Wissenschaft beschränkt, bedürfe daher einer sicheren Rechtsgrundlage. Solch eine sichere Rechtsgrundlage will dann das Bundesverwaltungsgericht aber gerade in der geschilderten Formel (Verletzung anderer Grundrechte oder Gefährdung gemeinschaftsnotwendiger Güter) erkennen. Wie unsicher und unvermittelt muß doch eine solche „Rechtsgrundlage“ erscheinen, die nicht den geringsten Anhalt im Wortlaut des Grundgesetzes findet!

Ein weiteres Beispiel: Nach § 157 Abs. 3 S. 2 ZPO soll die Justizverwaltung bei der Zulassung von sogenannten Prozeßagenten auch darauf Rücksicht nehmen, ob im Hinblick auf die Zahl der bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte ein Bedürfnis zur Zulassung besteht. Hier erhob sich die Frage der Vereinbarkeit dieser Bedürfnisprüfung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes. Das Bundesverwaltungsgericht gelangte im Urteil v. 10. 5. 1955 (Neue Juristische Wochenschrift 1955, 1534; aufrechterhalten im Urteil v. 27. 10. 1955, Deutsches Verwaltungsblatt 1956, 405) zu der Feststellung, daß diese Bedürfnisprüfung zwar das Grundrecht der freien Berufswahl derart aushöhle, daß es in dieser Beziehung jeden praktischen Wert verliere, womit es in seinem Wesensgehalt angetastet werde; aber bei dieser Feststellung bleibt das Gericht nicht stehen. Unter erneuter Berufung auf die wiedergegebene Formel gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, daß die in Rede stehende Bedürfnisprüfung dennoch mit dem Grundgesetz vereinbar sei, da sie „im übergeordneten Interesse der staatlichen Gemeinschaft liegt und deshalb nicht gegen das Grundgesetz verstoßen kann“. Wir bemerken, in wie hohem Grade hier die obige Formel aufgeweicht wird. Jene Formel wird in dieser wie auch in vielen anderen Entscheidungen mit den Worten begründet: „... denn jedes Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet wird“. Daraus wäre denn doch eigentlich zu folgern, daß *nur* dann, wenn ohne die zur Prüfung stehende gesetzgeberische Maßnahme der Bestand der staatlichen Gemeinschaft nicht mehr gewährleistet wäre, ein Verstoß gegen den Wesensgehalt eines Grundrechts legitimiert werden könnte. Nun aber genügt es plötzlich, wenn es sich lediglich um „übergeordnete Interessen der staatlichen Gemeinschaft“ handelt! Das muß Bedenken erregen. Wenn ein Gesetz nicht übergeordneten Interessen der staatlichen Gemeinschaft Rechnung trägt, dann dürfte es schon aus allgemeinen Gründen unzulässig sein; erfüllt es diese dem rechtsstaatlichen Denken mehr oder minder selbstver-

ständliche Voraussetzung, so kann dies allein noch kein Rechtfertigungsgrund für einen so schwerwiegenden Verstoß gegen ein Grundrecht darstellen.

Wie sehr hier die Konturen verfließen, wird deutlich, wenn man bemerkt, daß dasselbe Gericht in einem Urteil desselben Datums (10. 5. 1955, in: Neue Juristische Wochenschrift 1955, 1532) die Bedürfnisprüfung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 Rechtsberatungsmißbrauchgesetz für grundgesetzwidrig erklärt hat. Hier handelte es sich darum, ob die Erteilung der Erlaubnis zur Betätigung als Rechtsbeistand (also nicht als Prozeßagent) davon abhängig gemacht werden darf, ob das Bedürfnis nicht bereits durch eine hinreichende Zahl von Rechtsberatern gedeckt ist. Auch hier gelangte das Gericht zu der Feststellung, daß der Wesensgehalt des Grundrechts der freien Berufswahl angetastet werde (es verliere „jeden praktischen Wert“); auch erfordere die Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege als „einer der wesentlichen Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft“ nicht die Beschränkung der Zahl der zuzulassenden Rechtsberater unter dem Gesichtspunkt des Bedürfnisses; daher könne sie nicht mehr aufrechterhalten werden.

