

Horst Dreier

**Dimensionen
der Grundrechte**

Von der
Wertordnungsjudikatur
zu den objektiv-rechtlichen
Grundrechtsgehalten

Hannover 1993

Schriftenreihe der

Juristischen Studiengesellschaft Hannover

Heft 23

Vorwort

Im WS 1992/93 stellte die Juristische Studiengesellschaft Hannover eine Reihe von Vorträgen unter das Schwerpunktthema „Grundlegende Werthaltungen im geltenden Recht“.

Wir freuen uns, den Vortrag zum Verfassungsrecht hiermit veröffentlichen zu können.

Hannover, im Oktober 1993

Joachim Rückert
Vorsitzender des Vorstandes

Dimensionen der Grundrechte

Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten

Vorbemerkung	9
I. Die Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Frage ihrer theoretischen Basis	10
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	10
2. Die Kritik am Bundesverfassungsgericht	12
3. Von der Wertordnung der Grundrechte zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten	21
II. Objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte im System der Grundrechtsdimensionen	27
1. Grundrechte als subjektive Abwehrrechte – historisch und systematisch	27
2. Demokratische Ordnung und Grundrechtsausübung	38
3. Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimensionen	41
III. Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte in der Diskussion	50
1. Die Kritik Böckenfördes	51
2. Antikritische Betrachtungen.	53
3. Schlußbemerkung	63
Der Verfasser	65
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover	67

Vorbemerkung

Konfrontiert mit dem ebenso komplexen wie reizvollen Rahmenthema „Grundlegende Werthaltungen im geltenden Recht“, assoziiert der Staats- und Verfassungsrechtler wohl geradezu reflexartig die Formel vom Grundgesetz und – vor allem – den Grundrechten als einer Wertordnung. Als Begründungsbaustein oder „Schlüsselbegriff“¹ der verfassungsgerichtlichen Judikatur hat die Formel lange Zeit eine tragende Rolle gespielt. Dieser ersten Assoziation wird aber umgehend eine zweite folgen und vermutlich ein Gefühl der Ambivalenz, wenn nicht gar des Unbehagens hervorrufen: Denn bekanntlich ist die Wertordnungs-Rechtsprechung von Anfang an der heftigen und tiefgreifenden Kritik der Wissenschaft ausgesetzt gewesen². So wurde dem Verfassungsgericht u.a. die Auflösung juristischer Rationalität, philosophische Fehlorientierung, Auslieferung an bestimmte geisteswissenschaftliche Richtungen in der Staats(rechts?)lehre, Gefährdung der rechtsstaatlichen Freiheitsgewähr und folgenreiche Umbildung des tradierten liberalen Verfassungsverständnisses zum Vorwurf gemacht.

Beim Streit um den Wertordnungscharakter des Grundgesetzes und seiner Grundrechte geht es also um fundamentale staats- und verfassungstheoretische Probleme: Grund genug, die Wertordnungsfrage einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Dazu soll in einem ersten Abschnitt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts knapp rekapituliert und sodann die insbesondere gegen deren vermeintlich philosophische Grundlage gerichtete Kritik analysiert werden. Der zweite Teil führt die Diskussion unter veränderten terminologischen Vorzeichen fort und stellt die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte näher dar. Im letzten Abschnitt wird untersucht, ob unabhängig von der „unglücklichen philosophischen Liebe“³ des Bundesverfassungsgerichts zu Werttheoremen das Verständnis der Grundrechte als „Elemente objektiver Ordnung“⁴ durchgreifenden Bedenken ausgesetzt ist.

1 Vgl. *Erhard Denninger*, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe (1985), in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, 1990, S. 158 ff.

2 Ausführlich *Helmut Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, 1973; eingehend auch *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*, 4. Aufl. 1990, S. 59 ff., 62 ff.; zuletzt *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 309 ff. – Weitere und detailliertere Nachweise erfolgen im Gang der Darstellung.

3 *Hasso Hofmann*, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), *Umweltstaat*, 1989, S. 1 ff. (16).

4 *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl. 1991, Rn. 279 ff., 290 ff.

I. Die Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Frage ihrer theoretischen Basis

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Locus classicus der Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das berühmte, in der Tat „epochemachende“⁵ Lüth-Urteil aus dem Jahre 1958⁶. Obwohl das Gericht bereits in einigen früheren Urteilen, namentlich den beiden Parteienverbotsentscheidungen, das Grundgesetz unter deutlicher Betonung seiner antirelativistischen Stoßrichtung als eine „wertgebundene Ordnung“ charakterisiert hatte⁷, wird der eigentliche Grundstein hier gelegt⁸.

Es ging in jenem Fall darum, daß der Hamburger Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg zum Boykott eines (künstlerisch wohl nicht sonderlich belangvollen) Films von Veit Harlan mit dem Titel „Unsterbliche Geliebte“ aufgerufen hatte. Veit Harlan war im Dritten Reich Regisseur des berühmten Propagandafilms „Jud Süß“ gewesen und hatte sich dadurch nach Auffassung Lüths hinlänglich diskreditiert. Rechtlicher Kernpunkt des Streits war die Frage, ob in Lüths Appell ein sittenwidriger Boykottaufruf zu erblicken war. Das Landgericht Hamburg hatte das bejaht und Lüth gem. § 826 BGB zur Unterlassung verurteilt⁹. Das Bundesverfassungsgericht gab hingegen dem Recht der Meinungsäußerungsfreiheit den Vorrang.

Die weit über den konkreten Anlaß hinausreichende Begründung des Urteils läßt deutlich erkennen, daß sich die Richter der weichenstellenden Grundsätzlichkeit der Entscheidung bewußt waren. Deren zentrale Passage lautet:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat (...). Ebenso richtig ist, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will ... , in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und

5 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 67 ff. (87).

6 BVerfGE 7, 198 – Urteil des Ersten Senats vom 15. Januar 1958.

7 BVerfGE 2, 1/12: „Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung.“ Es ist bezeichnend, daß der im direkten Anschluß folgende Satz lautet: „Sie ist das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt.“ Ähnlich BVerfGE 5, 85/134 ff., 197 ff. – Vgl. auch BVerfGE 6, 32/40 („wertgebundene Ordnung“); 6, 55/72 („Grundsatznorm ... , das heißt eine verbindliche Wertentscheidung“). – In den Parteienverbotsentscheidungen ging es, wie Ralf Dreier, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht (1985), in: ders., Rechtsstaat–Vernunft, 1991, S. 73 ff. (81), richtig betont, um die Begründung der Einschränkung des freien politischen Willensbildungsprozesses, also um die wehrhafte Demokratie und ihre Vereinbarkeit mit einer demokratischen Staatsordnung. Das Lüth-Urteil hingegen entfaltete fundamentale Bedeutung für die Grundrechtsinterpretation. Darauf soll im folgenden der Schwerpunkt gelegt und die schwierige Frage nach den tragenden Gründen für den nach Art. 79 III GG normativ abgesicherten und in Art. 9 II, 18, 21 II GG instrumentell umgesetzten „Ewigkeitsgehalt“ bestimmter Verfassungsprinzipien ausgeklammert werden.

daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹⁰

Damit war der entscheidende Schritt getan. Die einschlägige Judikatur der folgenden Jahre¹¹ baute den Ausgangspunkt konsequent weiter aus, differenzierte die

8 Gertrude Lübbe-Wolff (Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 283 ff.) hält allerdings nicht (erst) das Lüth-Urteil, sondern (bereits) das Elfes-Urteil v. 16. Januar 1957 (BVerfGE 6, 32) für den entscheidenden Ausgangspunkt der Wertordnungsrechtsprechung. Die auch hier und von der wohl überwiegenden Literaturmeinung vertretene Position erachtet sie als „ungenau“ (S. 284, Fn. 200), die Qualifikation der drittwirkungsbegründenden Funktion der Grundrechte im Lüth-Urteil als erste und primäre Funktion der Wertordnungsrechtsprechung in einem Sondervotum von Rupp-v. Brünneck und Simon (BVerfGE 35, 79/148 ff., 154) als „nicht ganz zutreffend“ (S. 287). Meines Erachtens greift die Kritik nicht durch. Zwar spielt, wie in der vorigen Fußnote erläutert, die Formel von der grundgesetzlichen Wertordnung bereits in früheren Entscheidungen eine Rolle: nämlich als Kürzel für den antirelativistischen Charakter des Grundgesetzes und das Konzept der wehrhaften Demokratie.

Entscheidende Relevanz erlangt die Wertordnungsjudikatur jedoch – wir müssen hier etwas vorgreifen – weniger für die Qualifizierung der Staatszielbestimmungen als vielmehr für die Grundrechte und ihre Dimensionserweiterung. Das von Lübbe-Wolff für zentral gehaltene Elfes-Urteil betraf indes die klassisch-liberale Abwehrfunktion der Grundrechte und konnte für die Drittwirkungsfrage noch nichts Neues bringen. Auch die These, daß Gesetze nicht lediglich formell ordnungsgemäß ergangen sein, sondern materiell in Einklang mit der Verfassung stehen müssen, bedurfte keiner Herleitung aus einer Wertordnung, sondern nur der Anwendung der Art. 1 III, 19 II, 20 III GG; die gleichwohl in der Elfes-Entscheidung erfolgte Bezugnahme auf den Charakter des Grundgesetzes als einer „wertgebundenen Ordnung“ (BVerfGE 6, 32/40 ff.) fügte dem positiven Verfassungsrecht nichts Neues hinzu, sondern betonte lediglich die Verfassungsbindung des einfachen Gesetzgebers. Das ist beim Lüth-Urteil anders. Die zu der bloß formellen Schutzwirkung der Grundrechte hinzutretende materielle Schutzwirkung, von der Lübbe-Wolff spricht (S. 27 ff., 284, 285), ist im übrigen wiederum nicht durch das Elfes-, sondern durch das Lüth-Urteil und die dort begründete „Wechselwirkungslehre“ (vgl. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 7. Aufl. 1991, Rn. 677; Peter Lerche, Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 122 Rn. 4 m. w. N.) effektiviert worden (so auch Lübbe-Wolff, S. 29). Hätte das BVerfG die im Lüth-Urteil entwickelten Maßstäbe schon bei der Elfes-Entscheidung zur Hand gehabt, wäre der Fall wohl anders ausgegangen! Wenn man ein früheres Urteil in Betracht ziehen wollte, dann eher BVerfGE 6, 55 zur Frage der Ehegattenbesteuerung, da hier bereits klar mehrere Grundrechtsfunktionen unterschieden wurden; es fehlt indes an der selbstbewußten Grundsätzlichkeit der Lüth-Entscheidung. – So bleibt es also dabei, daß das Lüth-Urteil den zentralen Ausgangspunkt für die Wertordnungsjudikatur bildet.

9 Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in: BVerfGE 7, 198/199 ff.

10 BVerfGE 7, 198/204 f.

11 Ausführlich Klaus Stern unter Mitwirkung von Michael Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 899 ff.; ferner Goerlich (Fn. 2), S. 50 ff.

Anwendungsfälle und bezog sich dabei regelmäßig auf die Lüth-Entscheidung als Grundlage. Unabhängig vom später noch genauer zu betrachtenden Wandel in der Terminologie bestand das grundstürzende Novum im Grunde aus zwei einfachen Aussagen:

1. Die Bedeutung der Grundrechte geht nicht in ihrer subjektiven, auf direkte Staatsabwehr gerichteten Dimension auf.
2. Grundrechte beanspruchen prinzipielle (nicht überall identische) Geltung in allen Rechtsbereichen; einen grundrechtsfreien Rechtsraum kann es demnach nicht geben.

Diese beiden Zentralessagen sind die Basis für alle Weiterungen und Ausdifferenzierungen geworden, die die Grundrechte später erfahren haben¹². Als Kürzel für die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Grundrechte gebrauchte das Bundesverfassungsgericht jedenfalls lange Zeit die „Wertordnung“ des Grundgesetzes. Das suggerierte eine feste Rangordnung der Verfassungsbestimmungen, gewissermaßen ein starres pyramidales System mit der Möglichkeit weitgehender Absetzung vom konkreten Regelungsgehalt der Normen des Grundgesetzes¹³. Hier setzte die Kritik an.

2. Die Kritik am Bundesverfassungsgericht

Stein des Anstoßes und Kernpunkt der Kritik war die offenkundig nicht nur metaphorhaft, sondern inhalts- und folgenreich gemeinte Qualifizierung¹⁴ des Grundgesetzes bzw. der Grundrechte als einer Wertordnung¹⁵. Obwohl das Bundesverfassungsgericht eine geistes- oder philosophiegeschichtliche Selbsteinordnung sorgsam vermieden hatte, lag doch die Vermutung gewisser Verbindungslinien nahe. So galt ein Gutteil der Angriffe gar nicht direkt der Judikatur, ihrem Kerngehalt und ihren konkreten Ergebnissen, sondern ihren vermeintlich philoso-

12 Vgl. *Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert*, Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 20 f., 48. – Dazu genauer der zweite Teil dieser Abhandlung.

13 Treffende Charakterisierung (oder Karikierung?) möglicher Übertreibungen, die Anlaß zu den sogleich zu beleuchtenden kritischen Einwänden geben mochten, bei *Wolfgang Zeidler*, Grundrechte und Grundentscheidungen der Verfassung im Widerstreit, in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, München 1980, Bd. II (Festvortrag), S. I 5 ff. (8): die Verfassung erscheine als „zweistufiges Gebilde: über der positiven grundgesetzlichen Ordnung eine apokryphe ranghöhere Ordnung, die als Geist frei über den Wassern schwebende, in Gestalt eines rein gedanklichen Systems in idealtypischer Geschlossenheit sich darstellende Grundwertordnung“.

14 *Hans D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 110 (1985), S. 363 ff. (365): „keineswegs nur schmückendes Beiwerk“.

phischen bzw. staatstheoretischen Voraussetzungen und *deren* Unhaltbarkeit. Vor allem zwei Richtungen wurden kritisch ins Auge gefaßt: Der geisteswissenschaftliche Ansatz Rudolf Smends (a) und die materiale Wertethik (b).

a) Mit einem gewaltigen Paukenschlag wies Ernst Forsthoff in einem zuerst in der Carl Schmitt-Festschrift aus dem Jahre 1959 erschienenen Beitrag mit dem programmatischen Titel „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“¹⁶ auf die seiner Ansicht nach evidente Abhängigkeit der Werterechtsprechung von Rudolf Smends geisteswissenschaftlicher Methode hin¹⁷.

Die nicht auf naturwissenschaftliches „Verstehen“, sondern auf geisteswissenschaftliches „Erklären“ gerichtete werthierarchische Verfassungstheorie bzw. Staats-(rechts)lehre Rudolf Smends¹⁸ führe zu einer folgenschweren Umformung des herkömmlichen rechtsstaatlichen Verfassungsverständnisses, indem sie Technizität und Präzision der als Gesetz verstandenen und möglichst im syllogistischen Schlußverfahren zu interpretierenden Verfassung vernachlässige, die Formqualitäten des Rechtsstaates unterschätze, dessen strikte Normativität geringachte und diese durch einen letztlich unwägbaren Prozeß fließender Geltungsfortbildung der

-
- 15 Das BVerfG hat in durchaus „verwirrende(r) Terminologie“ (so treffend *Gerd Roellecke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck [Hrsg.], Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 22 ff. [35 Fn. 69]) sowohl den Katalog der Grundrechte als auch das Grundgesetz insgesamt als eine Wertordnung bezeichnet (zum letztgenannten Fall etwa BVerfGE 10, 59/81; 32, 98/108; 33, 23/29). Damit ist vor allem mit Blick auf die Bedeutung der Formel für die wehrhafte Demokratie, aber nicht darauf beschränkt, dargelegt, daß es sich auch bei den Staatszielbestimmungen und weiteren Verfassungsgarantien um grundlegende Wertentscheidungen handelt. Im folgenden konzentrieren wir uns auf das Grundrechtsverständnis, das in der Wertordnungsjudikatur eindeutig im Vordergrund gestanden hat. Seinen sachlichen Grund hat dies darin, daß die Vorstellung einer Rangordnung der Elemente bei der Verfassung insgesamt noch weniger plausibel als beim Grundrechtskatalog erscheinen müßte: eine abstrakte Vorrang-/Nachrangrelation zwischen Demokratie und Rechtsstaat, Republik und Sozialstaatsprinzip etc. wäre schlicht absurd.
- 16 *Ernst Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (1959/1976), in: Manfred Friedrich (Hrsg.), Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie, 1978, S. 117 ff.
- 17 *Forsthoff* (Fn. 16), S. 130 f.: „Auch die von Smend inaugurierte Vorstellung von Grundrechten als Werten ist inzwischen ziemlich allgemein anerkannt. Das hat Folgen gezeitigt, die gewiß für Smend im Jahre 1928 jenseits aller Voraussehbarkeit lagen, die aber darum von höchstem methodischen Interesse sind, weil sie erkennen lassen, welche Tragweite solche Qualifizierungen haben können. Indem Smend die Grundrechte, die man bisher als Individualrechte verstanden hat, zu Werten erklärte, fügte er nicht der bisherigen Grundrechtsauffassung einen neuen Aspekt hinzu, sondern versetzt Grundrechte, wie bereits bemerkt wurde, in eine andere logische Dimension.“
- 18 Vgl. zu ihr die materialreiche Studie von *Klaus Rennert*, Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, 1987; dort auch Nachweise und Diskussion der älteren Literatur.

Verfassung substituieren. Aufgrund der werthierarchischen Argumentation komme es zur Entformalisierung des Verfassungsstaates, schlußendlich zur Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung insgesamt, ein Prozeß, der folgerichtig im Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat kulminiere¹⁹.

Forsthoffs heftige Attacke wurde seinerzeit durch Alexander Hollerbach sogleich einer differenzierten und umfänglichen Analyse unterzogen, die die zum Teil überspannte Kritik zurückwies und die etwas aus dem Lot geratenen Maßstäbe wieder zurechtrückte²⁰. Vor allem schenkte Hollerbach dem eigentümlichen Umstand Beachtung, daß Forsthoff ausweislich seiner gewichtigen Verwaltungsanalysen zwar die Expansion des Sozialstaates und die damit verbundene Umformung des gesamten Staatsgefüges vollständig zur Kenntnis genommen, Konsequenzen daraus aber nur für die uneingeschränkt begrüßte Bedeutungssteigerung der als Wertverwirklichungsinstanz begriffenen Verwaltung gezogen hatte, während er die Verfassung ganz im Geiste des formalen Rechtsstaatsverständnisses des 19. Jahrhunderts nur umso technischer auslegte²¹.

Nun steht außer Frage, daß Smend in seinem grundlegenden Werk aus dem Jahre 1928 über „Verfassung und Verfassungsrecht“²² ein seinerzeit absolut innovatives Verständnis der Grundrechte als identitätsbildende und integrativ wirkende Bestandteile der Verfassungsordnung verfochten, damit die übliche Sicht der Grundrechte als negative Ausgrenzungen der staatlichen Gewalt bei weitem überschritten und sie stattdessen in positiver Weise in das Gesamtgefüge des staats- und verfassungsrechtlichen Integrationsvorganges eingefügt hat²³.

