

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen Zeitung

20

77. Jahrgang
21. Oktober 2022
Seiten 961–1012

Aus dem Inhalt:

Thorsten Kingreen und **Ralf Poscher**
Die Ausgestaltung von Grundrechten

Wolfgang Frisch
Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte
und Irrwege

Tristan Barczak
Krise und Renaissance der Handlungsformenlehre

Johannes Köndgen
Innovationen im Vertragsrecht als Folge der Pandemie

OLG Celle mit Anmerkung von
Johannes Kaspar
Wiederaufnahme zu Ungunsten des rechtskräftig
Freigesprochenen bei neuen Beweismitteln

OLG Frankfurt mit Anmerkung von
Cara Röhrer
Die falsche Anrede nicht-binärer Personen beim
Online-Einkauf



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

20 77. Jahrgang
21. Oktober 2022

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. **Thorsten Kingreen**
und Professor Dr. **Ralf Poscher**
Die Ausgestaltung von Grundrechten **961**

Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Wolfgang Frisch**
Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte
und Irrwege **971**

Professor Dr. **Tristan Barczak**, LL.M.
Krise und Renaissance der Handlungsformenlehre **981**

Professor Dr. **Johannes Köndgen**,
Innovationen im Vertragsrecht als Folge
der Pandemie **990**

Literatur

Hans-Peter Haferkamp: Wege zur Rechtsgeschichte –
Das BGB
Professor Dr. Dr. h.c. **Jan Schröder** **1001**

Anmerkungen

OLG Celle, 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Johannes Kaspar**
Wiederaufnahme zu Ungunsten des rechtskräftig
Freigesprochenen bei neuen Beweismitteln **1003**

OLG Frankfurt, 21.6.2022 – 9 U 92/20
mit Anmerkung von
Professorin Dr. **Cara Röhner**
Die falsche Anrede nicht-binärer
Personen beim Online-Einkauf **1007**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **581***
Aus den Hochschulen **582***
Gesetzgebung **583***
Entscheidungen in Leitsätzen **585***
Neuerscheinungen **597***
Zeitschriftenübersicht **611***
Sammelwerk **615***
Impressum **615***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

20 77. Jahrgang
21. Oktober 2022
Seiten 961–1012

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Thorsten Kingreen und Professor Dr. Ralf Poscher, Regensburg/Freiburg*

Die Ausgestaltung von Grundrechten

Versuche zu einer eigenständigen Ausgestaltungsdogmatik sind zwar schon verschiedentlich unternommen worden, doch leiden sie daran, dass kein anerkanntes Kriterium entwickelt wurde, anhand dessen sich Ausgestaltungen von Eingriffen unterscheiden lassen. Der Beitrag greift dafür auf die Unterscheidung von internen und externen Zwecken zurück. Soweit Maßnahmen bei ausgestaltungsbefürdigten Grundrechten dem internen Zweck dienen, das grundrechtliche Schutzgut zu konturieren, handelt es sich um Ausgestaltungen. Werden hingegen externe, nicht das Schutzgut betreffende Zwecke verfolgt, handelt es sich um Eingriffe.

I. Grundrechte und Gesetzgeber

Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 1 GG bindet die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und damit an den gesamten Normbestand des Grundgesetzes; diese Verpflichtung hebt Art. 1 Abs. 3 GG vor dem historischen Hintergrund des seinerzeit ungeklärt gebliebenen Verhältnisses einiger Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung zum einfachen Recht nochmals gesondert hervor.¹ Daraus folgt der Vorrang der Verfassung und besonders der Grundrechte vor dem einfachen Recht.²

Aus dem Vorrang der Grundrechte ergibt sich jedoch keine Abschottung gegenüber dem einfachen Recht. Einige Grundrechte, wie beispielsweise das Recht auf Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) und des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG), schützen Beziehungen, die durch das einfache Recht näher ausgestaltet sind: im Fall der Ehe die Beziehung zu einem anderen Menschen, im Fall des Eigentums zu einer Sache. Ohne das einfache Recht, das die Ehe und das Eigentum als Rechtsbegriffe ausgestaltet, gäbe es beide Schutzgüter nicht. Die Grundrechte und das einfache Recht sind insoweit aufeinander bezogen.³ Darin unterscheiden sich

ausgestaltungsbefürdigte Grundrechte von solchen, die auf einen Ausschnitt der Lebenswirklichkeit verweisen, der nicht erst durch Rechtsnormen konstituiert wird – wie Leben, Gewissen oder Meinungen. Die Besonderheit der Ausgestaltungsfunktion liegt in ihrem Bezug auf das grundrechtliche Schutzgut, das anders als bei den „natürlichen Freiheiten“ vor seiner einfach-rechtlichen Konstitution nicht existiert. Das unterscheidet sie von der Schutzpflicht: Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht ausgestaltungsbefürdig, weil man ohne jede Rechtsnorm leben kann; es kann gleichwohl im konkreten Fall eine staatliche Schutzpflicht bestehen, Leben zu schützen.⁴ Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber Garant und Gefährder der Grundrechte zugleich sein kann, ergeben sich zwei gegenläufige Dimensionen des Verhältnisses zwischen ausgestaltungsbefürdigten Grundrechten und einfachem Gesetz.⁵

Dass grundrechtliche Schutzgüter von einfach-rechtlichen Normbeständen abhängig sind, stellt zwar *auf der einen Seite* den Vorrang der Verfassung nicht in Frage, der nicht weiter reichen kann als die sich insoweit für das einfache Recht öffnende Verfassung. Vielmehr ist der Gesetzgeber sogar grundsätzlich verpflichtet, Schutzgüter, die sich nicht auf die natürlichen Freiheiten beziehen, näher auszugestalten. Es kann sich daher verfassungsrechtlich die Frage stellen, ob er das Notwendige zur Ausgestaltung des Grundrechts getan hat. Die Ausgestaltungsfunktion verpflichtet den Gesetzgeber zu einer rechtlichen Leistung; insoweit ist sie eine Variante der Leistungsfunktionen der Grundrechte. Die Verpflichtung zur Ausgestaltung kommt wegen der vom Grundgesetz übernommenen, mittlerweile sehr ausdifferenzierten Rechtsordnung (Art. 123 Abs. 1 GG) aber nur ausnahmsweise zum Tragen, etwa wenn sich der deutsche Gesetzgeber gesellschaftlichen oder technologischen Veränderungen durch Nichtstun verschlüsse.⁶ Auch im europäischen Grundrechtsschutz spielt das „Ob“ der Ausgestaltung bis-

* Professor Dr. Thorsten Kingreen ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg. Professor Dr. Ralf Poscher ist Direktor der Abteilung Öffentliches Recht am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg.

¹ Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 39 ff.

² Kingreen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 6 ff.

³ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 29 ff.

⁴ BVerfGE 39, 1, 41 ff. = JZ 1975, 205 (mit Anm. Kriele); 88, 203, 251 ff. (= JZ 1993, Sonderausgabe, nach S. 1172, dazu Starck JZ 1993, 816).

⁵ Kingreen/Poscher (Fn. 1), Rn. 164 ff.

⁶ Beispielsweise könnte man fragen, ob Art. 14 Abs. 1 GG den Gesetzgeber verpflichtet, die rechtliche Beziehung des Einzelnen zu den Rohdaten großer IT-Dienste eigentumsähnlich auszugestalten; vgl. Wischmeyer/Herzog NJW 2020, 288, 290 f.

lang keine Rolle. Einschlägige Rechtsprechung des *EuGH* gibt es dazu nicht. Der *EGMR* hat zwar beispielsweise Russland noch kurz vor dessen Ausschluss aus dem Europarat verpflichtet, den bislang noch nicht vorhandenen Rechtsrahmen für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften zu schaffen,⁷ jedoch dabei die Problematik der Ausgestaltungsbedürftigkeit der Grundrechte nicht aufgegriffen. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass in der internationalen Grundrechtsdiskussion zwar Abwehr-, Schutz- und Leistungsdimensionen der Grundrechte anerkannt sind, aber kaum ein Bewusstsein für die besonderen Fragen ausgestaltungsbedürftiger Grundrechte besteht.

Auf der anderen Seite würde es die Normativität des Grundgesetzes beeinträchtigen, wenn der einfache Gesetzgeber bei ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten unbegrenzt über Schutzbereiche disponieren könnte.⁸ Deshalb wird seit langem über die Unterscheidung zwischen der Ausgestaltung des grundrechtlichen Schutzbereichs und dem Grundrechtseingriff diskutiert. Hier geht es nicht um das „Ob“ des staatlichen Handelns (also nicht um die Leistungsfunktion), sondern um die Frage, wann sich der Gesetzgeber bei der Regulierung eines ausgestaltungsbedürftigen Schutzguts noch auf seine Ausgestaltungspflicht berufen kann und wann er nicht mehr ausgestaltet, sondern in das Grundrecht eingreift. Handelte es sich etwa um eine Ausgestaltung oder um einen Eingriff, wenn der Gesetzgeber das Eigentum an Immobilien von deren tatsächlicher Nutzung abhängig machen würde, um den Wohnungsmarkt zu beruhigen? Und wie würde sich die Einordnung als Ausgestaltung oder Eingriff auf die Frage der Prüfungsmaßstäbe auswirken?