Das System der Einschränkungen

Diese Urteile beweisen einerseits, daß Grenzen gezogen werden, die dem Laien kaum mehr ohne weiteres verständlich gemacht werden können, andererseits deuten sie aber zugleich auch auf die mit feinen Gewichten abwägende und differenzierende Hand des Bundesverwaltungsgerichts hin, das trotz Verwendung der genannten gefährlichen Formeln der Gefahr eines Mißbrauchs dennoch nicht erliegt. Dies zeigt auch ein Blick auf die übrigen einschlägigen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, die wohl nirgends in einem offenen Widerspruch zu der allgemeinen Rechtsüberzeugung stehen, wenn von einer solchen überhaupt noch gesprochen werden kann. Die Art und Weise der sehr komplizierten Argumentation des Gerichts ist gleichwohl bemerkenswert. Dazu ein ausführlicheres Beispiel:

Nach § 1 Abs. 2 des Gaststättengesetzes darf die Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis für diesen Betrieb nachgewiesen wird. Hier entstand die Frage, ob diese Art der Bedürfnisprüfung mit Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes vereinbar sei. In Art. 12 Abs. 1 heißt es:

„Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden.“

Hierzu stellte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil v. 15. 12. 1953 (BVerwG E 1, 48) folgendes fest: In Art. 12 Abs. 1 sei zwar eine Regelungsmöglichkeit nur für die *Berufsausübung* vorgesehen, während die *Berufszulassung* nicht genannt sei. Jedoch folge aus Sinn und Zweck des Art. 12 Abs. 1, daß der Gesetzgeber befugt sei, auch die Berufsaufnahme von einer Erlaubnis, also einer Berufszulassung, abhängig zu machen. Denn mit der Berufsaufnahme beginne die Berufsausübung. Die gesetzliche Einschränkung des Rechts der Berufsfreiheit finde aber in Art. 19 Abs. 2 GG ihre enge und unverrückbare Grenze, wonach ein Grundrecht durch die Gesetzgebung in keinem Fall in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Wenn nun der Nachweis eines Bedürfnisses gefordert werde, sei diese Grenze zur Antastung des Wesensgehalts bereits überschritten. *Nun erst* prüft das Gericht, ob diese Antastung etwa dadurch gerechtfertigt werde, daß sie

zum Schutze der „für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter“ unerlässlich sei. Dies wird hier verneint, und zwar u. a. mit dem Hinweis, daß diese Bedürfnisprüfung kein durchgreifendes Mittel sei, um die Volksgesundheit vor den Gefahren des Alkoholmißbrauchs zu schützen.

Diese — hier bewußt in größerer Breite wiedergegebene — Entscheidung ist für die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts typisch. Sie bezeugt auf der einen Seite das deutliche Bestreben, zu einem verfassungsgetreuen Ergebnis zu gelangen, so daß das Resultat demjenigen entspricht, dem der unbefangene Leser des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz wohl von vornherein zuzuneigen gewillt ist, mag er nun die tatsächlich geschehene Einführung des Rechts der Berufsfreiheit als rechtspolitisch zweckmäßig beurteilen oder nicht. Aber welcher höchst komplizierter Weg wird hier eingeschlagen:

1. Stadium: Blick auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz; 2. Stadium: Blick auf die Einschränkungsmöglichkeit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 (mit zahllosen Auslegungsschwierigkeiten); 3. Stadium: Blick auf die Schranken dieser Einschränkungsmöglichkeit (wiederum mit erheblichen Auslegungsfragezeichen); schließlich 4. Stadium: Blick auf die Ausnahmen der Schranken dieser Einschränkungsmöglichkeit, kurz: auf die Schranken der Schranken der Schranken. Damit ist schließlich eine dreifache Negation erreicht, die nur ein geschickter Auslegungskünstler zu meistern weiß und die dem Laien das Gefühl einer gewissen Unheimlichkeit und Bodenlosigkeit vermittelt. Das Gesamtbild dieser Rechtsprechung ist somit nicht etwa das einer Begründungsweise, die jedermann durch wenige Worte nahezubringen ist, sondern das eines ständigen Hin und Her im Verfassungsgewand, wobei man nie ganz sicher ist, ob sich hinter der scheinbar letzten Ausnahme nicht doch noch eine weitere verbirgt, die das Ergebnis wieder vollkommen umzuwerfen vermöchte. Insbesondere ist dabei bemerkenswert, daß die letzte und schließlich maßgebende Argumentation — eben die Anwendung jener geschilderten Formel — von Erwägungen getragen wird, die im Verfassungstext selber kein echtes unmittelbares Korrelat finden (Prüfung der Mittel zum Schutze vor den Gefahren des Alkoholmißbrauchs).