Bei der Kennzeichnung des neuen Gehalts der Grundrechte – „ihres stofflichen Inhalts“ und „ihres formalen Geltungssinnes“²⁴ –, deren Sinn eben nicht in „technischer Spezialgesetzgebung“²⁵ liege, spricht Smend ausdrücklich davon, daß der

19 Für diese knappe Zusammenfassung ließen sich zahlreiche wörtliche Zitate aus *Forsthoffs* Abhandlung (Fn. 16) zitieren: vgl. etwa S. 121, 125, 138, 143, 144, 145, 148, 149, 150. – Die Formulierung „fließende Geltungsfortbildung des gesetzten Verfassungsrechts“ findet sich bei *Rudolf Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 119 ff. (242).

20 *Alexander Hollerbach*, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?* (1960), in: Friedrich (Hrsg.), *Verfassung* (Fn. 16), S. 153 ff.

21 Vgl. *Hollerbach* (Fn. 20), S. 158, 160, 163; speziell dazu auch *Horst Dreier*, *Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung*, in: *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 137 ff. (140 f.); weitere Kritik etwa bei *Peter Lerche*, *Stil, Methode, Ansicht* (1961), in: Friedrich (Hrsg.), *Verfassung* (Fn. 16), S. 191 ff. (198 ff.); *Müller* (Fn. 2), S. 76 ff.; *Dieter Grimm*, *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform* (1972), in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 313 ff. (321 ff.)

22 *Smend* (Fn. 19), S. 119 ff.; scharfe zeitgenössische Kritik: *Hans Kelsen*, *Der Staat als Integration*, 1930 (insb. zur latenten Infragestellung der Weimarer Reichsverfassung). Vgl. auch *Müller* (Fn. 2), S. 217: „Für Smend ist eine Verfassung die Normierung einzelner Seiten des Vorganges, in dem der Staat seinen Lebensvorgang ständig herstellt; sie soll sich daher nicht auf Einzelheiten richten, sondern 'auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses'. Das ist ein Denken nicht nur auf das Ganze hin, sondern auch vom Ganzen und seiner Einheit her. Kelsen hat das Bedenkliche dieses Holismus festgehalten.“

23 Vgl. *Smend* (Fn. 19), S. 260 ff.; *Manfred Friedrich*, *Rudolf Smend 1882-1975*, in: *AöR* 112 (1987), S. 1 ff. (7 ff.).

24 *Smend* (Fn. 19), S. 263.

Grundrechtskatalog „eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d. h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren“²⁶ wolle. Und wenig später heißt es: „Ganz abgesehen von aller positiven Rechtsgeltung proklamieren die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll.“²⁷ Der historische Hintergrund seiner Ausführungen wird schließlich hinlänglich klar, wenn er zur neuen Rolle der Grundrechte anfügt: „Diese Bedeutung ist sicherlich mit dem Wegfall der Monarchie gestiegen: solange diese den geschichtlichen Gehalt des Staates symbolisierte und repräsentierte und zugleich der staatlichen Ordnung die notwendige Legitimität gab, lag es nahe, an den Grundrechten nur ihre negative, staatsbeschränkende Seite zu sehen. Jene beiden Aufgaben der Monarchie sind durch die Umwälzung frei geworden, mit dem Erfolge erheblicher Bedeutungssteigerung der als Ersatz eingetretenen Faktoren“²⁸.

Man wird weder leugnen können noch müssen, daß Smends grundsätzlicher Neujustierung der Grundrechte gerade für die Interpretation des Grundgesetzes eine nicht unbedeutende Rolle zukam²⁹. Auch mochte die personelle Besetzung der Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts die Aufnahmebereitschaft für seine Ideen durchaus steigern³⁰. Doch wie auch immer man solche – zuweilen wohl überschätzte – Faktoren und Einflußströme im einzelnen auch bewerten mag, so bleibt doch zweierlei unverkennbar. Zum einen ist die normative Verstärkung der

25 Smend (Fn. 19), S. 263; vgl. auch *ders.*, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen (Fn. 19), S. 89 ff. (97 f.). – Dieser Akzentsetzung muß man sich bewußt sein, um die vehemente Polemik Forsthoffs gegen den Verlust der Technizität und Formalität rechtsstaatlicher Freiheitsgewähr durch die neue Verfassungsinterpretation richtig verstehen zu können.

26 Smend (Fn. 19), S. 264.

27 Smend (Fn. 19), S. 265.

28 Smend (Fn. 19), S. 267. – Zu dieser Ersatz- bzw. Lückenfüllungsfunktion Konrad Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung, in: Ernst Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 3 ff. (22) mit Hinweis auf das Fehlen einer geschichtlich gefestigten freiheitlichen politischen Kultur.

29 Smend selbst hat dies offenbar so gesehen. Manche Passagen seines Festvortrages zum 10jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts (allein dies eine signifikante Auszeichnung!) muten wie eine nicht ganz uneitle Selbstbespiegelung an; vgl. Rudolf Smend, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen (Fn. 19), S. 581 ff. (insb. 589 ff.). – Ansonsten bleiben die Hinweise eher knapp: vgl. Konrad Hesse, Art. Smend, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 1183 ff. (1184); *ders.*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland (1978), in: *ders.*, Ausgewählte Schriften, hrsgg. v. Peter Häberle u. Alexander Hollerbach, 1984, S. 283 ff.; M. Mols, Art. Integration, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 3, 1987, Sp. 111 ff. (117). Etwas ausführlicher Klaus Kröger, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, 1978, S. 17 ff.; s. noch Wolf-Rüdiger Schenke, 40 Jahre Grundgesetz, in: JZ 1989, S. 653 ff. (655).

30 Eine Andeutung in dieser Richtung bei Forsthoff (Fn. 16), S. 145 f.

Bedeutung der Grundrechte zunächst ein Werk des Grundgesetzes selbst³¹, nicht lediglich seiner Interpretation – auch wenn sich dem bloßen Wortlaut etwa der Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 natürlich nicht umstandslos alle in der neueren Rechtsprechung anerkannten Grundrechtsfunktionen entnehmen lassen. Und zweitens bleibt für die hier gegebene Fragestellung zentral, daß Smend ungeachtet seiner Rede vom „Kultur- und Wertsystem“ der Grundrechte³² nicht die Existenz einer fixierbaren, streng hierarchischen Rangordnung derselben postuliert hat, wie Forsthoff dies der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur unterstellte³³. Vielmehr wird eine derartige Vorstellung in eben jenem Fundamentaltext über Verfassung und Verfassungsrecht ausdrücklich abgelehnt³⁴ – auch wenn Smend dabei nicht so weit ging wie Forsthoff, der in seiner Streitschrift *jeden* systematischen Zusammenhang zwischen den Grundrechten verneint und kategorisch festgestellt hatte, daß jedes von ihnen mit eigener Logik für sich stünde³⁵. Ferner läßt sich zeigen, daß Smend Werte nicht „als abstrakte Wesenheiten, als in sich ruhende statische Blöcke außerhalb des realen Erlebensvollzuges“ angesehen und unter Wertsystemen nicht „einen abstrakten, kryptonaturrechtlichen, nach bestimmten Gesetzen und Notwendigkeiten funktionierenden Schematismus von intransigentem Geschlossenheit“ verstanden hat³⁶. Nimmt man schließlich hinzu, daß sich der Terminus „Wert“ bei ihm weitgehend durch Ausdrücke wie Sachgehalt, Prinzip, Rechtsgut o.ä. ersetzen läßt³⁷, wird vollends klar, daß sein fundamentaler Gegenentwurf zum herrschenden Staatsrechtsverständnis seiner Zeit eine neue Dimension des Verfassungs-

31 Grundlegend *Hasso Hofmann*, Die Grundrechte 1789-1949-1989, in: NJW 1989, S. 3177 ff. (3183 ff.); s. ferner *Hesse*, Das Grundgesetz (Fn. 28), S. 9; *Walter Schmidt*, Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, in: Jura 1983, S. 169 ff. (175). – Allgemein zum fundamentalen Bruch zwischen Weimarer Reichsverfassung und Bonner Grundgesetz *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 108 ff. m.w.N.

32 Vgl. nochmals *Smend* (Fn. 19), S. 265. – Von den Freiheitsrechten als einem „Wertsystem“ sprach auch *Zaccaria Giacometti*, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941, S. 163; *ders.*, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit (1954/55), in: Hans Merz u. a. (Hrsg.), Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, 1991, S. 170 ff., der indes mit dieser Vorstellung die punktuellen und unvollständigen Grundrechtsgewährleistungen der Schweizer Kantonalverfassungen ergänzen und die normtextlich in der Urkunde verankerten Grundrechte mit dem Denkbehelf des Systems um andere, spezielle Grundrechte erweitern wollte.

33 *Forsthoff* (Fn. 16), S. 128, 132.

34 Vgl. *Smend* (Fn. 19), S. 264 Fn. 13: „Aus demselben Grunde sind sie auch untereinander nicht (ebenso wenig wie die Verfassung überhaupt) als ein technisch ineinander verzahntes, technisch geschlossenes System zu verstehen, wie die technischen Systeme etwa des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Prozeßordnungen.“ Allgemein zur Rangfrage ebd., S. 240 f., die er wiederum mit dem flexiblen Kriterium des Integrationswertes beantwortet und nicht eine bestimmte Rangfolge aufstellt. Vgl. auch *Friedrich* (Fn. 23), S. 8.

35 *Forsthoff* (Fn. 16), S. 125.

36 Treffend *Hollerbach* (Fn. 20), S. 171. Siehe auch *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 46: der Integrationslehre geschehe „Unrecht, wenn man sie in den Dienst einer angeblich vorgegebenen Wertordnung stellt“.

denkens erschlossen und dabei die strikte Normativität der Verfassungsurkunde durch weit ausgreifende Bezüge ein Stück weit relativiert hat³⁸, ohne aber der Verfassung und insbesondere ihren Grundrechten ein starres, im Sinne klarer Über- und Unterordnung hierarchisch gestuftes System von Werten zu entnehmen oder zu oktroyieren. Damit läuft ein Zentralvorwurf gegen die Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes leer, sofern er sich auf die Position Smends bezieht³⁹.

b) Die Existenz einer in sich geschlossenen und strikt fixierten Rangordnung der Werte postulierte allerdings die philosophische Schule der materialen Wertethik⁴⁰, wie sie in Max Schelers Werk über den „Formalismus in der Ethik“ repräsentative Gestalt gewonnen hat⁴¹. Diese schon nach dem Zweiten Weltkrieg in Fachphilosophenkreisen kaum mehr beachtete Richtung⁴² geht von einer strukturellen Analogie zwischen Sein und Sollen, zwischen der Welt der Dinge und der Welt der Werte aus⁴³. Sie sucht in Absetzung gegenüber dem zeitgenössischen Positivismus, Formalismus und Wertrelativismus „Werte als inhaltlich erfüllte, ontologisch vorgegebene Wesenheiten mit apriorischer Dignität zu erweisen, die durch das konkrete Handeln zwar aktualisiert werden, diesem aber vorgegeben sind.“⁴⁴ Werte sind ihr

37 Vgl. *Hollerbach* (Fn. 20), S. 171. – Damit soll wiederum nicht gesagt sein, daß sich Smends Weimarer Schrift umstandslos als Theorie des demokratischen Verfassungsstaates oder gleichsam als hauptsächliche theoretische Wegbereitung des Bonner Grundgesetzes lesen ließe; dafür ist sein Ansatz zu stark vom Glauben an die Selbstzweckhaftigkeit politischer Verbände sowie der überragenden Bedeutung des politischen Erlebens (zu Recht betont von *Joseph H. Kaiser*, Einige Umriss des deutschen Staatsdenkens seit Weimar, in: *AöR* 108 [1983], S. 5 ff. [16 ff.]) geprägt und infolgedessen von einem latenten Etatismus getragen, dem – verstärkt durch die protestantisch grundierte Betonung des staatsbürgerlichen Pflichtgedankens – eine im Vergleich zum nahezu unbeschränkten Grundrechtsindividualismus unserer Tage bemerkenswerte Restriktion der individualistischen Komponente korrespondiert. Vgl. auch die kritische, wengleich streckenweise allzu sehr im Fahrwasser Böckenfördes verbleibende Analyse von *Rennert* (Fn. 18), S. 214 ff., 299 ff.

38 Siehe dazu die bemerkenswerte Selbstkorrektur bei *Rudolf Smend*, Integrationslehre (1956), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (Fn. 19), S. 475 ff. (480). – Zu diesem Dauerpunkt der Kritik, der von Forsthoff und Böckenförde natürlich noch sehr viel schärfer akzentuiert wurde, vgl. ferner *Peter v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (Diss. phil. 1952/53), 1974, S. 15 ff. (18: „Vernachlässigung des normativen, statischen Elements gegenüber dem dynamischen“); *Peter Badura*, Art. Verfassung, in: *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl. 1987, Sp. 3737 ff. (3756 f.); *Grimm* (Fn. 21), S. 318.

39 Mit diesen wenigen Bemerkungen kann die anregende Vielfalt und der zuweilen sublimen Charakter der Smendschen Integrationslehre natürlich nicht annähernd erfaßt werden. Entscheidend bleibt für unsere nicht umfänglicher Analyse derselben, sondern einer bestimmten Fragestellung gewidmeten Untersuchung, daß jede Vorstellung starrer Relationierung von Werten dem eigentümlich fließenden und betont dynamischen Charakter des Smendschen Denkens geradewegs zuwiderläuft und von daher seine Urheberchaft für ein unelastisches Wertrangordnungsdenken als ausgeschlossen betrachtet werden kann. – So auch *Hesse* (Fn. 4), Rn. 52.

zufolge Tatsachen, und zwar objektive Tatsachen. Dem Sein der Naturwelt wird ein „Sein der Werte zur Seite gestellt, auf das sich unsere Wertungen in analoger Weise beziehen wie die Wahrnehmungen und Beobachtungen auf die Wirklichkeit und die Tatsachen.“⁴⁵ Die Wertgehalte ihrerseits befinden sich nicht im Verhältnis der Gleichordnung, sondern der Rangordnung. Diese Rangordnung wiederum liegt in ihrem Wesen selbst begründet. Auch sie ist objektiv und invariabel gegeben. Die Werte existieren dabei unabhängig von menschlicher Schöpfung, ja sogar unabhängig von menschlicher Organisation; sie sind idealseiend. Was ihre Erkennbarkeit angeht, so werden Werte letztlich gefühlt, und dieses Wertgefühl soll so objektiv wie mathematische Einsicht sein⁴⁶.

Die im Ergebnis durchgreifenden philosophischen Einwände gegen die Tragfähigkeit der materialen Wertethik, auf die insbesondere Wilhelm Weischedel hingewiesen hat⁴⁷, sind an dieser Stelle nicht weiter zu erörtern. Es reicht die Einsicht, daß diese Richtung als „Basistheorie für rechtliche Wertungen ungeeignet ist“⁴⁸. Denn

-
- 40 Gegen die hier vorgenommene klare Trennung zwischen der Position Smends und der materialen Wertethik könnte eingewendet werden, daß zwischen beiden durchaus Verbindungen bestehen (vgl. *Manfred Trapp*, Naturrecht, Wertordnung, Vernunft, in: ARSP 72 [1986], S. 153 ff. [165]), und zwar vor allem über *Theodor Litt*, der sich in seinem Werk über „Individuum und Gemeinschaft“ (Leipzig-Berlin 1919) häufiger auf Max Scheler berufen hatte; Litt aber war der wesentliche sozialphilosophische Gewährsmann für Smends Integrationslehre. Zudem hatte sich Smend an mehreren Stellen von „Verfassung und Verfassungsrecht“ (Fn. 19) auf Max Scheler bezogen (etwa S. 193 Fn. 24, 194 Fn. 29). Doch sind diese zudem nicht sonderlich intensiven Bezugnahmen im Bereich allgemeiner Grundlegung seiner Theorie von Staat und Verfassung und damit weit vor den Aussagen über die Bedeutung der Grundrechte angesiedelt; so wird der Kontrast zwischen dem Apriorismus Schelers und dem beweglichen Denken Smends nicht geschmälert (vgl. *Rennert* [Fn. 18], S. 316 ff., auch S. 218, 219, 241 ff.).
- 41 *Max Scheler*, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1916), 4. Aufl. 1954, insb. S. 101 ff.; vgl. auch *Nicolai Hartmann*, *Ethik* (1925), 4. Aufl. 1962, S. 119 ff.
- 42 Vgl. *Emerich Coreth u. a.*, *Philosophie des 20. Jahrhunderts*, 1986, S. 33 f., 97; ebenso die kleine Spitze von *Forsthoff* (Fn. 16), S. 126 („Anachronismus“).
- 43 Zum folgenden *Wilhelm Weischedel*, *Recht und Ethik*, 1956, S. 21 ff.; *Adalbert Podlech*, *Wertungen und Werte im Recht*, in: AöR 95 (1970), S. 185 ff. (201 ff.); *Arnold Brecht*, *Politische Theorie*, 2. Aufl. 1976, S. 342 f.; *Heinrich Henkel*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1977, S. 322 ff.; *Wolfgang Stegmüller*, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Bd. I, 6. Aufl. 1978, S. 110 ff., 275 f.
- 44 *Gerhard Luf*, *Zur Problematik des Wertbegriffes in der Rechtsphilosophie*, in: *Jus Humanitatis. Festschrift für Alfred Verdroß*, 1980, S. 127 ff. (128).
- 45 *Karl Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 256.
- 46 Transparente Schilderung bei *Podlech* (Fn. 43), S. 202 ff.; vgl. auch *Weischedel* (Fn. 43), S. 22; *Engisch* (Fn. 45), S. 257; *Luf* (Fn. 44), S. 139 ff.; *Wolfgang Gast*, *Juristische Rhetorik*, 2. Aufl. 1992, Rn. 454 ff.
- 47 *Weischedel* (Fn. 43), S. 19 ff., insb. S. 23 ff.; vgl. *Hans Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 220 ff.; s. auch bereits *Ernst v. Aster*, *Zur Kritik der materialen Wertethik*, in: *Kant-Studien* 33 (1928), S. 172 ff.; *Gustav Giere*, *Das Problem des Wertsystems der Weimarer Grundrechte*, 1932, S. 11 ff.

für das zentrale Problem einer modernen, entwickelten, komplexen Gesellschaft, nämlich das „Faktum des Pluralismus“ (John Rawls) und die daraus resultierende hochgradige Unterschiedlichkeit, ja Widersprüchlichkeit der Werterfahrungen und Werthaltungen von Individuen und Gruppen hat die materiale Wertethik weder eine einleuchtende Erklärung noch eine zuträgliche Lösung parat. Die „Richtigkeit“ bestimmter Werterfahrungen gilt absolut, und die davon abweichenden werden auf perspektivische Verengungen oder die „Wertblindheit“ ihrer Träger zurückgeführt. Ein Vermittlungsweg ist nicht vorgesehen. Beruft man sich aber im Bereich des Rechts lediglich auf die Absolutheit der eigenen Werterfahrung, so bedeutet das nicht nur den „Abbruch der Kommunikation“⁴⁹, sondern im Grunde genommen den Verzicht auf die Herstellung von Konsens und die Errichtung einer Rechtsordnung, die Frieden und Freiheit ihrer Bürger gerade wegen oder jedenfalls trotz unterschiedlichster Interessen, Meinungen und Wertauffassungen zu sichern in der Lage ist⁵⁰. Die von der materialen Wertethik postulierte Absolutheit der Werte und ihrer Erfahrung würde in der Tat zu einer „Tyrannei der Werte“ führen⁵¹. Insoweit – aber auch nur insoweit, d. h. bei strikter Zugrundelegung des Wertabsolutismus im Sinne Max Schelers oder Nicolai Hartmanns – kann die Kritik Böckenfördes zustimmend notiert werden, das juristische Problem der Wertetheorie liege darin, „daß es eine rational kontrollierbare Erkenntnis von 'Werten' und einer 'Wertordnung' nicht gibt, und ebensowenig ein rational begründetes Vorzugs- und Abwägungssystem für die konkurrierenden Geltungsansprüche verschiedener, oftmals miteinander kollidierender 'Werte'“⁵².

