

Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte

Freitag, den 20. Mai 2005

Dienstag, den 24. Mai 2005

I. Art. 12 I GG als derivatives Teilhaberecht und als Verfahrensgarantie

1. Die Berufsfreiheit ist ein Eingriffsabwehrrecht. Grundrechtsfunktionen, die auf ein staatliches Tun gerichtet sind, passen schlecht in eine freiheitliche Wirtschaftsordnung, in der solches Tun leicht als systemfremde Intervention erscheint. Trotzdem hat das BVerfG Art. 12 I GG auch als (derivatives) Teilhaberecht und als Verfahrensgarantie angesehen. Diese – aus Sicht eines Studierenden wenig fallträchtigen – Grundrechtsfunktionen seien mit je einem Beispiel aus der Rechtsprechung des BVerfG belegt.

Teilhaberecht meint ein Recht auf chancengleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen. Ein Teilhaberecht ist ein derivatives Leistungsrecht: Wenn der Staat überhaupt Leistungen gewährt, verlangt dieses Recht chancengleiche Teilhabe daran. Es ist von einem originären Leistungsrecht zu unterscheiden, d.h. dem Recht, vom Staat eine Leistung ohne Rücksicht darauf zu verlangen, ob diese Leistung anderen gewährt wird. Die Frage, ob sich aus Art. 12 I GG ein derivatives Leistungsrecht ergibt, stellte sich für das BVerfG in Bezug auf das knappe Gut Studienplätze. Art. 12 I GG verlange, dass die Studienplatzkapazitäten in Orientierung an der Funktionsfähigkeit der Universität und unter Ausschöpfung aller sachlichen und personellen Mittel bestimmt und so verteilt werden, dass jeder Interessent, der die Zugangsvoraussetzungen erfüllt, die gleiche Chance hat zu studieren. Chancengleichheit verlange nach gleichheitsgerechten Auswahlkriterien und nach einem Auswahlverfahren. Einen Anspruch auf Schaffung von Studienplätzen hat die Rechtsprechung dagegen abgelehnt. „Selbst wenn grundsätzlich daran festzuhalten ist, dass es auch im modernen Sozialstaat der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und wie weit er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren will, so können sich doch, wenn der Staat gewisse Ausbildungseinrichtungen geschaffen hat, aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit Art. 12 I

GG und dem Sozialstaatsprinzip Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen ergeben. Dies gilt besonders, wo der Staat – wie im Bereich des Hochschulwesens – ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol für sich in Anspruch genommen hat und wo – wie im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen – die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist.“ (E 33, 303 [331]).

Dies verallgemeinernd kann man sagen, dass, soweit der Staat über das Grundrechtsgut verfügt (staatlicher Beruf oder Arbeitsplatz, staatlich monopolisierte Ausbildungsstätte) und soweit das Grundrechtsgut weiterhin knapp ist (im Sinne einer das Angebot übersteigenden Nachfrage), Art. 12 I GG von einem Eingriffsabwehrrecht zu einem derivativen Teilhaberecht wird. „Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen.“ (BVerfGE 33, 303 [330 f.]). Und weiter: „Diese Entwicklung zeige sich besonders deutlich im Bereich des Ausbildungswesens, das sich insoweit trotz des im Übrigen bestehenden engen Zusammenhangs mit der Berufswahl von dieser unverkennbar abhebt: Die Berufsfreiheit verwirklicht sich gegenwärtig – abgesehen von dem der Sonderregelung des Art. 33 GG unterliegenden öffentlichen Dienst – vorwiegend im Bereich der **privaten** Berufs- und Arbeitsordnung und ist hier vornehmlich darauf gerichtet, die eigenpersönliche, selbstbestimmte Lebensgestaltung abzuschirmen, also Freiheit **von** Zwängen oder Verboten ... zu gewährleisten. **Demgegenüber** zielt die freie Wahl der Ausbildungsstätte ... auf freien Zugang **zu** Einrichtungen. Das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.“