Dies gilt auch für eine ganze Reihe sonstiger Entscheidungen desselben Gerichts: So z. B. für das Urteil v. 29. 6. 1954 (BVerwG E 1, 165), das sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob eine Notwendigkeit dafür besteht, bei den Unternehmen des sogenannten Gelegenheitsverkehrs (d. i. des Verkehrs mit Droschken, Ausflugswagen oder Mietwagen) „die grundsätzlich gewährleistete freie Entschließung des Berufsbewerbers, mehrere Berufsarten nebeneinander zu wählen, zum Schutze gemeinschaftsbedingter Rechtsgüter auf eine dieser Verkehrsarten zu beschränken“. Ferner etwa das Urteil v. 30. 11. 1954 (BVerwG E 1, 244), das sich gleichfalls mit dem Personenbeförderungsberechtigung beschäftigt, und das Urteil v. 14. 12. 1954 (BVerwG E 1, 269), das eine weitere Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts zu der umstrittenen Problematik bietet, wie die Bedürfnisprüfung nach dem Gaststättengesetz mit dem Grundrecht der freien Berufswahl zu vereinbaren ist; ferner die Stellungnahme v. 18. 8. 1955 zum Vorlagebeschluß des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 19. 1. 1955 (Neue Juristische Wochenschrift 1955, 1773) zur Frage der Vereinbarkeit des Erfordernisses des Befähigungsnachweises für die selbst-

ständige Ausübung eines Handwerks mit dem Grundgesetz sowie das Urteil v. 3. 11. 1955 (Deutsches Verwaltungsblatt 1956, 97) über die Frage, ob das Erfordernis des Sachkundenachweises im Sinne des Einzelhandelsschutzrechts noch unter dem Grundgesetz aufrechterhalten werden könnte, und das schon genannte Urteil v. 10. 5. 1955 (Neue Juristische Wochenschrift 1955, 1532) zum Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz.

Weitere Möglichkeiten mit „Verfassungsvorbehalten“

In ähnlichen Formen verläuft die Rechtsprechung einiger anderer hoher Verwaltungsgerichte. Man vergegenwärtige sich etwa die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Hamburg v. 7. 6. 1952 — I 359/51 —, die die Frage nach der Vereinbarkeit der Beschränkung des Güterfernverkehrs durch die Festsetzung einer Höchstzahl mit dem Grundgesetz zu beantworten hatte. Hier hat man zwar — ebenso wie in einer Reihe sonstiger Entscheidungen — davon abgesehen, den Umweg über die Wesensgehaltsantastung des Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes einzuschlagen. Das Gericht geht vielmehr davon aus, daß die Berufsfreiheit des Art. 12 Grundgesetz aus der freien Entfaltung der Persönlichkeit, wie sie in Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes verbürgt ist, entfließe. Die Schranken des Art. 2 Abs. 1, die das Gericht als Verfassungsvorbehalt bezeichnet wissen will, finden dadurch zugleich auch als Schranken des Rechts der Berufsfreiheit Anwendung. Damit wird die Sache aber noch nicht viel einfacher. Das Gericht kann mit diesem Verfassungsvorbehalt, so wie er im Text des Grundgesetzes steht, nicht viel anfangen. Es muß hier weiter interpretieren und betrachtet den Satz, „daß überragende Forderungen des Gemeinwohls den Vorrang vor der Verfolgung der Individualinteressen besitzen“, als selbstverständlichen Bestandteil jenes Verfassungsvorbehaltes. Mit Hilfe dieses Kunstgriffes wird also versucht, jene gemeinschaftsbedingten Rechtsgüter des Bundesverwaltungsgerichts in das geschriebene System des Grundgesetzes einzufügen. Denn jene „gemeinschaftsbedingten Rechtsgüter“ und diese „überragenden Forderungen des Gemeinwohls“ sind sachlich doch wohl dasselbe. Zu ihnen zählt das Oberverwaltungsgericht Hamburg z. B. „die Erhaltung der Bundesbahn“ sowie „die Verkehrssicherheit auf den Straßen“. Damit werden tatsächlich ungeschriebene Grundrechtsschranken aber doch wohl nur scheinbar zu geschriebenen. Der Wortlaut des Grundgesetzes ist und bleibt hier unzureichend. Immerhin ist bei diesen Bemühungen doch das Bestreben erkennbar, zu einem möglichst festen und breiten Anhalt am Wortlaut des Grundgesetzes zu gelangen, jedenfalls zu einem breiteren als jenem, der dem Bundesverwaltungsgericht vor Augen schwebt.

