

Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957

Stefan Lenz*

A. Vorgeschichte	150	IV. Tiefere Bedeutung: Zurückweisung	
I. Causa „Wilhelm Elfes“ als Sym-		der Persönlichkeitskerntheorie als	
ptom des „Kalten Bürgerkriegs“ der		„Selbstermächtigung durch Verfas-	
1950er Jahre	150	sungskonkretisierung“	161
1. „Deutsche Frage“: Westintegra-		C. Dogmatik	162
tion als umstrittene Weichenstel-		I. Allgemeine Handlungsfreiheit als	
lung in der Formierungsphase		Auffanggrundrecht	163
der Bundesrepublik	151	1. Sachlicher Schutzbereich:	
2. „Dritter Weg“: Wilhelm Elfes’		„Schutzdifferenzgebot“ im	
Einsatz für deutsch-deutsche		Regelungsbereich spezieller Frei-	
Verständigung und sein Weg ins		heitsrechte	163
politische Abseits	152	2. Persönlicher Schutzbereich:	
II. Mühsamer Aufstieg des Bundesver-		(Un-)Stimmigkeiten in der Dog-	
fassungsgerichts in den 1950er Jah-		matik der Grundrechtsberechti-	
ren	155	gung von Ausländern	164
1. „Doppelte Frontstellung“: Bun-		II. Elfes-Konstruktion als verfassungs-	
desverfassungsgericht in Kon-		prozessualer Hebel	167
kurrenz zu obersten Bundesge-		1. Grundfall: Objektives Verfas-	
richten und politischen Institu-		sungsrecht	167
tionen	155	2. Erster Sonderfall: Grundrechte	
2. „Windungsreicher Justizkrimi“:		Dritter	168
Verfahren über die Wiederbe-		3. Zweiter Sonderfall: Europäische	
waffnung als Bewährungsprobe		Menschenrechtskonvention	169
für das Bundesverfassungs-		III. Bundesverfassungsgericht als	
gericht	157	„Superrevisionsinstanz“?	170
B. Inhalt	158	D. Kritik	172
I. „Periphere Spezialfrage“: Ausreise-		I. Dieter Grimms Sondervotum zu	
freiheit und Freizügigkeit auf		„Reiten im Walde“ als Aufbegehren	
getrennten Wegen	158	gegen die „Banalisierung“ der	
II. Doppelter Paukenschlag: „Erfin-		Grundrechte und die „Ausuferung“	
dung“ der Allgemeinen Handlungs-		der Verfassungsbeschwerde	172
freiheit und Subjektivierung des		II. Schlaglicht auf die Pfadabhängigkeit	
objektiven Verfassungsrechts	159	des Grundrechtssystems	174
III. Große Ernüchterung: Verfassungs-		E. Lehren	175
mäßigkeit und vertretbare Anwen-			
dung des § 7 Abs. 1 lit. a PaßG a. F.	160		

Im Elfes-Urteil haben nicht allein die Allgemeine Handlungsfreiheit und die inzi-
dente Normenkontrolle bei der Verfassungsbeschwerde ihren Ursprung. Dieser
Beitrag verfolgt das Ziel, diese Entscheidung aus der Anfangszeit in ihren Entste-
hungskontext einzubetten. Das Elfes-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht sei-
ner heutigen Machtfülle nähergebracht und dem damals entwicklungs offenen
Grundrechtssystem erste Konturen verliehen. Sechzig Jahre danach ruft der Beitrag

* Stefan Lenz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Kommunalwissenschaftlichen Insti-
 tut (Prof. Dr. Janbernd Oebbecke) der Westf. Wilhelms-Universität Münster.

die Vielschichtigkeit des Urteils ins Gedächtnis und veranschaulicht, dass die heutige Lesart des Grundgesetzes in manchem kontingent ist.

Die Literatur zum Elfes-Urteil¹ selbst und zu den Rechtsproblemen, die sich darauf zurückführen lassen, ist Legion.² Auch wenn in vielen Fragen kein Konsens herrscht, darf die dogmatische Seite des Urteils als gut erforscht gelten. Selten aber begegnen Beiträge, die auch den Entstehungskontext darstellen und ihn zur Dogmatik in Bezug setzen.³ Einige Autoren sehen einen generellen Missstand darin, dass sich die Wissenschaft aufs Dogmatische beschränke, wann immer sie sich mit Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befasse.⁴ Fragen von Zeitgeist, Vorverständnis und Macht müsse die Fachwelt stärker nachgehen als bisher. Die Rechtsprechung zu historisieren, verspreche auch neue Erkenntnisse über das Bundesverfassungsgericht selbst, das als „zeithistorisch vernachlässigte Säule der deutschen Nachkriegsordnung“⁵ gilt. Diesem Anliegen fühlt sich vorliegender Beitrag verpflichtet.

A. Vorgeschichte

Den historischen Kontext des Elfes-Urteils bilden die Lebensgeschichte des Beschwerdeführers *Wilhelm Elfes*, der sich in den 1950er Jahren ins politische Abseits manövrierte, indem er sich gegen die Westintegration der Bundesrepublik wandte und für den „Dritten Weg“ zwischen Ost und West warb (I.), und der mühsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts, das sich seine machtvolle Stellung durch Akte der Selbstermächtigung erkämpfte (II.).

I. Causa „Wilhelm Elfes“ als Symptom des „Kalten Bürgerkriegs“ der 1950er Jahre

Als der Kalte Krieg heraufzog, setzte die Bundesregierung unter *Konrad Adenauer* die Westintegration der Bundesrepublik durch und traf damit eine der Richtungsentscheidungen für die junge Bundesrepublik (1.). *Elfes* dagegen warb als reisender Privatdiplomats in Europa für den „Dritten Weg“ und zog dadurch als „Feind im Innern“ den Argwohn des Staates auf sich (2.).

1 BVerfGE 6, 32 (Elfes; 1957).

2 Vgl. W. Kahl, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, Heidelberg 2013, § 124.

3 T. Henne, „Von 0 auf Lüth in 6 ½ Jahren“. Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung, in: ders./A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 197 (210 ff.) und C. Fiedler, BVerfGE 6, 32 – Elfes, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 81.

4 Leitpublikation ist M. Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011.

5 J. Menzel, Hundert Bände Verfassungsrechtsprechung, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, Tübingen 2000, S. 1 (10).

1. „Deutsche Frage“: Westintegration als umstrittene Weichenstellung in der Formierungsphase der Bundesrepublik

Ihr Zweckbündnis während des Zweiten Weltkriegs verdeckte die Gegensätze zwischen den USA und der Sowjetunion.⁶ Nachdem ihr gemeinsamer Feind, Nazi-Deutschland, besiegt worden war, senkte sich, wie *Winston Churchill* formulierte, ein „Eiserner Vorhang“ über Europa und teilte den Kontinent in eine amerikanische und eine sowjetische Einflussphäre.⁷ Der Kalte Krieg begann.⁸ Auf deutschem Boden gründeten sich 1949 zwei Staaten.⁹ Von Anfang an wollte die Bundesregierung unter *Adenauer* die Bundesrepublik an den Westen binden.¹⁰ In Korea entzündete sich 1950 der erste Stellvertreterkrieg zwischen Ost und West.¹¹ Aus diesem Anlass forderten die Westalliierten von der Bundesrepublik, sich an der Verteidigung des europäischen Kontinents mit eigenen Streitkräften zu beteiligen. *Adenauer* wollte diese Forderung ohne Zögern erfüllen.¹² Im Jahr 1952 bot der sowjetische Diktator *Josef Stalin* in einem Austausch von Noten mit den Westalliierten aber an, der Wiedervereinigung Deutschlands zuzustimmen, falls sich der neu entstehende Staat keinem Bündnis anschließe.

Dadurch geriet die Bundesrepublik in einen Zielkonflikt zwischen Westintegration und Wiedervereinigung.¹³ Parteiübergreifend regte sich Widerspruch gegen den Regierungskurs. Die Debatte entzündete sich an der Frage, welche Absichten *Stalin* verfolgte. *Adenauer* hielt die Stalin-Noten für ein taktisches Manöver, um einen Keil zwischen Bundesrepublik und Westalliierte zu treiben. Langfristig werde ein vereintes Deutschland sowjetischem Einfluss anheimfallen, auch wenn *Stalin* im Moment beteuere, der neue Staat werde neutral bleiben. Wer das Angebot annehme, opfere die Freiheit Deutschlands seiner Einheit. Die Westalliierten, auf deren Wort es letztlich ankam, bestanden ohnehin auf Einbindung der Bundesrepublik. Die Opposition wollte – anders als *Adenauer* – nicht hinnehmen, dass der Weg zur Einheit vermutlich auf Jahrzehnte verbaut wäre, wenn sich Ost und West nicht

6 Zur Entstehung des Ost-West-Konflikts *H. A. Winkler*, Geschichte des Westens, Bd. 3, München 2014, S. 60 ff.

7 In der Rede „The Sinews of Peace“ (dt.: „Die Stärken des Friedens“) am 5. März 1946 am Westminster College (Fulton, MO), in: R. R. James (Hrsg.), *Winston S. Churchill: His Complete Speeches, 1897-1963*, Bd. 7: 1943-1949, New York, NY: Chelsea House Publishers 1974, S. 7285.

8 Vgl. die jüngsten Gesamtdarstellungen von *J. L. Gaddis*, Der Kalte Krieg (amerik. Orig.: New York, NY: The Penguin Press 2005), München 2007 und *B. Stöver*, Der Kalte Krieg, München 2007.

9 *Winkler*, Geschichte (Fn.), S. 109 ff.

10 Zu *Adenauers* außenpolitischen Maximen prägnant *E. Wolfrum*, Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte, Bd. 23, 10. Aufl., Stuttgart 2005, § 3 a). Prägend für die am Amt des Bundeskanzlers und an der Person *Adenauers* orientierte Sicht *A. Baring*, Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie, München/Wien 1969.

11 *Winkler*, Geschichte (Fn.), S. 139 ff.

12 *H. A. Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Bd. 2, München 2000, S. 142 spricht davon, *Adenauer* habe generell und bewusst „Erfüllungspolitik“ betrieben.

13 Zur deutschen Diskussion um die Stalin-Noten *Winkler*, Weg (Fn.), S. 147 ff.

bald verständigten. Die Bundesregierung dürfe *Stalin* nicht von vornherein unlautere Absichten unterstellen und müsse sein Angebot wenigstens ausloten. Als die Sowjetunion am 17. Juni 1953 aber den Volksaufstand in der DDR niederschlug, verspielte sie auch den letzten Kredit.¹⁴ Bei der Bundestagswahl im Herbst errang die Union beinahe die Hälfte der Mandate.¹⁵ Am 23. Oktober 1954 trat die Bundesrepublik der NATO bei, wenige Tage später die DDR dem Warschauer Pakt.

2. „Dritter Weg“: Wilhelm Elfes’ Einsatz für deutsch-deutsche Verständigung und sein Weg ins politische Abseits

In den 1950er Jahren machte sich auf beiden Seiten des Eisernen Vorhangs des Vaterlandsverrats verdächtig, wer in Opposition zur Regierungslinie nach einem „Dritten Weg“ zwischen Ost und West suchte.¹⁶ Stigmatisierung und Schikane der „Feinde im Innern“ waren an der Tagesordnung. Vom „Kalten Bürgerkrieg“ ist heute die Rede.¹⁷ Den Höhepunkt erreichte er in den USA, die – befeuert von Senator *Joseph McCarthy* – von 1947 bis 1956 regelrecht Jagd auf echte und vermeintliche Kommunisten machten.¹⁸ Selbst in der Bundesrepublik geriet leicht in die Mühlen von Verwaltung und Justiz, wer sich vom ideologischen Widerpart nicht unmissverständlich distanzierte. Was in der Rückschau als Hysterie erscheint, lässt sich mit dem aufgeheizten politischen Klima der Nachkriegszeit erklären, das sich nicht zuletzt aus der Angst vor dem Dritten Weltkrieg speiste, der wahrscheinlich atomar geführt worden wäre.