48 *Adalbert Podlech*, Recht und Moral, in: *Rechtstheorie* 3 (1972), S. 129 ff. (136); *ders.* (Fn. 43), S. 208.

49 *Podlech* (Fn. 43), S. 208.

50 Eindringlich *Böckenförde*, Wertbegründung (Fn. 5), S. 86: „Das objektive Wertdenken ist so aus sich heraus unfähig, Recht zu begründen; denn dieses ist von seiner Ordnungsaufgabe notwendig auf allgemeine Gültigkeit, damit auf rationale Einsehbarkeit und die grundsätzliche Möglichkeit rationaler Verständigung angewiesen. Überdies fehlt ihm jede befriedende Kraft. Bei der Werterkenntnis wie bei Wertkonflikten und Wertabwägungen steht letztlich Evidenz gegen Evidenz, Wertschau gegen Wertschau, ohne daß sie sich – schon dem eigenen Anspruch nach – auf den Boden rationaler Erweisbarkeit oder Vermittlung zu begeben hätten.“ Zur Gefahr des Wertdogmatismus auch *Luf* (Fn. 44), S. 140 ff. (mit Hinweis darauf, daß die materiale Wertethik sich vornehmlich den Bedingungen sittlichen, nicht rechtlichen Handelns widmet); s. ferner *Trapp* (Fn. 40), S. 171.

51 Die vielzitierte Wendung findet sich bei *Hartmann* (Fn. 41), S. 576 und ist dort als positive Umschreibung für die selektive Kraft des Wertgefühls gemeint; zur Schlagwortberühmtheit gelangte sie durch eine 1960 im Privatdruck erschienene, später in einer Festschrift für Ernst Forsthoff abgedruckte Schrift Carl Schmitts, der darin die Wertphilosophie als subjektivistisch, aggressiv und zerstörerisch kritisierte: *Carl Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967*, S. 37 ff.; dazu kritisch *Ilse Staff*, Zum Begriff der Politischen Theologie bei Carl Schmitt, in: *Gerhard Dilcher/Ilse Staff (Hrsg.), Christentum und modernes Recht, 1984*, S. 182 ff. (197 ff.).

Die entscheidende Frage ist jedoch, ob die Position des Bundesverfassungsgerichts mit der materialen Wertethik identifiziert bzw. diese als die philosophische Grundlage der Judikatur erwiesen werden kann. Die Annahme einer solchen Verbindung war in der Nachkriegszeit in der Tat durchaus naheliegend. Insbesondere in der „Naturrechtsrenaissance“⁵³ der 50er Jahre vermochte sich die wertabsolutistische Position Schelers und Hartmanns gut in die allgemein verbreiteten Versuche zur Überwindung des vorgeblich substanzlosen und wertrelativistischen Positivismus einzufügen. Einen vergleichsweise deutlichen Akzent in diese Richtung wies vor allem die naturrechtliche Rechtsprechung des BGH auf, in der auf eine recht direkte und unvermittelte Weise die Existenz einer objektiv und allgemein geltenden, alle Bürger verpflichtenden Wertordnung postuliert wurde, die als „Sittengesetz“ unbedingte, von tatsächlicher Befolgung unabhängige Geltung erheischen sollte⁵⁴. Noch unmißverständlicher hatten sich namhafte Vertreter der Rechtsphilosophie und der Staatsrechtslehre wie Helmut Coing und Günter Dürig auf die Hauptausagen der materialen Wertethik bezogen, um die Existenz einer objektiven Rechtsordnung bzw. objektiver Rechtswerte zu begründen⁵⁵. Vor allem bei Dürig findet sich die Idee eines abgeschlossenen, in sich hierarchisch strukturierten „Wert- und Anspruchssystems“ der Grundrechte⁵⁶.

52 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 29 ff. (51).

53 Zusammenfassend Kristian Köhl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, 1990, S. 331 ff.

54 Vgl. insb. BGHSt 6, 46; BGHZ 11, Anhang S. 34 ff. Faktisch kam es hier zur (unreflektierten?) Übernahme wesentlicher Lehrsätze des durch Thomas von Aquin geprägten katholischen Naturrechts (vgl. Max Müller u.a., Art. Naturrecht, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., Bd. 5, 1960, Sp. 929 ff. [insb. 962 ff.]). – Zur Kritik Weischedel (Fn. 43), S. 19 ff.; Helmut Simon, Katholisierung des Rechtes? Zum Einfluß katholischen Rechtsdenkens auf die gegenwärtige deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1962, S. 38 ff.; Werner Maihofer, Ideologie und Naturrecht. Zugleich ein Beitrag zum Thema Ideologie und Rechtsprechung, in: ders. (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 121 ff. – Verteidigung der Rechtsprechung bei Hermann Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1960, S. 1689 ff. (1690 f.). Besonders prägnant wieder Zeidler (Fn. 13), S. I 11 f.: „Es war der mit den Mitteln der Rechtsprechung unternommene Versuch, die Bürger unseres Landes in eine weltanschauliche Zwangsjacke zu pressen, deren Stoff aus religiös-transzendentalen Einsichten gewirkt war, die – wie jedermanns ehrliche Überzeugung – vollen Respekt verdienen, aber in einer freiheitlich-pluralistischen Gesellschaft als normativer Zwangsmaßstab nicht akzeptabel sein können.“

55 Helmut Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947 (dazu die kritische Darstellung von Ulrich Matz, Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrechts, 1966); Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 des GG, in: AöR 81 (1955/56), S. 117 ff.; ders., in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 1 ff. (1958). Überblick bei Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 109 Rn. 7 ff.

Anknüpfungspunkte waren also gegeben. Ausschlaggebend aber ist, daß das Bundesverfassungsgericht an keiner Stelle explizit oder implizit auf eine bestimmte Wertphilosophie, schon gar nicht auf diejenige Schellers oder Hartmanns⁵⁷ und ebensowenig auf die ganz anders geartete Werttheorie des Neukantianismus Bezug genommen hat⁵⁸. Ganz im Gegenteil vermittelt die genaue Lektüre der einschlägigen Urteile den Eindruck, daß eine eindeutige Abstützung und Verankerung in derartigen philosophischen oder auch staatstheoretischen Systemen bewußt vermieden wurde. Es findet sich kein Anhaltspunkt dafür, daß die Rede von der „objektiven Wertordnung“ als gewissermaßen höchstrichterliche Anerkennung einer besonderen philosophischen Schule oder als verfassungsgerichtlicher Ritterschlag einer bestimmten Grundrechtsinterpretation gedacht war. So reduziert sich der faßbare Gehalt der Wertordnungsrechtsprechung auf die beiden oben angeführten Punkte: Grundrechte entfalten nicht lediglich Abwehrfunktion, und sie strahlen in alle Rechtsbereiche aus. Alle Einwände gegen die Wertordnungsjudikatur, die sich auf die Fragwürdigkeit der materialen Wertethik stützen, gehen fehl.

3. Von der Wertordnung der Grundrechte zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten

Wir können eine erste Zwischenbilanz ziehen. Sofern sich die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegen die vorgebliche Postulierung eines starren, wertehierarchischen Systems wandte, kann die Verfassungstheorie Rudolf Smends nicht als Urheber angesehen werden. Diejenige philosophische Schule wiederum, die die Existenz eines solchen geschlossenen Rangsystems von objektiver Existenz und geltungsmäßiger Evidenz ausdrücklich vertritt, die materiale Wertethik, war für die Entfaltung der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur ohne

56 Breite Darstellung von Dürigs Position bei *Helmut Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 24 ff.; Kritik u. a. bei *Horst Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 58 ff.; *Ulrich Scheuner*, Zur Systematik und Auslegung der Grundrechte (1965), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften, 1978, S. 709 ff. (712 ff., 717 ff., 724 ff.); *Hans Heinrich Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), S. 161 ff. (169 ff.).

57 Vgl. *Goerlich* (Fn. 2), S. 141, der S. 18 Fn. 24 ebenfalls gegen die in der Literatur verbreitete Identifikation der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur mit der materialen Wertethik Stellung bezieht. Desgleichen *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 118.

58 Auf die Werttheorie des Neukantianismus geht *Böckenförde*, Wertbegründung (Fn. 5), S. 71 ff. ausdrücklich ein. Zu ihr allgemein *Herbert Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983, S. 219 ff.; speziell zur neukantianischen Rechtstheorie *Horst Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 70 ff.

tragende Bedeutung. Die Wertordnungsterminologie ist vermutlich weniger als Emblem für eine bestimmte philosophische Schule denn als bewußt gesetzter Kontrapunkt gegenüber dem vorgeblich schrankenlosen Wertrelativismus der Weimarer Zeit verwandt worden⁵⁹. Auch aus der – zudem vereinzelt gebliebenen – Wendung von der „Wertrangordnung“ lassen sich kaum weitergehende Schlüsse ziehen⁶⁰. Ferner hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach dem Lüth-Urteil mit hinreichender Deutlichkeit gezeigt, daß weder die Grundrechtsnormen und sonstigen Strukturbestimmungen des Grundgesetzes in eine feste Wertetafel eingefügt werden sollten noch die – möglicherweise in der Tat zu falschen Assoziationen verführende sowie die Fülle der unterschiedlichen Aspekte zu pauschal rubrizierende – Rede von „Werten“⁶¹ überhaupt unerläßlich war. Was zunächst die konkreten Rangverhältnisse zwischen verschiedenen Grundrechtsbestimmungen angeht, so ist mittlerweile klargestellt, daß es einen abstrakten Vorrang bestimmter Grundrechte vor anderen Grundrechten wie auch bestimmter Staatsstrukturbestimmungen vor bestimmten Grundrechten bzw. umgekehrt nicht gibt und nicht geben kann; hier ist es ebenso Aufgabe einzelfallbezogener Abwägung wie gesetzgeberischer Kollisionslösung, im Sinne „praktischer Konkordanz“⁶²

59 Vgl. etwa *Willi Geiger*, Grundwertentscheidungen des Grundgesetzes, in: BayVBl. 1974, S. 297 ff. – Der Antirelativismus fungierte gewissermaßen als verbindende Klammer für alle drei Verwendungskontexte der Wertordnungsjudikatur: erstens für die Begründung des Konzeptes wehrhafter Demokratie, zweitens für den strikten Vorrang der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzesrecht und drittens für die hier ins Zentrum gerückte Erstreckung der Grundrechte auf alle Rechtsbereiche und ihre dimensionale Erweiterung.

60 Der Terminus „Wertrangordnung“ erscheint in BVerfGE 7, 198/215; zu Recht hat *Schmidt* (Fn. 31), S. 176 Fn. 48 die frühe Werterechtsprechung des BVerfG wegen der Suggestion der Existenz einer festen Rangordnung als „mißverständlich“ bezeichnet; ähnlich *Geiger* (Fn. 59), S. 298; *Hofmann* (Fn. 31), S. 3185. – Auch der (2.) Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *Josef Wintrich*, der mit einigen kleineren Veröffentlichungen maßgebliche Vorarbeiten für die Wertordnungsrechtsprechung geleistet haben mag, ging offensichtlich von der Vorstellung einer strikten Wertehierarchie aus, die bei ihm allerdings nicht der materialen Wertethik entlehnt, sondern an Thomas von Aquin und dem scholastischen Naturrecht orientiert war. Aber auch hier gilt: Die Motive ergeben nicht umstandslos den objektiven Sinn, zumal es sich um die Motive einzelner Richter gehandelt haben mag. – Zu bedenken bleibt allerdings, daß das oft verwendete Bild von der Menschenwürde als *einem* oder *dem* „Höchstwert“ der Verfassung (vgl. etwa BVerfGE 35, 366/376; 45, 187/227; weitere Nachweise bei *Peter Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 20 Rn. 5 ff.; jüngst hat das Berliner Verfassungsgericht in seiner Honecker-Entscheidung diese Figur bemüht: VerfGH Berlin, EuGRZ 1993, 48 ff. [49]) der Vorstellung einer pyramidalen Rangabstufung anderer Grundrechte oder sonstiger Verfassungswerte Nahrung gibt. Ein Vierebenenmodell der grundgesetzlichen Wertehierarchie ist kürzlich von *Michael Selk*, Asylrecht und Verfassung, 1990, S. 130 ff. unterbreitet worden. – Gegen die Annahme einer solchen Wertrangordnung auch *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 125; *Morlok* (Fn. 57), S. 114, 117 f.; s. bereits *Giere* (Fn. 47), S. 86 ff., 115 f.

61 Kritik am Leerformelcharakter besonders bei *Erhard Denninger*, Staatsrecht 1, 1973, S. 26; *Goerlich* (Fn. 2), S. 135 ff., 140 ff.

den schonendsten Ausgleich zu finden, wie dies das Bundesverfassungsgericht im Lebach-Fall geradezu schulmäßig vorexerziert hat⁶³.

Die Frage der Terminologie hat dadurch an Bedeutung verloren, daß das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen mittlerweile von einer Vielzahl prinzipiell sinngleicher, aber vom Pathos der „Wertordnung“ befreiter Ausdrücke Gebrauch macht und so von objektiv-rechtlicher Wertentscheidung, objektiver oder wertgebundener Ordnung, verfassungsrechtlicher Grundentscheidung, objektiven Prinzipien oder ganz einfach von der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte spricht⁶⁴. Diese insbesondere beim Ersten Senat festzustellende Vermeidung des Wertordnungsterminus trägt im Grunde einem Monitum des langjährigen Richters des Bundesverfassungsgerichts Konrad Hesse Rechnung⁶⁵, die „vielschichtige Bedeutung der Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung“ nicht durch die Redeweise von der objektiven Wertordnung zu verkürzen, sondern das differenzierte Instrumentarium der mittlerweile entfalteten Grundrechtsdogmatik zu nutzen⁶⁶. Jedenfalls ein Stück weit mag damit und durch die weitere Fortentwicklung einschlägiger dogmatischer Figuren in der Judikatur der seinerzeit von Helmut Goerlich erhobene Vorwurf, mit der Wertordnungsrechtsprechung werde ein „Arcanum“ der Verfassungsjudikatur installiert⁶⁷, ausgeräumt sein.

Damit sei nicht gesagt, daß sich die früheren Urteile durchgängig als weniger transparent, rational und nachvollziehbar erweisen würden als die der – sagen wir – letzten zwei Jahrzehnte. Entscheidend ist vielmehr der ebenfalls in Goerlichs subtiler Studie enthaltene Hinweis auf die „relative Irrelevanz der Benennung von Werten“⁶⁸, und das heißt: Im Ergebnis wurden und werden die Judikate substantiell durch andere Begründungen oder Erwägungen getragen als durch den bloßen

62 Hesse (Fn. 4), Rn. 317 ff. u. ö.; in Rn. 72 ist klargestellt, daß damit im Unterschied zum „klassischen“, dem Polizeirecht entstammenden Verhältnismäßigkeitsprinzip „eine Relation zweier variabler Größen, und zwar diejenige, die jener Optimierungsaufgabe am besten gerecht wird [bezeichnet ist], nicht eine Relation zwischen einem konstanten 'Zweck' und einem oder mehreren variablen 'Mitteln'“. Darauf wird zurückzukommen sein.

63 BVerfGE 35, 202. Vgl. dazu *Richter/Schuppert* (Fn. 12), S. 5. – D.h.: Nicht zuletzt wegen des Prinzips der Einheit der Verfassung sind alle Verfassungswerte mit Ausnahme der durch Art. 79 III GG für unabänderlich erklärten prinzipiell von gleichem Rang (vgl. *Johannes Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 86 f.), so daß eine Abwägung der Werte im Konfliktfall durch Konkretisierungsarbeit zu leisten ist, die nicht etwa allein der Rechtsprechung, sondern im Rahmen ihres Gestaltungsspielraums vor allem der Gesetzgebung obliegt (vgl. z. B. BVerfGE 57, 295/321).

64 Vgl. dazu im einzelnen die Nachweise bei *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 899 ff.; *ders.*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 30; *Jarass* (Fn. 14), S. 367, 369 ff.; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 106.

65 Zu seinem Einfluß auf den Wandel der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 30.

66 Hesse (Fn. 4), Rn. 299; in die gleiche Richtung *Alexy* (Fn. 60), S. 480; *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 288 ff.

67 *Goerlich* (Fn. 2), S. 140; so auch *Erhard Denninger*, Freiheitsordnung–Wertordnung–Pflichtordnung (1975), in: *ders.*, Leviathan (Fn. 1), S. 143 ff. (145 ff.).

Rekurs auf Werte, denen eher eine emblematische, gerade in der Anfangsphase auch heuristische Funktion zukam. Insofern mag man sagen, daß die Wertordnungskomponente mehr der Darstellung als der Herstellung der Entscheidung zugehört⁶⁹.