Ähnliches gilt z. B. für das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster v. 6. 5. 1954 (Die Öffentliche Verwaltung 1954, 629), das sich wiederum mit § 1 Abs. 2 des Gaststättengesetzes zu beschäftigen hatte. Auch hier wird — ähnlich wie im Urteil des Oberverwaltungsgerichts Hamburg — Art. 12 Abs. 1 S. 1 (Garantie der freien Berufswahl) als eine Konkretisierung des Grundrechtes der persönlichen Freiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes angesehen. Im übrigen neigt das Urteil aber noch stärker zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, indem es gleichfalls formuliert: „Auch das Grundrecht der freien Berufswahl darf nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch der Bestand eines für die Gemeinschaft notwendigen Rechtsgutes gefährdet

würde.“ Zu diesen Gütern zähle auch der Schutz der Volksgesundheit gegen die Gefahr des übertriebenen Alkoholgenusses. Ferner z. B. die Urteile desselben Gerichts v. 20. 9. 1950 (Deutsches Verwaltungsblatt 1951, 376), v. 8. 8. 1951 (Monatsschrift für Deutsches Recht 1953, 124) und v. 25. 11. 1952 (Die Öffentliche Verwaltung 1953, 188).

„Die Rechte anderer“ und ihre Reichweite

In verstärktem Maße wird in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Berlin versucht, eine Bindung an den Grundgesetztext mit Hilfe des Weges über Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes zu erreichen. Auch diesem Gericht war die Frage vorgelegt worden, ob die Bestimmung des § 1 Abs. 2 Gaststättengesetz, wonach eine Schankerlaubnis nur beim Nachweis eines Bedürfnisses erteilt werden darf, noch anwendbar sei. In seinen Entscheidungen v. 4. 7. 1951 (Entsch. OVG Berlin 1, 162) und v. 1. 10. 1952 (Entsch. OVG Berlin 2, 91) unterscheidet das Gericht dabei den Ausschank von alkoholhaltigen und von alkoholfreien Getränken. Nur für den Ausschank alkoholhaltiger Getränke ist nach Ansicht des Gerichts die erwähnte Bestimmung heute noch anwendbar. Dabei argumentiert das Gericht weder mit den „gemeinschaftsbedingten Rechtsgütern“ des Bundesverwaltungsgerichts noch mit den „überragenden Forderungen des Gemeinwohls“ des Oberverwaltungsgerichts Hamburg, sondern mit folgender Überlegung: Das Gericht geht — ähnlich wie die vorhin erwähnten Urteile — davon aus, daß die allgemeinen Schranken der einzelnen Freiheitsgrundrechte dem Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz entnommen werden müßten. Nach Art. 2 Abs. 1 reiche die Freiheitssphäre jedoch nur so weit, als u. a. nicht „die Rechte anderer“ beeinträchtigt werden. Das Gaststättengesetz diene denn nun gerade — was das Gebiet alkoholhaltiger Getränke betrifft — „dem Schutz der Volksgesundheit gegen die Gefahren des Alkoholmißbrauchs“ und sei damit geeignet, „einer Verletzung der Rechte anderer im Sinne des Art. 2 Grundgesetz vorzubeugen“. Dies träfe für den Bereich der alkoholfreien Getränke nicht zu.

Diese Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin haben gegenüber den vorhin angeführten den erheblichen Vorzug, daß sie strenger an geschriebenen, nämlich an den in Art. 2 Abs. 1 ausdrücklich genannten Grundrechtsschranken haften. Auch das Oberverwaltungsgericht Hamburg hatte schon in seinen Entscheidungen v. 28. 1. 1952 (Verwaltungsrechtsprechung 4, 830) und v. 14. 6. 1951 (Verwaltungsrechtsprechung 4, 94) neben anderen Gerichten auf die Klausel von den „Rechten anderer“ abgestellt. Daß man diese Art der Rechtsprechung doch noch zur Problematik der ungeschriebenen Grundrechtsschranken hinzuzählen darf, ist allein darauf zurückzuführen, daß die *Reichweite* dieser geschriebenen Schranken ungeschriebenen Erwägungen entnommen werden muß; denn das Grundgesetz selbst bezieht seinem Text nach die genannten Schranken unmittelbar nur auf das Recht zur Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1.

Dennoch vermag diese viel vorsichtigere Konstruktion gleichfalls nicht restlos zu befriedigen. Wer gibt uns denn den Maßstab, welche „Rechte anderer“ dem einzuschränkenden Grundrecht vorgehen müssen? Wenn alle Rechte anderer vorgingen, wüßte niemand mehr zu sagen, welches Grundrecht von wem in welchem Maße nun eigentlich noch ausgeübt werden kann. Es ist also eine Abwägung

der einzelnen Rechte gegeneinander erforderlich, die das Gericht nicht ausdrücklich vorgenommen hat, wengleich stillschweigend oder gar überhaupt unbewußt vornehmen mußte. Die Maßstäbe für diese Rechtsgüterabwägung selbst müßten aber eine exakte Herkunft aus den Vorstellungen des übergeordneten Grundgesetzes nachweisen können, wenn sie verwertet werden sollen. So sagt auch der Verwaltungsgerichtshof Stuttgart im Urteil v. 13. 12. 1951 (Verwaltungsrechtsprechung 4, 486): „Der Gesetzgeber kann auf Grund von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz nicht jedes beliebige Interesse anderer, sondern nur die nach der Gesamtentscheidung des Grundgesetzes schutzwürdigen Interessen als „Rechte anderer“ anerkennen oder zu solchen ausgestalten.“