Zu den „Feinden im Innern“ zählte *Wilhelm Elfes*.¹⁹ Aus dem katholischen Arbeitermilieu stammend, arbeitete er sich empor und gehörte von 1922 bis 1933 als Zentrumsabgeordneter dem Preußischen Staatsrat an. Die NS-Zeit überstand *Elfes* zunächst als Zigarrenhändler. Nach dem Attentat vom 20. Juli 1944 tauchte er unter, weil das NS-Regime den Umsturzversuch zum Anlass nahm, in großer Zahl Politiker aus der Weimarer Republik festzunehmen, ganz gleich, ob die Betroffenen in die Geschehnisse am 20. Juli überhaupt verwickelt waren („Aktion Gewitter“). Nach Kriegsende engagierte sich *Elfes* auf dem linken Flügel der CDU, wurde Oberbürgermeister von Mönchengladbach und Abgeordneter im nordrhein-

14 Zu den Rückwirkungen des 17. Juni auf die Bundesrepublik *Wolfrum*, Gebhardt (Fn.), § 3 c).

15 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart/Köln 1954, S. 109 f., wonach auf CDU/CSU insgesamt 243 von 487 Sitzen entfielen. Beinahe ausnahmslos enthält das Schrifttum Ergebnisse, die mit dem im Statistischen Jahrbuch veröffentlichten Ergebnis *nicht* übereinstimmen.

16 *Stöver*, Kalter Krieg (Fn.), S. 227 ff.

17 *P. Major*, The Death of the KPD, Oxford: Oxford University Press 1997, S. 294 ff.

18 Vgl. die jüngste Gesamtdarstellung von *W. T. Walker*, McCarthyism and the Red scare: a reference guide, Santa Barbara, CA: ABC-CLIO 2011 mit Primärquellen und kommentierter Bibliographie.

19 Maßgeblich *A. Eßer*, Wilhelm Elfes: 1884-1969, Mainz 1990. Kurze Portraits bei *M. Steinbeis/M. Detjen*, Wilhelm Elfes (1884-1969), in: *S. Detjen* (Hrsg.), In bester Verfassung!? 50 Jahre Grundgesetz, Köln 1999, S. 155 ff.; *E. M. Frenzel*, Zugänge zum Verfassungsrecht, Tübingen 2009, S. 16 ff. und *M. Steinbeis/M. Detjen/S. Detjen*, Die Deutschen und das Grundgesetz, München 2009, S. 77 ff.

westfälischen Landtag. Bald positionierte er sich gegen die Politik der Wiederbewaffnung und Westintegration.²⁰ Unter die Sorge um die deutsche Einheit mischten sich christlich-pazifistische und antikapitalistische Motive.²¹ Die CDU schloss ihn 1951 aus.²² Er setzte sein Engagement in Splitterparteien fort und bereiste als Privatdiplomats Europa, um für Verständigung zwischen Ost und West und für die Neutralität Deutschlands zu werben. Er arbeitete intensiv mit Kommunisten zusammen und suchte das direkte Gespräch mit den Machthabern im Osten, darunter *Otto Grotewohl*, *Nikolai Bulganin* und *Nikita Chruschtschow*.²³ Deshalb geriet *Elfes* sogar innerhalb der Opposition in die Isolation.²⁴ Nach der für Adenauer erfolgreichen Bundestagswahl 1953 führte er einen aussichtslosen Kampf.²⁵ Aus dem Aufsteiger der Zwischenkriegszeit war ein tragischer Nachkriegsverlierer geworden.²⁶

Zwischen 1951 und 1962 war *Elfes* Beschuldigter in ungefähr einem Dutzend Ermittlungsverfahren wegen Staatsschutzdelikten, ohne dass es jemals zur Anklage kam.²⁷ Im Frühsommer 1953 beantragte er beim Oberbürgermeister Mönchengladbachs, seinen Reisepass zu verlängern.²⁸ Die Behörde lehnte ohne Begründung ab; *Elfes* beschritt den Rechtsweg. Die Verwaltungsgerichte hielten die Entscheidung aufrecht und beriefen sich auf den Versagungsgrund des § 7 Abs. 1 lit. a PaßG a. F.:²⁹ *Elfes* werde auf Auslandsreisen Kontakt zu Kommunisten suchen und dadurch „erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden“. Der Gescholtene erhob am 14. Mai 1956 Verfassungsbeschwerde. Danach erst begründete die Behörde ihre Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht rügte dieses Verhalten ausdrücklich, urteilte aber zu *Elfes'* Enttäuschung, die Passversagung sei grundgesetzkonform.³⁰

20 *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 189 ff.

21 Zu *Elfes'* Beweggründen *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 192 ff., 233 f.

22 *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 208 f.

23 *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 205 ff., 278 ff.

24 Dieses Fazit bei *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 263. Zu *Elfes* Verhältnis zu verschiedenen Oppositionellen vgl. *ders.*, *Elfes* (Fn.), S. 198 f., 223 ff., 241 ff.

25 In diese Richtung auch *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 261 ff. Zu *Elfes'* Engagement nach der Bundestagswahl vgl. *ders.*, *Elfes* (Fn.), S. 267 ff.

26 Von der „Tragödie eines Nachkriegsverlierers“ spricht *Frenzel*, *Zugänge* (Fn.), S. 16.

27 *Eßer*, *Elfes* (Fn.), S. 263 und *G. Rojahn*, *Elfes – Mehr als ein Urteil*, Diss. Berlin 2010, S. 41 ff. abrufbar unter www.diss.fu-berlin.de/diss/servlets/MCRFileNodeServlet/FUDISS_derivate_000000008674/Dissertation_-_ohne_Lebenslauf.pdf (abgerufen am 7.1.2016).

28 Minutiöse Darstellung der Abläufe bei *Rojahn*, *Elfes* (Fn.), S. 126 ff.

29 Wortlautidentisch mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG n. F.: „Der Paß ist zu versagen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, daß der Paßbewerber die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet.“

30 BVerfGE 6, 32 (44 f.). Einführend *K. Odendahl*, Das „*Elfes-Urteil*“, JA 2001, S. 757 und *Fiedler*, *Elfes* (Fn.).

So kam ein paradoxes Ergebnis zustande: „[E]s bleibt doch eigenartig, dass eines der grundlegenden Freiheitsurteile des Gerichts zum Ergebnis hatte, dass ein Deutscher, der ins Ausland reisen wollte, um dort seine Meinung zu sagen, von deutschen Behörden und Gerichten daran mit dem Segen des Bundesverfassungsgerichts gehindert werden konnte.“³¹ Das Bundesverfassungsgericht fasste seinen Entschluss wahrscheinlich deshalb, weil das harte Vorgehen des Staates gegen Verfechter des „Dritten Weges“ zum Zeitpunkt des Urteils legitim erschien, nachdem die Sowjetunion erneut – diesmal in Ungarn – einen Volksaufstand niedergeschlagen hatte.³² Für diese Vermutung spricht auch, dass die westdeutschen Eliten, Richter des Bundesverfassungsgerichts eingeschlossen, die Bundesrepublik genauso als Gegenentwurf zum Kommunismus wie zum Nationalsozialismus begriffen.³³ „Das Elfes-Urteil ist nur für die Grundrechtsdogmatik, nicht auf die Person bezogen Teil einer Siegeregeschichte.“³⁴

Parallel zur rechtlichen Auseinandersetzung um die Passverlängerung gab es hinter den Kulissen reichlich Gespräche, woran Spitzen aus Politik, Verwaltung und Justiz beteiligt waren.³⁵ Die Vorgänge haben einen schalen Beigeschmack, doch der Vorwurf politischer Justiz, den einige erheben, ist übertrieben.³⁶ *Elfes* jedenfalls beklagte sich über „üble Schikane und politische Willkür“. ³⁷ Immer wieder beteuerte er glaubhaft, die Passverlängerung benötige er, um das Grab seines Sohnes in Dänemark und seine Enkel in den Niederlanden zu besuchen, deren Vormund er geworden war. Als *Elfes* wenige Monate nach dem Urteil aus Karlsruhe eine Erklärung unterschrieb, er werde im Ausland keine Opposition betreiben, erhielt er die erhoffte Passverlängerung.³⁸ Diese Erklärung hatte er bis dato verweigert.³⁹

31 C. *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Gericht (Fn.), S. 9 (35). Dieses Paradox bemerkt auch M. *Hailbronner*, Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism, in: International Journal of Constitutional Law (I-CON) 12 (2014), S. 633 (636). Überzogen aber R. *Lamprecht*, Ich gehe bis nach Karlsruhe, München 2011, S. 50 ff.

32 Dieser Zusammenhang bei *Hailbronner*, Court (Fn.), S. 636. Von einem „Urteil aus dem Geist des Kalten Krieges“ spricht *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 35. – Zur ungarischen Revolution vgl. *Winkler*, Geschichte (Fn.), S. 216 ff.

33 *Hailbronner*, Court (Fn.), S. 627, 635 f., 638.

34 *Frenzel*, Zugänge (Fn.), S. 18. Ähnlich *Steinbeis/Detjen/Detjen*, Grundgesetz (Fn.), S. 77 f., 80.

35 *Rojahn*, Elfes (Fn.), S. 114 ff., 132 ff.

36 Den Vorwurf, das Vorgehen gegen echte oder vermeintliche Kommunisten in Deutschland sei politische Justiz, erheben zum Beispiel G. *Heinemann*/D. *Posser*, Kritische Bemerkungen zum politischen Strafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1959, S. 121 (122 f., 127). Der spätere Bundespräsident *Heinemann* engagierte sich gegen die Regierungspolitik; *Posser* war *Elfes'* Prozessvertreter vor dem Bundesverfassungsgericht.

37 *Rojahn*, Elfes (Fn.), S. 132.

38 *Rojahn*, Elfes (Fn.), S. 200.

39 *Rojahn*, Elfes (Fn.), S. 132 f.

II. Mühsamer Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts in den 1950er Jahren

Das Bundesverfassungsgericht stieß vom Tag seiner Eröffnung an auf Widerstand aus Justiz und Politik und musste sich seine Stellung durch Akte der Selbstermächtigung erarbeiten (1.). Als Regierungslager und parlamentarische Opposition den Streit um die Wiederbewaffnung vor das Bundesverfassungsgericht trugen, führte dies zu dessen erster Bewährungsprobe (2.).

1. „Doppelte Frontstellung“: Bundesverfassungsgericht in Konkurrenz zu obersten Bundesgerichten und politischen Institutionen

Als das Bundesverfassungsgericht, die „einzige völlige Neuschöpfung des Grundgesetzes“, ⁴⁰ 1951 seine Arbeit aufnahm, war offen, welche vom Grundgesetz bloß schwach vorgezeichnete Rolle das Bundesverfassungsgericht im Verfassungsgefüge und im Gerichtssystem einnehmen würde. ⁴¹ Diese „Unfertigkeit“ ⁴² teilte es mit anderen wie zum Beispiel Bundeskanzler und Bundespräsident, deren heutige Rollenverteilung auch auf das jeweilige Amtsverständnis *Adenauers* und *Theodor Heuss'* zurückgeht, und mit dem Grundgesetz selbst, das bereits seinem Namen nach – bewusst hat der Parlamentarische Rat es nicht „Verfassung“ getauft – als Provisorium gedacht war. ⁴³ Heute ist das Bundesverfassungsgericht ein machtvoller Gegenspieler anderer staatlicher Institutionen, genießt nach Umfragen größeres Vertrauen in der Bevölkerung als der Bundestag und gibt Justiz und Rechtswissenschaft nach verbreiteter Wahrnehmung den Takt vor. ⁴⁴ Diese Rolle erkämpfte es sich in den 1950er Jahren, als es sich in „doppelter Frontstellung“ ⁴⁵ Justiz und Politik gegenüber sah, durch Akte der Selbstermächtigung. ⁴⁶

Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof witterten im Bundesverfassungsgericht einen Konkurrenten um die Verfassungsdeutung. Der Bundesgerichtshof machte von seiner umstrittenen Befugnis regen Gebrauch, Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG mit Stellungnahmen zu versehen und diese zu veröffentli-

40 M. Fromont, Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht, DÖV 1999, S. 493 (493).

41 Zum geringen Interesse des Herrenchiemseer Konvents und des Parlamentarischen Rates am Bundesverfassungsgericht *Hailbronner*, Court (Fn.), S. 629. – Die Aufstiegsgeschichte des Bundesverfassungsgericht erzählen M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: ders. et al. (Hrsg.), Gericht (Fn.), S. 77 (84 ff.) und *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 11 ff.