Die Hauptthese dieses Beitrags lautet, dass die Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff sich nach der Art des Zwecks richten sollte, den das Gesetz verfolgt:⁹ Soll dieses lediglich den Schutzbereich des ausgestaltungsbedürftigen Grundrechts konstituieren oder konturieren, also aus der Perspektive dieses Grundrechts einen internen Zweck verfolgen, handelt es sich um eine ausgestaltende Maßnahme. Wenn das Gesetz hingegen nicht den Schutzgegenstand konkretisieren, sondern ein anderes Rechtsgut schützen soll, verfolgt es einen dem normgeprägten Grundrecht externen Zweck und stellt einen Eingriff dar (dazu II.). Anhand dieser Unterscheidung lassen sich auch die sonst oft Fragen aufwerfenden Entscheidungen des *BVerfG* zu den ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten rekonstruieren (III.). Ausgestaltung wie Eingriff müssen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die sich aber hinsichtlich der Prüfungsmaßstäbe unterscheiden (IV.).

II. Ausgestaltung und Eingriff

1. Stand der Diskussion

Die im Grundgesetz angelegte Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff wird in der Lehre seit langem diskutiert.

Ein besonders trennscharfer Vorschlag geht immer dann von einer Ausgestaltung aus, wenn eine privatrechtliche Regelung für einen grundrechtlichen Schutzbereich erlassen

wird. Lediglich öffentlich-rechtliche Maßnahmen sollen Grundrechtseingriffe sein. Ausgestaltungen sollen keiner Verhältnismäßigkeits-, sondern lediglich einer groben Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegen.¹⁰ Der Ansatz beruht auf einer in sich durchaus konsistenten Drittwirkungslehre, die allerdings nicht nur die in Art. 1 Abs. 3 GG geforderte Grundrechtsbindung des Gesetzgebers im Privatrecht stark zurücknimmt, sondern sich auch recht weit von der Rechtsprechung des *BVerfG* entfernt.¹¹ Zudem erlaubt sie es bei öffentlich-rechtlich geprägten Schutzgegenständen – wie etwa der Rundfunk- oder der Wissenschaftsfreiheit – nicht, zwischen Ausgestaltung und Eingriff zu unterscheiden.

Ein anderer Ansatz möchte die Ausgestaltungsfunktion abwehrrechtlich einfangen. Insoweit wird entweder jede für den Betroffenen nachteilige Veränderung des rechtlichen Status quo als Eingriff thematisiert¹² oder aus der einfachrechtlichen Ausgestaltung eine idealtypische Freiheit abgeleitet – beim Eigentum etwa die unbeschränkte Ausschluss- und Verfügungsbefugnis – und jede weitere Ausgestaltungsregelung als Eingriff behandelt.¹³ Einer Abgrenzung zwischen Grundrechtsausgestaltung und -eingriff bedarf es nach diesen Ansätzen nicht, da in jeder den Schutzgegenstand beschränkenden Ausgestaltung immer auch ein Eingriff liegt. Das hat auf den ersten Blick den Vorteil der Vereinfachung der Grundrechtsdogmatik und scheint auch recht gut zur Rechtsprechung des *BVerfG* zu passen, die etwa beim Eigentumsrecht staatliche Maßnahmen weitgehend nach dem Schema des Abwehrrechts erörtert. Zu Recht ist aber kritisch angemerkt worden, dass entsprechende Ansätze in der Gefahr stehen, die Ausgestaltungsmaßstäbe zu verzerren, wenn sie etwa bei der idealtypisierenden Konzeption des Eigentums die Privatnützigkeit zulasten der Sozialbindung in den Vordergrund stellen.¹⁴

Den reduktionistischen Ansätzen stehen solche gegenüber, nach denen die Ausgestaltungsfunktion eigenständig im Verhältnis zum Abwehrrecht ist. Der Gesetzgeber müsse einfach-rechtliche Regelungen erlassen, die den „Ordnungskern des jeweiligen Regelungsauftrags ausmachenden Mindestanforderungen“¹⁵ normieren oder – in anderer Formulierung – die „gewährleistungsspezifischen Vorgaben“¹⁶ des auszugestaltenden Grundrechts umsetzen. Da diese Ausgestaltungsaufgabe kategorial von Eingriffen unterschieden wird, stellt sich die Frage, wie sich Ausgestaltungen von Eingriffen abgrenzen lassen. Sie wird dadurch aufgeworfen, dass jede Ausgestaltung das Schutzgut immer auch begrenzt. Bei welchen begrenzenden Regelungen handelt es sich dann aber um Ausgestaltungen und bei welchen um Eingriffe?

¹⁰ Lenz, Vorbehaltlose Grundrechte, 2006, S. 119 ff.

¹¹ Zur Grundrechtsbindung des Privatrechts in der Rechtsprechung des *BVerfG* eingehend Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 233 ff.

¹² Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 150 f.; Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, 2000, S. 429 ff., für konkrete Rechtspositionen auf der Grundlage der vormaligen Ausgestaltung.

¹³ Poscher (Fn. 11), S. 137 ff.; ähnlich auch Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 524 f., der den Gedanken der rechtlichen Konstitution der Schutzgegenstände ausgestaltungsbedürftiger Grundrechte in Frage stellt. Die Verrechtlichung etwa vertraglicher Versprechen sei „sinnakzessorisch“ zu dem natürlichen Willen der Beteiligten, das daher grundsätzlich unter den Schutz des Abwehrrechts gestellt werden kann, ebd. S. 676. Die Position läuft auf die Annahme natürlicher Schutzgüter für normgeprägte Grundrechte hinaus.

¹⁴ Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 188.

¹⁵ Gellermann (Fn. 12), S. 429 ff.

¹⁶ Bumke (Fn. 14), S. 50 ff.

⁷ *EGMR* v. 13. 7. 2021, Nr. 40792/10 – Fedotova u. a. v. Russland, Rn. 44.

⁸ Deshalb ist eine A-priori-Reduzierung der grundrechtlichen Schutz- auf staatlich eingehegte Gewährleistungsbereiche (dafür Hoffmann-Riem Der Staat 2004, 203, 226 ff.) fragwürdig (zu Recht skeptisch Kabl Der Staat 2004, 167 ff.).

⁹ Kingreen/Poscher (Fn. 1), Rn. 171 ff.

2. Ausgestaltung aufgrund interner und Eingriff aufgrund externer Zwecke

Wir schlagen vor, die Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff anhand der Unterscheidung zwischen internen und externen Zwecken vorzunehmen.

Terminologisch knüpft dieser Vorschlag an die von *Stefan Huster* diskutierte, handlungstheoretisch inspirierte Unterscheidung von internen und externen Zielen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Ungleichbehandlungen an.¹⁷ In der Sache zielt er auf eine Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff nach dem Regelungszweck, wie sie bereits *Martin Gellermann* vorgeschlagen hat. So wie es nach *Gellermann* für eine Ausgestaltungsregelung darauf ankommen soll, „ob sie nach ihrem objektiven Sinn und Zweck auf eine nähere Bemessung des grundrechtsverbürgten Freiheitspotentials gerichtet ist und aus diesem Grunde als Akt der Erfüllung des der Institutsgarantie entspringenden Regelungsauftrags erscheint“¹⁸, soll eine Ausgestaltung immer dann vorliegen, wenn eine Regelung den *internen* Zweck verfolgt, die spezifischen Vorgaben der Verfassung für die Ausgestaltung des normgeprägten Grundrechts zu konkretisieren. Ein Eingriff liegt hingegen vor, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung einen *externen* Zweck verfolgt, also einen, der außerhalb der Ausgestaltungsvorgaben liegt. So dienen Regelungen zur Geschäftsfähigkeit im Privatrecht dem internen Zweck der Ausgestaltung der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie. Wenn hingegen der Abschluss eines Vertrages über den Erwerb von Kriegswaffen nach § 4a Abs. 2 KrWaffKontrG einer Genehmigung durch die Bundesregierung bedarf, dient die Regelung mit der Rüstungskontrolle einem der Privatautonomie externen Zweck. Es handelt sich hier also nicht um eine Ausgestaltung der Vertragsfreiheit, sondern um einen Eingriff in sie.

Mit der Unterscheidung allein nach Regelungszwecken geht einher, dass die *Regelungswirkungen* für die Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff nicht ausschlaggebend sind. Nicht nur mit Eingriffen, sondern auch mit Ausgestaltungen können daher Nachteile für bereits konstituierte Rechtspositionen verbunden sein. Angesichts des Entwicklungsstands unserer Rechtsordnung, die bereits alle Lebensbereiche bis ins Einzelne durchdringt, handelt es sich bei neuen Ausgestaltungsregelungen zumeist um Umgestaltungen bereits zuvor einfach-rechtlich konstituierter Grundrechtspositionen. Entsprechende Umgestaltungen können zwar auch freiheitserweiternden Charakter haben: Als das Mindestalter für die volle Geschäftsfähigkeit von 21 auf 18 Jahre gesenkt wurde,¹⁹ dehnte diese Umgestaltung den Geltungsbereich der Privatautonomie auf die Altersgruppe der 18- bis 20-Jährigen aus, ohne dass damit nachteilige Auswirkungen auf andere Freiheitspositionen einhergingen. Umgestaltungen können aber auch Handlungsmöglichkeiten zurücknehmen, die unter der vorherigen Ausgestaltung eingeräumt wurden. Würde die Geschäftsfähigkeit für bestimmte Geschäfte, etwa solche, die Grundstücke oder bestimmte Arten von Wertpapieren betreffen, wieder von 18 auf 21 Jahre erhöht, so wirkte sich eine entsprechende Umgestaltung nachteilig auf die Rechtsposition der 18- bis 20-Jährigen aus. Zum Teil wird daher vorgeschlagen, bei entsprechenden nachteiligen Auswirkungen von Ausgestaltungen auf bereits

