

## *Strukturierung der grundrechtlichen Argumentation*

In Rechtsprechung und Literatur werden zahlreiche Varianten enger Tatbestandstheorien vertreten.<sup>246</sup> Von besonderer Bedeutung ist dabei die auch vom StGH vertretene<sup>247</sup> Spielart, welche den Grundrechtstatbestand a limine auf das begrenzt, was nicht schon durch die allgemeinen Gesetze verboten ist.

Der Begriff der Allgemeinheit wird dabei im *Smendschen* Sinne als sachliche Allgemeinheit verstanden.<sup>248</sup> Die damit operierende Konzeption geht davon aus, dass die Berufung auf ein Grundrecht keine Privilegierung von der allgemeinen Rechtsordnung gewähre, vielmehr die allgemeinen Gesetze auch bei der Grundrechtsausübung zu beachten seien. Das postulierte Programm einer gleichsam abwägungsfreien Schutzbereichsreduktion lässt sich bei näherem Hinsehen nicht realisieren. Letztlich kann die Frage nach dem definitiven grundrechtlichen Schutz nur beantwortet werden, wenn das Verhältnis zwischen einem Grund für den grundrechtlichen Schutz und einem ihm gegenüber zulässigen Gegengrund bestimmt worden ist. Dieses "Spiel von Grund und Gegengrund"<sup>249</sup> setzt allerdings die klare dogmatische Trennung von *Grundrechtstatbestand* und *Grundrechtsschranke*<sup>250</sup> voraus.

### *c) Beispiele aus der Rechtsprechung des StGH*

Die Judikatur des StGH ist nicht gerade reich an Beispielen für eine im skizzierten Sinne dogmatisch strukturierende Argumentation. In vielen Fällen geht sie unausgesprochen von einem engen Tatbestandsverständnis aus. Dies gilt namentlich für die ältere Rechtsprechung, für die beispielsweise die gesetzlich statuierte Konzessionspflicht für den Apothekerberuf "kein(en) Eingriff" in die Handels- und Gewerbefreiheit des Art. 36 LV darstellte.<sup>251</sup> Nach diesem Muster wurden immer wieder einfachgesetzliche Reglementierungen von Freiheitssphären als gültige Umschreibungen grundrechtlicher Schutzbereiche missverstanden.<sup>252</sup>

<sup>246</sup> Überblicke bei Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 280 ff. und Höfling, aaO, S. 176 ff.

<sup>247</sup> Dazu s. noch S. 83.

<sup>248</sup> S. Rudolf Smend, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Auflage 1968, S. 96 ff., wo er die Unterscheidung von materialer und sachlicher Allgemeinheit trifft.

<sup>249</sup> Dazu Alexy, S. 289 f.

<sup>250</sup> Beispielhaft für eine solche Argumentation etwa BVerfGE 32, 54 (72 f.); jüngst auch BVerfG, *Beschl.v. 25. März 1992*, DÖV 1992, 704 (705)

<sup>251</sup> S. *Entscheidung vom 14. Dezember 1950*, ELG 1947–1954, 230 (235).