Wie man sieht, läßt sich das Wertordnungsproblem durch gewisse terminologische Ausweichbewegungen und sachliche Verfeinerungen der grundrechtlichen Dogmatik um einiges entschärfen. Doch könnte man ihm – noch weitergehend und grundsätzlicher – nicht durch ein radikal anderes Verständnis von Werten und Wertungen im Recht gewissermaßen den Boden entziehen, es also als ein Scheinproblem entlarven? Ließe sich in der Titulierung von Rechtsnormen als Werten nicht lediglich die treffende Umschreibung für den Umstand erblicken, daß jedenfalls seit dem frühneuzeitlichen Prozeß der Positivierung und damit der Machbarkeit und Verfügbarkeit des Rechts Rechtsnormen realistischweise nur noch als auf bestimmten Wertungen beruhende Auswahlentscheidungen mit normativem Geltungsanspruch umschrieben werden können?⁷⁰ Und da das Grundgesetz zweifellos Rechtscharakter besitzt – könnte man nicht ganz unbefangen und von irgendwelchen Wertphilosophien unberührt davon sprechen, daß sich in den Grundrechten „eine ‚Wertentscheidung‘ oder Entscheidung für ein bestimmtes Schutzgut der Verfassung ausdrückt“⁷¹? Auf eben dieser gedanklichen Grundlinie hat Bernd Rütters kürzlich erklärt, jede (vollständige) Rechtsnorm sei als Ausdruck eines Werturteils, Werturteile als „Kernsubstanz jeder Rechtsnorm“ und das Recht insgesamt als „normative Verfestigung bestimmter Wertmaßstäbe“ zu begreifen⁷². Doch so richtig dies ist und so treffend Rütters die durch eine Überbetonung der Gefährdungselemente einer Wertbegründung des Rechts etwas einseitig geratene

68 *Goerlich* (Fn. 2), S. 140. Zu Recht warnt auch *Jarass* (Fn. 14), S. 368 vor einer Überschätzung der Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts; ebenso *Morlok* (Fn. 57), S. 118.

69 Der sachliche Gehalt des erweiterten Grundrechtsverständnisses bleibt also von der Frage zu trennen, ob das Gericht „zu diesem Zweck Werte bemühen mußte, ob es saubere begriffliche Abstraktionen nicht auch getan hätten“ (*Roellecke* [Fn. 15], S. 39). In die gleiche Richtung *Müller* (Fn. 2), S. 60: der Gebrauch des Wertbegriffs sei juristisch entbehrlich, philosophiegeschichtlich belastet und begrifflich unscharf. Das sachliche Anliegen bleibt von alledem unberührt (deutlich *Zeidler* [Fn. 13], S. 9; *Lübbe-Wolff* [Fn. 8], S. 289; *Hofmann* [Fn. 31], S. 3185).

70 Vgl. zum Prozeß der Positivierung des Rechts *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. 1983, S. 190 ff., 207 ff.; *Horst Dreier*, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 419 ff.; *Hasso Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: *Christian Starck* (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 1987, S. 9 ff. (15 ff.).

71 *Peter Badura*, *Staatsrecht*, 1986, S. 73; vgl. auch *Edwin Loebenstein*, Die Behandlung des österreichischen Grundrechtskatalogs durch das Expertenkollegium zur Neuordnung der Grund- und Freiheitsrechte, in: *EuGRZ* 1985, S. 365 ff. (377). – *Konrad Hesse* (Fn. 4, Rn. 299) zufolge hat die Kritik am Rekurs auf Werte übersehen, „daß der Begriff ‚Werte‘ vielfach nur zur Kennzeichnung des *normativen Inhalts* der Grundrechte verwendet wird“.

72 *Bernd Rütters*, *Rechtsordnung und Wertordnung. Zur Ethik und Ideologie im Recht*, 1986, S. 19 ff. (die Zitate S. 19 und 22).

Kritik zurechtrückt – den eigentlichen Punkt trifft der im Grunde rechtssoziologische Hinweis auf den Werturteilscharakter der Rechtsetzung und die unausweichliche „Wert-Relationalität“ des Rechts⁷³ nicht. Denn daß Wertungen im Recht eine wichtige Rolle spielen und den Normsetzungsakten bestimmte Wertungen zugrunde liegen, wird ja von den Kritikern gar nicht geleugnet. Insofern haben, wie Böckenförde in einer ansonsten etwas kryptischen Notiz andeutet, er und sein Korreferent Christian Starck auf der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Göttingen 1988 gar keine echten Gegenpositionen bezogen, sondern im Grunde aneinander vorbeigeredet⁷⁴. Nicht um die stets auf irgendwelchen Wertungen, Wertprämissen oder Werthaltungen beruhende Genese von Normen geht es, sondern um ihre interpretatorisch zu bestimmende Reichweite, ihren Geltungsumfang – und zwar insbesondere um die Frage der Erstreckung der Grundrechtsgeltung auf neue Gebiete bzw. in neue Dimensionen.

Im folgenden konzentrieren wir uns auf die Grundrechte, ohne die Einbettung der Grundrechtstheorie in ein allgemeines Verfassungsverständnis und die Abhängigkeit der Grundrechtstheorie von einer Verfassungstheorie sowie beider wiederum von einer bestimmten Auslegungs- oder Interpretationstheorie zu verkennen. Über die Grundrechtsdimensionen hinausgehend wäre zu fragen, ob die Verfassung als umfassende, Staat und Gesellschaft umgreifende Grundordnung oder lediglich als Rahmenordnung des politischen Prozesses adäquat zu begreifen und ein Zentralstück der Verfassung, der Rechtsstaat, als materialer oder formaler – im Sinne „rechtstechnischer Kunstgriffe“⁷⁵ – zu fassen ist. Böckenförde, einer der prominentesten und schärfsten Kritiker der Wertordnungsjudikatur, hat jene Zusammenhänge deutlich gesehen und auf seine Weise expliziert: Mit einschlägigen Aufsätzen über die „Methoden der Verfassungsinterpretation“ sowie „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“, ferner mit einem Beitrag über „Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung“ sowie einer grundlegenden Abhandlung über „Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs“⁷⁶. Gerade bei ihm und seiner Position zeigt sich deutlich, wie ein bestimmtes Verfassungsverständnis, eine gewisse Option für den formellen Rechtsstaat und fundamentale Bedenken gegen objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte innerlich zusammenhängen und sich zu einer theoretischen Position verdichten bzw. einer gemeinsamen Grundposition entspringen⁷⁷. Bei der Behandlung seiner Kritik (unter III.) werden wir daher in der gebotenen Kürze auf das Verfassungsverständnis und die Rechtsstaatsfrage eingehen.

73 Alexander Hollerbach, Art. Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 751 ff. (758).

74 Vgl. Böckenförde, Wertbegründung (Fn. 5), S. 83 f. – Der Vortrag von Christian Starck trug den Titel „Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts“ und ist wie das Referat Böckenfördes abgedruckt in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (= ARSP-Beiheft 37), 1990, S. 47 ff.

75 Forsthoff (Fn. 16), S. 151.

76 Der letztgenannte Beitrag ist enthalten im Sammelband Böckenfördes: Recht, Staat, Freiheit, 1991; die davor genannten Beiträge allesamt in seinem Sammelband: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991.

Nochmals: Nicht die Terminologie, sondern die Sache ist entscheidend. Die Grundrechte erfahren eine Geltungserstreckung, einen Dimensionszuwachs, wenn ihnen nicht nur auf individuelle Staatsabwehr gerichteter und insofern „negativer“ Charakter zugeschrieben, sondern ihnen auch andere, objektiv-rechtliche und im Ergebnis gewisse staatliche Aktivitäten erzwingende Funktionen und Wirkungen beigemessen werden⁷⁸. Diese Ausweitung um objektiv-rechtliche Dimensionen entfaltet sich unabhängig von der Wertetikettierung. Man kann – wie Jarass⁷⁹ – von Grundrechten als Wertentscheidungen und objektiv-rechtlichen Prinzipien in synonyme Weise sprechen, mit Konrad Hesse die Redeweise „Elemente objektiver Ordnung“⁸⁰ bevorzugen, Grundrechte in Anlehnung an den nordamerikanischen Rechtstheoretiker Ronald Dworkin als Prinzipien begreifen⁸¹ oder mit Klaus Stern die Terminologie „objektiv-rechtliche Gehalte“⁸² empfehlen, ohne daß dies an der entscheidenden substantiellen Frage etwas ändert. Allein entscheidend für unseren Diskussionszusammenhang bleibt, daß mit dem Nachweis fehlender Konnexität der Bundesverfassungsgerichtsjudikatur zur materialen Wertethik und mit der weiteren Erkenntnis der Entbehrlichkeit des Wertterminus das sachliche Problem der mit dem Lüth-Urteil inaugurierten Rechtsprechung keineswegs erledigt ist⁸³. Insofern kann auch die Smend-Kritik noch nicht als abgegolten betrachtet werden. Klar ist jetzt zu sehen, daß die Kontroverse um eine grundgesetzliche Wertordnung heute als Diskussion um objektiv-rechtliche Grundrechtsdimensionen geführt werden muß und daß die Antwort auf die Frage nach der Berechtigung dieser Geltungserstreckung nicht im pro und contra anachronistischer Wertlehren, sondern auf dem Felde der Verfassungs- und Grundrechtstheorie zu suchen ist. Auf dieses Feld wollen wir uns nun begeben.

77 Dies wird besonders deutlich bei seinem Beitrag über „Grundrechte als Grundsatznormen“, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159 ff., wo er am Schluß die Kritik am objektiv-rechtlichen Grundrechtsverständnis mit wesentlichen Fragen der Verfassungsinterpretation und der Stellung des Bundesverfassungsgerichts verknüpft.

78 Zur Redeweise von „positiven“ und „negativen“ Funktionen siehe z.B. *Schmidt* (Fn. 31), S. 179 oder *Jarass* (Fn. 14), S. 378, 395. – Vgl. auch BVerfGE 35, 79/114: „sein Handeln positiv danach auszurichten“. Ausführlich *David P. Currie*, Positive und negative Grundrechte, in: AöR 111 (1986), S. 230 ff.

79 *Jarass* (Fn. 14), S. 365, 367 ff.

80 *Hesse* (Fn. 4), Rn. 290 ff.

81 *Alexy* (Fn. 60), S. 18, 71 ff., 477 ff.

82 *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 918 ff.; *ders.*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 38 ff., 50 ff.

83 Vgl. oben Fn. 69 und ferner *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 917.

II. Objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte im System der Grundrechtsdimensionen

Die Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die so häufig wegen ihres scheinbar rückwärts gewandten philosophischen Bezugspunktes und ihres überhöhenden Pathos mit leichter Hand beiseitegeschoben und ernsthafter Auseinandersetzung kaum für würdig befunden wurde, stellt sich also bei nüchterner Sicht der Dinge als noch unentfaltete und in zeitgebundener Terminologie zum Ausdruck gebrachte Frage nach objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten dar. Daß das Wertordnungsargument einer älteren Schicht der Grundrechtstheorie angehört⁸⁴ und von der neuen Begrifflichkeit gewissermaßen abgelöst worden ist, liefert indes noch keine Antwort auf die sachliche Hauptfrage: ob die angedeutete Erweiterung der Grundrechtsdimensionen auf einer tragfähigen staats- bzw. verfassungstheoretischen Grundlage ruht. Dies ist denn auch vehement bestritten worden. Die Einwände laufen dabei in eine ähnliche Richtung wie bei der Wertordnungsrechtsprechung, was wegen der unveränderten Sachlage nicht verwundern kann.

Für das rechte Verständnis der Besonderheiten objektiv-rechtlicher Grundrechtsfunktionen bedarf es zunächst der Rekapitulation der (oft als „klassisch“ apostrophierten) Abwehrfunktion der Grundrechte (dazu 1.). Auch die demokratische Funktion (2.) ist von den Grundrechten als Grundsatznormen (3.) abzuheben. Die prinzipiellen Einwände gegen eine solche dimensionale Erweiterung der Grundrechte werden in Teil III einer ihrerseits kritischen Betrachtung unterzogen.

1. Grundrechte als subjektive Abwehrrechte – historisch und systematisch

„Ohne Zweifel“, so heißt es wiederum im Lüth-Urteil, „sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben.“⁸⁵ Diese Aussage ist so natürlich mißverständlich, auf jeden Fall aber erläuterungsbedürftig: zeigt doch gerade die in spezifischer Weise vertrackte deutsche Geschichte der Grundrechte⁸⁶ ebenso wie die ihrer staatsrechtlichen Deutung, daß weder der Abwehrcharakter

84 Schmidt (Fn. 31), S. 170. Typisch für den terminologischen Umbruch etwa die Formulierung in BVerfGE 33, 303/330: „Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach ausgesprochen, daß die Grundrechte zugleich als objektive Normen eine Wertordnung statuieren, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht“.

85 BVerfGE 7, 198/204 f.; vgl. auch 21, 362/369; 50, 290/336 f.; 61, 82/101; 68, 193/205.

der Grundrechte noch ihre Qualifizierung als subjektive Rechte stets und ausschließlich als ihre unbestritten zentralen Merkmale gelten konnten. Wie im Spätkonstitutionalismus die Verfassung lediglich als Gesetz mit eventuell erschwerter Abänderbarkeit betrachtet wurde⁸⁷, sah jedenfalls die herrschende staatsrechtliche Auffassung⁸⁸ in den Grundrechten nicht subjektive und schon gar nicht vorstaatliche Rechte im Sinne von einklagbaren Ansprüchen des Einzelnen, sondern (wegen der Reduktion allen Rechts auf Willensbeziehungen und der Erhebung des Staats zur höchsten Willensmacht) lediglich objektive Rechtssätze über die Ausübung der Staatsgewalt und die Beschränkung derselben im Sinne freiwilliger Selbstbindung⁸⁹. So konnte den Grundrechten entweder (wegen des Fehlens eines Rechtsobjektes) der Charakter subjektiver Rechte gänzlich abgesprochen oder ihre Gesamtheit mit dem Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung identisch erklärt werden⁹⁰. Die Grundrechtsverbürgungen in den Verfassungsurkunden des süddeutschen Frühkonstitutionalismus (Baden und Bayern 1818, Württemberg 1819)⁹¹ wiederum zeichneten sich dadurch aus, daß sie nicht unmittelbar vom Einzelnen gegen die staatliche Gewalt mobilisierbare und entgegenstehende Normen im Endeffekt beseitigende subjektive Rechte höchsten Ranges gewährten.⁹² Ohne unmittelbar derogierende Wirkung⁹³ und ohne Vorrang gegenüber entgegenstehendem

86 Im Überblick: *Gerhard Oestreich*, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, 2. Aufl. 1978; *Hans Maier*, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 2. Aufl. 1974; *Gerd Kleinbeyer*, Art. Grundrechte, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, 1975, S. 1047 ff.; *Bodo Pieroth*, Geschichte der Grundrechte, in: Jura 1984, S. 568 ff.; *Hartmut Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 54 ff.; *Hofmann* (Fn. 31), passim.

87 Vgl. nur *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485 ff.

88 Darstellung der verschiedenen Positionen bei *Friedrich Giese*, Die Grundrechte, 1905, S. 27 ff., 54 ff.

89 Vgl. insbesondere *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 1, 1911, S. 150 f. – Eine bemerkenswert faire Darstellung der wissenschaftlichen Leistung und Bedeutung Labands findet sich jetzt bei *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 341 ff.; vgl. auch *Walter Pauly*, Paul Laband (1838-1918): Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Helmut Heinrichs u. a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 301 ff.

90 Erste Alternative (Grundrechte „alte Sitte“, „historische Reminiscenz an ehemalige Eingriffe der Staatsgewalt“, also im Grunde nur politische Rhetorik) bei *Laband* (Fn. 89), zweite (Leerlaufen wegen Identität mit dem Gesetzesvorbehalt) etwa bei *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 103 („Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“) oder bei *Georg Meyer/Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 954 Anm. 2. Zu beiden scharfe Kritik von *Carl Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. Aufl. 1973, S. 140 ff.; *ders.*, Grundrechte und Grundpflichten (1932), ebd., S. 181 ff. (199 ff.).

91 Texte bei Ernst Rudolf Huber (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 155 ff. Ausführliche Analyse: *Wolfgang v. Rimscha*, Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, 1973.

92 Dies kennzeichnet erst die Situation unter dem bundesdeutschen Grundgesetz von 1949.

einfachen (Gesetzes-)Recht fungierten die als Rechte der Staatsbürger, nicht als allgemeine Menschenrechte ausformulierten Grundrechte wie Eigentums-, Gewissens-, Pressefreiheit, gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern etc. dort zuvörderst als richtungweisende Leitlinien und Impulse für eine sukzessive Modernisierung der alten, ständischen Rechts- und Sozialordnung durch den Gesetzgeber⁹⁴. Der Rang der Grundrechte und ihr auch in den staatsrechtlichen Diskussionen ablesbarer zentraler Stellenwert⁹⁵ resultierte daraus, daß sie nicht in negativer Staatsabwehr eine private Sphäre freier individueller Betätigung ausgrenzen, sondern im Sinne eines umfassenden politischen Reform- oder „Arbeitsprogramms“ (G. Anschütz) als Hebel und Motor für den sukzessiven Umbau von Staat und Gesellschaft dienen sollten. Ihre Stoßrichtung war gerade nicht anti-staatlich, sondern anti-ständisch, nicht „negativ“ abwehrend, sondern „positiv“ gestaltend⁹⁶. Im übrigen lassen sich für die oft behauptete „klassische“ Grundrechtsfunktion der Staatsabwehr⁹⁷ auch die traditionsbildenden nordamerikanischen und

93 Art. 91 der württembergischen Verfassung von 1819 blieb wohl eine papierne Formel ohne reale Wirkkraft.

94 Plastisch *Pieroth* (Fn. 86), S. 575: „Freiheit war nicht *gegen* das Gesetz zu schützen, sondern der Fortschritt erfolgte insoweit *durch* das Gesetz.“ – Besonders gründlich und eindringlich *Rainer Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: *Der Staat* 18 (1979), S. 321 ff., wiederabgedruckt in und zitiert nach: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, 2. Aufl. 1981, S. 346 ff. (350 f.: Grundrechtsbestimmungen als „Zielpunkte des säkularen Emanzipationsprozesses“, „Richtungsbegriffe für die Prozesse der Rechtsänderung und Gesellschaftsgestaltung“, „Instrument zur inneren Umgestaltung des Staates“); in größerem Zusammenhang *ders.*, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1987, § 1 Rn. 27 ff. – Vgl. auch bereits *Ernst Rudolf Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1, 2. Aufl. 1967, S. 351: „Der Sinn der Grundrechtsgarantien bestand in dieser Zeit nicht nur und nicht einmal in erster Linie in einer Freiheitssicherung zugunsten des Einzelnen. Vielmehr vollzog sich durch diese Freiheitsverbürgungen ein grundlegender staats- und gesellschaftspolitischer Wandel. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft und das innere Gefüge der Gesellschaft selbst wurde durch diese Freiheitssicherungen bestimmt. Die Gewährleistung der Grundrechte hatte in der frühkonstitutionellen Epoche den institutionellen Sinn der Sozialgestaltung; sie war ein Stück der großen Staats- und Sozialreform.“