konstituierte Rechtspositionen einen neben der Ausgestaltung stehenden Grundrechtseingriff zu sehen.²⁰ Das ist nicht nur terminologisch unglücklich, sondern auch in der Sache fragwürdig, da die nachteiligen Auswirkungen von Grundrechtsausgestaltungen andere verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen als die externe Zwecke verfolgenden Eingriffe. In der Sache geht es nicht um den Schutz der Substanz der konstituierten Rechtsposition, sondern lediglich um den Schutz des Vertrauens in deren Fortbestand. Ein solcher Vertrauensschutz steht unter eigenen Rechtfertigungsanforderungen, die sich maßgeblich von denen eines substantiellen Freiheitsschutzes vor Eingriffen unterscheiden. So sind etwa die Schutzwürdigkeit des Vertrauens und dessen Inanspruchnahme Voraussetzungen dafür, überhaupt eine Rechtfertigungsfrage aufzuwerfen. Auch zielen die Rechtfertigungsanforderungen nicht darauf, im Übrigen verfassungsmäßige Ausgestaltungen auszuschließen, sondern lediglich darauf, dass verhältnismäßige Übergänge oder Ausgleich geschaffen werden, die dem schutzwürdigen Vertrauen Rechnung tragen. Soweit vorgeschlagen wird, für die Annahme eines Eingriffs immer auf die allgemein durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit von rechtswidrigen Belastungen abzustellen,²¹ spricht dagegen ferner, dass der Vertrauensschutz grundrechtsspezifisch betrachtet werden muss und bei einem Grundrecht, das wie Art. 14 GG gerade auf einen Bestandsschutz ausgerichtet ist, anders ausfällt als bei der in Art. 2 Abs. 1 GG mit geschützten allgemeinen Vertragsfreiheit.

Nachteilige Auswirkungen auf bereits konstituierte schützenswerte Rechtspositionen sind also kein konstitutives Merkmal von Ausgestaltungsregelungen. Konstitutiv ist die Verfolgung eines internen Zwecks. Grundrechtsdogmatisch sind die spezifischen Vorgaben des grundrechtlichen Schutzbereichs der zentrale verfassungsrechtliche Maßstab für Ausgestaltungsregelungen.²² Aus prozessualen Gründen entscheidet die Rechtsprechung aber ganz überwiegend zu Ausgestaltungsregelungen, mit denen nachteilige Auswirkungen auf bereits konstituierte Rechtspositionen verbunden sind. Zumeist erfüllen nur diejenigen Beschwerdeführer die Anforderungen an eine Klage- oder Beschwerdebefugnis, die in Bezug auf bereits konstituierten Rechtspositionen betroffen sind. Daher kann bei einigen ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten der Eindruck entstehen, dass die nachteiligen Auswirkungen auf konstituierte Rechtspositionen den zentralen verfassungsrechtlichen Aspekt der Ausgestaltung ausmachen, der sich am besten als eine Beeinträchtigung eines Grundrechts und damit abwehrrechtlich fassen lässt. Diese Betrachtung verfehlt jedoch sowohl die verfassungsrechtlich maßgebliche Differenz zwischen interne und externe Zwecke verfolgenden Regelungen als auch die dogmatische Maßstäblichkeit der Ausgestaltungsvorgaben sowie die Besonderheiten der auf den Vertrauensschutz fokussierten verfassungsrechtlichen Beurteilung der nachteiligen Auswirkungen.

III. Interne und externe Zwecke in der Rechtsprechung des BVerfG

Wie sich externe und interne Zwecke und damit Grundrechtsausgestaltungen und Eingriffe voneinander im Einzelnen abgrenzen lassen, lässt sich nur einzelgrundrechtsspezi-

¹⁷ *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 165 ff.

¹⁸ *Gellermann* (Fn. 12), S. 271.

¹⁹ § 2 BGB neu gefasst mit Wirkung vom 1. 1. 1975 durch Gesetz vom 31. 7. 1974 (BGBl. I, S. 1713).

²⁰ *Bumke* (Fn. 14), S. 48; *Gellermann* (Fn. 12), S. 437 ff.

²¹ *Gellermann* (Fn. 12), S. 437 ff.

²² *Bumke* (Fn. 14), S. 47 f.

fisch beurteilen. Im Folgenden wird daher die Unterscheidung zwischen grundrechtsinternen und -externen Zwecken anhand einzelner Referenz-Grundrechte und auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerfG* näher ausbuchstabiert. Insoweit lassen sich typologisch zwei Gruppen von Grundrechten²³ unterscheiden: Zum einen gibt es Schutzbereiche, die keine natürliche Freiheit schützen, sondern einfaches Recht voraussetzen; man kann insoweit von normkonstituierten Schutzgütern sprechen (dazu 1.): Die Formalisierung einer privaten Beziehung zwischen zwei Menschen (Art. 6 Abs. 1 GG) setzt ebenso zivilrechtliche Regelungen voraus wie der Zusammenschluss von natürlichen Personen in selbstständigen juristischen Personen (Art. 9 Abs. 1 und 3 GG) und wie die rechtliche Beziehung einer Person zu einer Sache (Art. 14 Abs. 1 GG). Schließlich setzt staatlicher Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) rechtliche Regeln darüber voraus, wer in welchen Verfahren autoritativ über Streitigkeiten entscheidet. Zum anderen gibt es Schutzgüter, die zwar nicht durch das einfache Recht bestimmt werden, aber gleichsam in staatliche Obhut genommen worden sind; man kann hier von organisationsgeprägten Schutzgütern sprechen (2.): So braucht man zwar keine rechtlichen Regelungen, damit man funken, forschen und lernen kann, aber die Ausübung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) und der Bildungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 GG) setzen jeweils Institutionen voraus, in denen die natürlichen Freiheiten zur Geltung kommen können.

1. Normkonstituierte Schutzgüter

a) Art. 6 Abs. 1 GG (Ehe)

Menschen können in einer Geschlechts- und Versorgungsgemeinschaft leben. Sie bedürfen dafür keiner Rechtsordnung. Doch in der Form der Ehe können sie es nur in der Gestalt, wie es die Rechtsordnung vorsieht. „Die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf insoweit einer rechtlichen Regelung, die ausgestaltet und abgrenzt, welche Lebensgemeinschaft als Ehe den Schutz der Verfassung genießt.“²⁴ Welche Vorgaben der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Ehe zu berücksichtigen hat, ergibt sich erst aus einer Interpretation des Grundrechts. Das *BVerfG* greift hier auf die Tradition zurück: „Allerdings muss der Gesetzgeber bei der Ausformung der Ehe die wesentlichen Strukturprinzipien beachten, die sich aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG an die vorgefundene Lebensform in Verbindung mit dem Freiheitscharakter des verbürgten Grundrechts und anderen Verfassungsnormen ergeben [...]. Zum Gehalt der Ehe [...] gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können.“²⁵ Regelungen, die dem internen Zweck dienen, diese Vorgaben im Einzelnen zu konkretisieren – Mindestalter, Unterhaltsansprüche, Güterstand, Scheidungsgründe, Ver-

sorgungsausgleich – gestalten die Ehe aus. Wird hingegen der Ehegattennachzug aus im Hinblick auf das Schutzgut der Ehe externen einwanderungspolitischen Gründen beschränkt, liegt ein Eingriff in die Ehefreiheit vor.²⁶

Nicht mehr in der Schutzbereich der Ehefreiheit fallen hingegen Regelungen, die der Ausgestaltung anderer Lebensformen dienen, die nicht den Ausgestaltungsvorgaben von Art. 6 Abs. 1 GG entsprechen. So erachtet das *BVerfG* die Regelung gleichgeschlechtlicher Lebensformen neben der Ehe nicht deshalb für ausgeschlossen, weil diese nach Art. 6 Abs. 1 GG unter „besondere[m] Schutz“ steht. Auch durch die Einbeziehung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den zivilrechtlichen Ehebegriff unterfällt die gleichgeschlechtliche Ehe nicht dem verfassungsrechtlichen Ehebegriff, soweit man – wie bisher das *BVerfG* – an der Verschiedengeschlechtlichkeit als einer Ausgestaltungsvorgabe für Art. 6 Abs. 1 GG festhält.²⁷

b) Art. 9 Abs. 1 und 3 GG (Vereinigungen und Koalitionen)

Ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht ist auch die in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete *allgemeine Vereinigungsfreiheit*. Das *BVerfG* hat bereits im Mitbestimmungs-Urteil hervorgehoben, dass „mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit verbunden“ sei, „ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht gewinnen könnte. Diese Notwendigkeit gehört von vornherein zum Inhalt des Art. 9 Abs. 1 GG [...]“.²⁸ Der Gesetzgeber muss daher geeignete Organisationsformen des Vereins- und des Gesellschaftsrechts zur Verfügung stellen und Regelungen für die Betätigung in Vereinigungen treffen.²⁹ Als Ausgestaltung und nicht als Eingriff sind demgemäß alle Regelungen anzusehen, die „die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen“.³⁰ Dazu zählen etwa Regelungen über die Organe von Vereinen und deren Zuständigkeiten sowie Mindestkapitalvorschriften und Eintragungspflichten in Vereins- und Handelsregister. Demgegenüber wird ein grundrechtsexterner Zweck verfolgt und liegt daher ein Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG vor, wenn Vereine auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 2 GG wegen des Verstoßes gegen Strafgesetze, gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Völkerverständigung verboten werden.³¹ Gleiches gilt für das gesetzliche Verbot der Verwendung von Kennzeichen verbotener Vereine.³² Hier wird jeweils nämlich nicht das grundrechtsinterne Ziel verfolgt, die Ausübung der Vereinigungsfreiheit zu ermöglichen, sondern es geht um das externe Anliegen, die in Art. 9 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter vor Vereinen zu schützen, die sich gegen sie wenden.