42 *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 12.

43 Die Prägung der Rollenverteilung zwischen Präsident und Kanzler durch die handelnden Personen schildert *Frenzel*, Zugänge (Fn.), S. 143 ff.

44 U. Volkmann Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, S. 169 f.

45 Von „Fronten“ spricht C. Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Gericht (Fn.), S. 281 (355 ff.).

46 Folgende beiden Absätze angelehnt an M. Baldus, Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Lüth-Urteil (Fn.), S. 237.

chen.⁴⁷ Gelegenheiten gab es reichlich, denn die Fachgerichte durften dem Bundesverfassungsgericht nicht direkt, sondern ausschließlich vermittelt durch das jeweils oberste Bundesgericht vorlegen. Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof propagierten außerdem den Naturrechtsgedanken.⁴⁸ Nach dem Zweiten Weltkrieg erlebte er eine Renaissance,⁴⁹ weil die Zeitgenossen glaubten, der Juristenstand habe sich dem Nationalsozialismus deshalb bereitwillig angepasst, weil er der gegenteiligen Richtung angehangen habe, dem Rechtspositivismus, für den Recht jeden beliebigen – auch verbrecherischen – Inhalt haben kann.⁵⁰ Diese These „darf als wissenschaftlich widerlegt gelten [...]“.⁵¹ Das Bundesverfassungsgericht lieferte sich mit den beiden Bundesgerichten einen publizistischen Schlagabtausch wegen der Gutachtenpraxis. Am Ende entzog ihr der Gesetzgeber den Boden und nahm dem Bundesgerichtshof dadurch eine Möglichkeit, sich öffentlichkeitswirksam zu Verfassungsfragen zu äußern.⁵²

Mit den obersten Bundesorganen rang das Bundesverfassungsgericht um seinen Status.⁵³ Es will nicht bloß Gericht, sondern auch oberstes Bundesorgan sein. Dies ist eine Prestigefrage. Bei offiziellen Anlässen begegnet der Präsident des Bundesverfassungsgerichts dem Bundeskanzler und dem Bundespräsidenten protokollarisch auf Augenhöhe. Doch auch Unabhängigkeit verleiht der Status. Das Bundesverfassungsgericht untersteht nicht dem Bundesminister der Justiz, hat seinen eigenen Haushalt, eine Geschäftsordnung und stellt seine Mitarbeiter selbst ein. Mit der „Status-Denkschrift“ von 1952, in der das Gericht seine Doppelrolle beansprucht, setzte es sich durch. Der SPD war an einem starken Bundesverfassungsgericht gelegen und die CDU-dominierte Bundesregierung ahnte, dass sie auf das Wohlwollen der Karlsruher Richter noch angewiesen sein würde. Der Autor der Denkschrift, *Gerhard Leibholz*, bekannte später: „Es war daher notwendigerweise Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, seinen Status selbst im Rahmen des Gesamtgefüges der Verfassung zu definieren.“⁵⁴

47 Zum Gutachten-Streit vgl. *H. J. Faller*, Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof, AöR 115 (1990), S. 185 (189 ff.). Der Bundesgerichtshof berief sich auf § 80 Abs. 1 BVerfGG a. F.

48 Dazu näher *H. J. Faller*, Wiederkehr des Naturrechts?, JöR 43 (1995), S. 1 und *T. Henne*, Die neue Wertordnung im Zivilrecht, speziell im Familien- und Arbeitsrecht, in: M. Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Berlin 2006, S. 13.

49 Vgl. *L. Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013.

50 Grundlegung dieser These bei *G. Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ) 1946, S. 105.

51 *F. Wittreck* Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, Tübingen 2008, S. 2 f. mit zahlreichen Nachw.

52 Gesetz zur Änderung des BVerfGG vom 21. Juli 1956, BGBl. I S. 662.

53 Statt vieler *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 23 ff. Die Primärtexte finden sich bei *G. Leibholz*, Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Eine Materialsammlung mit einer Einleitung, JöR 6 (1957), S. 109.

54 *Leibholz*, Status (Fn.), S. 112 f.

2. „Windungsreicher Justizkrimi“: Verfahren über die Wiederbewaffnung als Bewährungsprobe für das Bundesverfassungsgericht

Die Westeuropäer wollten ihre Verteidigung in einer eigenen Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) organisieren. Der Streit, ob die Bundesrepublik dem EVG-Gründungsvertrag zustimmen sollte, gelangte vor das Bundesverfassungsgericht.⁵⁵ Die SPD-Bundestagsabgeordneten stellten unter Berufung auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG a. F. einen Antrag, festzustellen, dass „Bundesrecht, welches die Beteiligung Deutscher an einer bewaffneten Streitmacht regelt“ grundgesetzwidrig sei. Zuständig für das Verfahren war der Erste („rote“) Senat, dem mehrheitlich von der SPD nominierte Richter angehörten.⁵⁶ *Adenauer* war alarmiert und bewog Bundespräsident *Heuss*, das Plenum nach § 97 BVerfGG a. F. um ein Gutachten zu bitten, ob das Zustimmungsgesetz verfassungsgemäß wäre. Das Regierungslager hoffte, das parteipolitisch ausgewogen besetzte Plenum werde den Gutachtenauftrag vorrangig behandeln, sodass die rechtliche Diskussion um den Normenkontrollantrag der SPD-Abgeordneten das politische Geschehen nicht überschatten würde. Doch anders als erhofft wies der Erste Senat zuerst diesen Antrag als unzulässig zurück, weil das Prozessrecht keine vorbeugende Normenkontrolle kenne.⁵⁷ Der Bundestag beschloss unterdessen das Zustimmungsgesetz.⁵⁸

Das Regierungslager erfasste die Sorge, das Plenum könnte im Gutachtenverfahren zugunsten der SPD „umkippen“. Die „Bundestagsmehrheit“ strengte einen Organstreit an mit dem „originellen“⁵⁹ Antrag, festzustellen, dass die „Bundestagsminderheit“ die Rechte des Bundestages und der „Mehrheit“ verletzt, indem sie das Recht bestritt, das Zustimmungsgesetz zu beschließen. Dafür war der Zweite („schwarze“) Senat zuständig. In der mündlichen Verhandlung im Gutachtenverfahren erklärte das Plenum unterdessen, seine Gutachten bänden die Senate.⁶⁰ Da sein „Winkelzug“⁶¹ damit gescheitert war, zog *Heuss* seinen Gutachtenauftrag zurück. Den Antrag der „Mehrheit“ wies der Erste Senat als unzulässig zurück, weil

55 Chronologie der Ereignisse bei *M. Wild*, BVerfGE 2, 79 – Wiederbewaffnung III, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung (Fn.), S. 69 und *H. Dreier*, Das Bundesministerium der Justiz und die Verfassungsentwicklung in der frühen Bundesrepublik Deutschland, in: *M. Görtemaker/C. Safferling* (Hrsg.), *Die Rosenburg*, 2. Aufl. 2013, S. 88 (107 ff.). Noch ausführlicher *Baring*, Außenpolitik (Fn.), S. 221-261. Die Primärquellen finden sich bei Institut für Staatslehre und Politik e. V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 3 Bde., München 1952 ff.

56 Die Redeweise vom „roten“ und „schwarzen“ Senat war in den 1950er Jahren üblich, daher auch ohne Erläuterung *Baring*, Außenpolitik (Fn.), S. 222 et passim. Zur Entstehung dieser Schwarz-Rot-Spaltung vgl. etwa *Hailbronner*, Court (Fn.), S. 630.

57 BVerfGE 1, 396 (Wiederbewaffnung II; 1952). Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht in E 1, 281 (Wiederbewaffnung I; 1952) einen damit verbundenen Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt.

58 Gesetz betreffend den Vertrag vom 27. Mai 1952 über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (...) vom 28. März 1954, BGBl. II S. 342.

59 Spöttisch *Wild*, Wiederbewaffnung (Fn.), S. 70.

60 BVerfGE 2, 79 (Wiederbewaffnung III; 1952).

61 *Wild*, Wiederbewaffnung (Fn.), S. 70.

„Mehrheit“ und „Minderheit“ nicht parteifähig und Rechtsansichten kein zulässiger Streitgegenstand seien.⁶² Das Bundesverfassungsgericht ging als Gewinner aus der Affäre hervor. Es ließ sich nicht für politische Zwecke einspannen, vermied seine Spaltung entlang parteipolitischer Linien und bewies seine Unabhängigkeit.⁶³ Seine erste große Bewährungsprobe hatte es damit bestanden.

B. Inhalt

Nachdem der Beitrag den Kontext der Entscheidung dargelegt hat, gilt sein Augenmerk nun ihrem Inhalt. Zu Beginn des Elfes-Urteils entscheidet das Bundesverfassungsgericht, die Ausreisefreiheit sei nicht von Art. 11 Abs. 1 GG geschützt (I.), bevor es sie unter Art. 2 Abs. 1 GG fasst, weil dieser Artikel die Allgemeine Handlungsfreiheit verbürge, und dem Schrankenvorbehalt⁶⁴ der „verfassungsmäßigen Ordnung“ einen einfachen Gesetzesvorbehalt entnimmt (II.). Den in der Passversagung liegenden Eingriff hält das Bundesverfassungsgericht für gerechtfertigt (III.). Die Bedeutung des Urteils liegt in der Zurückweisung der „Persönlichkeitskerntheorie“ zugunsten lückenlosen Grundrechtsschutzes (IV.).

I. „Periphere Spezialfrage“: Ausreisefreiheit und Freizügigkeit auf getrennten Wegen

Am meisten Raum gibt das Gericht der Frage, ob die Ausreise aus der Bundesrepublik überhaupt grundrechtlich geschützt ist. Die verbreitete Ansicht, die Ausreisefreiheit sei vom Grundrecht der Freizügigkeit in Art. 11 Abs. 1 GG erfasst, weist das Bundesverfassungsgericht zurück, indem es den Artikel schulmäßig auslegt:⁶⁵ Der Wortlaut spreche von „Freizügigkeit im [!] ganzen Bundesgebiet“, der enge Schrankenvorbehalt (der bis 1968 noch enger war als heute, weil er den Staatsschutz nicht enthielt)⁶⁶ lasse auf einen ebenso engen Schutzbereich schließen und die Entstehungsgeschichte weise in die gleiche Richtung, weil die Ausreisefreiheit im Parlamentarischen Rat nie besprochen worden sei. Damit ist eine „ziemlich periphere Spezialfrage“ geklärt, wie *Günter Dürig* in einer Urteilsanmerkung schreibt.⁶⁷

62 BVerfGE 2, 143 (Wiederbewaffnung IV; 1952).

63 *Wild*, Wiederbewaffnung (Fn.), S. 73.

64 Der Sprachgebrauch ist uneinheitlich. Schrankenvorbehalt nenne ich die grundgesetzliche Ermächtigung, ein Gesetz zu erlassen, das in ein Grundrecht eingreift oder Grundlage eines Eingriffs durch Einzelakt ist. Dieses Gesetz heißt Schranke. Schranken-Schranke ist jede verfassungsrechtliche Vorkehrung, die dem Eingriff wiederum Grenzen setzt, allen voran der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

65 BVerfGE 6, 32 (34 f.).

66 17. Änderungsgesetz vom 24. Juni 1968, BGBl. I S. 709.

67 *G. Dürig*, Anmerkung, JZ 1957, S. 167 (169).