Um eine klare Antwort auf die Frage, ob der Zulassungsanspruch sich nur auf die vorhandenen Kapazitäten bezieht oder sich notfalls auf eine Erweiterung dieser Kapazitäten richtet, drückt sich das BVerfG herum. Zwar bewege sich der absolute numerus clausus für das Medizinstudium „am Rande des verfassungsrechtlich Hin-

nehmbaren“, verfassungsrechtliche Konsequenzen kämen jedoch erst bei einer evidenten Verletzung des Verfassungsauftrages zur Schaffung von Studienplätzen in Betracht (E 33, 303 [333]). Diese liege nicht vor. Überdies stehe ein grundrechtlicher Teilhabeanspruch, der sich nicht auf die Teilhabe am Vorhandenen beschränke, unter einem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann, weil individuelle Freiheit sich auf Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen lässt. Wenn aber die ausdrückliche gesetzliche Anerkennung der Verpflichtung, die Ausbildungskapazitäten zu erweitern, derzeit keine verfassungsrechtlich gebotene Zulässigkeitsvoraussetzung für den absoluten numerus clausus darstellt, dann es um so dringender zu fordern, dass der Zugang zu den bereits vorhandenen Ausbildungsstätten nur unter strengen formell- und materiellrechtlichen Voraussetzungen beschränkt werden darf.

2. Als Verfahrensgarantie hat das BVerfG Art. 12 I GG im Prüfungsverfahren weiter aktiviert. Wenn der Staat den Zugang zu Berufen von einer Prüfung abhängig mache, müsste diese Prüfung grundrechtlichen Mindestanforderungen, u.a. hinsichtlich ihrer Dauer oder hinsichtlich der Benotung der Prüfungsleistungen, genügen. Die Rechtsprechung fordert hier, dass die Prüfung ohne unnötige Verzögerung durchgeführt wird, dass Prüfung und Benotung transparent sind, dass der Prüfer dem Prüfling einen Antwortspielraum zugesteht und Vertretbares nicht als falsch bewertet, dass der Prüfling Einwände gegen die Benotung wirksam vorbringen kann und dass eine Leistungsbewertung mit Begründung erfolgt (BVerfGE 84, 34 – juristische Staatsprüfung). Der Zusammenhang zwischen der Prüfung und Art. 12 I GG ergibt sich daraus, dass die Prüfung eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung ist.

II. Grundrechtsfunktionen am Beispiel von Art. 12 I GG

Art. 12 I GG habe ich nacheinander drei Funktionen entnommen: die Funktion des Eingriffsabwehrrechts, die Funktion des (derivativen) Teilhaberechts, die Funktion der Verfahrensgarantie. Damit stellt sich die **abstrakte** Frage, welche Funktionen

Freiheitsgrundrechte grundsätzlich haben können. Weiter stellt sich die Frage, woran zu erkennen ist, welche Funktion ein **konkretes** Freiheitsgrundrecht hat.

Die abstrakte Frage führt auf die status-Lehre, (status negativus, status positivus, status activus, status passivus), die vor 100 Jahren von Georg Jellinek in einem anderen Zusammenhang entwickelt worden ist, die sich aber zur Systematisierung der Grundrechtsfunktionen gut nutzen lässt (ohne damit Teil grundrechtlicher Normausagen zu werden). Freiheitsgrundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte, Rechte, vom Staat die Unterlassung eines freiheitsbeschränkenden Grundrechtseingriffs zu verlangen (status negativus). Freiheitsgrundrechte können sodann das Recht verbiefen, auf den Staat einzuwirken und dessen Willensbildung zu beeinflussen; das gilt für das Wahlrecht oder das Petitionsrecht (status activus). Freiheitsrechte können schließlich einen Anspruch auf staatliche Leistungen gewähren (status positivus). Hier sind mehrere Varianten denkbar. Die staatliche Leistung kann in der Öffnung staatlicher Einrichtungen zur Nutzung, in der Zahlung von Geld u.ä. bestehen (Teilhaberecht). Die staatliche Leistung kann im Schutz gegen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Dritte bestehen (Schutzpflicht). Die staatliche Leistung kann in der Ausgestaltung eines Verfahrens bestehen, das in das Grundrecht eingreift bzw. das Grundrecht ausgestaltet (Verfahrensgarantie).

Weitere Grundrechtsfunktionen können mit der Status-Lehre nicht mehr erfasst werden, weil diese Funktionen sich nicht in Ansprüchen, sondern in objektiv-rechtlichen Pflichten der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt ausdrücken. Hier sind zu nennen: die Institutsgarantie bzw. institutionelle Garantie und die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension, die den Staat verpflichtet, sein gesamtes Verhalten, z.B. behördliche Ermessensbetätigung oder gerichtliche Rechtsauslegung, am Wertgehalt der Grundrechte auszurichten.