²⁶ *BVerfGE* 76, 1, 45.

²⁷ Zur Diskussion um den verfassungsrechtlichen Ehebegriff nach der Änderung von § 1353 BGB siehe *Ipsen NVwZ* 2017, 1096 ff. und *Volkmann JZ* 2018, 265 ff.

²⁸ *BVerfGE* 50, 290, 354 f.

²⁹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 13; *Merten*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 18.

³⁰ *BVerfGE* 50, 290, 354.

³¹ *BVerfGE* 149, 160, 193 ff.

³² *BVerfG NVwZ* 2020, 1424, 1426.

²³ Im Folgenden werden nur die benannten ausgestaltungsbedürftigen Grundrechte behandelt, nicht aber diejenigen, die – wie die allgemeine Vertragsfreiheit (*BVerfGE* 8, 274, 328) – vom *BVerfG* aus den benannten Grundrechten abgeleitet wurden.

²⁴ *BVerfGE* 105, 313, 345.

²⁵ *BVerfGE* 105, 313, 345.

Auch bei der *Koalitionsfreiheit* (Art. 9 Abs. 3 GG) lässt sich die Differenzierung zwischen internen und externen Zielen fruchtbar machen.³³ Zwar „sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme“ über die Gründung von und die Betätigung in Koalitionen befinden können.³⁴ Gleichwohl sieht das *BVerfG* die Koalitionsfreiheit „[m]ehr noch als die in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Vereinigungsfreiheit“ als ausgestaltungsbefürdig an.³⁵ Die Ausgestaltung bestehe „in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können“.³⁶ Dazu zählen insbesondere auch Regelungen, die das Verhältnis der Koalitionen untereinander näher ausformen oder die die Funktionsfähigkeit des Systems vorliegen.“³⁸ Es betont damit die Rolle des Gesetzgebers als Garanten für den Schutz normkonstituierter Grundrechte.³⁹ Dementsprechend hat es in der Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz die gesetzlich vorgesehene Verdrängung eines Tarifvertrages einer Minderheitsgewerkschaft durch den Tarifvertrag einer Mehrheitsgewerkschaft als Ausgestaltung angesehen, weil die Verdrängungsregelung die Tarifeinheit in einem Betrieb sicherstellen und damit die Koalitionsfreiheit stärken sollte.⁴⁰ Hingegen verfolgt der Gesetzgeber externe Zwecke und greift mithin in das Grundrecht ein, wenn er „zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange“⁴¹ handelt. Beispielsweise gewährleistet er mit dem Ausschluss von Beamten vom durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Streikrecht einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums.⁴² Auch gesetzliche Entgeltvorgaben bei staatlichen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen greifen in Art. 9 Abs. 3 GG ein, denn sie beeinträchtigen das durch das Grundrecht geschützte Recht, in Tarifverhandlungen das Entgelt für Arbeitsleistungen auszuhandeln. Sie stärken die Tarifautonomie also nicht, sondern schwächen sie. Sie können aber zur Verhinderung von Massenarbeitslosigkeit – einem Anliegen, für das sich der Gesetzgeber auf das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG berufen kann – gerechtfertigt sein.⁴³

c) Art. 14 GG (Eigentum)

Textlich ist die Eigentumsgarantie für die Diskussion über Grundrechtsausgestaltungen nicht nur besonders ergiebig, weil sie zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen unterscheidet. Sie ist es auch, weil sie eines der wenigen Grundrechte ist, bei dem eine Ausgestaltungsvorgabe unmittelbar im Verfassungstext angesprochen wird. Art. 14 GG verwen-

det einen ganzen Absatz darauf, die Sozialbindung des Eigentums hervorzuheben: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Unabhängig davon, ob sich Art. 14 Abs. 2 GG verfassungsunmittelbare Sozialpflichten der Eigentümerin entnehmen lassen,⁴⁴ besteht Einigkeit darüber, dass er jedenfalls den Auftrag an den Gesetzgeber enthält, die Ausgestaltung des Eigentums an der Sozialbindung zu orientieren. Die andere Vorgabe folgt aus der traditionellen Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG), die besonders mit einer Ausschluss- und Verfügungsbefugnis des Eigentümers verbunden ist. Ausgestaltungsregelungen sind daher alle Regelungen, die die grundsätzlichen Ausschluss- und Verfügungsbefugnisse der Eigentümer ausformen.

Weniger leicht fällt hingegen die Einordnung von rechtlichen Regelungen, die diese Befugnisse begrenzen. Dies liegt an der potentiellen Weite der Sozialbindungsvorgabe. Alle Beschränkungen des Eigentums verfolgen irgendein öffentliches, kein bloß privates Interesse. Sollte die Sozialbindung so weit zu verstehen sein, dass jede Begrenzung des Eigentums, die irgendeinem öffentlichen Interesse dient, als Ausgestaltungsregelung zu verstehen sei, gäbe es wohl keine das Eigentum betreffende Regelung, die nicht Ausgestaltung bzw. – in der Terminologie von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG – Inhaltsbestimmung ist. Rechtsprechung und Literatur scheinen von einem entsprechend weiten Verständnis der Sozialbindungsvorgabe auszugehen. Im Zusammenhang mit der Beschreibung des Inhalts der Eigentumsgarantie ruft das *BVerfG* etwa „die Zusammenschau aller in diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften“⁴⁵ auf. Wird hinzugenommen, dass die Rechtsprechung in der nachteiligen Umgestaltung einer Eigentumsposition für diejenige, die auf deren Bestand vertraut hat, eine Schrankenregelung sieht, erscheint verständlich, dass in der Literatur davon ausgegangen wird, dass sich bei Art. 14 GG Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht sinnvoll unterscheiden ließen.⁴⁶ Schließlich ist fast jede neue Ausgestaltungsregelung angesichts der bereits bestehenden ausdifferenzierten Eigentumsordnung mit einer Umgestaltung der bestehenden Eigentumsordnung verbunden, die manche Eigentümer nachteilig betreffen kann.⁴⁷

Bereits im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, der Inhalts- und Schrankenbestimmung unterscheidet, ist diese Kapitulation der Dogmatik kein befriedigendes Ergebnis. Auch hier kann die Unterscheidung von internen und externen Zwecken helfen, die Diskussion in eine fruchtbare Richtung zu lenken. Im Hinblick auf die Sozialbindung sind Regelungen intern, die gerade auf die soziale Verantwortung der Eigentümer zielen, die sich aus den für das Eigentum spezifischen Verfügungs- und Ausschlussrechten ergibt. Dies gilt etwa für die besondere soziale Verantwortung, die mit gesellschaftlichen Machtpositionen einhergeht, wie etwa im Fall von Eigentümern von Produktionsmitteln oder Immobilien gegenüber Arbeitnehmern oder Mietern, für die jeweils besondere Kündigungs-

³³ Siehe schon Kingreen, *Exklusive Tariföffnungsklauseln*, 2020, 47 ff.; und ders., *NZA* 2021, 1, 4 f.

³⁴ *BVerfGE* 50, 290, 367.

³⁵ *BVerfGE* 50, 290, 368.

³⁶ *BVerfGE* 50, 290, 368.

³⁷ *BVerfGE* 84, 212, 228 = *JZ* 1992, 48 (dazu Richardi *JZ* 1992, 27); 94, 26, 41.

³⁸ *BVerfGE* 146, 71, 120.

³⁹ Siehe bereits oben I.

⁴⁰ *BVerfGE* 146, 71, 119.

⁴¹ *BVerfGE* 146, 71, 118.

⁴² *BVerfGE* 148, 296, 344 ff. = *JZ* 2019, 35 (dazu Jacobs/Payandeh *JZ* 2019, 19).

⁴³ *BVerfGE* 100, 271, 284 = *JZ* 2000, 42 (mit Anm. Höfling).

⁴⁴ Wieland, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 107 f.; a. A. etwa Papier/Shirvani, in: *Dürrig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz*, 97. EL Januar 2022, Art. 14 Rn. 416.

⁴⁵ *BVerfGE* 58, 300, 336.

⁴⁶ Papier/Shirvani, in: *Dürrig/Herzog/Scholz* (Fn. 44), Art. 14 Rn. 417; Wieland, in: Dreier (Fn. 44), Art. 14 Rn. 92.

⁴⁷ Das *BVerfG* erwähnt entsprechend Inhalts- und Schrankenbestimmung in einem Atemzug; etwa *BVerfGE* 50, 290, 339 f.; 72, 66, 76 f.; 143, 246, 275 f.; 157, 223, 235.

schutzregelungen gelten. So betont das *BVerfG* für das Eigentum an Wohnungen etwa, dass „die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter [ist], je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist“.⁴⁸ Doch Regelungen zur Sozialbindung sind nicht auf entsprechende eigentumsbasierte soziale Machtpositionen beschränkt. So wurde im Parlamentarischen Rat etwa auch der Missbrauch des Eigentums durch das Horten knapper Güter im Rahmen von Art. 14 Abs. 2 GG diskutiert:⁴⁹ Regelungen, die das Eigentum an knappen Gütern, wie etwa fossilen Brennstoffen für den nächsten Winter, auf bestimmte Pro-Kopf-Kontingente beschränkten, zielten auf eine Sozialbindung des Eigentums. Sie verfolgten einen internen Zweck und wären Inhaltsbestimmungen des Eigentums.