II. Doppelter Paukenschlag: „Erfindung“ der Allgemeinen Handlungsfreiheit und Subjektivierung des objektiven Verfassungsrechts

Was folgt, ist spektakulär:⁶⁸ Art. 2 Abs. 1 GG schütze als „allgemeine Handlungsfreiheit“ ausnahmslos jedes menschliche Verhalten und nicht etwa bloß den „Kernbereich der Persönlichkeit“. Der Schrankenvorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ umfasse die verfassungsgemäße Rechtsordnung, „jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm“. Erneut deutet das Bundesverfassungsgericht den Artikel Schritt für Schritt: Die „feierliche Formulierung“ des Art. 2 Abs. 1 GG suggeriere einen engen Schutzbereich. Die ursprüngliche Fassung („Jeder kann tun und lassen was er will.“ [sic!]) habe der Parlamentarische Rat aber allein aus sprachlichen Gründen durch die heutige Wortwahl ersetzt.⁶⁹ Die Schrankenvorbehalte sprächen zusätzlich für einen weiten Schutzbereich, denn ein eng definierter Kreis von Verhaltensweisen könne mit ihnen überhaupt nicht in Konflikt geraten. Den Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG verstünden einige wie in Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 9 Abs. 2 GG als Synonym für „Verfassung“ bzw. „elementare Verfassungsgrundsätze“ und schlossen vom engen Schrankenvorbehalt auf einen ebenso engen Schutzbereich.⁷⁰ Ein Begriff müsse aber nicht an jeder Stelle, an der er vorkommt, den gleichen Umfang haben. Der weit verstandene Schutzbereich müsse stärker einschränkbar sein als allein durch die Verfassung selbst oder durch elementare Verfassungsgrundsätze. Dabei zieht das Bundesverfassungsgericht aber einen Fehlschluss, weil es erst vom Schrankenvorbehalt auf den Schutzbereich und danach vom Schutzbereich auf den Schrankenvorbehalt schließt.⁷¹ Es beugt schließlich dem Einwand vor, das Grundrecht laufe leer, wenn es unter Gesetzesvorbehalt stehe, indem es Vorschriften aufzählt, die wir heute als Schranken-Schranken einstufen. Die wohl wichtigste Schranken-Schranke fehlt allerdings: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁷²

Ein weiterer Paukenschlag sind die Schlüsse, die das Bundesverfassungsgericht aus seiner Lesart von Art. 2 Abs. 1 GG zieht. Erstens: Wer Verfassungsbeschwerde erhebt, mache nicht bloß das Grundrecht als solches geltend, sondern stelle mittelbar die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, das eingreift oder auf das sich der Eingriff

68 Das Folgende bei BVerfGE 6, 32 (36 ff.). – Von der „Erfindung“ der Allgemeinen Handlungsfreiheit sprechen *Steinbeis/Detjen/Detjen*, Grundgesetz (Fn.), S. 77.

69 BVerfGE 6, 32 (36). Diese Formulierung hat der Verfassungsgeber allerdings in Wahrheit nie erwogen: G. Leibholz/H. v. Mangoldt (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1 (1951), S. 54 ff.

70 Verfassungsmäßige Ordnung in Art. 9 Abs. 2 GG übersetzen wir heute mit freiheitlicher demokratischer Grundordnung im Sinne von Art. 18 S. 1 GG und Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG. Statt aller BVerwGE 134, 275 (292 f.).

71 R. Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung des Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), S. 80 (87) und K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 426.

72 Zu dessen Karriere vgl. M. Dumbs, Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Freiburg i. Br. 2015.

stützt, insgesamt zur Prüfung, darunter zum Beispiel sein kompetenz- und verfahrensgerechtes Zustandekommen.⁷³ Dieser Mechanismus firmiert heute als „Elfes-Konstruktion“.⁷⁴ Das objektive Verfassungsrecht hat das Gericht dadurch subjektiviert.⁷⁵ Ist das Grundrecht beeinträchtigt und die Verfassungsbeschwerde deshalb erst einmal zulässig, steht der Weg offen für die inzidente Normenkontrolle. Zweitens: Art. 2 Abs. 1 GG begründe, so heißt es eher beiläufig und ohne Erläuterung, eine „Freiheitsvermutung“.⁷⁶ Der Staat trägt für ausnahmslos jeden Eingriff in die Freiheit die Rechtfertigungslast.⁷⁷ In der Bundesrepublik ist alles erlaubt, was nicht verboten ist. Grundrechtsträger müssen nicht begründen, warum sie sich so verhalten, wie sie sich verhalten.

III. Große Ernüchterung: Verfassungsmäßigkeit und vertretbare Anwendung des § 7 Abs. 1 lit. a PaßG a. F.

Das Bundesverfassungsgericht fragt, ob § 7 Abs. 1 lit. a PaßG a. F., auf den Behörde und Gerichte die Passversagung stützten, dem Bestimmtheitsgebot genügt, namentlich der Tatbestand der Gefährdung „sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland“. Der Gesetzgeber habe zwei Ausprägungen der erheblichen Belange genannt und dem Rechtsanwender dadurch einen Maßstab an die Hand gegeben, welche Belange „erheblich“ seien, nämlich ausschließlich solche, die den ausdrücklich genannten Tatbeständen „in ihrer Erheblichkeit“ jedenfalls „nahekommen“.⁷⁸ Deshalb sei das Bestimmtheitsgebot gewahrt. Nachdem es festgestellt hat, dass der Versagungsgrund verfassungskonform sei, prüft das Gericht, ob das Bundesverwaltungsgericht das Passgesetz richtig angewendet hat. Das Bundesverfassungsgericht überprüfe Gerichtsentscheidungen aber nicht vollumfänglich, sondern gehe bloß der Frage nach, ob „spezifisches Verfassungsrecht“ verletzt sei⁷⁹ – eine Formulierung, die noch Karriere machen sollte.⁸⁰ In der Sache be-

73 BVerfGE 6, 32 (41). Statt aller C. Degenhart, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, JuS 1990, S. 161 (168 f.).

74 Begriff verbreitet seit H. Kube, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, S. 111, doch bereits zuvor in Gebrauch.

75 Vor allem H. Bethge Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrecht, in: O. Depenheuer et al. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg et al. 2007, S. 613 und O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Gericht (Fn.), S. 161 (182 ff.).

76 BVerfGE 6, 32 (42).

77 Dieser Gedanke firmiert seit C. Schmitt, Verfassungslehre, München/Leipzig 1928, S. 126 f. als „rechtsstaatliches Verteilungsprinzip“. Umschrieben wie hier bei H. Dreier, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 1 (2010), S. 11 (22 f.) und Kahl, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 59.

78 BVerfGE 6, 32 (43).

79 BVerfGE 6, 32 (43).

80 BVerfGE 18, 85 (Spezifisches Verfassungsrecht; 1964). Einführend C. Fiedler, BVerfGE 18, 85 – Spezifisches Verfassungsrecht, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung (Fn.), S. 152.

schränkt sich das Gericht auf eine Vertretbarkeitsprüfung; die Anwendung von § 7 Abs. 1 lit. a PaßG a. F. durch das Bundesverwaltungsgericht sei nicht zu beanstanden. Zu *Elfes'* Ernüchterung wies das Bundesverfassungsgericht seine Verfassungsbeschwerde zurück.

IV. Tiefere Bedeutung: Zurückweisung der Persönlichkeitskerntheorie als „Selbstermächtigung durch Verfassungskonkretisierung“

In den ersten Grundsatzurteilen zu den Grundrechten verfolgte das Bundesverfassungsgericht eine Doppelstrategie. Die Grundrechtsartikel sind so lapidar formuliert und ihre Systematisierung war so dringend, dass es weniger darauf ankam, *wie* das Bundesverfassungsgericht entschied, als darauf, *dass* es überhaupt entschied.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht stellte bei dieser Gelegenheit die Weichen so, dass sein eigener Einfluss wuchs. Neben die „protokollarische und institutionelle Selbstermächtigung“ im Gutachten-Streit und im Status-Streit trat die „Selbstermächtigung durch Verfassungskonkretisierung“.⁸² In den ersten Schlüsselscheidungen gingen beide Formen der Selbstermächtigung Hand in Hand.⁸³ Im *Elfes*-Urteil lässt sich das daran festmachen, dass das Bundesverfassungsgericht im impliziten Dialog mit *Hans Peters* die zu Art. 2 Abs. 1 GG entwickelte Persönlichkeitskerntheorie zurückweist.

1953 stellt *Peters* seine naturrechtlich fundierte Persönlichkeitskerntheorie vor.⁸⁴ Dem Grundgesetz liege ein „Persönlichkeitsbild“ zu Grunde, wonach der Mensch „durch Gemeinschaftsideale gebunden“ und „vor Gott verantwortlich“ sei.⁸⁵ Der Leser erfährt nicht, was zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehöre, wohl aber, was jedenfalls *nicht* dazu zähle, nämlich „banale Zwecke“ und „nebensächliche Interessen“ zu verfolgen.⁸⁶ Den Schrankenvorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ setzt *Peters* mit dem materiellen Verfassungsrecht gleich.⁸⁷ Die Begründung entstammt Weimarer Denken: Wäre mit „verfassungsmäßiger Ordnung“ jedes Gesetz gemeint, liefen die Grundrechte leer, weil der Gesetzgeber sie nach Be-

81 Dass die Offenheit der Grundrechtsartikel der verfassungsgerichtlichen Entscheidung Eigenwert verleiht, betont R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), 7. Aufl., Baden-Baden 2015, S. 15 ff. Für Art. 2 Abs. 1 GG auch *Dürig*, Anmerkung (Fn.), S. 170, der diese Sicht aber nicht verallgemeinert wissen will.

82 *Volkmann*, Grundzüge (Fn.), S. 173 f.

83 *Henne*, „Von 0 auf Lüth in 6 ½ Jahren“ (Fn.), S. 197.

84 *H. Peters* Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: D. S. Constantopoulos/H. Wehberg (Hrsg.), *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie*. Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag, Hamburg 1953, S. 669.

85 *Peters*, Entfaltung (Fn.), S. 671.

86 *Peters*, Entfaltung (Fn.), S. 673 bzw. 678.

87 *Peters*, Entfaltung (Fn.), S. 675 f.

lieben beschränken könnte.⁸⁸ Unter „Sittengesetz“ versteht *Peters* „die Summe derjenigen sittlichen Normen [...], die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind“,⁸⁹ darunter die „Zehn Gebote Gottes“ genauso wie das Verbot der Homosexualität.⁹⁰ Das „Sittengesetz“ offenbart sich als Einfallstor für Naturrecht. In schulmäßiger Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG weist das Bundesverfassungsgericht die Persönlichkeitskerntheorie im Elfes-Urteil zurück. Der unbeeindruckte *Peters* veröffentlichte Antikritiken.⁹¹ Indem das Gericht die „verfassungsmäßige Ordnung“ als verfassungsgemäße Rechtsordnung auslegt, beginnt es, das „Sittengesetz“ faktisch aus der Verfassung zu streichen.⁹² Das Gericht hätte den Fall weit weniger aufwändig entscheiden können, indem es die Ausreisefreiheit unter Art. 2 Abs. 1 GG subsumierte, ohne dessen Schutzbereich allgemein zu definieren.⁹³ Es hätte nicht einmal die Persönlichkeitskerntheorie verwerfen müssen, weil sich gut begründen lässt, dass eine Reise zum Grab des Sohnes und zu verwaisten Enkeln beileibe kein „banale[r] Zweck“ ist. Die Gelegenheit, sich vom Naturrechtsgedanken zu distanzieren, ein liberales Grundrechtsverständnis zu formulieren und sich selbst aufzuwerten, wollte es sich wohl nicht entgehen lassen. Die Festlegung auf die Allgemeine Handlungsfreiheit war *rechtlich* kontingent – und *machtpolitisch* nützlich.

C. Dogmatik

So wie das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 GG auslegt, fungiert er als Aufanggrundrecht (I.) und erlaubt es jedem Beschwerdeführer, die Schranke inzident überprüfen zu lassen (II.). Das Problem, ob das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen deshalb aufheben muss, weil sie gegen einfaches Recht verstoßen, beruht nur eingeschränkt auf dem Elfes-Urteil (III.).

88 Zur Grundrechtsbindung des Gesetzgebers unter der Weimarer Reichsverfassung vgl. *H. Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, Heidelberg 2004, § 4 Rn. 20 ff., 39 ff.

89 *Peters*, Entfaltung (Fn.), S. 677.

90 *Peters*, Entfaltung (Fn.), S. 677. Wie er sieht es BVerfGE 6, 389 (Homosexualität; 1957).

91 *H. Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln/Opladen 1963 und *H. Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, BayVBl. 1965, S. 37.