Bei einer letzteren Grundrechtsfunktion geht es weder um subjektive Rechte gegen den Staat noch um objektive Pflichten des Staates, sondern um die Rechtswirkungen der Grundrechte unter Privaten. Man spricht hier von Drittwirkung. Zu unterscheiden sind die mittelbare und die unmittelbare Drittwirkung. Bei der mittelbaren

Drittwirkung werden die Grundrechte in den rechtlichen Beziehungen zwischen Privaten dadurch relevant, dass ein in diesen Beziehungen tätiges grundrechtsgebundenes Organ des Staates sie bei der Auslegung und Anwendung des dort einschlägigen Rechts berücksichtigt; dies überschneidet sich mit der schon dargestellten objektiven Grundrechtsdimension. Bei der mittelbaren Drittwirkung folgen aus den Grundrechten keine Rechte und Pflichten zwischen Privaten; sie wirken aber auf die staatliche Entscheidung über solche Rechte und Pflichten ein. Von einer unmittelbaren Drittwirkung spricht man, wenn aus einem Grundrecht Rechte und Pflichten zwischen Privaten folgen. Die unmittelbare Drittwirkung muss eine Ausnahme sein, weil nach Art. 1 III GG nur der Staat grundrechtsverpflichtet ist, nicht Private; Private sind vielmehr grundsätzlich nur grundrechtsberechtigt; diese Grundrechtsberechtigung nähme Schaden, wenn es gleichzeitig eine umfassende Grundrechtsverpflichtung gäbe. Eines der wenigen Grundrechte, bei denen anderes gilt, stelle ich als nächstes vor: die Koalitionsfreiheit. Dass dieses Grundrecht unmittelbare Drittwirkung entfaltet, ergibt sich aus der für eine so ungewöhnliche Rechtsfolge erforderlichen ausdrücklichen grundgesetzlichen Anerkennung in Art. 9 III 2 GG.

Eine pauschale Antwort auf die konkrete Frage, welche Funktion ein bestimmtes Grundrecht hat, ist nicht möglich. Dies hängt vom jeweiligen sachlichen Schutzbereich ab. So ist es wohl kein Zufall, dass eine unmittelbare Drittwirkung gerade bei Art. 9 III GG angenommen wird, denn das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Staat auf der einen Seite und Arbeitnehmer und Bürger auf der anderen Seite kann hinsichtlich des zwischen diesen Parteien bestehenden Machtgefälles verglichen werden.

III. Art. 9 III GG: Koalitionsfreiheit

Koalitionen sind Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder. Demgemäß nennt man das einschlägige Grundrecht, Art. 9 III GG, die Koalitionsfreiheit. Koalitionen können sein: entweder Vereinigungen von Arbeitnehmern zu Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern zu Arbeitgeberverbänden. Der Koalitionsbegriff ist geprägt durch die

Merkmale der Überbetrieblichkeit, der Gegnerfreiheit und der Unabhängigkeit. Nicht erforderlich für den Schutz des Art. 9 III GG ist die Bereitschaft zum Arbeitskampf. Überbetrieblichkeit bedeutet, daß die Mitglieder der Vereinigung nicht nur aus einem Betrieb stammen dürfen. Gegnerfreiheit bedeutet, daß in der Vereinigung entweder nur Arbeitnehmer oder Arbeitgeber Mitglied sind. Unabhängigkeit bedeutet, daß eine Arbeitnehmervereinigung frei von Arbeitgeberbeeinflüssen ist und umgekehrt.