Regelungen hingegen, die nicht der Moderation des spezifischen Verfügungs- und Ausschlusspotentials der Eigentümerstellung gelten, verfolgen externe Zwecke auch dann, wenn sie Eigentum betreffen. Wird etwa der im Eigentum einer Fahrerin stehende Pkw sichergestellt, um eine Trunkenheitsfahrt zu vereiteln, so betrifft die Sicherstellung und ihre Regelung in den Polizeigesetzen zwar das Eigentum der Fahrerin, gilt dabei aber lediglich der allgemeinen Polizeipflichtigkeit, die den Fahrer eines Mietfahrzeugs ebenso trifft wie die Eigentümerin eines Fahrzeugs. Die Sicherstellungsregelungen des allgemeinen Polizeirechts greifen in das Eigentum ein. Es handelt sich um Schrankenregelungen. Gleiches gilt etwa für umweltschutzrechtliche Vorgaben, die in Bezug auf das Eigentumsrecht externen ökologischen Zwecken dienen. Genauso wie niemand Schadstoffe in der freien Natur verklappen darf, darf es auch kein Eigentümer auf seinem Grundstück. Denkmalschutzrechtliche Regelungen hingegen knüpfen gerade an die Ausschlussbefugnisse des Eigentümers an, die es ihm sonst etwa erlauben würden, das gemeinsame kulturelle Erbe verfallen zu lassen. Sie verfolgen den internen Zweck, die spezifische Sozialbindung des Eigentums zu fördern, und sind damit Inhaltsbestimmungen. Die Unterscheidung von internen und externen Zwecken erlaubt es also, dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu entsprechen und zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung zu unterscheiden, so wie dies die frühere Rechtsprechung des *BVerfG* gehandhabt hat.⁵⁰

Eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG ist unabhängig davon, welcher Allgemeinwohlzweck mit ihr verfolgt wird, ein Eingriff und keine Ausgestaltung, weil sie den Eigentumsentzug nicht abstrakt-generell regelt,⁵¹ sondern ein bestimmtes Objekt, das das einfache Recht als Eigentum ausgestaltet hat, dem Eigentümer entzieht. Enteignungen gestalten die Eigentumsordnung nicht um, sondern entziehen dem Eigentümer ein Eigentumsobjekt.

d) Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutz)

Schließlich ist auch die Normprägung der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) anerkannt. Es gibt keinen natürlichen Rechtsschutz, in den durch die prozessrechtlichen Vorschriften über Partei- und Prozessfähigkeit, Anwaltszwang, Klage- und Ausschlussfristen, Bindung an Entscheidungen anderer Gerichte, Rechtskraft etc. eingegriffen würde.⁵² Das *BVerfG* bezeichnet den Rechtsschutz dementspre-

chend als „staatliche Leistung, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im Einzelnen festgelegt werden müssen“.⁵³ Gesetzliche Regelungen, die die Rechtsschutzgarantie in diesem Sinne nach internen Zwecken ausgestalten, sind daher keine Eingriffe in das Grundrecht.

Genauso sind auch Regelungen, die der missbräuchlichen oder leichtfertigen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes entgegenwirken sollen, Ausgestaltungen und keine Eingriffe. Das *BVerfG* hat in diesem Sinne eine kartellrechtliche Vorschrift, die vorsieht, dass Geldbußen, die in einem kartellrechtlichen Bußgeldbescheid festgesetzt werden, zu verzinsen sind, als Ausgestaltung angesehen. Denn diese Bestimmung verfolgt den internen, nur auf die Rechtsschutzgarantie bezogenen Zweck, Einsprüche gegen Bußgeldbescheide zu verhindern, die nur eingelegt werden, um eine Zahlungspflicht hinauszuzögern und dann noch vor dem Ergehen einer gerichtlichen Entscheidung zurückgenommen werden.⁵⁴ Auch prozessrechtliche Präklusionsvorschriften, die Einwendungen nach Ablauf einer bestimmten Frist ausschließen, sind daher als Ausgestaltungen von Art. 19 Abs. 4 GG anzusehen.

Hingegen sind Eingriffe in Art. 19 Abs. 4 GG eher selten, weil kaum externe (also nicht auf die Rechtsschutzgarantie selbst bezogene) Zwecke denkbar sind, die diese rechtfertigen könnten. Theoretisch vorstellbar wäre es etwa, dass der Gesetzgeber die Durchführung mündlicher Verhandlungen bei einer epidemischen Notlage mit der externen Zielsetzung verbietet, das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der Beteiligten zu schützen.⁵⁵

2. Organisationsgeprägte Schutzgüter

Die bislang behandelten Grundrechte zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Schutzbereiche durch das einfache Recht konstituiert werden: Ehe, Vereine, Koalitionen, Eigentum und Rechtsschutz sind Produkte der Rechtsordnung. Am Beispiel dieser Grundrechte wird daher die Ausgestaltungsproblematik typischerweise diskutiert. Es gibt aber weitere Grundrechte, deren Schutzgüter ebenso wie etwa das Glauben, das Meinen und das Versammeln auch unabhängig von staatlichem Recht existieren können: Rundfunk, Wissenschaft und schulische Bildung. Deshalb werden auch sie meist nicht als ausgestaltungsbedürftige Grundrechte behandelt.⁵⁶ Das ist fragwürdig: Rundfunk-, Wissenschafts- und schulische Bildungsfreiheit sind historisch in Deutschland in wesentlichen Teilen organisationsgeprägt; sie setzen Institutionen (Rundfunkanstalten, Hochschulen, Schulen) voraus, in denen sich die natürlichen Freiheiten des Funkens, Forschens, Lehrens und Lernens verwirklichen können. Diese organisationsgeprägten Schutzgüter setzen nicht anders als die normkonstituierten Schutzbereiche rechtliche Regelungen voraus, die den internen Zweck verfolgen, die innere Organisation, das Personal und die Finanzierung der genannten Institutionen in ihren Grundzügen zu bestimmen. Es handelt sich daher ebenso um Ausgestaltungen wie im Fall der normkonstituierten Schutzgüter.

⁴⁸ *BVerfG* NJW 2019, 3054, 3057; vgl. auch *BVerfGE* 143, 246, 324.

⁴⁹ v. Mangoldt JöR 1 (1951), 1, 147.

⁵⁰ *BVerfGE* 21, 92, 93; vgl. auch *BVerfGE* 11, 221, 231.

⁵¹ Zum notwendigerweise abstrakt-generellen Charakter der Grundrechtsausgestaltung Gellermann (Fn. 12), S. 269 ff.

⁵² Kingreen/Poscher (Fn. 1), Rn. 1321.

⁵³ *BVerfGE* 133, 1, 23; 149, 346, 366.

⁵⁴ *BVerfGE* 133, 1, 24: „keine für Art. 19 Abs. 4 GG relevante Beeinträchtigung des Rechtswegs“; vgl. ferner *BVerfGE* 143, 216, 226 ff.

⁵⁵ Kingreen/Poscher (Fn. 1), Rn. 1343.

⁵⁶ Vgl. aber für die Rundfunkfreiheit Cornils (Fn. 13), S. 54 ff.

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GG (Rundfunk)

Bei der Rundfunkfreiheit betont das *BVerfG* den Unterschied zwischen Eingriffen und Ausgestaltungen. Ausgestaltet seien solche Vorschriften, die „der Sicherung der Rundfunkfreiheit dienen und allein dienen dürfen“. Diese könnten „keinen Grundrechtseingriff enthalten“, wohingegen „Regelungen, welche die Rundfunkfreiheit beschränken [...] nur auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 2 GG [...] zulässig“ seien.⁵⁷ Im Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GG findet diese Rechtsprechung eine Stütze durch die Formulierung, dass die Rundfunkfreiheit „gewährleistet“ wird,⁵⁸ also offenbar keine natürliche Freiheit ist, denn eine solche bräuchte staatliches Recht nicht zu gewährleisten.

Regelungen, die dem internen Zweck dienen, das duale System des Rundfunks rechtlich zu strukturieren und seine organisatorischen Voraussetzungen festzulegen, sind danach Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit. So ist etwa die Entscheidung für eine Mischfinanzierung des Rundfunks, die Werbesendungen Grenzen nach Zeit, Dauer und Häufigkeit setzt, eine Ausgestaltung der Rundfunkordnung, die sich nicht an Art. 5 Abs. 2 GG misst.⁵⁹ Zwar hat das *BVerfG* schon verschiedentlich Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit durch Landesmediengesetze für verfassungswidrig erachtet,⁶⁰ aber noch keinen an Art. 5 Abs. 2 GG zu messenden Eingriff konstatiert, auch wenn gelegentlich terminologisch bei den rechtswidrigen Ausgestaltungen von einem Eingriff in die Rundfunkfreiheit die Rede ist.⁶¹ Nicht nur terminologisch, sondern dogmatisch liegt hingegen ein Grundrechtseingriff vor, wenn Rundfunkveranstalter die Ausstrahlung entwicklungsgefährdender Programminhalte zu bestimmten Sendezeiten verboten wird.⁶² Der Jugendschutz ist in Bezug auf die Rundfunkfreiheit ein externer Zweck, der seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung in Art. 5 Abs. 2 Var. 2 GG findet.

b) Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaft)

Für die Wissenschaft haben das Organisations- und Verfahrensrecht eine „Ermöglichungsfunktion“. ⁶³ Im ersten Hochschulurteil hat das *BVerfG* aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG – seinerzeit noch in seiner Funktion als objektive Wertentscheidung – abgeleitet, der Staat habe „die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern“. Das bedeute, dass er „funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen“ habe. Diesem Gebot komme deswegen „besonders Bedeutung zu, weil ohne eine geeignete Organisation und ohne entsprechende finanzielle Mittel, über die im Wesentlichen nur noch der Staat verfügt, heute in weiten Bereichen der Wissenschaften, insbesondere der Naturwissenschaften, keine unabhängige Forschung und wissenschaftliche Lehre

mehr betrieben werden“ könne.⁶⁴ Bestimmungen, die diese Organisationsabhängigkeit der Forschung reflektieren, verfolgen den internen Zweck, die Wissenschaftsfreiheit zu ermöglichen, und sind daher Ausgestaltungen und keine Eingriffe. Gleiches gilt etwa für Regelungen zu den Zuständigkeiten, zur Zusammensetzung und zur Entscheidungsfindung von und in Hochschulgremien.⁶⁵