95 Vgl. neben den vorgenannten Autoren noch *Ulrich Scheuner*, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: Böckenförde (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte* (Fn. 94), S. 319 ff.; *ders.*, Die Verwirklichung der bürgerlichen Gleichheit. Zur rechtlichen Bedeutung der Grundrechte in Deutschland zwischen 1780 und 1850, in: G. Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981, S. 376 ff.; *Hartwig Brandt*, Urrechte und Bürgerrechte im politischen System vor 1848, ebd., S. 460 ff. (465 ff.); *Reiner Schulze*, Statusbildung und Allgemeinheit der Bürgerrechte in Verfassungstexten und Staatslehre des frühen deutschen Konstitutionalismus, in: Gerhard Dilcher u. a. (Hrsg.), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, 1982, S. 85 ff. (103 f.): Herstellung des Freiheitsraums im Verhältnis der Bürger untereinander durch Abbau der altständischen Sozialstruktur.

französischen Rechteerklärungen nicht ohne weiteres in Anspruch nehmen⁹⁸. Die französische „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“ von 1789⁹⁹ verstand sich in erster Linie weniger als unmittelbar verbindlicher und justitierbarer Rechtekatalog, sondern eher als Dokument der Verkündung unverlierbarer sozialphilosophischer Einsichten,¹⁰⁰ gültig „für alle Zeiten und für alle Länder“¹⁰¹. Als Fanal der juristischen Revolution und Totenschein des Ancien Régime war sie zugleich soziales Programm zur Schaffung einer egalitären Staatsbürgergesellschaft¹⁰², worauf vor allem der deutlich akzentuierte Gleichheitsgedanke hindeutet. Insgesamt fügte sich die Deklaration in das „Zeitalter der demokratischen Revolution“ (R. R. Palmer) des ausgehenden 18. Jahrhunderts ein; weit davon entfernt, allein die Schaffung einer staatsabgewandten Privatsphäre zu propagieren, verkündete sie in einem Zug Freiheits- (und Gleichheits-) rechte und Grundsätze

-
- 96 Vgl. *Gertrude Lübke-Wolff*, Der Schutz verfassungsrechtlich verbürgter Individualrechte: Die Rolle des Reichsgerichts, in: Hermann Wellenreuter/Claudia Schnurmann (Hrsg.), Die amerikanische Verfassung und deutsch-amerikanisches Verfassungsdenken, 1990, S. 411 ff. (412): „Die Zielrichtung der Grundrechte war nicht antilegislativ; sie war vielmehr in erster Linie antifeudal“. Erst nachdem der große Transformationsprozeß vollendet und eine egalitäre Staatsbürgergesellschaft geschaffen war, konnte man meinen, „das wesentliche Anliegen der Grundrechte sei historisch erledigt“ (*Stolleis* [Fn. 89], S. 373). Den Entwicklungsgang der Grundrechtstheorie zeichnet nach *Dieter Grimm*, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 308 ff.
- 97 Vgl. *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 621, 690; *Jarass* (Fn. 14), S. 366; programmatisch *Bernhard Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457 ff. – Zu den Problemen einer konkreten Benennung „klassischer“ Grundrechte *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 470 ff.
- 98 Treffend *Pieroth* (Fn. 86), S. 570 ff. – Die oben im Text akzentuierte objektive Bedeutung zentraler Freiheits- und vor allem Gleichheitsrechte im Sinne verfassungsrechtlicher Direktiven für die Umgestaltung der Rechtsordnung durch den Gesetzgeber darf indes den rein abwehrrechtlichen Charakter des habeas-corporis-Grundrechts, das uns in praktisch allen Menschenrechtsdokumenten begegnet, nicht verdecken. Vgl. auch Fn. 119 und den dazugehörigen Text.
- 99 Zu ihr ausführlich *Sigmar-Jürgen Samwer*, Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, 1970; *Jürgen Sandweg*, Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis, 1972; *Marcel Gauchet*, Die Erklärung der Menschenrechte, 1991.
- 100 *Hasso Hofmann*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, in: JuS 1988, S. 841 ff. (846): Verkündung „vermöge des abstrakten Wahrheitsanspruchs der aufklärerischen Sozialphilosophie“; vgl. *Sandweg* (Fn. 99), S. 296 ff.
- 101 Nachweis dieses Zitats aus den Debatten bei *Sandweg* (Fn. 99), S. 300; *Alfred Voigt*, Geschichte der Grundrechte, 1948, S. 30. – *Wahl* (Fn. 94), S. 349 spricht treffend von einer „Über-Verfassungsnorm“.
- 102 Vgl. *Walter Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 22 ff.; *Samwer* (Fn. 99), S. 379: „Anruf und Auftrag“; weiter zur „Privatrechtsakzessorietät“ der Grundrechte im Sinne der Notwendigkeit (der Umgestaltung) des Privatrechts für eine auf der Individualfreiheit beruhende Gesellschaftsordnung *Dieter Grimm*, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung (1981), in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192 ff.

der Staatsorganisation (Volkssouveränität, Gewaltenteilung). Diese innere Einheit von Staatskonstitution und Grundrechtsproklamation charakterisiert auch die nordamerikanischen Erklärungen¹⁰³. Zwar war hier anders als auf dem Kontinent nicht erst eine alte Ordnung zu beseitigen, so daß die auf den Prämissen von John Lockes politischer Philosophie beruhende juristische Sicherung der im Prozeß der (ziemlich gewalttätigen) Neubesiedlung des Landes real erfahrbaren „natürlichen“ Freiheit ganz im Vordergrund stehen konnte¹⁰⁴. Gleichwohl sind die amerikanischen Dokumente durchgängig von einer Verknüpfung privater und politischer Freiheit, einer Konnexität von Grundrechtsschutz und freiheitlich-demokratischer Ordnung geprägt. Wegen ihrer Gleichursprünglichkeit konnten Grundrechte und Volkssouveränität hier ohne Anstrengung als Einheit gedacht werden¹⁰⁵. Freiheit existiert daher – nicht zuletzt wegen der wirksam werdenden englischen Rechts-tradition – auch im Staat und seinen Institutionen, nicht allein außerhalb derselben. Pars pro toto nehme man die – natürlich auf die kritische Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten bezogene – Qualifizierung der Pressefreiheit als „one of the great bulwarks of liberty“¹⁰⁶ und vergleiche damit Jellineks gänzlich apolitische Einstufung¹⁰⁷. Schließlich lassen die amerikanischen und französischen Rechteerklärungen und Verfassungen ebensowenig wie die deutschen Konstitutionen anfangs des 19. Jahrhunderts den Aspekt der allgemeinen Sicherung und des staatlichen Schutzes der grundrechtlichen Freiheiten unerwähnt¹⁰⁸. Unter dem Topos allgemeiner „Sicherheit“, die über rechtsstaatlich verlässliche Normsetzung und

103 Deren berühmteste, die „Virginia Bill of Rights“ v. 12. Juni 1776, stand noch als eigenständiges Dokument neben der Verfassung; die Bill of Rights von Pennsylvania wurde dann bereits mit einem der Staatsorganisation gewidmeten Teil („frame of government“) zur Verfassung (Constitution) des Staates zusammengefaßt (*Gerald Stourzh*, Zur Konstitutionalisierung der Individualrechte in der Amerikanischen und Französischen Revolution [1976], in: ders., Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 155 ff. [164]).

104 Zu diesen und weiteren Differenzen zwischen amerikanischer und französischer Revolution: *Jürgen Habermas*, Naturrecht und Revolution (1963), in: ders., Theorie und Praxis, 2. Aufl. 1980, S. 89 ff. (93 ff., 111 ff.); *Stourzh* (Fn. 103), S. 167 ff.; *Hofmann* (Fn. 100), S. 844, 846 f.

105 Vgl. *Willi Paul Adams*, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, 1973, S. 68 ff., 121 ff.; *Eberhard Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 145 ff.; *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, S. 335 ff. – Für Deutschland treffend *Brandt* (Fn. 95), S. 466: „Bürgerrechte waren nicht Legitimitätsgrundlage des Gemeinwesens, sondern ... rechtsstaatliche Fessel obrigkeitlicher Politik“.

106 Virginia Bill of Rights, Section 12. Dazu und zu ähnlichen Bestimmungen der nordamerikanischen Rechtserklärungen *Gerald Stourzh*, Die Entwicklung der Rede- und Meinungsfreiheit im englischen und amerikanischen Rechtsraum, in: ders., Grundrechtsdemokratie (Fn. 103), S. 175 ff. (189 ff.).

107 *Jellinek* (Fn. 90), S. 104: „Wenn kraft der Pressefreiheit jemand eine Druckschrift veröffentlicht, so ist das ein Vorgang, der als solcher, d. h. abgesehen von den mit ihm etwa verknüpften Rechtsgeschäften, niemandes, namentlich aber nicht des Staates Recht tangiert, der mit dem Genuße des eigenen Weines, dem Spaziergehen auf eigenem Grundstücke auf gleicher Linie steht.“

den Schutz vor staatlicher Willkür weit hinausgeht, erschließt sich der Idee freiheitsverbürgender Grundrechte so über das vertikale Staat-Bürger-Verhältnis auch die horizontale Ebene der Beziehungen zwischen den Bürgern; festgehalten ist damit der 1789 vom Abbé Sieyes klar formulierte Gedanke¹⁰⁹, daß die individuelle Freiheit auch durch Private bedroht sein kann¹¹⁰. Nachdem namentlich in den deutschen Verfassungen des späteren 19. und 20. Jahrhunderts¹¹¹ die Sicherheit kein explizites Grundrechts-Thema war¹¹², erfährt der Gedanke in Gestalt der grundrechtlichen Schutzpflichtendoktrin seit einigen Jahren eine kräftige Renaissance.

Die in der spätkonstitutionellen Phase (also nach der Etablierung einer liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung) sich durchsetzende Fixierung auf den Abwehrcharakter der Freiheitsrechte¹¹³ als erste oder gar einzige, ja ursprüngliche

108 Souveräne Zusammenfassung: *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 25 ff.; ausführlicher *ders.*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Gerhard Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, insb. S. 51 ff., 64 ff.; *Hermes* (Fn. 64), S. 145 ff.

109 *Emmanuel Joseph Sieyes*, Einleitung zur Verfassung, in: ders., Politische Schriften 1788-1790, 2. Aufl. 1981, hrsgg. v. Eberhard Schmitt u. Rolf Reichardt, S. 239 ff. (247 f.).

110 Daran zeigt sich, daß sowohl historisch wie systematisch die Etablierung einer souveränen staatlichen Herrschaftsordnung (dazu knapp *Horst Dreier*, Art. Souveränität, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 1203 ff.) der Gewährleistung von Grundrechten im modernen Sinne der gleichen Freiheit aller vorausgeht; besonders Isensee hat einen entsprechenden Stufengang der Entwicklung bzw. eine Stufenpyramide staatlicher Zweckebenen betont (*Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 13 Rn. 80, 102, 103; *ders.* [Fn. 108], § 111 Rn. 32 ff.; vgl. *Horst Dreier*, Rechtsethik und staatliche Legitimität, in: *Universitas*, 48. Jg. [1993], S. 377 ff. [383 ff.]). Auch der demokratische Verfassungsstaat muß die vordemokratische Funktion des absoluten Staates, Friedens- und Ordnungsmacht zu sein, bewahren – und findet darin nach wie vor eine fundamentale Legitimation (vgl. BVerfGE 49, 24/56 f.). Grundrechte sind so zwar richtig und einprägsam als Antworten auf die „Tendenzen zur Souveränität“ bezeichnet worden (*Martin Kriele*, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, in: Festschrift für Scupin, 1973, S. 187 ff. [195]; doch ebenso richtig ist, daß sie in gewisser Weise eine souveräne Ordnung voraussetzen, die die rechtlichen Gewährleistungen faktisch zu garantieren in der Lage ist. So erscheint der Staat der modernen Grundrechtsdemokratie scheinbar paradoxerweise als „Garant und Widersacher der Menschenrechte“ zugleich (*Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 115 Rn. 45 ff.). Indes bleibt zu beachten, daß der den Schutzgedanken implizierende Anspruch des frühneuzeitlichen Staates, „die innere Sicherheit des Gemeinwesens herzustellen und den Bürger in seiner physischen Existenz und in seinen Rechten vor den Übergriffen der anderen zu schützen“ (*Isensee* [Fn. 108], § 111 Rn. 32 – das zeitlose Thema des Thomas Hobbes), sich seinerseits nicht in erster Linie der Idee der Grundrechtssicherung, sondern dem Streben nach Herrschaftsstabilisierung verdankte. Die grundrechtlichen Schutzpflichten des demokratischen Verfassungsstaates sind etwas genuin anderes als Maßnahmen zur Unterbindung von Fehde und Bürgerkrieg durch einen sich absolut setzenden Souverän.

111 Zum Verschwinden des Menschenrechts auf Sicherheit im Vormärz *Robbers* (Fn. 108), S. 97 ff.

Grundrechtsfunktion zu behaupten, stellt also bei verfassungshistorischer Betrachtung eine gewaltige Verkürzung dar¹¹⁴.

Gleichwohl trifft das Bundesverfassungsgericht den Kern der Sache, wenn es vom primär abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte spricht¹¹⁵ – geht es ihm doch nicht um die Nachzeichnung der historischen Entwicklung, sondern um den systematischen Hauptaspekt. Der sachlich-logische Vorrang der rechtsstaatlich-liberalen Abwehrkomponente¹¹⁶ besteht nun heute in der Sicherung von privaten und gesellschaftlichen Freiräumen gegenüber einer öffentlichen Gewalt, die sich als friedenserhaltende Ordnungsmacht etabliert hat. Es ist dieser souveräne, über das Gewaltmonopol verfügende Staat, der zugleich als potentielle Bedrohung individueller Freiheit erscheint¹¹⁷ und gegen dessen Zugriff die Grundrechte eine möglichst breite Zone autonomer Lebensgestaltung im Sinne der „Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug“ (BVerfGE 63, 343/357) sichern wollen¹¹⁸. Besonders deutlich tritt der Charakter der Abwehr staatlichen Zugriffs naturgemäß bei der Freiheitsentziehung hervor¹¹⁹. Doch auch zahlreiche andere Grundrechte des Grundgesetzes sind durch einen „abwehrrechtlichen Duktus“¹²⁰ gekennzeichnet¹²¹, was bei der Schaffung des Grundgesetzes nicht zuletzt durch den unmittelbaren Bezug zum gerade überwundenen NS-System veranlaßt gewesen sein dürfte¹²². Freilich bewahrt die abwehrrechtliche Grundrechtsdimension

112 Daraus darf aber nicht auf die materielle Vernachlässigung des Schutzaspektes durch die Staatsgewalt gefolgert werden. Diesem wurde in höchst selbstverständlicher, in seinem fundamentalen Grundrechtsbezug häufig gar nicht erkannter oder thematisierter Weise auf einfachgesetzlicher Grundlage Rechnung getragen: durch Schaffung einer funktionierenden Gerichtsbarkeit und einer effektiven Polizei, Regelungen des Straf- und auch des Privatrechts (insbesondere Begrenzungen der Privatautonomie), durch Festlegung von Standards der Gefahrenabwehr u. v. a. m.: vgl. *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 29 und besonders *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553 ff.

113 Schlagwortartig *Piero* (Fn. 86), S. 576: „Anders als zu Beginn des 19. Jahrhunderts ging es jetzt nicht mehr um die Verwirklichung von Freiheit *durch* Gesetze, sondern um den Schutz von Freiheit *vor* Gesetzen.“ – Repräsentativ dafür ist *Jellinek*s Lokalisierung der Freiheitsrechte im „status negativus“; vgl. *Jellinek* (Fn. 90), S. 85, 87, 94 ff. (dazu *Grabitz* [Fn. 105], S. 3 ff., 176 ff.). In der Konsequenz der Annahme des Primats der staatlichen Rechtsordnung und der bloßen Selbstbeschränkung der staatlichen Gewalt liegt es, Freiheit nur als eine Art Restgröße, als Residualkategorie zu fassen (vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 419: „Was nach Abzug der rechtlichen Einschränkung für den einzelnen an Möglichkeit individueller Betätigung übrigbleibt, bildet seine Freiheitssphäre.“). Die Grundrechte gewähren also lediglich eine in flexiblen Grenzen gehaltene staatsfreie Sphäre (allgemein *Giese* [Fn. 88], S. 57 ff.), weil sie definitionsgemäß (nur) als Negation gesetzwidrigen Zwanges wirken. Formelhaft verkürzt: Absenz der Freiheit bei Präsenz des Rechts – und umgekehrt. Die möglicherweise freiheitsschützende, freiheitswahrende oder erst freiheitsermöglichende Funktion staatlichen Rechts kommt bei dieser – nur vor dem Hintergrund einer kategorialen Trennung von Staat und Gesellschaft verständlichen – Perspektive ebensowenig in den Blick wie ein möglicher Zusammenhang zwischen privater und politischer Freiheit. Zwischen Grundrechten als subjektiven bürgerlichen Rechten und staatsbürgerlichen „politischen“ Rechten zog die Lehre eine klare Trennungslinie (vgl. nur *Giese* [Fn. 88], S. 1 f.).

114 Der mit der Reduktion der Grundrechtsfunktionen auf die Abwehrfunktion verbundene „negative“ Freiheitsbegriff hat in Deutschland Tradition (vgl. zum größeren Zusammenhang *Hasso Hofmann*, Repräsentation, 2. Aufl. 1990, S. 416 ff.). Diese Verkürzung ist Ausdruck eines Freiheitsverständnisses der Staatsferne, das sich vom politischen Gemeinwesen abwendet und ganz auf die Privat- und Wirtschaftssphäre konzentriert; die Aufspaltung der Freiheit in eine bürgerlich-private und eine politisch-öffentliche Seite führte zur überspizten, wiederum spezifisch deutschen Trennung von Staat und Gesellschaft, die ihre reale Grundlage im Dualismus des konstituellen Systems mit seinen unaufgelösten inneren Spannungen hatte. Bereits für die deutsche Staatsanschauung des 18. Jahrhunderts hatte *Scheuner* (Fn. 95), S. 324 die Neigung ausgemacht, „die dem Einzelnen verbleibende Sphäre als staatsfrei zu deuten, damit als einen Raum freien Beliebens und privater Staatsferne, während dem westlichen Denken stets die aktive politische Bedeutung individueller Grundrechte als Basis eines freien Gemeinwesens vertraut blieb“. Ebenso *Hans Maier*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Theorie (1966), in: ders., Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl. 1980, S. 278 ff. (287): die Schwäche der bürgerlichen Bewegung in Deutschland kreierte einen Freiheitsbegriff, „der eine als Reservatfreiheit aufgefaßte bürgerliche Freiheit gegen die politische Freiheit durch Teilnahme am Staat auszuspähen versuchte: man könne die eine, nämlich die Freiheit vom Staat besitzen, ohne die andere, nämlich den freien Staat, zu haben oder auch nur zu wollen“. Zweifelsohne war das Biedermeierliche dieses restringierten Freiheitsbegriffs, den die Paulskirchenverfassung bezeichnenderweise souverän überwand (vgl. *Jörg-Detlef Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1985, S. 162 ff., 177 ff., 537 ff.), im Endeffekt politisch verhängnisvoll. Es erscheint kaum als Zufall, daß *Rudolf Smends* bewegender Appell, neben den bürgerlich-liberalen Freiheiten die Notwendigkeit der Beteiligung am Staat im Sinne einer sittlichen Berufspflicht des freien Bürgers nicht zu vergessen (Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen [Fn. 19], S. 309 ff.), aus den letzten Tagen der Weimarer Republik stammt. – In gewisser Weise ist auch die Vorstellung von Grundrechten und Demokratie als zwei Legitimationsquellen oder -polen des demokratischen Verfassungsstaates (vgl. *Josef Isensee*, Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, 1981; *Christian Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 29 Rn. 1 ff.) dem tradierten „Schisma zwischen dem repräsentativ-demokratischen und dem justiziell-rechtsstaatlichen Moment der Verfassung“ (*Denninger* [Fn. 61], S. 117) noch verhaftet.