Art. 9 III GG gibt einmal ein Individualrecht, nämlich das Recht, Koalitionen zu bilden und sich darin zu betätigen. Dieses Recht steht sowohl Arbeitnehmern als auch Arbeitgebern zu, Letzteren unabhängig von ihrer Rechtsform. Als negative Koalitionsfreiheit gibt Art. 9 III GG auch das Individualrecht, sich Koalitionen nicht anzuschließen und sich nicht darin zu betätigen; Druck, einer Gewerkschaft beizutreten, um eine berufliche Position zu erlangen, ist unzulässig. Art. 9 III GG gibt sodann ein Kollektivrecht, nämlich das Recht der Koalition selbst auf Bestand und auf koalitions-gemäße Betätigung. Dieses Recht ist nicht nur in seinem Kernbereich geschützt (E 93, 352). Geschützt sind etwa der Abschluss von Tarifverträgen, die Beratung und gerichtliche Vertretung der Mitglieder, der Streik und jedenfalls die Abwehraussperrung (E 84, 212 [225]). Der Schutz von Arbeitskampfmaßnahmen kann mittelbar Art. 9 III 3 GG entnommen werden. Nicht geschützt ist der politische Streik, weil er sich gegen den Staat, nicht gegen Arbeitgeber richtet. Arbeitnehmer, Arbeitgeber und ihre Koalitionen werden geschützt gegen staatliche Eingriffe in diese Freiheiten.

Darüber hinaus ist Art. 9 III GG eine Institutsgarantie des gegenwärtigen Tarifvertragssystems, geregelt vor allem im Tarifvertragsgesetz. Schließlich hat Art. 9 III GG als einziges Grundrecht unmittelbare Drittwirkung. Verpflichtet sind nicht nur der Staat, sondern auch Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst. Nach Art. 9 III 2 GG sind Abreden zwischen ihnen, welche die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern versuchen, nichtig. Ein Beispiel ist eine Betriebsvereinbarung, dass der Arbeitgeber bei Lohnzuschlägen Gewerkschaftsmitglieder gegenüber Nicht-Mitgliedern bevorzugt. Dies ist ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Nicht-Mitglieder, weil auf sie so Druck ausgeübt wird, Gewerkschaftsmitglied zu werden. Vgl. BAGE 20, 175.

Art. 9 III ist lex specialis im Verhältnis zu Art. 9 I GG. Dort werden Vereine und Gesellschaften im Allgemeinen geschützt. Art. 9 III GG gehört zu den Grundrechten, die bestimmte gesellschaftliche Organisationen hervorheben und besonders schützen. Neben den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden trifft dies sonst zu auf: die politischen Parteien (Art. 21), die Medien (Art. 5 I) und die Kirchen (Art. 4 I / II, 140 [i.V.m. Art. 137 III]).

Die Koalitionsfreiheit bedarf gesetzlicher Ausgestaltung. Soweit der Gesetzgeber sich im Rahmen des hergebrachten Tarifvertragssystems hält, sind seine Regelungen **Ausgestaltungen** des Schutzbereichs und keine **Eingriffe**. Eingriffe werden dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich erlaubt. Die h.L. wendet den Schrankenvorbehalt des Art. 9 II GG jedoch auch auf Koalitionen an, weil nicht einzusehen sei, dass Koalitionen insoweit gegenüber sonstigen Vereinigungen bevorzugt werden sollen. Im Übrigen sind Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 9 III GG im Einzelfall zum Schutze von kollidierendem Verfassungsrecht nach Maßgabe praktischer Konkordanz zulässig.

BVerfGE 88, 103: Während eines Streiks bei der Post werden Postbeamte, die gemäß Art. 33 V GG kein Streikrecht haben, auf bestreikten Dienstposten von Angestellten eingesetzt. Auf diese Weise wird die Wirksamkeit der Streikmaßnahmen der Angestellten gemindert. Ist dies mit Art. 9 III GG vereinbar?

Lösung: Bei einem rechtmäßigen Streik darf die Deutsche Bundespost nicht den Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen anordnen, solange dafür keine gesetzliche Regelung vorhanden ist. Die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung leitet das BVerfG nicht aus einem Eingriffsvorbehalt, sondern aus dem Ausgestaltungsvorbehalt in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie her. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Fehlen gesetzliche Regelungen, müsse die Rechtsprechung sachgerechte Lösungen entwickeln, soweit es um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger gehe. Beim

Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen, bei dem es – zumindest auch – um das Verhältnis von Staat und Privatrechtssubjekten gehe, sei jedoch eine gesetzliche Regelung unentbehrlich. Sollte mit Hilfe des Beamtenrechts der Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber mit besonderen Kampfmitteln gegenüber den Gewerkschaften ausgestattet werden, so müsse dies in einem offenen, durch entsprechende Verfahrensgarantien flankierten Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich geregelt werden. Welche Regelung Art. 9 III GG im Einzelnen zulässt, bedürfe hier keiner Entscheidung.