Hingegen behandelt das *BVerfG* Regelungen der Qualitätssicherung im Bereich der Lehre tendenziell als Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit. Insbesondere sieht es in der gesetzlichen Verpflichtung, Studiengänge vor Aufnahme des Studienbetriebs zu akkreditieren, einen „schwerwiegende[n] Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit“⁶⁶, der sich im Hinblick auf die Schrankenlosigkeit von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nur „zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang“⁶⁷ rechtfertigen lasse. Als ein solches Ziel sieht es die „Qualitätssicherung in der Lehre“.⁶⁸ Das ist auf den ersten Blick überraschend, weil Gegenstand der Prüfung ja gerade die Lehrfreiheit selbst ist; eine solche Argumentation spräche eher für die Verfolgung eines internen Zwecks und daher eine Ausgestaltung. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die Lehrfreiheit insoweit gar keiner Ausgestaltung bedarf, denn die Gewinnung und Weitergabe von Erkenntnis ist immanenter Bestandteil von Wissenschaft⁶⁹ und daher gar nicht regelungsbedürftig. Es gibt mit anderen Worten keinen internen Zweck, der Akkreditierungen notwendig machen würde, sondern lediglich den externen Zweck, Studierenden hinreichende Kenntnisse und Fähigkeiten für den Berufszugang zu vermitteln. Indem das *BVerfG* den „enge[n] Zusammenhang“ des Hochschulstudiums „mit dem Recht der freien Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG“ hervorhebt, profiliert es einen externen Zweck, für dessen Regelung der Parlamentsvorbehalt (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) gilt, dem im konkreten Fall nicht genügt wurde.⁷⁰ Einen externen Zweck verfolgen etwa auch Regelungen zum Tierschutz (Art. 20a GG), die das durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte Recht beschränken, Tierversuche zu Forschungszwecken durchzuführen.

c) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 GG (Bildung)

Schließlich ist auch das Recht auf schulische Bildung, das das *BVerfG* in der Entscheidung „Bundesnotbremse II“ aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 GG abgeleitet hat,⁷¹ ein organisationsabhängiges und daher ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht. Das kommt in der Kombination beider Verfassungsnormen treffend zum Ausdruck: Art. 7 Abs. 1 GG ist kein Grundrecht, sondern begründet die Verpflichtung des Staates (insbesondere der Länder) zur Organisation und Finanzierung eines öffentlichen Schulwesens: „Der Staat hat ein funktionierendes Schulsystem zu gewährleisten, das jedem Schüler entsprechend seiner Begabung eine Schulausbildung ermöglicht.“⁷² Dazu bildet Art. 2 Abs. 1 GG das „subjektiv-rechtliche ‚Gegenstück‘“⁷³, das den freiheitsrechtlichen,

⁵⁷ *BVerfGE* 73, 118, 166 = JZ 1987, 293 (dazu *Bullinger* JZ 1987, 257); vgl. auch *BVerfGE*, 57, 295, 321 = JZ 1981, 591 (dazu *Scholz* JZ 1981, 561); 74, 297, 334 = JZ 1987, 919 (mit Anm. *Bullinger*); 83, 238, 326 = JZ 1991, 346 (mit Anm. *A. Hesse*).

⁵⁸ *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 44), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 526.

⁵⁹ *BVerfGE* 87, 181, 200 = JZ 1993, 255 (dazu *Stock* JZ 1993, 234).

⁶⁰ *BVerfGE* 74, 297, 334 ff.; 121, 30, 64 ff.

⁶¹ *BVerfGE* 121, 30, 66.

⁶² Siehe etwa § 5 Abs. 4 JMStV.

⁶³ *Britz*, in: *Dreier* (Fn. 44), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 87; ferner *Fehling*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 184. EL Mai 2017, Art. 5 III (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 186 ff. und *Lindner* JURA 2018, 240, 243 ff.

⁶⁴ *BVerfGE* 35, 79, 115 f. = JZ 1973, 456 (dazu *Oppermann* JZ 1973, 433).

⁶⁵ Vgl. etwa *BVerfGE* 127, 87, 114 ff. = JZ 2011, 308 (mit Anm. *Gärditz*); 136, 338, 362 ff.; 139, 148, 182 ff.

⁶⁶ *BVerfGE* 141, 143, 165.

⁶⁷ *BVerfGE* 141, 143, 169.

⁶⁸ *BVerfGE* 141, 143, 169.

⁶⁹ Siehe nochmals *BVerfGE* 35, 79, 113.

⁷⁰ *BVerfGE* 141, 143, 172 ff.

⁷¹ *BVerfG* NJW 2022, 167.

⁷² *BVerfGE* 138, 1, 29.

⁷³ *BVerfG* NJW 2022, 167, 170.

auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 1 GG näher auszugestaltenden Anspruch auf schulische Bildung begründet.

In der Entscheidung „Bundesnotbremse II“ unterscheidet das *BVerfG* dementsprechend zwischen mehreren „Gewährleistungsdimensionen“⁷⁴ des Grundrechts auf schulische Bildung: Es formuliert zunächst einen Ausgestaltungsauftrag, der „die organisatorische Gliederung der Schule, die strukturellen Festlegungen des Ausbildungssystems, das inhaltliche und didaktische Programm der Lernvorgänge und das Setzen der Lernziele, die Entscheidung darüber, ob und wie weit diese Ziele von den Schülern erreicht worden sind, sowie die Bestimmung der Voraussetzungen für den Zugang zur Schule, den Übergang von einem Bildungsweg zum anderen und die Versetzung innerhalb eines Bildungsgangs“ umfasse.⁷⁵ Grundrechtsdogmatisch handelt es sich insoweit um ein den internen Zweck der Ausgestaltung des Grundrechts verfolgendes Regelungsprogramm. Davon unterscheidet das *BVerfG* die Dimension des Eingriffsabwehrrechts, das vor Eingriffen „von außen“⁷⁶ (sic!) schützt. Das mit der pandemischen Lage begründete Verbot des Präsenzunterrichts stellte einen solchen Eingriff „von außen“ dar; es verfolgte den externen Zweck des Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Schüler und Lehrerinnen.⁷⁷

IV. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ausgestaltungen

Anders als bei den externe Zwecke verfolgenden Grundrechtseingriffen⁷⁸ sind die Anforderungen an die grundrechtsinterne Ausgestaltung noch wenig konsolidiert. Das liegt vor allem daran, dass Ausgestaltung und Eingriff auch hinsichtlich der Prüfungsmaßstäbe vielfach nicht kategorial getrennt werden, sondern fragwürdig davon ausgegangen wird, dass eine zu weit gehende Ausgestaltung in einen Grundrechtseingriff umschlägt und dann eben den dafür geltenden Regeln folgt⁷⁹ oder speziell bei Art. 14 GG von der mangelnden Unterscheidbarkeit von Inhalts- und Schrankenregelungen ausgegangen wird. Beidem ist entgegenzutreten. Ausgestaltungen und Eingriffe lassen sich anhand der verfolgten internen oder externen Regelungszwecke unterscheiden, und eine unzulässige Ausgestaltung ist kein Eingriff, sondern schlicht verfassungswidrig. Für die nachfolgend zu behandelnden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist die Überlegung maßgebend, dass Grundrechtsausgestaltungen in einer entwickelten Rechtsordnung zumeist auf ein bereits, durch die bisherige Rechtslage konstituiertes oder konturiertes grundrechtliches Schutzgut treffen. Grundrechtsausgestaltungen sind zumeist mit Umgestaltungen bisheriger normgeprägter Schutzgüter verbunden. Entsprechende Umgestaltungen sind nicht zwingend mit nachteiligen Auswirkungen auf schutzwürdige bisherige Rechtspositionen verbunden, können solche aber mit sich bringen. Soweit Ausgestaltungen nachteilige Auswirkungen haben, sind zwei Aspekte der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ausgestaltungsregelung zu unterscheiden: Zum einen ist die Neugestaltung des Schutzguts wie jede Ausgestaltung an

den Ausgestaltungsvorgaben des jeweiligen Grundrechts zu messen (1.). Zum anderen sind die nachteiligen Auswirkungen auf bereits konstituierte Rechtspositionen an den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu messen, die sich aus dem grundrechtsspezifischen Bestands- und Vertrauensschutz ergeben (2.).

1. Neugestaltung

a) Legitimatorische Grundlagen

Dass die Grundrechtsausgestaltung ein Aliud zum Grundrechtseingriff ist, zeigt sich schon bei den unterschiedlichen legitimatorischen Grundlagen. Greift der Gesetzgeber in die Grundrechte ein, muss er sich dafür verfassungsrechtlich rechtfertigen. Es gelten der Parlamentsvorbehalt⁸⁰ sowie das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip⁸¹, wonach nicht der Gebrauch des Grundrechts, sondern die staatliche Beeinträchtigung der Freiheit legitimationsbedürftig ist. Legitimatorische Grundlagen sind hier die Gesetzesvorbehalte bei den einzelnen Grundrechten oder, soweit es solche nicht gibt, der Schutz kollidierender Verfassungsgüter, insbesondere der Grundrechte Dritter.⁸² Der Schutz dieser kollidierenden Verfassungsgüter bildet zugleich den externen Zweck, der das Gesetz als Eingriff und nicht als Ausgestaltung qualifiziert.