115 Siehe oben Fn. 85.

116 Vorrang insofern, als ohne private, bürgerliche Freiheit politische Freiheit und ein freies politisches Gemeinwesen (im modernen, nicht im antiken Sinne) nicht denkbar ist, während die Umkehrung, wie anhand der deutschen Sonderentwicklung im 19. Jahrhundert ablesbar, nicht gilt. Zu diesem Ergänzungsverhältnis zwischen privater und bürgerlicher Freiheit, das nicht im Sinne einer Trennung von (liberaler) Gesellschaft und (monarchischer) Staatsanstalt mißverstanden werden darf, bereits *Smend*, Bürger und Bourgeois (Fn. 114), S. 317 f.; ferner *Konrad Hesse*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: DÖV 1975, S. 437 ff. (442); *ders.*, Art. Grundrechte, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 2, 1986, Sp. 1111 ff. (1114); *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Absatz 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 335 ff.; *Hans-Peter Schneider*, Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 11 ff. (43). Treffend auch *Kröger* (Fn. 29), S. 42: Private Freiheit als „Bedingung und Voraussetzung für eine freie politische Teilhabe an der Mitgestaltung der politischen Ordnung als Inbegriff öffentlicher Freiheit.“

freiheitlicher Sozial- und Wirtschaftsordnung ihren unverlierbaren und durch demokratische Normengenesen nicht kompensierbaren Sinn¹²³. Gerade eine Vorschrift wie der im Zusammenhang mit Art. 2 II 2 GG zu sehende Art. 104 GG macht indes deutlich, daß die Rede von der „Abwehrfunktion“ nicht eine totale Abschirmung und völlige Exklusion des Staates, sondern die Formalisierung, die Beschränkung und damit die Rationalisierung seines Zugriffs meint. In dieser Bindung der Eingriffsbefugnisse an bestimmte formelle und materielle Vorausset-

-
- 117 „Denn der, welcher Macht genug hat, alle zu beschützen, hat auch Macht, alle zu unterdrücken“: *Thomas Hobbes*, *De Cive* (1642), VI, 13 (Anmerkung). Es bedarf also der „Sicherheit vor dem Hüter der Sicherheit“ (*Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit [Fn. 108], S. 5 ff.). – Wesentliche Instrumente hierfür sind neben den Grundrechten selbst Vorkehrungen gewaltenteilender Art sowie die Anerkennung und organisatorische Absicherung des Vorrangs der Verfassung.
- 118 Vgl. umfassend *Hasso Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: JZ 1992, S. 165 ff.; dort ist auch zu Recht betont, daß Autonomie das Eingehen heteronomer Bindungen nicht ausschließt, sondern eine Voraussetzung dafür bildet.
- 119 Wegen der existentiellen Grunderfahrung des Entzugs der körperlichen Bewegungsfreiheit und des bereits früh gewährten Schutzes vor willkürlicher Verhaftung (*Magna Charta* 1215, *Habeas-Corpus-Akte* 1679) mochte es naheliegen, darin auch sachlich die „Mutter aller Grundrechte“ zu sehen; so *Kriele* (Fn. 110), S. 205, der diese Behauptung der bekannten These *Georg Jellineks* (*Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 1. Aufl. 1895) von der Religionsfreiheit als dem „Urgrundrecht“ entgegengestellte (Abdruck des Jellinek-Textes und weiterer Stellungnahmen zu der durch ihn ausgelösten Debatte bei Roman Schnur [Hrsg.], *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964). Beide Thesen sind zu Recht auf Kritik gestoßen: vgl. *Stourzh* (Fn. 103), S. 162 (zu Jellinek); *Heinz-Christoph Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 140 (zu Kriele); *Hofmann* (Fn. 100), S. 845 f. (zu beiden).
- 120 *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 9.
- 121 Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 73. Die Wohnung soll als Rückzugsort dienen, die Meinungsfreiheit soll auch und gerade die private, intime, ganz unpolitische Kommunikation schützen, das Eigentum privatnütziger Verwendung offenstehen, die Vereinsbildung eine freie und vom Staat unbehelligte sein etc.
- 122 Das belegt die allgemeine These vom „Antwortcharakter“ der Grundrechte: Sie sind Antworten auf real erfahrene Freiheitsbeschränkungen und -verletzungen, bündeln insofern historische Erfahrungen und stellen sich als Reaktionen auf Gefährdungslagen menschlicher Freiheit dar.
- 123 Das bezeichnende Gegenstück für die oben beschriebene unpolitische Dissoziation von privater und politischer Freiheit bildet die von einigen Abgeordneten der Deutschen Nationalversammlung 1919 vertretene Auffassung, die Aufnahme von Grundrechten in die Reichsverfassung sei überflüssig, weil diese durch die Demokratisierung der Staatsgewalt ihr notwendiges Gegenüber verloren hätten (vgl. *Gerd Kleinheyer*, Art. Grundrechte, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 1047 ff. [1081]). Freiheitsschutz gegen den eigenen, demokratisch gebildeten Willen erschien als entbehrlich, ja als Selbstwiderspruch. Vergessen wurde hier in rousseauistisch anmutender Einseitigkeit, daß es auch in „einer freiheitlichen Verfassungsordnung ... solcher Abwehrrechte (bedarf), weil auch die Demokratie Herrschaft von Menschen über Menschen ist, die der Versuchung des Machtmißbrauchs unterliegt, und weil die öffentliche Gewalt auch im Rechtsstaat Unrecht tun kann. Die Gestaltung der objektiven Ordnungen allein vermag den Schutz hiergegen nicht wirksam zu gewährleisten“ (*Hesse*, Art. Grundrechte [Fn. 116], Sp. 1113 f.).

zungen liegt der springende Punkt, nicht in der Gewährung vermeintlich absoluter Freiheitsräume. Grundrechtsdogmatisch formuliert: Der tatsächliche Wirk- oder „Garantiebereich“ der Grundrechte ergibt sich im Unterschied zu ihrem Schutzbereich¹²⁴ erst durch das jeweils aktualisierte Maß an Beschränkungsmöglichkeiten durch eben jene Staatsgewalt, in der eine herkömmliche Sichtweise nur den Gegner der Freiheit erblicken kann¹²⁵. So gesehen, ist das Wichtigste an den Einzelgrundrechten – ihre Beschränkungsmöglichkeit¹²⁶. Denn nur weil sie den staatlichen Zugriff in unterschiedlichem Ausmaß eröffnen und von verschiedenen Voraussetzungen abhängig machen, ist – abgesehen von Gründen historischer Tradition – die Ausdifferenzierung verschiedener subjektiver Freiheitsrechte in der Verfassung überhaupt sinnvoll und nötig¹²⁷. Die nicht allein, aber vor allem in den grundrechtlichen Schrankenregelungen sichtbar werdende Notwendigkeit der Fixierung bestimmter Grenzen für die Grundrechtsausübung im Sinne der Kompatibilisierung konfliktträchtiger Grundrechtsausübungsansprüche und ihres Ausgleiches mit anderen Verfassungsgütern ist nun wiederum vorrangige Aufgabe des demokratischen Gesetzes¹²⁸. Diesen auch in der Abwehrdimension wirksam werdenden inneren Zusammenhang zwischen demokratischer Rechtsgestaltung und Grundrechtsschutz ist die verräumlichende Rede von Grundrechten als „negativen Kompetenznormen“¹²⁹ zu verdecken geeignet¹³⁰.

Unter Berücksichtigung jener grundrechtsdogmatischen Präzisierung läßt sich demgemäß treffend sagen, daß die Grundrechte des Grundgesetzes „überwiegend als Abwehrrechte ausgestaltet und wirksam (sind), indem gegenüber möglichen Freiheitsgefährdungen in typischen Bereichen seitens der öffentlichen Gewalt ein Bereich freier Entscheidung oder Betätigung 'ausgegrenzt', d. h. einem unangemes-

124 Vgl. zur Differenz von Schutz- und Garantiebereich genauer *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 25 ff., 100.

125 Nochmals grundrechtsdogmatisch gesprochen: Eine Grundrechtsverletzung liegt erst vor, wenn der Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts nicht durch die Verfassung gedeckt (nicht verfassungsmäßig, nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt, in den Garantiebereich eingreifend – so andere Formulierungen) ist; vgl. statt aller *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 256 f.

126 Daß auch im Normtext nicht ausdrücklich mit einer Einschränkungsmöglichkeit versehene, sog. „vorbehaltlose“ Grundrechte wie Art. 4 I oder 5 III GG Einschränkungen – wenngleich auf hohem Rechtfertigungsniveau – unterliegen, ist unbestritten: ausführlich dazu *Friedrich E. Schnapp*, Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, S. 729 ff.; *Martin Kriele*, Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, in: JA 1984, S. 629 ff.

127 *Hasso Hofmann*, Das Verfassungsprinzip der Freiheit, in: *Recht und Rechtsbesinnung. Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff*, 1987, S. 231 ff. (240): „In der alten Form feudaler Freiheitsbriefe nennt der moderne Staat also eigentlich nicht Räume, die er freigibt, sondern bezeichnet er die nach Lebensbereichen abgestuften Notwendigkeiten von Freiheitseingriffen und Freiheitsgestaltungen. Nach dem Verfassungsprinzip der Freiheit ist das rechtlich Wichtige an den Grundrechten paradoxerweise nicht die Garantie der Freiheit, sondern die Regelung von Einschränkungsmöglichkeiten.“ *Ders.* (Fn 118), S. 169, 171.

senen staatlichen Zugriff entzogen wird.“¹³¹ In dieser Abwehrperspektive erscheint der Staat als potentieller Widersacher der Freiheit des Einzelnen, welcher Beeinträchtigungen seiner Rechtssphäre unter Berufung auf jene Rechte geltend machen und im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit auch prozessual durchsetzen kann – und zwar gegen jegliche Erscheinungsform der Staatsgewalt¹³² und ohne gesetzliche Vermittlung. Ausgestaltet als einklagbare subjektive Rechte, gewähren die Grundrechte dem Einzelnen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen unzulässige Beeinträchtigungen seiner Freiheitssphäre¹³³. Diese bipolare Grundstruktur und das nahezu lückenlose Rechtsdurchsetzungsinstrumentarium des Grundgesetzes¹³⁴ sowie der auch im demokratischen Verfassungsstaat unentbehrliche Schutz vor Übergriffen der öffentlichen Gewalt sichern der Abwehrkomponente auf Dauer ihren zentralen Rang und rechtfertigen die Feststellung, das Grundgesetz ziele darauf ab, „die Grundrechte des hergebrachten Typus mit letzter Konsequenz zu einklagbaren subjektiven Rechten auszubilden, ihnen rechtspraktische Geltung und Judiziabilität zu vermitteln und sie so zu optimaler rechtlicher Wirksamkeit zu füh-

128 Vgl. nur *Hesse* (Fn. 4), Rn. 194; Bericht der Sachverständigenkommission: Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, Rn. 35; *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 115 Rn. 137 ff. (147: „Koordinierungsprärogative“ des Gesetzgebers); *Peter Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, ebd., § 121 Rn. 47. – Daß hieraus nicht die Gewährung von Grundrechten nach Maßgabe des Gesetzes resultiert, stellen die sog. „Schranken-Schranken“ (vgl. nur *Pieroth/Schlink* [Fn. 8], Rn. 315 ff.) sicher; dies ist eine sprachlich vielleicht nicht sonderlich schöne, aber in der Sache hinlänglich eindeutige Umschreibung vornehmlich für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) und die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG, die mit erstgenanntem Prinzip nach überwiegender Auffassung weitgehend identisch ist (vgl. *Walter Krebs*, Art. 19 Rn. 22 ff., in: Ingo v. Münch/Philip Kunig [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992).

129 *Ehmke* (Fn. 56), S. 30. Nahegelegt ist diese Qualifizierung natürlich vor allem durch die Formulierung der der Amerikanischen Bundesverfassung von 1787 im Jahre 1791 als „Amendments“ angefügten „Bill of Rights“, deren erster Artikel mit den Worten beginnt: „Congress shall make no law...“.

130 Vgl. *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 26 Fn. 47: „Vorstellung der Grundrechte als mehrheitsfester Absicherung bestimmter 'Bereiche'“ als „irreführende Vereinfachung“; s. auch *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 47; *Rainer Wahl*, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990, S. 29 ff. (37).

131 *Peter Badura*, Staatsrecht, 1986, S. 73.

132 Vgl. Art. 1 III GG und Art. 93 I Nr. 4 a GG, wo „öffentliche Gewalt“ etwas anderes bedeutet als in Art. 19 IV GG.

133 Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 72; *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1992, Vorb. vor Art. 1, Rn. 3. Detailliert *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 671 ff.

134 Der Grundrechtsschutz erfolgt dabei in erster Linie durch die Fachgerichte, in letzter Instanz durch das Bundesverfassungsgericht; vgl. statt aller *Klaus Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, Rn. 188 ff.

ren.¹³⁵ Doch wie bereits bemerkt, muß die Abwehrfunktion der Grundrechte nicht ihre einzige sein. Schon der kleine geschichtliche Rückblick hatte ja die vermeintliche Eindimensionalität der Grundrechte als eine ahistorische Verkürzung erwiesen. So kann es keine Überraschung darstellen, wenn eine durchaus repräsentative Stimme die Grundrechte kürzlich als „pluri- oder multifunktional“ qualifiziert hat¹³⁶.

2. Demokratische Ordnung und Grundrechtsausübung

Nicht zuletzt wiederum aus geschichtlichen Gründen sind zunächst demokratische Grundrechtsgehalte in den Blick zu nehmen. Sie verdienen besondere Erwähnung, obwohl sie keine eigene dogmatische Kategorie bilden; legte doch die deutsche Historie der Grundrechte deren Reduktion auf das unpolitisch-negatorische Element nahe. Jede Grundrechtswahrnehmung, die den Prozeß politischer Willensbildung auf gesellschaftlicher wie staatlicher Ebene (mit)trägt, weist über diese Seite hinaus¹³⁷. Nicht um Ausgrenzung geht es dann, sondern um Mitwirkung, Gestaltung, ja in gewisser Weise um „Teilhabe“¹³⁸ am politischen Gemeinwesen. Diese demokratiekonstitutive, der Bewahrung und Stabilisierung einer freien politischen Ordnung dienliche Seite der Grundrechte¹³⁹ liegt für die Kommunikationsgrundrechte, also in Sonderheit die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit¹⁴⁰, aber auch die Meinungsfreiheit¹⁴¹ auf der Hand. Für die Freiheit der Mei-

135 *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 22; vgl. auch *Stern* (Fn. 55), § 109 Rn. 41; *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 569.

136 *Stern* (Fn. 108), § 109 Rn. 27. Der Ausdruck „plurifunktional“ bzw. „Plurifunktionalität“ findet sich bei *René A. Rhinow*, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: *Recht als Prozeß und Gefüge*. Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 427 ff. (432, 440); vgl. bereits *Grimm* (Fn. 21), S. 323; von „Multifunktionalität“ spricht (wohl im Anschluß an *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 80, 134) *Hesse*, Art. Grundrechte (Fn. 116), Sp. 1117, von „Bedeutungsschichten“ *ders.*, Grundzüge (Fn. 4), Rn. 279, 290.

137 Wegweisendes (in der Nachfolge Smends) zu dieser Grundrechtsschicht stammt von Konrad Hesse. Vgl. *pars pro toto Hesse* (Fn. 4), Rn. 288: „Grundrechte sind indessen als subjektive Rechte nicht nur gewährleistet, um die Möglichkeit der Abwehr staatlicher Beeinträchtigungen zu schaffen. Der negatorische Anspruch, den sie begründen, ist nur Teil ihres Inhalts, dem eine nicht minder wichtige positive Seite korrespondiert: die Verfassung gewährleistet Grundrechte um der *Aktualisierung* der in ihnen garantierten Freiheit willen“; s. auch Rn. 161 und *ders.*, Art. Grundrechte (Fn. 116), Sp. 1114.

138 Teilhabe hier in einem anderem als dem üblicherweise gemeinten sozialstaatlich-leistungsverwaltungsbezogenen Sinn; vgl. *Badura* (Fn. 131), S. 63: „In Rücksicht auf die politische Freiheit kann Teilhabe des einzelnen das Recht auf Mitwirkung an Entscheidungen bedeuten, die seine Rechte oder Interessen berühren. In diesem Sinne ist Teilhabe ein Element der demokratischen Staatsform.“ Siehe auch *Kröger* (Fn. 29), S. 41.

139 *Denninger* (Fn. 61), S. 28 ff. spricht in Anlehnung an die Status-Lehre Jellineks vom „status constituens“.

nungsausübung hat das Bundesverfassungsgericht diesen aktiv-gestaltenden Aspekt der Grundrechtswahrnehmung mit den berühmten Worten charakterisiert, sie sei für die Demokratie „schlechthin konstituierend“¹⁴². Gegenüber möglichen und vielleicht noch immer virulenten Mißverständnissen bleibt festzuhalten, daß die Gewinnung der demokratischen Dimension nicht zur Verdrängung oder Absorption der liberal-negatorischen Funktion führt, diese vielmehr ihr volle Berechtigung behält¹⁴³. Weder mutiert Freiheit durch Anerkennung der Möglichkeit demokratiefunktionaler Grundrechtsausübung zur staatsbürgerlichen Pflichtübung noch degeneriert liberale Staatsabwehr zur Freiheit minderen Ranges¹⁴⁴. Der Bourgeois soll nicht im Citoyen aufgehen, der „Eigenwert individueller Freiheit“¹⁴⁵ unangetastet bleiben. Entscheidend ist allein die stets auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhende Grundrechtswahrnehmung¹⁴⁶ in einer auf Fragen des politischen Gemeinwesens bezogenen und damit nicht allein auf die Sicherung einer staatsisolierten Privatsphäre zielenden Absicht¹⁴⁷. Während Jellinek die Grundrechte noch al-

140 Vgl. zusammenfassend *Michael Kloepfer*, Versammlungsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 143 Rn. 7 ff.; *Detlef Merten*, Vereinsfreiheit, ebd., § 144 Rn. 6 ff.