92 Statt vieler *Henne*, Wertordnung (Fn.), S. 29 („stille Ausschaltung des Sittengesetzes“) und S. 31 („faktisch aus der Verfassung gestrichen“) und *M. Cornils*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 168 Rn. 86. Gegenteilig *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 81.

93 *Henne*, „Von 0 auf Lüth in 6 ½ Jahren“ (Fn.), S. 210 und *Fiedler*, Elfes (Fn.), S. 83 ff., der neben der Ausreisefreiheit auch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG für betroffen hält – und für verletzt (S. 87 f.).

I. Allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht

Rechtsprechung und Wissenschaft bezeichnen die Allgemeine Handlungsfreiheit einmütig als Auffanggrundrecht.⁹⁴ Weniger klar ist, wie weit die Spezialität der benannten Freiheitsrechte reicht. Sperren sie die Allgemeine Handlungsfreiheit erst in ihrem jeweiligen *Schutzbereich* oder bereits in ihrem *Regelungsbereich*?⁹⁵ Danach entscheidet sich, ob der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes – von der Menschenwürde abgesehen, die Ausländern unstreitig zusteht – lückenlos oder fragmentarisch ist. In sachlicher Hinsicht schützen die Grundrechte ausnahmslos jedes menschliche Verhalten (1.). Im Regelungsbereich von Deutschen-Grundrechten können sich Ausländer auf die Allgemeine Handlungsfreiheit berufen, es sei denn, das Deutschen-Grundrecht steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt. Für Unionsbürger gelten die Deutschen-Grundrechte, soweit der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist (2.).

1. Sachlicher Schutzbereich: „Schutzdifferenzgebot“ im Regelungsbereich spezieller Freiheitsrechte

Der Streit um die sachliche Auffangfunktion ist nicht nur von symbolischer Bedeutung.⁹⁶ Zum Schwur kommt es, wenn der Verfassungsgeber bestimmte Verhaltensweisen vom Schutzbereich eines speziellen Freiheitsrechts ausgenommen hat.⁹⁷ Paradebeispiel ist die unfriedliche oder bewaffnete Versammlung.⁹⁸ Art. 8 Abs. 1 GG nimmt solche Versammlungen aus dem Schutzbereich aus.⁹⁹ Deshalb kommt es darauf an, ob sich die Teilnehmer nicht wenigstens auf die Allgemeine Handlungsfreiheit berufen können oder ob ihnen im Umkehrschluss daraus, dass das Grundgesetz Versammlungen in Art. 8 Abs. 1 GG überhaupt regelt, kein Grundrechtsschutz zukommt.¹⁰⁰ Der Umkehrschluss ist geboten, wenn sonst die Differenzierung zwischen friedlichen und unbewaffneten und unfriedlichen oder bewaffneten

94 Statt aller *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 32 mit zahlreichen Nachw.

95 Die Unterscheidung zwischen Anwendungsbereich (gleichbedeutend mit Schutzbereich) und Regelungsbereich bei *H.-U. Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, Heidelberg 1989, § 152 Rn. 25 f., 30, 47 ff. Noch erläutert von *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 64 f. Sich anschließend *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 33.

96 Gegenteilig *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 65.

97 *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 34 behandelt ausdrückliche und interpretatorische Schutzbereichsausnahmen unterschiedlich. Erstere erlauben keinen Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG, letztere sehr wohl. Zwischen beiden Arten besteht aber ausschließlich ein gradueller Unterschied und kein kategorialer. Die Ausnahmen gehen stets auf den Verfassungsgeber zurück, der sich bloß unterschiedlich (klar) ausgedrückt hat. Der Interpretation bedürfen aber auch die „klaren“ Ausnahmen. Beide Arten der Schutzbereichsausnahme müssen gleich behandelt werden.

98 Vgl. *K.-A. Schwarz*, Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistung, JZ 2000, S. 126 (128 ff.) und *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 33 f.

99 Vgl. etwa *M. Klopfer*, Versammlungsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 164 Rn. 57 ff.

100 Diesen Umkehrschluss zieht *Erichsen*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 152 Rn. 26, 49.

Versammlungen, die der Grundgesetzgeber dem Wortlaut nach beabsichtigte, schlechthin aufgehoben wäre, d.h. wenn der Grundrechtsschutz durch Art. 2 Abs. 1 GG dasselbe Niveau hätte wie der durch Art. 8 Abs. 1 GG. Um die Differenzierung zu wahren, ist nicht zwingend, in solchen Fällen jeden Grundrechtsschutz zu versagen. Es gilt – nur und immerhin – ein „Schutzdifferenzgebot“.¹⁰¹

Es ergeben sich zwei Unterschiede: Findet erstens die unfriedliche oder bewaffnete Versammlung in geschlossenen Räumen statt, unterliegt sie dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, während sie, wenn sie friedlich und unbewaffnet stattfindet, unter verfassungsimmanentem Schrankenvorbehalt steht. Wer sich in geschlossenen Räumen unfriedlich oder bewaffnet versammelt, steht also schlechter da als der friedliche und unbewaffnete Demonstrant in geschlossenen Räumen. Zweitens wird der Rechtsanwender, wenn er die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs prüft, in die Abwägung einstellen müssen, dass die Versammlung, ganz gleich ob unter freiem Himmel oder in geschlossenen Räumen, unfriedlich oder bewaffnet ist. Dabei wird er in aller Regel zu dem Ergebnis kommen, dass der Eingriff deswegen gerechtfertigt ist. Das Schutzniveau, das Art. 2 Abs. 1 GG vermittelt, ist also geringer. Deshalb sperrt Art. 8 Abs. 1 GG die Allgemeine Handlungsfreiheit ausschließlich in seinem Schutzbereich und nicht in seinem Regelungsbe-
reich, sodass die Teilnehmer einer unfriedlichen oder bewaffneten Versammlung sich auf die Allgemeine Handlungsfreiheit berufen können. In sachlicher Hinsicht ist der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes also lückenlos.¹⁰²

2. Persönlicher Schutzbereich: (Un-)Stimmigkeiten in der Dogmatik der Grundrechtsberechtigung von Ausländern

Der Streit um die persönliche Auffangfunktion ist von erheblich praktischer Bedeutung; entsprechend bunt ist das Meinungsbild. Das Grundgesetz unterscheidet zwischen Jedermann-Grundrechten, die allen Menschen zustehen (Menschenrechte), und Deutschen-Grundrechten, die ausschließlich für Deutsche im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG gelten (Bürgerrechte).¹⁰³ Probleme entstehen, wenn sich Ausländer und im Sonderfall Unionsbürger auf ein Deutschen-Grundrecht berufen. Auf Ausländer, die sich im Regelungsbereich eines Deutschen-Grundrechts bewegen, wendet das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 GG an.¹⁰⁴ Ob ein Ausländer im Regelungsbereich eines Deutschen-Grundrechts auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückfällt oder sich umgekehrt überhaupt nicht auf Grundrechte berufen kann,

101 *Kabl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 37, der diese Erkenntnis ausschließlich auf die persönliche Auffangfunktion bezieht.

102 Statt vieler *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 71. Gegenteilig *Kabl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 34.

103 Statt aller *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 71 ff.

104 *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (Fn.), Art. 2 I Rn. 45 mit Nachw. zur Rspr.

hängt davon ab, ob Art. 2 Abs. 1 GG den gleichen Schutz bietet wie das entsprechende Deutschen-Grundrecht. Das Schutzdifferenzgebot gilt auch hier.¹⁰⁵ Anders als üblich unterscheidet dieser Beitrag im Folgenden ausdrücklich zwischen Deutschen-Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt und solchen mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt.¹⁰⁶ Drei Deutschen-Grundrechte unterliegen qualifizierten Gesetzesvorbehalten: die Versammlungsfreiheit mit Ausnahme von friedlichen und unbewaffneten Versammlungen unter freiem Himmel, die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG und die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG. Ausländer stehen in deren Regelungsbereich schlechter, wenn sie sich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, weil die Allgemeine Handlungsfreiheit einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt. Sie können sich darum im Regelungsbereich dieser drei Grundrechte auf die Allgemeine Handlungsfreiheit berufen.

Anlass zum Nachdenken geben Deutschen-Grundrechte, die unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehen, nämlich die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Freiheit, sich unter freiem Himmel friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Eröffnet man in hier den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG für Ausländer, genießen sie denselben Schutz wie Deutsche. Beruft sich der unfriedliche oder bewaffnete Teilnehmer auf Art. 2 Abs. 1 GG, darf der Rechtsanwender den Unterschied selbst herstellen, indem er die Interessen des unfriedlichen oder bewaffneten Teilnehmers geringer gewichtet. Aber wenn es um den Grundrechtsschutz von Ausländern geht, verbieten es die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG, die Berufsausübung bzw. Versammlungsteilnahme des Deutschen in der Abwägung höher zu bewerten als die des Ausländers. Wer bei Deutschen-Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt die Allgemeine Handlungsfreiheit einspringen lässt, konterkariert die Entscheidung des Grundgesetzgebers, Ausländern insoweit weniger Schutz zu bieten.

Darin sehen viele Autoren einen Wertungswiderspruch.¹⁰⁷ Ausländer könnten sich für banale Verhaltensweisen auf die Allgemeine Handlungsfreiheit berufen, blieben aber in wichtigen Lebensbereichen wie der Berufsausübung und teilweise der Versammlung schutzlos. Deshalb könne die Auffassung nicht richtig sein, Ausländern in diesen beiden Fällen jeden Grundrechtsschutz zu versagen. Die Wahrnehmung des Wertungswiderspruchs ist nicht zwingend. Indem der Verfassungsgeber den persönlichen Schutzbereich bestimmter Grundrechte auf Deutsche beschränkt hat,

105 In der Sache *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 37.

106 Überzeugend *Erichsen*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 152 Rn. 47 ff., während *M. Heintzen*, Ausländer als Grundrechtsträger, in: D. Merten/H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, § 50 Rn. 49; *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 49, 68 ff. und *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 35 ff. nicht differenzieren.

107 Stellvertretend *Degenhart*, Handlungsfreiheit (Fn.), S. 168; *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 49 und *Dreier* (Fn.), Art. 2 I Rn. 46.

hat er dem Staat in deren Regelungsbereich „fremdenrechtlichen Aktionsspielraum“ vorbehalten.¹⁰⁸ So kann der Staat Versammlungen von Ausländern leicht verbieten, damit Ausländer ihre heimischen Konflikte nicht auf deutschem Gebiet austragen. Dass sich die Berufsfreiheit auf Deutsche beschränkt, erleichtert es, den Zugang von Ausländern zum Arbeitsmarkt zu steuern.¹⁰⁹ Rechtspolitisch mag man diese Begründungen für überholt halten. Doch allein der verfassungsändernde Gesetzgeber darf die Rechtslage ändern. Der Rechtsanwender muss sich damit abfinden, dass der Text des Grundgesetzes zwischen Deutschen- und Jedermann-Grundrechten unterscheidet: Die Berufsfreiheit und die Freiheit, sich unter freiem Himmel friedlich und ohne Waffen zu versammeln, stehen ausschließlich Deutschen zu. Ausländer können sich *nicht* ersatzweise auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.¹¹⁰

Unionsbürger im Sinne von Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV dürfen nach dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und den in Art. 26 Abs. 2 AEUV genannten Grundfreiheiten in deren Anwendungsbereich nicht schlechter dastehen als Deutsche.¹¹¹ Die Meinungen gehen auseinander, wie diese Vorgabe verfassungsrechtlich umzusetzen ist.¹¹² Einige wollen Unionsbürger trotz der Legaldefinition in Art. 116 Abs. 1 GG unter den Begriff des Deutschen fassen. In der Frage, ob es eine Wortlautgrenze gibt, herrscht Uneinigkeit.¹¹³ Für das Grundgesetz gibt Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG die Antwort: Danach muss sich jede Grundgesetzänderung als Textänderung durch Gesetz vollziehen (Inkorporations- und Textänderungsgebot). Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG erhöht die Hürden für Rechtsfortbildung,¹¹⁴ wenn er nicht sogar ein Rechtsfortbildungsverbot aufgestellt.¹¹⁵ Das zwingt den Rechtsanwender, zu entscheiden, wo Auslegung endet und Änderung beginnt. Einen Engländer, Franzosen oder Italiener als Deutschen zu definieren, ist – zumal wegen der Legaldefinition – mit dem Wortsinn unvereinbar.¹¹⁶ Wer es tun will, muss im Widerspruch zu

108 Heintzen, Ausländer (Fn.), § 50 Rn. 41 und M. Ludwigs, Grundrechtsberechtigung ausländischer Rechtssubjekte, JZ 2013, S. 434 (440). Zum Zweck der Deutschen-Vorbehalte auch Kahl, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 37.