Für den vorliegenden Streitfall wird man auch und gerade bei größter Grundgesetztreue kaum eine andere Güterabwägung vornehmen, als sie dem Ergebnis des Oberverwaltungsgerichts Berlin zugrunde liegt. Aber die Verwendung der bloßen Formel von den „Rechten anderer“ vermag sehr wohl zu ebenso gefährlichen Folgerungen zu führen wie etwa die Formel von den „gemeinschaftsbedingten Rechtsgütern“.

Ein hypothetisches Beispiel: Eine Prozession beansprucht an einem hohen kirchlichen Feiertage eine verkehrsreiche Straße, wobei sich die Teilnehmer auf das Grundrecht zur ungestörten Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 Grundgesetz) berufen. Die Behörde wendet ein, damit würden die Rechte der Verkehrsteilnehmer auf ungestörte Benützung der Straße geschmälert werden; das Grundrecht der Religionsausübung umfasse aber nur den vorgezeichneten Rahmen des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, so daß seine Ausübung nicht die Rechte anderer beeinträchtigen dürfe. Wir sehen, zu welch seltsamen Konsequenzen diese Begründungsweise führen kann.

Hierzu mag allgemein bemerkt werden, daß sich die angezogene Rechtsprechung der Natur der Sache nach vor allem auf dem Gebiet des sogenannten Wirtschaftsverwaltungsrechts entwickelt hat, besonders also im Bereiche des Grundrechts der Berufsfreiheit. Die hier ausgebreiteten Grundsätze vermögen sich jedoch ohne weiteres auch auf alle übrigen Grundrechte zu erstrecken, wie es denn auch schon in einzelnen Entscheidungen zu anderen Grundrechtsbereichen der Fall war (vgl. etwa das obige Beispiel zu Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz).

Noch keine Konkretisierung einer einheitlichen Rechtsprechung

Insgesamt ist es nicht verwunderlich, wenn die Rechtsprechung unserer obersten Verwaltungsgerichte auf diese Weise trotz Verwendung gleicher oder ähnlicher Rechtsfiguren häufig doch kein einheitliches Bild bietet. Dies trifft gerade für grundlegende Fragen — wie z. B. die Bedürfnisprüfung in ihren verschiedenen Spielarten — zu. Den genannten Formeln, namentlich der Verweisung auf die „gemeinschaftsbedingten Rechtsgüter“, haftet von Natur aus eine große Unsicherheit an. Diese Unsicherheit könnte nur dann überwunden werden, wenn die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allmählich alle wichtigen Streitfragen einer sicheren Klärung zuzuführen und sich namentlich gegenüber den obersten Verwaltungsgerichten der Länder auch durchzusetzen vermöchte. Letzteres scheint bisher aber noch keineswegs überall der Fall zu sein. Dazu kommt, daß über dieselben Rechtsfragen nicht nur das Bundesverwaltungsgericht, sondern bisweilen auch der Bundesgerichtshof und andere Obere

Bundesgerichte wie auch das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden haben; das wird durch die besondere Struktur unserer Gerichtsverfassung bedingt. Alles dies arbeitet der so notwendigen Konkretisierung einer einheitlichen Rechtsprechung entgegen und vergrößert damit die Gefahr des Mißbrauchs jener allgemeinen und unsicheren Formeln, die den einzelnen Gerichten so gleichsam unter der Hand hervorgewachsen sind.