141 *Edzard Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, ebd., § 141 Rn. 6 ff.; wichtige Beiträge zur Ideen- und Verfassungsgeschichte sowie zur aktuellen Bedeutung in: Johannes Schwartländer/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA, 1986.

142 BVerfGE 7, 198/208. – Allgemein zum Verhältnis von grundrechtlichen Freiheiten zur politischen Willensbildung *Walter Schmitt Glaeser*, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 31 (dort Rn. 17 ff. der richtige Hinweis auf die Bedeutung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit für den freien geistigen Prozeß).

143 Solche Mißverständnisse können auch nahegelegt werden durch Kategorisierungen, wie sie *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in seinem einflußreichen Aufsatz über „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“ aus dem Jahre 1974 vorgenommen hat (abgedruckt in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 115 ff.). Bei der dort als „demokratisch-funktional“ vorgestellten Grundrechtstheorie arbeitet er zum einen mit überspitzten Schematisierungen und läßt zudem vergessen, daß die „Vertreter“ dieses Ansatzes (genannt werden u. a. Rudolf Smend und Konrad Hesse) weder einen alle Grundrechte übergreifenden Ansatz noch ein die liberale Abwehrdimension überspielendes Grundrechtsverständnis propagierten; kritisch zu Böckenförde insofern auch *Schmidt* (Fn. 31), S. 172.

144 Diese Anfang der 70er Jahre vielleicht nicht ganz unbegründete Befürchtung prägt die Kritik von *Hans Hugo Klein*, Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 13 ff., 20 ff., 32 ff.

145 *Kröger* (Fn. 29), S. 36 ff.

146 *Hesse* (Fn. 4), Rn. 288: „Die Grundrechte normieren den Status von Bürgern, die sich nicht bloß in einer Sphäre privater Beliebigkeit gegen den 'Staat' abschirmen, sondern die frei und selbstverantwortlich ihr Leben gestalten und an den Angelegenheiten des Gemeinwesens mitwirken sollen. Solche 'positive Freiheit' ist freilich mißverstanden, wenn aus ihr die Verpflichtung zu einem bestimmten Gebrauch der Freiheit hergeleitet wird, mit der Konsequenz, daß jeder andere Gebrauch nicht mehr durch die Grundrechte geschützt wird. Denn wenn es der Verfassung auch um die positive Aktualisierung der Inhalte der Grundrechte geht, so geht es ihr doch ebenso um die *Freiheit* dieser Aktualisierung, die nur gegeben ist, wo eine Alternative besteht.“ Ebenso *Rhinow* (Fn. 136), S. 433.

lein dem status negativus zuschlug und dem status activus nur die staatsbürgerrechtlichen Rechte im engeren Sinn (Wahlrecht, Ämterzugang) zuordnete, gewinnt im demokratischen Verfassungsstaat die „aktivbürgerschaftliche Dimension“¹⁴⁸ der Grundrechte eigene Bedeutung. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine exklusive Gruppe von Rechten wie bei den staatsbürgerrechtlichen. Ein und dasselbe Grundrecht ist vielmehr liberales Abwehrrecht und demokratisches Mitwirkungsrecht zugleich; ob seine Wahrnehmung der privaten oder der öffentlichen Sache dienen soll, liegt in der Hand des Grundrechtssubjekts¹⁴⁹. So erklärt sich die Rede von der „Doppelfunktion“¹⁵⁰ bzw. vom „Doppelaspekt“¹⁵¹ der Grundrechte¹⁵². Die Doppelung besteht hier darin, daß das Gesamtziel des verfassungsstaatlichen Rechts- und Institutionenensembles, die individuelle „Freiheit der Per-

147 Ganz richtig betont auch der Bundesgerichtshof, Grundrechte sollten „in erster Reihe die Freiheitssphäre des einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern“ (BGHZ 63, 196/198). Damit ist zugleich angedeutet, daß auch Grundrechte, denen nicht per se der Charakter politischer Mitwirkungsrechte (vgl. zu begrifflichen Abgrenzungen *Manfred Nowak*, Politische Grundrechte, 1988, S. 8 ff.) zukommt, die Basis für die Teilnahme am Prozeß politischer Willensbildung schaffen: Art. 10 GG schützt nicht nur die zärtlichen Verse an die ferne Geliebte, sondern auch das politische Manifest an den Parteigenossen; Art. 13 GG kommt der privaten Familienfeier ebenso zugute wie dem konspirativen Treff politisch Gleichgesinnter. Um es noch einmal zu sagen: dadurch, daß Grundrechte für den Prozeß politischer Einheitsbildung funktional sind, sind sie noch lange nicht für diesen Prozeß funktionalisiert. – Daß kaum ein Grundrecht eines solchen möglichen politischen Gehalts entbehrt, betonen auch *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/I (Fn. 11), S. 467; dort wird S. 468 aus Gründen scharfer dogmatischer Einteilung der Grundrechte eine enge Definition staatsbürgerlicher Rechte vorgenommen. Auf indirekte Weise legt Art. 18 GG vom politischen Charakter bloßer „Abwehrrechte“ Zeugnis ab (treffend *Krebs* [Fn. 128], Rn. 4).

148 *Ulrich K. Preuß*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, in: ZRP 1993, S. 131 ff. (132).

149 Das ist deutlich ausgesprochen bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289 ff. (324): „Meinungsfreiheit (einschließlich Presse- und Informationsfreiheit), Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sind ebenso liberale wie demokratische Grundrechte. Sie haben in dieser doppelten Eigenschaft nicht einen je unterschiedlichen Gewährleistungsinhalt, sondern sind als Freiheitsgrundrechte einheitliche Grundrechte, die aus ihrem Gewährleistungsinhalt heraus eine doppelte Wirkung entfalten: Die Abschirmung kommunikativer Freiheiten der einzelnen gegen gezielte staatliche Eingriffe und Übergriffe und (darin) die Freisetzung offener politischer Meinungs- und Willensbildung von unten nach oben, d. h. von den einzelnen und aus der Gesellschaft heraus auf die staatliche politische Entscheidungsgewalt hin.“ Insofern besteht ein struktureller Unterschied im Verhältnis zu den staatsbürgerlichen Rechten (die folgenden Zitate bei *Pieroth/Schlink* [Fn. 8], Rn. 80): zwar geschieht auch hier „ein Doppeltes“, weil die Individualfreiheit „in die Dienste des Staates“ tritt und zugleich der Staat zum Raum individueller Freiheitsbetätigung wird. Es fehlt jedoch an der Alternative, diese nicht staatsbezogen, sondern rein staatsabwehrend zu gebrauchen, eine Vorstellung, die etwa beim Wahlrecht schlicht unsinnig wäre. Zur Theorie solcher „politischer“ Rechte *Nowak* (Fn. 147), S. 150 ff.

150 *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 202 (mit starker Betonung der Religionsfreiheit).

151 *Alexy* (Fn. 60), S. 454.

son¹⁵³, sowohl durch die subjektiv-defensive, rechtsstaatliche als auch durch die subjektiv-aktive, demokratische Stoßrichtung der Grundrechte gewährleistet und abgesichert wird¹⁵⁴.

3. Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimensionen

Wenn allerdings in der aktuellen Diskussion der „Doppelcharakter“¹⁵⁵, die „Doppelfunktion“¹⁵⁶, die „Doppelgestalt“¹⁵⁷, also kurz: die Doppelrolle der Grundrechte angesprochen wird, klammert man den demokratischen Aspekt der Grundrechtswahrnehmung gemeinhin aus. Unter den der subjektiven Abwehrseite entgegengesetzten „objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten“¹⁵⁸ bündelt man vielmehr (und präziser) bestimmte Fallkonstellationen, die die Grundrechte in Bereichen wirksam werden lassen, die weder vom status negativus noch vom status activus hinlänglich erfaßt werden. Dabei handelt es sich nicht um eine einzige, der Abwehrseite gewissermaßen spiegelbildlich gegenüberliegende Grundrechtsfunk-

152 Ausführlicher zum hier natürlich nicht voll auszulotenden Verhältnis von Demokratie und Grundrechten sowie den zwei Freiheitsbegriffen des Grundgesetzes u. a. *Klaus Grimmer*, Demokratie und Grundrechte, 1980; Johannes Schwartländer (Hrsg.), Menschenwürde und Demokratie, 1981; *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Demokratie, in: EuGRZ 1983, S. 337 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Grundrechte und Demokratie, in: EuGRZ 1985, S. 525 ff.; *Hofmann* (Fn. 127), passim; *Isensee* (Fn. 110), § 115 Rn. 103 ff., 130 ff.

153 *Ulrich Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), in: ders., Staatsatheorie und Staatsrecht, 1978, S. 185 ff. (186).

154 So auch *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn. 149), S. 367 und *Isensee* (Fn. 110), § 115 Rn. 132. – Die unterschiedliche Zielrichtung, mit der von den Freiheitsgrundrechten Gebrauch gemacht wird, bleibt im übrigen ohne Auswirkung auf ihre dogmatische Struktur. Wie politische und private Meinungsäußerungen unterschiedlos unter Art. 5 I 1 GG, wirtschaftliche wie ideelle Vereinigungen unter Art. 9 I GG fallen, unterliegen auch Eingriffe in den Schutzbereich der Grundrechte den gleichen formellen und materiellen Voraussetzungen und können vom Betroffenen in der gleichen Weise abgewehrt werden (so läßt sich mit BVerwG NJW 1993, 609 auch Art. 8 GG als „Abwehrgrundrecht“ bezeichnen, sofern damit die Stoßrichtung gegen Einschränkungen durch die öffentliche Gewalt und die Differenz zu Leistungsrechten gemeint ist). Das ist ein wesentlicher Unterschied zu den sogleich zu betrachtenden objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen.

155 *Hesse* (Fn. 4), Rn. 279 ff.; *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 38; *Ralf Dreier* (Fn. 7), S. 84, 82; *Ingo Mittenzwei*, Teleologisches Rechtsverständnis, 1988, S. 20; *Nowak* (Fn. 147), S. 182 ff.

156 *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 113.

157 *Böckenförde*, Grundrechtsnormen (Fn. 77), S. 159, 164, 173 u.ö.

158 Mit „objektiv“ ist hier nicht die Selbstverständlichkeit gemeint, daß es sich um objektiv geltendes Recht handelt. Das gilt für die subjektive Abwehrseite ebenso. „Objektiv-rechtlich“ bezeichnet Grundrechtsfunktionen, die über die abwehrrechtliche Seite hinausgehen. Damit ist zu der Frage, ob diese objektiv-rechtlichen Gehalte wiederum zu subjektiven Rechtsansprüchen Einzelner werden können, noch nichts gesagt. Vgl. *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 282. Dieses Problem der (Re-)Subjektivierung bleibt im folgenden außer Betracht.

tion. Gemeint sind vielmehr recht unterschiedlich ausgerichtete Wirkdimensionen. In dieser Differenziertheit und inneren Uneinheitlichkeit liegt die spezifische Problematik: Grundrechte als objektive Normen sind heterogener und komplexer strukturiert als Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension, zuweilen abhängig von gesetzgeberischer Mediatisierung und insgesamt noch weit von jener dogmatisch insgesamt befriedigenden Durchdringung entfernt, die die Grundrechte als Abwehrrechte vergleichsweise leicht und sicher handhabbar macht¹⁵⁹. Nicht nur das Material für die objektiv-rechtlichen Fallkonstellationen verdanken wir der pionierhaften Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; von wenigen Ausnahmen abgesehen¹⁶⁰, ist auch die dogmatische Strukturierung und Sinnentfaltung in der Hauptsache Produkt einer mittlerweile jahrzehntelangen, schöpferisch-selbstbewußten Grundrechtsjudikatur. Die Literatur hat sich über weite Strecken mit nacharbeitender Systematisierung begnügt¹⁶¹. Trotz aller aufgrund der kasuistischen Beweglichkeit und Unabgeschlossenheit der Entwicklung auch insoweit nach wie vor bestehenden Differenzen¹⁶² lassen sich drei Hauptfallgruppen unterscheiden, in denen sich objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte entfalten, nämlich

- a) Ausstrahlungswirkung;
- b) Organisation und Verfahren, Teilhabe und Leistung sowie
- c) Schutzpflichten.

159 Deutlich *Jarass* (Fn. 14), S. 366: „Die objektivrechtliche oder Wertentscheidungsseite der Grundrechte ist damit zwangsläufig weniger präzise als die Abwehrseite, gleichzeitig aber auch erheblich entwicklungsfähiger und somit offener. Sie ist weniger eine neue Funktion der Grundrechte, die neben die klassische Abwehrfunktion tritt, als eine Grundlage für weitere Funktionen. Der objektivrechtliche Gehalt der Grundrechte läßt sich folglich nicht so plastisch umreißen, wie das bei der Abwehrfunktion möglich ist; der eigentliche Inhalt wird erst deutlich, wenn man die in zusätzlichen Grundrechtsfunktionen bestehenden Folgerungen betrachtet, wie sie das Gericht aus grundrechtlichen Wertentscheidungen entnimmt.“

160 Zu nennen ist hier vor allem die Grundrechtslehre *Konrad Hesses*, der schon früh auf die grundsätzliche Qualität von Grundrechten als „Elemente objektiver Ordnung“ hingewiesen und diese zum tragenden Baustein seiner „Grundzüge des Verfassungsrechts“ gemacht hat; vgl. ferner *ders.*, Art. Grundrechte (Fn. 116), Sp. 1116 f. – Gewisse Vorarbeiten hatte auch die noch aus der Weimarer Zeit stammende Diskussion um sog. Einrichtungsgarantien (Institutsgarantien und institutionelle Garantien) geliefert; dazu Nachweise bei *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 51. Allerdings vermeidet das Bundesverfassungsgericht seit längerer Zeit die Rede von der institutionellen Bedeutung der Grundrechte: vgl. *Jarass* (Fn. 14), S. 367 f.; *Schmidt* (Fn. 31), S. 175 Fn. 44. *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 754 ff. stellt den 3. Abschnitt unter die Überschrift „objektive Grundrechtsgehalte“ und läßt darin auf die Einrichtungsgarantien (§ 68) die Darstellung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte (§ 69) folgen.

161 *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 50 spricht von einer „Vorreiterrolle“ des Bundesverfassungsgerichts, die aber „jetzt von einer Avantgarde der Wissenschaft abgelöst werden“ könnte.

a) Obgleich die Verfassung der originäre Ort der Grundrechte und die öffentliche Gewalt ihr primärer Adressat ist, hat das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel daran gelassen, daß Grundrechte nicht nur oberste Rechtsprinzipien der Verfassungsordnung, sondern der Rechtsordnung insgesamt sind. Auch das einfache Recht unterliegt der prägenden Kraft der Grundrechte, erfährt von ihnen „Richtlinien und Impulse“¹⁶³. Von besonderer Brisanz ist dies naturgemäß für den Bereich des Privatrechts, wo Differenzierung, Ungleichheit und Bindung oft gerade als Folge freiwillig eingegangener Verpflichtungen eintritt. Grundrechte wirken hier nicht direkt und unmittelbar auf die zivilen Rechtsverhältnisse ein, was im Endergebnis die Privatautonomie zerstören und die grundrechtlichen Freiheiten zu einer umfassenden Pflichtordnung denaturieren lassen würde. Als Schleusen für die steuernde und regulierende Wirkung der Grundrechte dienen vielmehr die unbestimmten Rechtsbegriffe. Seine wiederum mit dem Lüth-Urteil beginnende einschlägige Rechtsprechung im Sinne verfassungskonformer Lückenfüllung zusammenfassend und bekräftigend, hat das Bundesverfassungsgericht in einem jüngeren Urteil ausgeführt, der Rechtsgehalt der Grundrechte vermittele sich „über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffe“¹⁶⁴.

b) Freiheit ist im modernen Verteilungs- und Leistungsstaat mit ausdifferenzierter „Infrastrukturverwaltung“¹⁶⁵ nicht allein durch negatorische Abwehr zu sichern. In steigendem Umfang stellt sich vielmehr die Frage nach grundrechtlicher

162 *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 57 nimmt zu den im folgenden genannten Kategorien noch hinzu die „subjektiv-rechtliche Bedeutung objektiv-rechtlicher Gehalte“; so auch *ders.*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 978 ff. Die Leistungs- und Teilhabeseite der Grundrechte grenzt *Stern* hingegen aus und weist sie einer selbständigen Kategorie zu: *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), Rn. 44 ff. (wobei er gegen Ende von Rn. 46 erwähnt, daß der Leistungsgedanke bei den Schutzpflichten am stärksten aktiviert wird; die Schutzpflichten tauchen aber wiederum bei den objektiv-rechtlichen Gehalten auf). – *Jarass* (Fn. 14), S. 373 ff. kennt als weitere „Konsequenz“ der objektiv-rechtlichen Gehalte noch das „Verbot der Schlechterstellung“. – *Jarass/Piero*th (Fn. 133), Vorb. vor Art. 1, Rn. 5 ff. fassen unter den „objektiven“ Funktionen bzw. Prinzipien die Schutzpflichten, Auslegung und Anwendung von Privatrecht sowie Teilhabe und Leistung, vor allem bei staatlichen Einrichtungen; die ebenfalls (Rn. 10) erfaßte rechtliche Ausgestaltung verweist indes im wesentlichen auf verfahrens- und organisatorische Regelungen, die dann als „Hilfsfunktionen“ (Rn. 11) eingeführt werden. – *Piero*th/*Schlink* (Fn. 8) erwähnen in Rn. 93, daß Grundrechte als objektive Wertentscheidungen sich vor allem in der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, den Schutzpflichten des Staates und den Maßstäben für die Gestaltung staatlicher Einrichtungen und Verfahren niederschlagen; in Rn. 121 ff. tritt der Teilhabe- und Leistungsaspekt noch hinzu.

163 BVerfGE 7, 198/205. Literatur wie Diskussionsgrundlage zur sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte sind längst unüberschaubar geworden; vgl. zuletzt *Werner Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 55. – Gute Problemstrukturierung bei *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 159 ff.