109 Heintzen, Ausländer (Fn.), Rn. 42 mit Fn. 125.

110 Dieses Ergebnis mildert ein wenig, dass das Versammlungsgesetz (§ 1 VersG: „jedermann“) und die Gewerbeordnung (§ 1 Abs. 1 GewO: „jedermann“) nicht zwischen Deutschen und Ausländern differenzieren.

111 Der Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV ist als heimliche Stellschraube umstritten, vgl. Ludwigs, Grundrechtsberechtigung (Fn.), S. 436.

112 Eingehend Ludwigs, Grundrechtsberechtigung (Fn.), S. 438 ff.

113 Vgl. K. Larenz/C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 1995, S. 141 ff., 163 ff.

114 Ähnlich H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 79 I Rn. 39.

115 Für ein Rechtsfortbildungsverbot hinsichtlich der Deutschen-Vorbehalte Kahl, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 40, der aber ungenau vom Wortlaut als Grenze der Auslegung und Rechtsfortbildung spricht.

116 Statt vieler Dreier (Fn.), Art. 2 I Rn. 17 und Ludwigs, Grundrechtsberechtigung (Fn.), S. 438 f.

Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG zur Analogie greifen. Auf diese Weise darf die unionsrechtliche Vorgabe also nicht umgesetzt werden.

Andere wollen Art. 2 Abs. 1 GG anwenden, dessen Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung man so auslegen müsste, dass er denselben Inhalt hat wie der Schrankenvorbehalt des entsprechenden Deutschen-Grundrechts. Dieses Vorgehen überschreitet möglicherweise ebenfalls die Wortlautgrenze, ist jedenfalls deshalb methodisch inakzeptabel, weil es die Auslegung ein und desselben Begriffs nach gleich zwei Kriterien variiert, nämlich danach, ob der Grundrechtsträger Deutscher, Unionsbürger oder sonstiger Ausländer ist und danach, ob der sachliche Schutzbereich eines Deutschen- oder Jedermann-Grundrechts eröffnet ist.¹¹⁷ Vorzugswürdig ist, die Begrenzung des persönlichen Schutzbereichs auf Deutsche, insoweit das Unionsrecht Anwendungsvorrang genießt, zu eliminieren. Diesen Weg geht übrigens auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung „Le Corbusier“, in der es das Tatbestandsmerkmal „inländisch“ in Art. 19 Abs. 3 GG zugunsten einer juristischen Person aus Italien zurücktreten lässt.¹¹⁸ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt dazu, dass das Merkmal „Deutscher“ im Grundrechtstatbestand schlicht entfällt und sich Unionsbürger genauso auf die Deutschen-Grundrechte berufen können, als wären sie selbst Deutsche. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts gilt für Unionsbürger dasselbe wie für Drittstaatsangehörige.

II. Elfes-Konstruktion als verfassungsprozessualer Hebel

Wenn die Verfassungsbeschwerde zulässig und ein Grundrechtseingriff gegeben ist, eröffnet dies die inzidente Normenkontrolle.¹¹⁹ Die Schranke muss sich am gesamten objektiven Verfassungsrecht messen lassen (1.). Doch ist auch die Geltendmachung von Grundrechten Dritter ein Anwendungsfall der Elfes-Konstruktion (2.). Sogar die EMRK ist, da sie im Rang zwischen Grundgesetz und einfachem Recht steht, mittelbar verfassungsbeschwerdefähig (3.).

1. Grundfall: Objektives Verfassungsrecht

Die Schranke der Allgemeinen Handlungsfreiheit – oder jedes anderen Freiheitsrechts – muss in jeder Hinsicht verfassungskonform sein, um den Eingriff zu rechtfertigen.¹²⁰ Nahe liegt, dass das Gesetz objektivem Verfassungsrecht genügen

117 Anders *Ludwigs*, Grundrechtsberechtigung (Fn.), S. 439 f., der zur „unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung“ schreitet.

118 BVerfGE 129, 78 (Le Corbusier/Cassina; 2011). C. *Hillgruber*, Anmerkung, JZ 2011, S. 1118 (passim) und *Ludwigs*, Grundrechtsberechtigung (Fn.), S. 439 kritisieren mit Recht, dass sich das Bundesverfassungsgericht hinter dem Begriff „Anwendungserweiterung“ versteckt.

119 *Bethge*, Grenzen (Fn.), S. 613 (passim) stellt klar, dass die Elfes-Konstruktion keine Popularverfassungsbeschwerde schafft, weil sie nach wie vor einen *Eingriff* in ein *Grundrecht* des Beschwerdeführers voraussetzt.

120 BVerfGE 6, 32 (41).

muss, d.h. kompetenz-, verfahrens- und formgerecht zustande gekommen und zum Beispiel mit den Verfassungsprinzipien aus Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG vereinbar sein muss. Nach Art. 31 GG muss eine Schranke aus dem Landesrecht auch mit Bundesrecht vereinbar sein.¹²¹ Darum geht es hauptsächlich im viel zitierten Beschluss „Reiten im Walde“ von 1989:¹²² Die Verwaltungsgerichte stellten in mehreren Urteilen fest, ein Hobbyreiter dürfe gemäß dem Landschaftsgesetz NRW im Wald ausschließlich gekennzeichnete Reitwege benutzen. Der Reiter erhob Verfassungsbeschwerde und trug unter anderem vor, die Regelung sei mit dem Bundeswaldgesetz unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht stufte die Urteile, wobei es das Elfes-Urteil ausdrücklich bekräftigte, als Eingriffe in die von Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Allgemeine Handlungsfreiheit ein. Die Schranke, die Regelung im Landschaftsgesetz, müsse verfassungskonform sein, also auch mit dem höherrangigen Bundesrecht vereinbar. Da es das Landschaftsgesetz für rechtmäßig hielt, wies das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurück.

2. Erster Sonderfall: Grundrechte Dritter

Einige meinen, die Rügefähigkeit objektiven Verfassungsrechts beruhe stillschweigend auf der – in ihren Augen zutreffenden – Annahme, objektives Verfassungsrecht habe „freiheitsschützende Funktion“.¹²³ Versteht man die Elfes-Konstruktion wörtlich, muss sich die Schranke sogar an Grundrechten messen lassen, die einem Dritten und nicht dem Beschwerdeführer zustehen. Als Schranke, so das Elfes-Urteil, taugten ausschließlich „formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm[en]“;¹²⁴ zu den materiellen Verfassungsvorgaben zählen Grundrechte Dritter. Treffend ist deswegen von Art. 2 Abs. 1 GG als „Grundrechtsschleuse“ die Rede.¹²⁵ Robert Alexy wendet ein, Grundrechte Dritter hätten – anders als objektives Verfassungsrecht – keine freiheitsschützende Funktion gerade bezogen auf den Beschwerdeführer.¹²⁶ Das Verbot an Tankstellenbetreiber, außerhalb der üblichen Öffnungszeiten Waren zu verkaufen, möge deren Berufsfreiheit verletzen, weil einige Tankstellen unwirtschaftlich werden, nicht aber die Allgemeine Handlungsfreiheit der Kunden, da sie zu den üblichen Zeiten einkaufen könnten. Könne ein Kun-

121 Ob ein Landesgesetz mit höherrangigem Landesrecht vereinbar ist, hat das Bundesverfassungsgericht dagegen nicht zu entscheiden (arg. e § 78 S. 1 BVerfGG; Grundsatz getrennter Verfassungsräume).

122 BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde; 1989). Den Beschluss stellt vor K. Pabel, BVerfGE 80, 137 – Reiten im Walde, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung (Fn.), S. 422.

123 J. Schwabe, Mißdeutungen um das „Elfes-Urteil“ des BVerfG und ihre Folgen, DÖV 1973, S. 623 (623); Alexy, Theorie (Fn.), S. 346 ff.; H.-U. Erichsen, Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, Jura 1987, S. 367 (368, 372); ders., Handlungsfreiheit (Fn.), § 152 Rn. 18 f., 45 und Cornils, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 93 ff. Unklar Bethge, Grenzen (Fn.), S. 621 ff.

124 BVerfGE 6, 32 (38).

125 Begriff bei Dreier (Fn.), Art. 2 I Rn. 40 f.

126 Hierzu und zum Folgenden Alexy, Theorie (Fn.), S. 353 ff. Im Anschluss daran Cornils, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 98 f.

de mittelbar die Berufsfreiheit des Tankstellenbetreibers geltend machen, nehme er am Grundrechtsschutz eines Dritten teil. Dieser *Effekt* der Grundrechte, die Freiheit Dritter zu schützen, laufe ihrem *Zweck* zuwider, allein die Freiheit ihres Trägers zu schützen. Die Elfes-Konstruktion gehöre entsprechend eingeschränkt.

Dieser Gedanke leidet daran, woran alle teleologischen und funktionalen Argumente leiden: an ihrer Zirkelhaftigkeit.¹²⁷ Warum zum Beispiel sollen ausgerechnet die Gesetzgebungskompetenzen in Art. 70 ff. GG freiheitsschützende Funktion haben? Genauso gut könnte ihr alleiniger Zweck darin bestehen, den Bundesstaat auszugestalten, indem sie nach Gesichtspunkten von Machtverteilung und Zweckmäßigkeit festlegen, wer welche Sachgebiete durch Gesetz regeln darf. Warum soll sich ein Beschwerdeführer gefallen lassen müssen, dass ein verfassungswidriges Gesetz seine Freiheit beschränkt, nur weil der Verfassungsverstoß in der Verletzung eines Grundrechts Dritter liegt? Grundrechtseingriffe ausschließlich hinnehmen zu müssen, wenn die Grundrechtsschranke verfassungskonform ist, könnte doch ein Wert an sich sein.¹²⁸ Falls sich die Schranke nicht an Grundrechten Dritter messen lassen muss, ist dann nicht innerhalb des objektiven Verfassungsrechts weiter zu differenzieren? Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG zum Beispiel hat bezogen auf das Grundrecht des Beschwerdeführers genauso wenig freiheitsschützende Funktion wie Grundrechte Dritter. Nach der freiheitsschützenden Funktion einer Verfassungsnorm zu unterscheiden, ist bei näherem Hinsehen beliebig. Das spricht dafür, das Elfes-Urteil wörtlich zu nehmen und es Beschwerdeführern zu erlauben, Grundrechte Dritter geltend zu machen. Eine Ausnahme ist aber unumgänglich: Ausländer, die sich im Regelungsbereich eines Deutschen-Grundrechts auf ihre Allgemeine Handlungsfreiheit berufen, können nicht erwirken, dass das Bundesverfassungsgericht die Schranke an eben diesem Deutschen-Grundrecht misst. Sonst würde die Unterscheidung zwischen Deutschen- und Jedermann-Grundrechten durch die Hintertür aufgehoben.

3. Zweiter Sonderfall: Europäische Menschenrechtskonvention

Die Elfes-Konstruktion erlaubt es auch, zu rügen, ein Gesetz sei mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unvereinbar, vorausgesetzt das Gesetz oder ein darauf beruhender Einzelakt greift in ein Grundrecht des Grundgesetzes ein, sei es bloß in die Allgemeine Handlungsfreiheit.¹²⁹ Der Beschwerdeführer kann seine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar auf die EMRK stützen, denn

127 Ursache ist die beharrliche Verwechslung von *Auslegungsziel* (Zweck) und *Auslegungsmittel* (Wortsinn, Systematik, Historie): B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 8. Aufl., München 2015, Rn. 717 ff.

128 Alexy, *Theorie* (Fn.), S. 347 nennt dies die „Rechtsstaatsthese“, wonach die Elfes-Konstruktion das Rechtsstaatsprinzip subjektiviere, soweit der Beschwerdeführer in einem Grundrecht betroffen ist.