III

Verletzung von Wesensgehalten vorstaatlicher Rechte

Es wurde vorhin erwähnt, daß die Berufung auf jene gemeinschaftsbedingten Rechtsgüter vom Bundesverwaltungsgericht sogar auch als hinreichende Rechtfertigung für eine Antastung des *Wesensgehalts* eines Grundrechts betrachtet wird. Die (im eingangs wiedergegebenen Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz enthaltene) Klausel vom „Wesensgehalt“ entzieht sich freilich von vornherein der exakten begrifflichen Festlegung (vgl. z. B. die höchst vorsichtigen Bemerkungen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 7. 5. 1953 [BVerfG E 2, 285]). Dennoch aber kommt dieser Klausel als einer grundlegenden Barriere gegen die Bestrebungen des Gesetzgebers, die Grundrechte einzuschränken, eine besondere Bedeutung zu. So bemüht man sich von allen Seiten, ihr durch klare Interpretation eine feste Gestalt zu verleihen (aus dem Schrifttum vgl. etwa die Versuche H. Krügers in: Die Öffentliche Verwaltung 1955, 597 ff., und E. R. Hubers in: Die Öffentliche Verwaltung 1956, 142 f.).

Vor dieser Aufgabe fand sich auch der *Bundesgerichtshof*, als er sich in seinem wichtigen Vorlagegutachten v. 28. 4. 1952 (Deutsches Verwaltungsblatt 1953, 471) die Frage nach der Gesetzmäßigkeit der Württ.-Hohenz. Handwerksordnung von 1946 vorlegte. Dabei gelangte das Gericht zu folgender Auslegungformel:

„Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet.“

Dieselbe Formel verwendete das Gericht im Vorlagegutachten v. 25. 1. 1953 (Deutsches Verwaltungsblatt 1953, 370), wo die Vereinbarkeit des vom Impfgesetz von 1874 ausgesprochenen Impfwanges mit dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz) zu prüfen war. Gleiche oder ähnliche Formulierungen finden sich auch in einem Teil der sonstigen Rechtsprechung; zu nennen ist etwa das Urteil des Oberlandesgerichts Köln v. 10. 7. 1953 (Neue juristische Wochenschrift 1953, 1846) sowie der bedeutsame Vorlagebeschluß des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 19. 1. 1955 (Deutsches Verwaltungsblatt 1955, 187) zur Frage, ob das Erfordernis des Befähigungsnachweises zur selbständigen Ausübung eines Handwerks in der Handwerksordnung mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist; schon in dem wichtigen und belegreichen Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 26. 2. 1953 (Deutsches Verwaltungsblatt 1953, 441) zum Milchgesetz kann eine gewisse Verwandtschaft zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs konstatiert werden (vgl. besonders die Formel: „Zulassungsbeschränkungen . . ., die nicht durch ein hinreichendes Maß von öffentlichen Interessen gedeckt sind“).

Es besteht wohl kaum ein Zweifel, daß die Formel des

Bundesgerichtshofs in erster Linie zum *Schutze* der Bewahrung der Grundrechtssphäre gedacht und geprägt worden ist. Aber ihre Konsequenzen weisen durchaus in die entgegengesetzte Richtung. Sie ermutigen mühelos zu folgendem Umkehrschluß: Wenn das Grundrecht nicht stärker eingeschränkt wird, als es der sachliche Anlaß und Grund zwingend gebietet, wenn es also diesem sachlichen Motiv entsprechend eingeschränkt wird, dann könne nie eine unzulässige Antastung des Wesensgehaltes vorliegen; kurz: Ein entsprechender Anlaß rechtfertige jedes Mittel. Daß hier die Tür zu einem vom Bundesgerichtshof gewiß nicht beabsichtigten Mißbrauch offensteht, ist deutlich sichtbar. Es kann nicht sonderlich schwerfallen, „sachliche Anlässe“ zu erfinden, um auf diese Weise die Grundrechte in einem Maße zu beschneiden, wie es weder die Verfasser des Grundgesetzes noch der Bundesgerichtshof je guthießen. Was bliebe da noch von der heute weitgehend anerkannten und auch von höchsten Gerichten gebilligten Lehre von der *vorstaatlichen* Natur der wichtigsten Grundrechte übrig, einer Lehre, die die Grundrechte als dem Staate vorgegeben und von ihm nur zu bestätigen, aber nicht zu schaffen betrachtet? Wo ist dann noch Raum für naturrechtliche Vorstellungen?

Selten wird so deutlich wie hier, daß ein *allzu* weites Entfernen von der einmal geprägten Gestalt des Grundgesetzes nicht etwa nur zur Zerstörung der positivierten Gehalte, sondern gerade auch zur Mißachtung der unveränderlich vorgegebenen Gehalte zu führen droht.