Hingegen muss sich der Gesetzgeber für die Ausgestaltung der norm- und organisationsabhängigen Grundrechte nicht rechtfertigen,⁸³ weil er dazu ja verfassungsrechtlich verpflichtet ist. Sein Regelungsauftrag folgt also nicht aus den Gesetzesvorbehalten, sondern aus den in Grundrechten benannten Schutzgütern. Insoweit zeigt sich ein bemerkenswerter Zusammenhang mit der Uneinheitlichkeit bei den Gesetzesvorbehalten: Das Grundgesetz sieht Gesetzesvorbehalte bei denjenigen Grundrechten vor, die der Gesetzgeber aus grundrechtsexternen Gründen beschränken darf. Dabei handelt es sich vor allem um natürliche Freiheiten (zu leben, sich fortzubewegen, zu glauben, zu meinen etc.), die keiner internen gesetzgeberischen Ausgestaltung bedürfen, aber zum Schutz externer Zwecke und Verfassungsgüter beschränkt werden müssen. Hingegen haben ausgestaltungsbefürftige Grundrechte zumeist keinen einfachen Gesetzesvorbehalt,⁸⁴ weil das Grundgesetz den Gesetzgeber insoweit primär in der Rolle des Ausgestalters der Grundrechte sieht, der sich nicht durch Gesetzesvorbehalte zu legitimieren braucht.⁸⁵ Die Rundfunkfreiheit und die Vereinigungsfreiheit weisen zwar qualifizierte Gesetzesvorbehalte auf, aber es sind gerade diese Qualifikationen, die auf externe Zwecke verweisen und daher Eingriffe legitimieren und für Ausgestaltungen irrelevant sind: Die einschränkenden Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) müssen „dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“,⁸⁶ Art. 9 Abs. 2 GG legitimiert Ver-

⁷⁴ *BVerfG* NJW 2022, 167, 170.

⁷⁵ *BVerfG* NJW 2022, 167, 170.

⁷⁶ *BVerfG* NJW 2022, 167, 172.

⁷⁷ *BVerfG* NJW 2022, 167, 176 f.

⁷⁸ Zu den insoweit bestehenden Anforderungen *Kingreen/Poscher* (Fn. 1), Rn. 369 ff.

⁷⁹ Siehe bereits oben II.

⁸⁰ Vgl. oben für einen Eingriff in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG *BVerfGE* 141, 143, 170.

⁸¹ *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126; ferner *Böckenförde* NJW 1974, 1529, 1537; *Poscher* (Fn. 11), S. 123; *Schlink* EuGRZ 1984, 457, 467; *Wahl/Masing* JZ 1990, 553, 563.

⁸² Siehe etwa *BVerfGE* 93, 1, 21 = JZ 1995, 942 (dazu *Müller-Volbehr* JZ 1995, 996); 108, 282, 297 = JZ 2003, 1164 (mit Anm. *Kästner*).

⁸³ Anders etwa *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 43.

⁸⁴ Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GG als die die Regel bestätigende Ausnahme.

⁸⁵ Einen Sonderfall bildet allein das Bildungsgrundrecht (siehe oben III. 2. c), das als Kombinationsgrundrecht das Ergebnis richterrechtlicher Rechtsfortbildung ist.

⁸⁶ *BVerfGE* 7, 198, 209 = JZ 1958, 119 (dazu *B. Wolff* JZ 1958, 202).

einigungsverbote zum Schutz der sonstigen Rechts- und Verfassungsordnung. Daraus folgt aber nur, dass auch in ausgestaltungsbefürdigte Grundrechte gerade zur Verfolgung externer Zwecke eingegriffen werden darf.

b) Gewährleistungsspezifische Vorgaben

Bei den ausgestaltungsbefürdigten Grundrechten ist das Schutzgut nicht nur legitimatorischer Grund, sondern auch limitierende Vorgabe für den ausgestaltenden Gesetzgeber: Die Ausgestaltung hat sich am Schutzgut zu orientieren.⁸⁷ Aufgrund der Bindung an das Schutzgut selbst besteht zwar eine gewisse konzeptionelle Nähe der gewährleistungsspezifischen Vorgaben zur überkommenen Lehre von den Einrichtungsgarantien,⁸⁸ die einen Kernbestand der grundrechtlichen Garantien beschreiben sollten, den der Gesetzgeber nicht antasten darf. Aber historisch ist ein Rückgriff auf dieses institutionelle Verständnis der Grundrechte fragwürdig, denn die vorkonstitutionelle Lehre von den Einrichtungsgarantien hatte vor allem die Funktion, den in Weimar noch nicht allgemein anerkannten Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetz zu sichern.⁸⁹ Unter dem Grundgesetz ist dieser Ansatz aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG entbehrlich,⁹⁰ denn die Vorgaben für die Ausgestaltung können aus der durch das *BVerfG* konkretisierten Auslegung der grundrechtlichen Schutzgüter abgeleitet werden, auf die sich der unbedingte Vorrang des Grundgesetzes bezieht. Die Ausgestaltungsvorgaben sind auch nicht im Sinne des Schutzes eines Kernbereichs des Schutzguts zu verstehen, sondern als Maßgaben für dessen vollständige Entfaltung im einfachen Recht.

Dass der Gesetzgeber sich für die Ausgestaltung – anders als für den Eingriff nicht zu rechtfertigen braucht, bedeutet nicht, dass es keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für sein Handeln gäbe. Die Maßgeblichkeit der jeweiligen Schutzgüter führt aber zwingend zu einer größeren Heterogenität bei den Maßstäben für die Ausgestaltung als bei der Prüfung von Eingriffen, die bei allen Freiheitsrechten im Prinzip denselben Regeln („verfassungsrechtliche Rechtfertigung“) folgt. Ausnahmsweise ergeben sich die gewährleistungsspezifischen Vorgaben bereits aus dem Text des Grundgesetzes: Die Ausgestaltung des Eigentums muss einerseits die Garantie des Rechts auf Privateigentum (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) achten und darf daher nicht Sachbereiche der Privatrechtsordnung entziehen, „die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören“⁹¹, muss aber andererseits die soziale Dimension insbesondere des Grundeigentums (Art. 14 Abs. 2 GG)⁹² beachten. Im Übrigen hat das *BVerfG* zu allen normabhängigen Grundrechten gewährleistungsspezifische Vorgaben für die Ausgestaltung der Schutzbereiche entwickelt:

Beispielsweise muss die Ausgestaltung der *Vereinigungsfreiheit* (Art. 9 Abs. 1 GG) „auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten“. Der Gesetzgeber habe daher „eine hinreichende Vielfalt

von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl deshalb zumutbar ist“. Darüber hinaus habe er „die Grundlagen für das Leben in diesen Rechtsformen so zu gestalten, daß seine Regelung die Funktionsfähigkeit der Vereinigungen, im besonderen ihrer Organe gewährleistet“. Das *BVerfG* betont allerdings auch die Offenheit des Schutzbereichs: Was ausgestaltender gesetzlicher Regelung zugänglich und bedürftig sei, lasse sich nicht abschließend und generell festlegen; in jedem Fall müsse jedoch das Prinzip freier Assoziation und Selbstbestimmung grundsätzlich gewahrt bleiben.⁹³

Auch für die *Koalitionsfreiheit* (Art. 9 Abs. 3 GG) hat das *BVerfG* zwar äußere Grenzen der Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers betont, ihm aber im Übrigen eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zugestanden. Die Besonderheit der Koalitionsfreiheit besteht darin, dass mit den Gewerkschaften und den Verbänden der Arbeitgeber typischerweise Verbände mit gegenläufigen Interessen gleichermaßen grundrechtsberechtigt sind. Das Gericht betont, dass es dem Gesetzgeber überlassen bleibe, wie er die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im Einzelnen abgrenze. Allerdings müsse die Tarifautonomie „als ein Bereich gewahrt bleiben, in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können“. Das setze „ein ungefähres Kräftegleichgewicht“ voraus. Unvereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG sei es daher jedenfalls, wenn die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, in einer Weise gefährdet werde, die dieses Kräftegleichgewicht beeinträchtigt. Das *BVerfG* formuliert hier also auf der einen Seite einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber („Ob“ der Ausgestaltung); es setzt diesem Auftrag aber auch Grenzen („Wie“ der Ausgestaltung), indem es den Gesetzgeber nicht nur zur Staatsferne hinsichtlich des Tarifgeschehens, sondern auch zur „Neutralität“ anhält.⁹⁴

Gewährleistungsspezifische Vorgaben gibt es schließlich nicht nur für die normkonstituierten, sondern auch für die organisationsgeprägten Schutzbereiche. So hat das *BVerfG* zum Teil sehr detaillierte Vorgaben für die Ausgestaltung des *Rundfunks* (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und der *Wissenschaft* (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) entwickelt; insbesondere in Gestalt von Organisations- und Verfahrensregeln, die auch das besondere Spannungsverhältnis reflektiert, das aus der Notwendigkeit staatsferner Freiheitsentfaltung einerseits und der Abhängigkeit von staatlicher Finanzierung andererseits resultiert.⁹⁵ So hat es dem Gesetzestext der Rundfunkfreiheit die gewährleistungsspezifische Vorgabe entnommen, die Meinungsvielfalt und die Staatsfreiheit des Rundfunks zu gewährleisten, und es hat diesen Hauptvorgaben eine Reihe weiterer Teilvorgaben wie etwa die Gewährleistung einer öffentlich-rechtlichen Grundversorgung⁹⁶ zugeordnet. Im Einzelnen werden die Rundfunkgesetze daran gemessen, wie systemgerecht und verhältnismäßig sie diese Vorgaben umsetzen. So hat das *BVerfG* etwa das absolute Verbot der Beteiligung einer politischen Partei an einem privaten Rund-

⁸⁷ So explizit für Art. 9 Abs. 1 GG schon *BVerfGE* 50, 290, 355.