129 Diese Folgerung zum Beispiel bei D. Ehlers, *Allgemeine Lehren der EMRK*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl., Berlin 2015, § 2 Rn. 15.

die Rechte der EMRK sind weder Grundrechte im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG, noch sind sie in diesen Normen als grundrechtsgleiche Rechte aufgezählt. Mittelbar geltend machen kann er sie durchaus: Die EMRK teilt als völkerrechtlicher Vertrag den Rang des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG.¹³⁰ Nach Art. 31 GG müssen sich Landesgesetze im Rahmen der Verfassungsbeschwerde deshalb ohnehin an der EMRK messen lassen. Nach der *lex-posterior*-Regel hat die EMRK Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bundesgesetzen, die älter sind als das Zustimmungsgesetz, wird aber selbst von jüngeren Bundesgesetzen verdrängt. Diese Regel ist weder rechtlich vorgeschrieben noch logisch zwingend, sondern beruht auf der Vermutung, dass der Gesetzgeber seinen jeweils aktuellen Willen durchzusetzen wünscht. Wenn der Bruch der EMRK droht, ist diese Vermutung allerdings unberechtigt, weil zur Normenkollision innerhalb der deutschen Rechtsordnung die Kollision zwischen deutscher Rechtsordnung und Völkerrecht tritt.¹³¹ Der Rechtsanwender darf dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er nehme Völkerrechtsverstöße in Kauf. Der Gesetzgeber muss gegebenenfalls ausdrücklich erklären, dass die EMRK in bestimmter Hinsicht nicht mehr angewandt werden soll. Auf diese Weise erhält die EMRK faktisch einen Zwischenrang oberhalb des einfachen Rechts und unterhalb des Grundgesetzes und wird so zum Maßstab auch für alle Bundesgesetze.

III. Bundesverfassungsgericht als „Superrevisionsinstanz“?

Das Bundesverfassungsgericht beurteilt im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen Einzelakte (ungenau „Urteilsverfassungsbeschwerde“) ausschließlich, ob die Fachgerichte Verfassungsrecht als solches (missverständlich „spezifisches Verfassungsrecht“) wahren, nicht ob sie das einfache Recht richtig anwenden.¹³² Das Bundesverfassungsgericht sei keine „Superrevisionsinstanz“ (besser „Superberufungsinstanz“).¹³³ Vom Grundgesetz ist diese Praxis nicht gedeckt: Dem Gesetzesvorbehalt genügt ein Grundrechtseingriff erst, wenn sich Behörde und Gericht nicht bloß auf irgendein Gesetz *berufen*, sondern das Gesetz den Eingriff tatsächlich *deckt*, mit anderen Worten Behörde und Gericht das Gesetz richtig anwenden,

130 Gesetz vom 7. August 1952, BGBl. II S. 685. Zum Rang der EMRK Ehlers, Lehren (Fn.), § 2 Rn. 10 ff.

131 Für die Aussetzung der *lex-posterior*-Regel zum Beispiel Ehlers, Lehren (Fn.), § 2 Rn. 13 und H. Sauer, Staatsrecht III, 3. Aufl., München 2015, § 7 Rn. 15 ff. Kein Argument für die Aussetzung ist die vom Bundesverfassungsgericht beginnend mit BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat; 1957) als Verfassungsprinzip behauptete Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Kritisch zu dieser Rechtsfigur etwa Sauer, Staatsrecht III, ebda., § 6 Rn. 37 ff.

132 Leitentscheidung zu dieser Unterscheidung ist BVerfGE 18, 85 (Spezifisches Verfassungsrecht; 1964). – Zum Begriff des Fachgerichts, den einige Autoren für abwertend halten, vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., München 2015, Rn. 22.

133 Verwendung des Begriffs durch das Bundesverfassungsgericht erstmals in BVerfGE 21, 209 (216: „Superrevisions-Gericht“ [sic!]). Zum gesamten Problemkreis vgl. R. Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006 und Schlaich/Koriath, Bundesverfassungsgericht (Fn.), Rn. 280 ff.

d.h. die Tatsachen vollständig ermitteln, das Gesetz methodengerecht auslegen und darunter zutreffend subsumieren.¹³⁴ Jeder Grundrechtseingriff, der gegen einfaches Recht verstößt, ist aus diesem Grund ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff.¹³⁵ Der verbreitete Hinweis, wer einfaches Recht falsch anwende, verstoße gegen den Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG und verletze aus diesem Grund das Grundgesetz, trifft zu, ist aber ein Umweg, um zu dieser Erkenntnis zu gelangen.¹³⁶ Denn der *Vorbehalt* des Gesetzes schließt den *Vorrang* des Gesetzes ein.¹³⁷ Das Bundesverfassungsgericht muss rechts- und dann stets auch verfassungswidrige Einzelakte aufheben. Trotzdem erklärt es Grundrechtseingriffe, die gegen einfaches Recht verstoßen, grundsätzlich nicht für verfassungswidrig, reduziert also seine Kontrolldichte.¹³⁸ Als Gründe gelten seine chronische Arbeitsüberlastung und die angebliche Funktionstrennung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit.¹³⁹ Vor allem drei Ausnahmen räumt sich das Gericht selbst ein: Im Rahmen der „Willkürkontrolle“ berichtet es Justizversagen, es prüft die Einhaltung der Prozessordnungen, um aus Verstößen die Verletzung von Justizgrundrechten zu folgern, und bewertet Kommunikationsinhalte, weil der Ausgang des Verfahrens typischerweise von deren genauer Einstufung abhängt.¹⁴⁰

Das Problem der Superberufungsinstanz ist allen gegenteiligen Behauptungen zum Trotz nicht dem Elfes-Urteil geschuldet.¹⁴¹ Es ist der Gesetzesvorbehalt, der Rechts- und Verfassungswidrigkeit in eins fallen lässt. Jedes Grundrecht aber steht unter Gesetzesvorbehalt und nicht bloß die Allgemeine Handlungsfreiheit. Im Elfes-Urteil entscheidet das Bundesverfassungsgericht, Gesetze müssten in jeder Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein, damit sie selbst oder darauf gegründete Einzelakte ein Grundrecht nicht verletzen. Das Problem, ob das Bundesverfassungsgericht Einzelakte beanstandet, die gegen einfaches Recht verstoßen, setzt es als bekannt voraus und gibt seine bis heute gültige Antwort, dass es ausschließlich

134 Diese Zusammenhänge bei Fiedler, *Spezifisches Verfassungsrecht* (Fn.), S. 154.

135 Statt vieler Cornils, *Handlungsfreiheit* (Fn.), § 168 Rn. 89. Anders und damit inkonsequent Bethge, *Grenzen* (Fn.), S. 629.

136 Auf Art. 20 Abs. 3 GG stützt sich zum Beispiel Dreier (Fn.), Art. 2 I Rn. 43 mit Nachw.

137 In dieser Klarheit auch Cornils, *Handlungsfreiheit* (Fn.), § 168 Rn. 90 mit Fn. 348. In der Sache auch Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht* (Fn.), S. 47 bei Fn. 107.

138 Der Sprachgebrauch variiert. Ich bevorzuge „Kontrolldichte“ statt des häufiger anzutreffenden Begriffs „Prüfungsumfang“, um die Diskrepanz zwischen materiellem Recht und prozessualer Praxis anzudeuten.

139 Zur Arbeitslast vgl. die Gesamtübersicht der Verfahrenseingänge seit 1951, als Teil der Jahresstatistik 2014 einsehbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/statistik_2014 (abgerufen am 7.1.2015). – Zur Funktionstrennung vgl. Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht* (Fn.), S. 219 ff., 227 ff.

140 Zur Praxis des Bundesverfassungsgericht vgl. knapp Fiedler, *Spezifisches Verfassungsrecht* (Fn.), S. 156 ff. und eingehender Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht* (Fn.), S. 83 ff. (Teil 2).

141 Unterstrichen bei Cornils, *Handlungsfreiheit* (Fn.), § 168 Rn. 44. Schwankend Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht* (Fn.), S. 46 ff. versus S. 56, 169 ff.

prüfe, ob die Fachgerichte spezifisches Verfassungsrecht wahren.¹⁴² Immerhin: Die gängige Lesart von Art. 2 Abs. 1 GG als Allgemeine Handlungsfreiheit verschärft das bereits existierende Problem, indem sie den Kreis der möglichen Beschwerdeführer erweitert.

D. Kritik

Ein wichtiger Anstoß zur Kritik am Elfes-Urteil verdankt sich *Dieter Grimm*, Richter des Bundesverfassungsgerichts von 1987 bis 1999.¹⁴³ Im Beschluss „Reiten im Walde“ wendet er sich in seinem Sondervotum entschieden gegen die gängige Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG, die der „Banalisierung“ der Grundrechte und der „Ausuferung“ der Verfassungsbeschwerde Vorschub leiste (I.). Dadurch wirft er ein Schlaglicht darauf, dass die Fachwelt dem einmal gewählten Pfad wahrscheinlich zu lange gefolgt ist, um ihn noch verlassen zu können (II.).

I. Dieter Grimms Sondervotum zu „Reiten im Walde“ als Aufbegehren gegen die „Banalisierung“ der Grundrechte und die „Ausuferung“ der Verfassungsbeschwerde

Ausschließlich solche Verhaltensweisen, so *Grimms* These, dürften unter Art. 2 Abs. 1 GG subsumiert werden, die in ihrer Bedeutung den von den speziellen Freiheitsrechten geschützten Verhaltensweisen gleichkommen.¹⁴⁴ Der Parlamentarische Rat habe den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG im Verlauf der Verfassunggebung aus inhaltlichen und nicht aus sprachästhetischen Gründen geändert.¹⁴⁵ Die Senatsmehrheit, die mit *Grimm* unausgesprochen in Dialog tritt, wendet ein, nach *Grimms* Verständnis müsse sich der Staat zum Richter aufschwingen, welche Verhaltensweisen wertvoll und welche banal seien.¹⁴⁶ *Grimm* stimmt der *Diagnose* zu, lässt sie als *Einwand* aber nicht gelten.¹⁴⁷ Er verweist auf den Begriff der „Kunst“ und hätte die Begriffe „Glaube“ und „Gewissen“ hinzufügen können. Sie alle *dürfen* nicht, sondern *müssen* definiert werden. Aus der Schwierigkeit der Grenzziehung an sich macht die Mehrheit einen zweiten, eigenständigen Vorwurf.¹⁴⁸ Dabei gehören Grenzziehungen unausweichlich zum Alltag des Juristen. Wer das „staatli-

142 Dies betont *Fiedler*, Elfes (Fn.), S. 86.

143 Ausführliche Darstellung des Diskussionsstands zu Art. 2 Abs. 1 GG bei *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 37 ff. mit zahlreichen Nachw. Konsequenz an den Auslegungsmitteln orientiert *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 48 ff.

144 BVerfGE 80, 137 (165, 169).

145 BVerfGE 80, 137 (165). *Dreier* (Fn.), Art. 2 I Rn. 8 f. hält die von beiden Seiten beanspruchte Entstehungsgeschichte für unergiebig und *Dürrig*, Anmerkung (Fn.), S. 169 spricht vom „schwankendste[n] Boden“. *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 6 sieht in der Entstehungsgeschichte aber „den Schlüssel für das richtige Verständnis der Vorschrift.“

146 BVerfGE 80, 137 (154). Pointiert wie hier *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 39 und *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 55.

147 BVerfGE 80, 137 (169).

148 BVerfGE 80, 137 (154). Aus der Literatur statt vieler *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 38 und *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 55. Gegenteilig *P. Kunig*, Der Reiter im Walde, Jura 1990, S. 523 (526), wonach die Abgrenzung „plausibel zu leisten“ wäre.

che Freiheitsrichtertum¹⁴⁹ ablehnt, begeht einen Zirkelschluss, weil der Verfassungsgeber möglicherweise ausschließlich ausgewählten Verhaltensweisen Grundrechtsschutz zugedacht hat und in diesem Fall das Grundgesetz die Differenzierung zwischen wertvollen und banalen Verhaltensweisen gerade fordert. Dass Grundrechtsträger nicht begründen müssen, warum sie sich so verhalten, wie sie sich verhalten, ist die Systemsentscheidung, die das Elfes-Urteil erst trifft.