Die geschilderte Formel des Bundesgerichtshofs hat freilich hier und da schon Kritik gefunden. Aus der Rechtsprechung ist etwa das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster v. 6. 5. 1954 (Deutsches Verwaltungsblatt 1954, 647/651) hervorzuheben. Hier wird festgestellt, die Formel könnte dazu führen, daß die Gerichte ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Gesetzgebers stellen, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben müßte. Auch beurteile sich die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird, nicht nach dem Zweck und Grund für die Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrigbleibe. In diesem letzteren Punkte hat das Oberverwaltungsgericht Münster auch Nachfolge in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gefunden, und zwar sogar in wortwörtlicher Übereinstimmung. So im Urteil v. 14. 12. 1954 (BVerwG E 1, 269), in der wichtigen Stellungnahme v. 18. 8. 1955 (zum Vorlagebeschluß des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 19. 1. 1955, Neue Juristische Wochenschrift 1955, 1773) und zuletzt in dem gleichfalls grundlegenden Urteil v. 3. 11. 1955 (Deutsches Verwaltungsblatt 1956, 97) zu Fragen des Einzelhandelsschutzrechts. Die Tatsache dieser Kritik (kritisch zu ihr zuletzt Zippelius, Deutsches Verwaltungsblatt 1956, 353 ff.) mindert zwar die Gefahren, die eine mißbräuchliche Aufbauschung und tendenziöse Auswertung der Formel des Bundesgerichtshofs nach sich ziehen müßten, indessen vermögen derartige gefährliche Momente dadurch *nicht beseitigt* zu werden. Eine Unterschätzung dieser Momente ist jedenfalls weitaus bedrohlicher als ihre Überschätzung.

Zusammenfassung

Die Rechtsprechung unserer höchsten Gerichte gründet sich in der wichtigen Frage der ungeschriebenen Grundrechtsschranken auf Formeln und Begründungsweisen, die

einem künftig etwa gewollten Mißbrauch nichts Ernsthaftes entgegenzusetzen vermögen. Es erhebt sich hier der drohende Schatten des Art. 48 der Weimarer Verfassung (Notstandsgesetzgebung des Reichspräsidenten), der zu diktatorischen Ausweitungen die Hand reichen mußte. Sosehr der Rechtsprechung der genannten Gerichte auch ein berechtigtes Anliegen zugrunde liegt, nämlich eine gewisse unumgängliche, kontrollierbare Ausweitung des dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Raumes herbeizuführen, so gefährlich sind die Mittel, mit denen man eine solche Ausweitung zu rechtfertigen sucht. Etwaigen künftigen totalitären Bestrebungen irgendeines Gesetzgebers gegenüber ist freilich jedes juristische Schwert nur unscharf, aber dennoch nicht völlig unnützlich; sonst könnte man gleich auf jede rechtliche Sicherung verzichten. Daher sollte dieses Schwert nicht freiwillig von vornherein entschärft werden. Es bleibt weiterhin Aufgabe unserer obersten Gerichte, vorsichtig und behutsam nach gangbaren Wegen zu suchen, und es steht zu hoffen, daß die zunächst verwendeten Formeln und Begründungsweisen wieder verlassen werden und nicht zu Dogmen erstarren.

Die schweigende Kirche und das Wort in der Freien Welt

Vom 10. bis 13. Juni fand in Wien die 3. gemeinsame Arbeitstagung der katholischen Publizisten aus Deutschland und Österreich statt, die von der „Gesellschaft katholischer Publizisten Deutschlands“ und deren österreichischen Schwestergesellschaft veranstaltet wurde. Es nahmen etwa achtzig Journalisten und Verleger aus Österreich und fünfzig aus der Bundesrepublik neben Gästen aus Südtirol, der Schweiz, dem Saargebiet, aus Luxemburg und Frankreich teil; unter ihnen waren der neue Wiener Erzbischof König (bisher österreichischer Pressebischof), Erzbischof-Koadjutor Jachym, Nuntius Dellepiane, Weihbischof Kampe von Limburg, Außenminister Figl und Kultusminister Drimmel sowie der Nestor der katholischen Publizistik Österreichs, Staatsrat Funder. Zum Gesamtthema „Der Publizist und die schweigende Kirche“ waren Referenten Professor Gustav Wetter SJ (über den pseudoreligiösen Charakter des dialektischen und historischen Materialismus), Otto B. Roegele („Kirchenkampf und Publizistik“), Friedrich Heer („Verantwortung für die Christen in Ost und West“) sowie im Schlußwort Karl Stepan. Auf dem weiteren Programm standen u. a. ein Empfang beim österreichischen Bundeskanzler und beim deutschen Botschafter und eine Fahrt ins Burgenland bis an den Eisernen Vorhang.