⁸⁸ Grundlegend *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973, S. 140 ff.

⁸⁹ Dazu *Pieroth/Kingreen* *KritV* 2002, 219, 224 ff.

⁹⁰ *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 44), Vorb. vor Art. 1 Rn. 108; *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 9. Aufl. 2021, § 5 Rn. 18; vgl. bereits oben I.

⁹¹ *BVerfGE* 58, 300, 339.

⁹² *BVerfGE* 143, 246, 324.

⁹³ *BVerfGE* 50, 290, 355.

⁹⁴ Alle Zitate aus *BVerfG* NZA 2020, 1186, 1187f. zum verfassungsgemäßen Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bei Streiks.

⁹⁵ Vgl. für die Rundfunkfreiheit zusammenfassend etwa *BVerfGE* 136, 9, 28 ff. = JZ 2014, 560 (dazu *Starck* JZ 2014, 552); und für die Wissenschaftsfreiheit *BVerfGE* 127, 87, 114 ff.

⁹⁶ *BVerfGE* 73, 118, 157; 74, 297, 324.

funkunternehmen für unverhältnismäßig erachtet. Der absolute Ausschluss galt Beteiligungen der SPD an Verlagen, die über meist bereits im 19. Jahrhundert gegründete Parteizeitungen entstanden waren. Einige dieser Verlage hatten sich an der Privatisierung des Rundfunks beteiligt. Dadurch waren auch Kleinstbeteiligungen der SPD an Rundfunksendern entstanden. Das *BVerfG* stellte jedoch fest, dass dem Ausschluss entsprechender Kleinstbeteiligungen, „keine angemessene Förderung der objektiv-rechtlichen Ziele der Rundfunkfreiheit, namentlich der Gewährleistung von Meinungsvielfalt und Staatsfreiheit des Rundfunks“, gegenüberstehe.⁹⁷ – Für die Wissenschaftsfreiheit hat das *BVerfG* etwa als gewährleistungsspezifische Grenze formuliert, dass im Rahmen der Ausgestaltung der „Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung grundsätzlich der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers vorbehalten“ bleiben müsse.⁹⁸

c) Allgemeine bundes- und rechtsstaatliche Vorgaben

Die Ausgestaltung ist schließlich auch an weitere Normen des Grundgesetzes gebunden. So setzt auch die Ausgestaltung selbstverständlich die Gesetzgebungskompetenz (Art. 70 ff. GG) voraus und es müssen allgemeine rechtsstaatliche Vorgaben wie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit⁹⁹ und der Bestimmtheit beachtet werden.

Insoweit bestehen also zunächst keine grundlegenden Unterschiede zu den Anforderungen an Grundrechtseingriffe. Dies gilt grundsätzlich auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁰⁰ Auch soweit der Gesetzgeber mit seinen Regelungen interne Zwecke verfolgt, müssen sie sich als geeignet und erforderlich erweisen. Der Gesetzgeber darf zum Beispiel für die Geschäftsfähigkeit kein Alter festlegen, das in keinem Zusammenhang mit der Entwicklung des für die Verwirklichung der Privatautonomie relevanten Urteilsvermögens steht. Besonders dort, wo wie beim Eigentum gegenläufige Ausgestaltungsvorgaben bestehen, lassen sich auch Angemessenheitsurteile im Sinne einer Abwägung treffen. So hat das *BVerfG* etwa denkmalrechtliche Regelungen für verfassungswidrig erachtet, die die Bestandsschutzinteressen der Eigentümerin gar nicht berücksichtigt haben.¹⁰¹ Überhaupt muss vor dem Missverständnis gewarnt werden, dass Ausgestaltungsentscheidungen eo ipso für die Betroffenen von geringerer Bedeutung seien als Eingriffe. Die Ausgestaltung ist im Verhältnis zum Eingriff ein Aliud. Inhaltsbestimmungen des Eigentums können (etwa als denkmalrechtliche Bauverbote) wesentlich gravierendere Auswirkungen auf den Grundrechtsträger haben als etwa der als Enteignung zu qualifizierende Entzug eines kleinen Anteils vom Großgrundeigentum. Eine bestimmte Ausgestaltung kann für die eine Grundrechtsträgerin erheblich unvorteilhafter sein als für die andere, wie etwa das Beispiel der Minderheitsgewerkschaften zeigt, deren Tarifvertrag in einem Betrieb durch den Tarifvertrag einer Mehrheitsgewerkschaft gesetzlich verdrängt wird.¹⁰² Gleichwohl wird dem ausgestaltenden Gesetzgeber tendenziell ein weiter Gestaltungsspielraum zuerkannt,¹⁰³ was sich damit rechtfertigen lässt, dass der Gesetzgeber zur Konstituierung bzw. Prägung normabhängiger Schutzbereiche nicht nur berech-

tigt, sondern sogar verpflichtet ist und in diesem Rahmen notwendigerweise einen Ausgleich widerstreitender Interessen nicht nur herbeiführen darf, sondern muss.¹⁰⁴ Mit jeder Ausgestaltung werden andere Ausgestaltungsoptionen zwingend ausgeschlossen. Doch anders als bei Eingriffen in natürliche Schutzgüter liegt dem Grundrechtsschutz kein Schutzgut voraus. Der Ausschluss von Ausgestaltungsoptionen wirkt daher nicht freiheitsverkürzend, sondern freiheitskonstitutiv. Ausgestaltungsbedürftige Schutzbereiche sind damit notwendigerweise dynamischer als natürliche Schutzgüter.

Nicht auf Ausgestaltungen anwendbar sind hingegen die speziell auf Gesetzesvorbehalte zugeschnittenen Schranken-Schranken für Grundrechtseingriffe, wie insbesondere das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG).¹⁰⁵

2. Nachteilige Auswirkungen von Umgestaltungen auf konstituierte Rechtspositionen

Auch die Umgestaltung von normgeprägten Grundrechten ist nicht notwendigerweise mit verfassungsrechtlich relevanten Belastungen bereits konstituierter Rechtspositionen verbunden. Zum einen kann die Umgestaltung lediglich freiheitsweiternd wirken, wie im obigen Beispiel der Absenkung des Mindestalters der Geschäftsfähigkeit. Zum anderen kann ein ausreichender Zeitraum zwischen der Verkündung der Umgestaltung oder eine ausreichende Übergangsfrist dafür sorgen, dass keine schützenswerten Vertrauenspositionen entstehen. Wird etwa das Alter der Ehemündigkeit von 16 Jahren auf das Alter der Volljährigkeit erhöht,¹⁰⁶ wird die zuvor bestehende Ehefreiheit der 16-Jährigen nachteilig betroffen. Doch wenn die Zeit des Inkrafttretens der Regelung ausreichend Zeit lässt, um die Hochzeitsvorbereitung entsprechend anzupassen, entsteht erst gar kein Bedarf eines verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.

Doch nicht immer lässt sich vermeiden, dass berechnete Erwartungen an den Bestand einer Rechtslage enttäuscht werden. Werden etwa die Vorschriften des Denkmalschutzes verschärft, so wirkt sich dies nachteilig für die Eigentümer von Denkmälern aus. Für Eigentümer, deren Finanzierungsmodell beim Erwerb eines denkmalgeschützten Gebäudes auf der Zulässigkeit nun ausgeschlossener Modernisierungen beruhte, müsste der Gesetzgeber – je nach Umfang des Nachteils – durch Ausnahmvorschriften oder Fördermaßnahmen Vorkehrungen treffen, die diesem Vertrauen Rechnung tragen. Auch für entsprechende Vertrauensschutzvorkehrungen gelten die allgemeinen rechtsstaatlichen Standards, soweit sie anwendbar sind. So müssen auch die Regelungen zum Bestandsschutz rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Die Verhältnismäßigkeit der mit der Ausgestaltung verfolgten denkmalrechtlich internen Zwecke ist hingegen keine Frage des Bestandsschutzes, sondern des Ausgleichs der Ausgestaltungsvorgaben, die unter dem Aspekt der Neugestaltung zu beurteilen sind. Die nachteiligen Auswirkungen auf bereits konstituierte Rechtspositionen können die Verhältnismäßigkeit einer den Ausgestaltungsvorgaben entsprechenden Neugestaltung somit nicht in Frage stellen.

⁹⁷ *BVerfGE* 121, 30, 64.

⁹⁸ *BVerfGE* 35, 79, 115.

⁹⁹ Explizit *BVerfGE* 77, 275, 284 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

¹⁰⁰ *Bumke* (Fn. 14), S. 50 ff.; anders *Gellermann* (Fn. 12), S. 332 ff., 454 f.

¹⁰¹ *BVerfGE* 100, 226, 243 = JZ 1999, 895 (mit Anm. *Ossenbühl*).

¹⁰² *BVerfGE* 146, 71 ff.

¹⁰³ *BVerfGE* 127, 87, 116 f.; 136, 338, 363 für die Wissenschaftsfreiheit; und *BVerfGE* 146, 71, 121 für die Koalitionsfreiheit.

¹⁰⁴ *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 218.

¹⁰⁵ Explizit schon *BVerfGE* 21, 92, 93.

¹⁰⁶ Vgl. die Reform des Ehemündigkeitsrechts von 2017 (BGBl. I, S. 2429).