Um das individuell schwankende Gewicht von Verhaltensweisen zu berücksichtigen, kann der Rechtsanwender das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers *in den Grenzen der Plausibilität* in die Auslegung einbeziehen.¹⁵⁰ Da dieser Ansatz objektive und subjektive Kriterien kombiniert, dürfte er mit *Grimms* Sicht vereinbar sein, zumal er selbst schreibt, den Beschwerdeführer treffe nach seiner Auffassung „lediglich eine Begründungslast“. ¹⁵¹ Dass *Grimm* durch „lediglich“ abmildert, darf nicht beirren: Der Freiheitsvermutung, die das Bundesverfassungsgericht im Elfes-Urteil aufgestellt hat, sagt er Lebewohl. Von der Hand zu weisen ist die Sorge nicht, die Engfassung von Art. 2 Abs. 1 GG reduziere Freiheit¹⁵² – wenn man die Grundrechte isoliert betrachtet. Allerdings richten sie sich gegen das vom Parlament mit Mehrheit beschlossene Gesetz und damit gegen das Demokratieprinzip.¹⁵³ Mit Blick auf die „demokratiekonstitutiven“ Kommunikationsgrundrechte mag diese These befremden. Die Kommunikationsgrundrechte sichern aber *Demokratievoraussetzungen*; der Demokratie selbst setzen sie Grenzen. Grundrechte beschränken *demokratische* Selbstbestimmung zugunsten *individueller* Selbstbestimmung.¹⁵⁴ Wer Art. 2 Abs. 1 GG enger versteht, reduziert demnach keine Freiheit, sondern betreibt Umverteilung vom Individuum zum Kollektiv.

Grimm beklagt die Ausuferung der Verfassungsbeschwerde und räumt doch selbst ein, sie resultiere lediglich zu einem Teil daraus, wie das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 GG liest.¹⁵⁵ „Verfassungsmäßige Ordnung“ ist nämlich nichts ande-

149 W. Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, Tübingen 2000, S. 34.

150 Zum allgemeinen Problem des Selbstverständnisses im Recht vgl. grundlegend M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.

151 BVerfGE 80, 137 (169). Morlok, Selbstverständnis (Fn.), S. 288 mit Fn. 31 zieht daraus den Schluss, in *Grimms* Augen schütze Art. 2 Abs. 1 GG, „was nach dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers gesteigerte Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung hat.“ Das hat *Grimm* sicher nicht gemeint, weil sich seine Position von der des Gerichts letztlich überhaupt nicht unterscheiden würde.

152 Diese Sorge ist zentral bei B. Pieroth, Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG, in: AöR 115 (1990), S. 33. Statt weiterer Autoren Kahl, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 56.

153 Pointiert zu dieser als „liberal“ firmierenden Grundrechtstheorie C. Möllers, Demokratie. Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 73 f. (Nr. 95, 97). Über Grundrechtstheorie(n) vgl. klassisch E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529.

154 Zu diesen Formen der Selbstbestimmung C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 27 ff.

155 BVerfGE 80, 137 (168). Statt vieler Cornils, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 44 und Fiedler, Elfes (Fn.), S. 85 f.

res als ein Gesetzesvorbehalt, wie ihm alle Grundrechte unterliegen. Das Bundesverfassungsgericht entschied konsequent, als es seine Elfes-Konstruktion später auf alle anderen Freiheitsrechte erstreckte.¹⁵⁶ Immerhin hat das Elfes-Urteil historisch gesehen den Anstoß gegeben und den Kreis der möglichen Beschwerdeführer erweitert, indem es aus den Ge- und Verboten des Alltags Grundrechtseingriffe gemacht hat. Das überzeugende Argument gegen *Grimm* fehlt im Beschluss: Das Prozessrecht richtet sich nach materiellem Recht und nicht umgekehrt.¹⁵⁷ Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts ist ein praktisches Problem, das der Gesetzgeber im Prozessrecht lösen muss und nicht der Rechtsanwender, indem er – auf das Ergebnis schiekend – Korrekturen am materiellen Recht versucht.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber kann das Annahmeverfahren verschärfen oder, wie es das Gericht fordert, eine „Mutwillensgebühr“ einführen, die zahlen muss, wer auf einer in den Augen eines Rechtspflegers offensichtlich aussichtslosen Beschwerde beharrt.¹⁵⁹

II. Schlaglicht auf die Pfadabhängigkeit des Grundrechtssystems

Grimms These ist frei von der naturrechtlichen Grundierung, die die Persönlichkeitskerntheorie prägt.¹⁶⁰ Trotzdem erreichte er kein Umdenken. In der Rückschau erscheint sein Sondervotum im Gegenteil als letztes Aufbegehren, aus dessen Anlass sich die Fachwelt der Geltung der Elfes-Dogmatik endgültig vergewissert hat. Davon abzurücken, wäre praktisch nicht zu bewerkstelligen: Das Urteil ist einer der Grundsteine des Grundrechtssystems. Ein Grundstein lässt sich nicht austauschen, ohne dass das Gebäude einstürzt. Und die Kosten, das Gebäude schrittweise umzubauen, wären nach sechzig Jahren hoch. Bisher liegt kein Neuentwurf vor, der diese Kosten rechtfertigen könnte. *Grimms* Sondervotum veranschaulicht, dass die Argumente für ein enges Verständnis von Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls nicht schlechter sind als die Argumente für die Allgemeine Handlungsfreiheit. Deshalb hat *Grimms* These einiges für sich, die Richter glaubten sich 1957 vor die Wahl gestellt, entweder die Persönlichkeitskerntheorie zu übernehmen oder sich für die Allgemeine Handlungsfreiheit zu entscheiden – ohne eine dritte Option wie den

156 Statt vieler *Schwabe*, Mißdeutungen (Fn.), S. 624 ff.; *Alexy*, Theorie (Fn.), S. 347 und *Cornils*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 168 Rn. 86.

157 So *Alexy*, Theorie (Fn.), S. 349 und *Degenhart*, Handlungsfreiheit (Fn.), S. 163.

158 Im Zusammenhang mit inzidenter Normenkontrolle ebenso *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 56.

159 Zum Annahmeverfahren vgl. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht (Fn.), Rn. 258 ff. – Plädoyer für die „Mutwillensgebühr“ bei W. *Schluckebier*, Warum hält das Bundesverfassungsgericht eine „Mutwillensgebühr“ für erforderlich?, ZRP 2012, S. 133 mit Erwiderung von E. *Foth*, Warum hält das Bundesverfassungsgericht eine „Mutwillensgebühr“ für erforderlich?, ZRP 2012, S. 251, der die Überlastung für „hausgemacht“ hält.

160 *Kahl*, Handlungsfreiheit (Fn.), § 124 Rn. 50. Das gilt auch für den neben *Peters* Persönlichkeitskerntheorie und *Grimms* Bagatellvorbehalt prominentesten Gegenvorschlag zur Allgemeinen Handlungsfreiheit von *Hesse*, Grundzüge (Fn.), Rn. 425 ff.

Grimm'schen „Bagatellvorbehalt“ überhaupt wahrzunehmen.¹⁶¹ Die zusätzliche Bedeutung des Sondervotums liegt darin, ein Schlaglicht auf die Pfadabhängigkeit des Grundrechtssystems geworfen zu haben.¹⁶² Das Bundesverfassungsgericht schlug den Weg des lückenlosen Grundrechtsschutzes keineswegs zufällig ein, aber doch aus einer bestimmten historischen Situation heraus und nicht, weil dieser Weg dem Gericht rechtlich vorgezeichnet gewesen wäre. Wegen des bloßen Umstandes, dass Rechtsprechung und Wissenschaft diesen Weg seit Jahrzehnten beschreiten, ist es ihnen wahrscheinlich nicht mehr möglich, die Richtung zu ändern, selbst wenn ihnen gute Argumente einen Kurswechsel nahelegen.

E. Lehren

Mit dem Elfes-Urteil begann das Bundesverfassungsgericht, die Grundrechte zu aktivieren und die deutsche Gesellschaft dadurch zu liberalisieren.¹⁶³ Gemeinsam mit der Lüth-Entscheidung¹⁶⁴ und dem Apotheken-Urteil¹⁶⁵ bildet das Elfes-Urteil das Fundament der heutigen Grundrechtsdogmatik. Die Freiheitsvermutung, die das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 GG entnimmt, treibt den sprichwörtlichen Wandel vom Untertan zum Staatsbürger auf die Spitze. Ohne dass sich das Bundesverfassungsgericht parallel dazu selbst ermächtigte, hätte diese Liberalisierung nicht gelingen können.¹⁶⁶ Auch für diese Strategie der Selbstermächtigung steht das Elfes-Urteil. Denn unter mehreren Lesarten des Art. 2 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht jene gewählt, die die Grundrechte am wirksamsten und seinen Zugriff auf die Rechtsordnung am stärksten macht. Das Bundesverfassungsgericht, so lehrt das Elfes-Urteil, ist weniger „Hüter“¹⁶⁷ als vielmehr „Konstrukteur“ der Verfassung.¹⁶⁸ Seine Aufgabe als Konstrukteur, würdigt *Christoph Schönberger*, habe das Bundesverfassungsgericht zum Wohle der Deutschen erfüllt: „Das Bundesverfassungsgericht wurde zum Geburtshelfer der zweiten deutschen

161 BVerfGE 80, 137 (165 f.).

162 In der Rechtswissenschaft wird der Begriff bisher – wie hier – nur metaphorisch verwendet. Vgl. zum wirtschaftswissenschaftlichen Modell der Pfadabhängigkeit zum Beispiel *J. Sydow/G. Schreyögg/J. Koch*, Organizational Path Dependence: Opening the Black Box, in: *Academy of Management Review (AMR)* 34 (2009), S. 689.

163 *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 27 ff. (speziell zum Elfes-Urteil S. 34 f.) und *Hailbronner*, German Constitutional Court (Fn.), S. 643.

164 BVerfGE 7, 198 (Lüth; 1958). Vgl. neben den Beiträgen in Henne/Riedlinger (Hrsg.), Lüth-Urteil (Fn.) den Beitrag von *D. Rennert*, Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung, *Der Staat* 53 (2014), S. 31.

165 BVerfGE 7, 377 (Apotheken; 1958).

166 Zu diesem Erfolg (und seinen Schattenseiten) vgl. *Schönberger*, Anmerkungen (Fn.), S. 40 ff.

167 Eigenbezeichnung erstmals in BVerfGE 1, 184 (196; Normenkontrolle I; 1952). Verbreitet haben den Begriff *C. Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, Berlin 1931 und *H. Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Tübingen 1931. Bereits der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich bezeichnet sich 1927 in StGH RGZ 118, Anhang S. 1 (4) als „Hüter der Reichsverfassung“.

168 Pointiert *U. Volkmann*, Grundzüge (Fn.), S. 174 ff.

Demokratie. Das bleibt seine zentrale Leistung.“¹⁶⁹ Das Elfes-Urteil erinnert den Rechtshistoriker daran, in der Rückschau keine Geradlinigkeit zu vermuten, wo aus Sicht der Zeitgenossen Alternativen offenstanden.¹⁷⁰ Genauso wenig wie ein gerader Weg von der Gründung der Bundesrepublik über ihren NATO-Beitritt zum Mauerbau führte oder vom Erlass des Grundgesetzes in die Kanzlerdemokratie, läuft durch die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht ein roter Faden, der bei der heutigen Dogmatik endet. Menschen beziehen die Vergangenheit gerne auf ihre Gegenwart, wenn sie Geschichte schreiben. Ansätze alternativer Entwicklungen fallen durchs Wahrnehmungsraster. „Glauben wir nicht an eine Zwangsläufigkeit der Verfassungsentwicklung!“¹⁷¹

169 Schönberger, Anmerkungen (Fn.), S. 27.

170 Für das Denken in Alternativen besonders im Verfassungsrecht wirbt Frenzel, Zugänge (Fn.), S. 117 ff.

171 Andreas Voßkuhle zitiert bei P. Bahners, Wiedergewinn der Mitte, FAZ vom 14.12.2015, Nr. 290, S. 8.