Weihbischof Kampe verlas ein Telegramm des Kölner Erzbischofs, Kardinal Frings, in dem es u. a. heißt: „Das Thema des neuen Treffens wird in Wien, dem vorgeschobenen Posten des christlichen Abendlandes, eine besondere Beleuchtung erfahren. Möge es von allen in seiner ganzen Schwere und Dringlichkeit empfunden werden.“

Das Schema des Kirchenkampfes

Otto B. Roegele, der Chefredakteur des „Rheinischen Merkur“, zeichnete in seinem Vortrag die Grundlinien der kommunistischen Kirchenverfolgung und die Möglichkeiten publizistischen und menschlichen Einstehens für unsere Brüder im Osten. Wir möchten aus der Fülle der wertvollen Referate und Diskussionsbeiträge gerade diesen Vortrag aufgreifen, weil er ein förmliches Kompen-

dium des kommunistischen Kirchenkampfes darstellt und über den internen Rahmen publizistischer Fragen oder eine intellektuelle Auseinandersetzung weit hinausgeht. Nach einer Feststellung der schwierigen Quellenlage, die auf gedruckte Kompilationen nach Zeugnissen anderer beschränkt bleibt, betont Roegele die Kontinuität der kommunistischen Religionspolitik, die auch im Zeichen der Koexistenz und der Entstalinisierung nichts von ihrem Ziel und wenig von ihren Methoden aufgegeben hat. Jeder Gedanke an einen Gott ist eine Gemeinheit (Lenin). Selbst die neue Fünfte Internationale unter Titos Führung beurteilt Roegele als einen „befohlenen Nonkonformismus“, eine „taktische Rollenverteilung“, ein Meisterstück politischer Strategie. — Ist so die Zielsetzung völlig einheitlich, so liegen auch in den Methoden trotz aller regionalen Verschiedenheit beträchtliche Gemeinsamkeiten.

So kann zunächst festgestellt werden, fährt Roegele fort, daß der Kommunismus — wie übrigens auch der Nationalsozialismus — systematisch und bewußt die in dem jeweiligen Land und Volk vorhandenen oder erweckbaren *Anti-Affekte* mobilisiert, um seinen Kampf gegen die Kirche die Legitimation durch eine ‚volonté générale‘ der revolutionären Massen zu geben. Das geschah in der Sowjetunion dadurch, daß der Kommunismus in der ersten Phase der Verfolgung die Unzufriedenheit des Volkes über das enge Bündnis der Staatskirche mit dem zaristischen System, insbesondere die Mißstimmung über die Durchsetzung der Geistlichkeit mit zaristischen Polizeispitzeln, zur Schürung des Hasses benutzte. Auf einem anderen Blatt steht freilich, daß der gleiche Bolschewismus später, nachdem er die Orthodoxie sich botmäßig gemacht hatte, auf die Wege des Zarismus zurückkehrte und nun seinerseits zahlreiche Polizeispitzel in kirchliche Stellen bringen ließ . . .

Spaltung der Kirche

Eine weitere Gemeinsamkeit der Methoden läßt sich durch das Wort „*Spaltung*“ bezeichnen . . . Dabei ist zu bedenken, daß Spaltung für die Kirche mehr, ja etwas qualitativ anderes bedeutet als für jede weltliche Gemeinschaft. Spaltung ist dem *Wesen* der Kirche, die ja Leib des Herrn, Organismus, gegliederte Einheit, Gemeinschaft ist, genau entgegengesetzt. Spalten ist vom *Wesen* her das Gegenteil von „*communio sanctorum*“, von Gemeinschaft der Heiligen, von Volk Gottes. Spaltung ist das Gegenteil von Teilhabe und Teilnahme, wie es — im Sinne von Teilhabe am Erlösungswerk — zum *Wesen* der Kirche gehört . . . Nirgends in der Welt dienen die staatlichen und gesellschaftlichen Einrichtungen so vollständig dem Zweck, den Einzelnen zu isolieren, ihn vom Umgang mit seinesgleichen abzuschneiden, ihn zum Mißtrauen gegen jeden seiner Mitmenschen zu erziehen, wie in den kommunistischen Staaten. Da ist das Reiseverbot — wohlgemerkt: das Verbot, daß ein Mensch aus eigenem Antrieb an ein selbstgewähltes Ziel zur Erledigung selbstgewählter Zwecke reise; Massenreisen und kontrollierte Reisen sind natürlich erlaubt. Da ist das Verbot, mit Menschen aus anderen Staaten in Verbindung zu treten — wohlgemerkt: nicht in staatlich gelenkten „*Delegationen*“, sondern zu menschlich-freundschaftlicher Annäherung oder zu simplen Ferienreisen. Da ist die Aufteilung des Landes in große „*Militärbezirke*“, die von niemandem, auch wenn er, wie die Staatsfunktionäre