Freiheitsgewähr *im* Staat und *durch* den Staat. Die Bedeutung der Grundrechte für die Ausgestaltung staatlicher Einrichtungen ist vom Bundesverfassungsgericht besonders deutlich im Hochschul-Urteil¹⁶⁶ herausgearbeitet worden. Dort heißt es nach der Darlegung des Wertentscheidungscharakters des Art. 5 III GG:

„Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den zuvor gekennzeichneten Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d.h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen.“¹⁶⁷

Im unmittelbaren Anschluß an diese Ausführungen legt das Gericht dar, daß die Wissenschaftsfreiheit als verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung den „Charakter des Freiheitsrechts in Richtung auf Teilhabeberechtigungen“ verstärke¹⁶⁸ und sich daraus abgestufte Teilnahme- und Stimmrechte ergäben. Dieser Argumentationsgang (Grundrechtsschutz in staatlichen Einrichtungen durch bestimmte organisations- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen, in Sonderheit angemessene Teilhabe kraft qualifizierter Teilnahme an den relevanten Entscheidungsprozessen) läßt deutlich werden, wie eng die oft getrennt behandelten Kategorien des Grundrechtsschutzes durch Organisation, Verfahren und Teilhabe miteinander verzahnt sind¹⁶⁹. Sie berühren sich des weiteren mit der Frage nach Grundrechten als Lei-

164 BVerfGE 73, 261/269. Weitere einschlägige und zum Teil schon klassische Fälle: E 25, 256 (Blinkfuer); E 34, 269 (Soraya); E 66, 116 (Wallraff). Zusammenfassend zu Boykottaufrufen, die das BVerfG sowohl im Lüth- als auch im Blinkfuer-Fall beschäftigt haben: BVerfGE 62, 230/244 f. – Auf im einzelnen sehr schwierige Fragen der Drittwirkung der Grundrechte und ihres Verhältnisses zur unter c) darzustellenden Schutzpflichtendoktrin kann hier nicht näher eingegangen werden; dazu vorzüglich *Jost Pietzcker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: Festschrift für Günter Dürig, 1990, S. 345 ff. Detaillierte Darstellung von Rechtsprechung und Literatur der auf das Privatrecht nicht beschränkten, dort aber ihren Schwerpunkt findenden Ausstrahlungswirkung bei *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 923 ff., 1509 ff. – Die für die zivilrechtliche Problematik besonders wichtige Unterscheidung zwischen vertraglichem und nicht-vertraglichem Bereich kann hier nur notiert werden. So würde sich nach heute verbreiteter Auffassung gerade der Lüth-Fall nach Art staatsgerichteter Eingriffsabwehr konstruieren lassen, weil sich das von der Rechtsprechung aus § 826 BGB abgeleitete Verbot von Boykottaufrufen als Beschränkung der Meinungsfreiheit darstellt; vgl. *Pietzcker*, S. 353 f., 359; *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in: JuS 1989, S. 161 ff (167); *Bernhard Schlink*, Grundrechte als Prinzipien?, in: *Osaka University Law Review* 39 (1992), S. 41 ff. (55 f.)

165 *Heiko Faber*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1992, S. 336 ff. u. ö.

166 BVerfGE 35, 79.

167 BVerfGE 35, 79/114. – Daß zuweilen allein bestimmte organisatorische Strukturen eine effektive Grundrechtsrealisierung sichern können, ist vor allem für die Rundfunkfreiheit betont worden: BVerfGE 57, 295/320 ff.; 73, 118/152 ff.

168 BVerfGE 35, 79/115 f.; vgl. jüngst BVerfG NVwZ 1993, 663/664 f.

stungsrechten. Rein *derivative*, also auf die gerechte Verteilung von Gütern in bestehenden Leistungssystemen (Sozialversicherung, Altersvorsorge etc.) gerichtete Ansprüche stellen die Grundrechtsdogmatik nicht vor neue Herausforderungen; die hier aufgeworfenen Fragen lassen sich mit Hilfe des Gleichheitssatzes und anderer allgemeiner Verfassungsprinzipien beantworten. Dies ist bei sog. *originären* Teilhabeansprüchen anders; geht es doch hier um die Frage, ob Grundrechte die Anspruchsgrundlage für neue Leistungen des Staates bilden können. Derartige grundrechtstheoretisch fundierte Leistungsansprüche hat das Bundesverfassungsgericht im *numerus-clausus-Urteil*¹⁷⁰ zunächst im Sinne eines objektiven sozialstaatlichen Verfassungsauftrages zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungsplätze für verschiedene Studienrichtungen in Erwägung gezogen und das Problem dahingehend zugespitzt, ob sich daraus ein einklagbarer Anspruch auf die Schaffung von Studienplätzen herleiten ließe, dann aber diese sehr prekären Fragen im Ergebnis nicht beantwortet¹⁷¹ und in der Folgezeit schon die Fragestellung vermieden¹⁷². Bedeutung gewinnt angesichts knapper Kapazitäten wiederum der grundrechts-sichernde Verfahrens- und Organisationsgedanke, der für eine gleichmäßige und

169 *Jarass* (Fn. 14), S. 385; *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 123. – Überschneidungen insb. der Organisations- und Verfahrenskomponente bestehen in großem Umfang mit dem sehr viel weiteren Thema der (zumeist gesetzlichen) Ausgestaltung von Grundrechten. Der etwas diffuse und in andere grundrechtliche Kategorien hinüberspielende Charakter gerade der Bedeutungsschicht „Organisation und Verfahren“ ist in erster Linie der Weite und Unbestimmtheit der Begriffe geschuldet; daraus resultiert zuweilen eine gewisse Beliebigkeit. – So muß *Stern* (Fn. 55), § 109 Rn. 62 auf Teilhaberechte zurückkommen und sie unter der Rubrik IV behandeln, obwohl er den gleichen Problemkreis schon unter III als Fall von „Leistungsrechten“ diskutiert hatte. Das bestätigt den Satz des gleichen Autors: „Die Grenzlinie zwischen Teilhabe durch Verfahren und Teilhabe durch Leistung erweist sich als außerordentlich dünnwandig“ (*Stern*, Staatsrecht III/1 [Fn. 11], S. 977). – *Peter Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Staat* 14 (1975), S. 17 ff. (37) faßt die teilhaberechtliche Deutung treffend als besondere Ausprägung der objektiven Seite.

170 BVerfGE 33, 303/330 ff.; konzentrierter Überblick zum „leistungsstaatlichen Grundrechtsverständnis“ bei *Reiner Schmidt*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1990, S. 106 ff.

171 Selbst wenn man von der Existenz derartiger originärer Leistungsansprüche ausgehen würde, stünden diese unter dem „Vorbehalt des Möglichen“, so daß auf jeden Fall die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates als definitive Grenze wirken würde: BVerfGE 33, 303/333 f.

172 Sehr viel zurückhaltender fiel nur ein Jahr später das Schallplatten-Urteil aus: BVerfGE 36, 321/331 f. – Skeptisch gegenüber originären Leistungsansprüchen schon aus Gründen der Prärogative des demokratischen Gesetzgebers *Hesse* (Fn. 4), Rn. 289; *ders.*, Bestand und Bedeutung (Fn. 29), S. 299. – Die Anerkennung einer objektiven Rechtspflicht zur finanziellen Förderung der Privatschulen (BVerfGE 75, 40/62 ff.) erfolgt streng normbereichsdogmatisch (vgl. *Bernd Jeand'Heur*, *Methodische Analyse, freiheitsrechtliche und leistungsrechtliche Konsequenzen des Finanzhilfe-Urteils*, in: *Friedrich Müller* [Hrsg.], *Zukunftsperspektiven der Freien Schule*, 1988, S. 67 ff.; *Friedrich Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. 1990, S. 120 ff.) und verzichtet auf allgemeine grundrechtstheoretische Ausführungen. Siehe auch *Michael Hund*, *Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?*, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 2, 1987, S. 1445 ff.

gerechte Verteilung bzw. Inanspruchnahme der Ressourcen Sorge trägt¹⁷³. Der Aspekt der Grundrechtssicherung durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen oder Handhabungen ist weit über den Leistungsbereich hinaus von hoher und umfassender Bedeutung. Zentrales Ziel dieser Komponente ist es, durch entsprechende Ausgestaltung und Interpretation des Verfahrensrechts in Gerichts- wie Verwaltungsverfahren der „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition“¹⁷⁴ vorzubeugen¹⁷⁵. Obgleich hier viele Anwendungsfälle aus objektiv-rechtlichen Zusammenhängen stammen¹⁷⁶, entfaltet der insofern universale Verfahrensaspekt Wirksamkeit auch bei klassischen Eingriffen des Staates und damit im Bereich negatorischer Abwehr¹⁷⁷. Die Verstärkung der grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen durch eine „grundrechtsfreundliche“¹⁷⁸ Handhabung der Rechtsvorschriften durch die staatlichen Instanzen erstreckt sich im Prinzip auf alle Grundrechte und erfaßt diese in ihren unterschiedlichen Wirkungsrichtungen: in der demokratisch-partizipatorischen¹⁷⁹ ebenso wie in ihrer rein liberal-abwehrrechtlichen¹⁸⁰. Auch zum Schutz von Leben und Gesundheit ist eine bestimmte

173 Zulassungsansprüche aufgrund genauer Kapazitätsermittlungen (wie im Hochschulbereich: BVerfGE 66, 155/182 ff.) oder gleicher Zugang zu anderen öffentlichen Einrichtungen stehen dann im Zentrum. Weil originäre Leistungsansprüche nicht anerkannt werden können, greift der Verteilungsgedanke und damit der Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren Raum. Vgl. den jeweils von der Frage eines subjektiven Rechts zu objektiv-rechtlichen Gehalten führenden Argumentationsgang bei *Hesse* (Fn. 4), Rn. 289, 298, 360.

174 BVerfGE 63, 131/141. – Daß hier mannigfaltige Überschneidungen mit speziellen Verfahrensrechten gerade in gerichtlichen Prozessen bestehen, liegt auf der Hand.

175 Geradezu lehrbuchartige Darstellung im Sondervotum von *Simon* und *Heußner*: BVerfGE 53, 30/69 ff.

176 Zu denken ist hier in erster Linie an organisatorische Regelungen, aber auch an die Handhabung von Verfahrensvorschriften, die die Rechtsbeziehungen Privater regeln. Den sogleich zu besprechenden Schutzpflichten kann der Gesetzgeber ebenfalls häufig durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen nachkommen. Details bei *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 112 ff., 121 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 965 ff., 974 ff.

177 *Erhard Denninger*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 113 Rn. 4. Als besonders markantes Beispiel BVerfGE 46, 325/334 f.: Art. 14 I GG verlange, zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahrensvorschriften so auszulegen, daß der Schuldner gegenüber einer unverhältnismäßigen Verschleuderung seines Grundvermögens geschützt sei; BVerfGE 52, 380/388 ff. („Schweigender Prüfling“) akzentuierte die verfahrensrechtliche Seite des Art. 12 GG. – Ferner verpflichte das aus Art. 1 I und 2 I GG resultierende Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ den Gesetzgeber, verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes entgegenwirken (BVerfGE 65, 1/44). – Vgl. auch BVerfGE 53, 30/69 ff. (Sondervotum *Simon* und *Heußner*) mit Überblick über das weite Anwendungsfeld des Gedankens der „Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren“ (so die Überschrift bei *Hesse* [Fn. 4], vor Rn. 358 ff. und der Titel des Aufsatzes von *Herbert Bethge*, NJW 1982, S. 1 ff.).

178 BVerfGE 69, 315/355.

179 BVerfGE 69, 315.

Verfahrensgestaltung – wie etwa im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren – geboten¹⁸¹. Doch damit berühren wir bereits die Schutzpflichtendoktrin.

c) Ganz im Vordergrund der Diskussion um objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte steht heute die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. In Umkehr der Schutzrichtung des subjektiv-defensiven Abwehranspruchs sinnt der Schutzpflichtgedanke dem Staat an, den einzelnen Bürger vor Ein- oder Übergriffen in dessen Rechtssphäre durch private Dritte zu schützen und durch positive Maßnahmen eine Rechtsgutsverletzung zu vermeiden. Der Staat ist aufgefordert, sich in aktiver Weise „schützend und fördernd“ vor die Grundrechte zu stellen. Deutlich ausgesprochen und zum ersten Male systematisch entfaltet wurde das Schutzpflichtenargument in der (ersten) Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch¹⁸²; dort wurde zugleich, was bislang die Ausnahme geblieben ist, der Schutzgedanke bis hin zum grundrechtlich gebotenen Strafanspruch gesteigert¹⁸³. An weiteren wegweisenden Entscheidungen, die sich mittlerweile zu einer fast schon kanonisierten Sequenz verdichtet haben¹⁸⁴ und sich überwiegend, wenngleich nicht ausschließlich auf die Schutzgüter des Art. 2 II 1 GG beziehen¹⁸⁵, sind zu nennen: Schutz gegen terroristische Angriffe,¹⁸⁶ gegen die Gefahren der Kernenergie¹⁸⁷, gegen Fluglärm¹⁸⁸ und Straßenverkehrslärm¹⁸⁹ sowie gegen Luftverschmutzung¹⁹⁰ und die Immunschwäche Aids¹⁹¹. Adressat der auf einer langen ideengeschichtlichen Tradition beruhenden¹⁹², aber offenkundig revitalisierungsbedürftigen Schutzseite der Grundrechte ist zwar nicht allein, aber zuvörderst der Gesetzgeber, dem bei der

180 BVerfGE 42, 212; 74, 264. – Aufgrund dieser Ubiquität sprechen *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 121 von den verfahrensrechtlichen Rechtspositionen als „Vorposten der materiellen Grundrechtspositionen“; *Jarass/Pieroth* (Fn. 133), Vorb. vor Art. 1, Rn. 11 ordnen Verfahren und Organisation als „Hilfsfunktionen“ ein, die quer zu den anderen (subjektiv- wie objektiv-rechtlichen) Grundrechtsfunktionen liegen.

181 BVerfGE 53, 30/60 ff.

182 *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 108), S. 27: „juristischer Paukenschlag“.

183 BVerfGE 39, 1/46 f.; dagegen wandte sich insbesondere das Sondervotum S. 68 ff.

184 Vgl. die Nachzeichnung von *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: NJW 1989, S. 1633 ff.

185 So hat das Gericht eine objektiv-rechtliche Schutzbedeutung etwa bei Art. 5 III GG (Wissenschaft) und bei Art. 7 IV GG (Privatschulsubventionierung) angenommen – das letzte ein Beispiel für den fließenden Übergang von Leistungs- zu Schutzpflichten. – Weitere Hinweise bei *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 110; *Stern* (Fn. 55), § 109 Rn. 60. *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 86: „Die grundrechtliche Schutzpflicht intendiert Geltung für alle Freiheitsgrundrechte.“

186 BVerfGE 46, 160 – Schleyer; 49, 24 – Kontaktsperregesetz.

187 BVerfGE 49, 89 – Kalkar; 53, 30 – Mülheim-Kärlich.

188 BVerfGE 56, 54.

189 BVerfGE 79, 174.

190 BVerfG (Vorprüfungsausschuß) NJW 1983, 2931. Eine Ausnahme hat das Gericht für Gefahren gemacht, die von Waffenlagern der Besatzungsmächte drohen (BVerfGE 77, 170).

191 BVerfG (2. Kammer des 1. Senats) NJW 1987, 2287.

192 Vgl. oben S. 27 ff.

Realisierung des Schutzauftrages in aller Regel ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht¹⁹³. Anspruch auf Schutz individueller Rechtsgüter vor Übergriffen Dritter durch den Staat und seine Organe – das ist der Kern der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten¹⁹⁴.

Insgesamt läßt sich für die objektiven Grundrechtsgehalte im allgemeinen, die Schutzpflichten im besonderen feststellen, daß sie zum „Motor der schöpferischen Grundrechtsrechtsprechung“¹⁹⁵ geworden sind. Einiges dürfte sogar dafür sprechen, in der Schutzpflichtendimension die verbindende Klammer, ja das eigentliche Zentrum der verschiedenen Fallgruppen zu suchen¹⁹⁶. Darauf deutet nicht zuletzt die im Kern erstaunlich einheitliche Terminologie hin, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen zu den verschiedenen Fallgruppen bevorzugt¹⁹⁷. Der von der Schutzpflichtenlehre mittlerweile eingenommene Rang läßt sich an der hierzu erschienenen umfangreichen Literatur¹⁹⁸ ablesen, die zunehmend das kasuistische Stadium überwindet und in der dogmatischen Strukturierung voranschreitet¹⁹⁹. An dieser Stelle interessiert vor allem der vollständig neuartige Charakter der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte im Vergleich zur subjektiven Abwehrfunktion. Die geläufige Perspektive, die im Staat den potentiellen Widersacher individueller Freiheit sieht²⁰⁰, kehrt sich geradezu um: Der Staat erscheint nun als „Helfer und Beschützer“ individueller Freiheit²⁰¹, als „Garant“ der Grund-

193 Diese Gesetzesmediatisierung (vgl. *Isensee* [Fn. 108], § 111 Rn. 151 ff.) steht einem direkten Zugriff auf die grundrechtliche Schutzpflicht durch Exekutive oder Judikative entgegen, wenn damit Eingriffe in Grundrechte Dritter verbunden sind. Vgl. *Wahl/Masing* (Fn. 112), S. 553 ff.; *Peter Preu*, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, in: *JZ* 1991, S. 265 ff.

194 *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 931.

195 *Stern* (Fn. 55), § 109 Rn. 55.

196 *Böckenförde*, Grundsatznormen, (Fn. 77), S. 173: „Man kann sogar fragen, ob nicht die Schutzpflicht, ungeachtet ihrer relativ späten Hervorkehrung, systematisch gesehen den zentralen Begriff der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte darstellt.“ Vgl. *Dieter Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders.; *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 221 ff. (234). – Zum Zusammenhang von Drittwirkung und Schutzpflicht näher *Hermes* (Fn. 64), S. 99 ff.; *ders.*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, in: *NJW* 1990, S. 1764 ff. (1767); *E. Klein* (Fn. 184), S. 1639 f.; *Canaris* (Fn. 164), S. 163, 167 f.; *Schlink* (Fn. 164), S. 49; *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 128 ff. – alle mit je unterschiedlichen Akzentuierungen.

197 BVerfGE 35, 79/114: „schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie (scil.: Art. 5 III GG; H.D.) vorzubeugen“; E 75, 40/62: Pflicht, „das private Ersatzschulwesen ... zu fördern und in seinem Bestand zu schützen“; weitere Beispiele bei *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 934 ff.

198 *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 108); *Robbers* (Fn. 108); *Hermes* (Fn. 64); zuletzt *Dietlein* (Fn. 63), passim und *Isensee* (Fn. 108), § 111.

199 Siehe vor allem *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 77 ff., 88 ff.

200 Prägnant *Carl Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973, S. 231: der „Staat als der alte Gegenspieler der Freiheitsrechte“.

rechte²⁰². In ihrer Abwehrdimension grenzen Grundrechte den Staat aus, errichten eine Schranke, schirmen einen Raum ungestörter individueller Entfaltung vom hoheitlichen Zugriff ab²⁰³; das Bundesverfassungsgericht selbst hat in konsequenter Zuspitzung dieser Wirkungsrichtung vom Recht des Bürgers gesprochen, vom Staat „in Ruhe“ gelassen zu werden²⁰⁴. Als Normen mit objektiv-rechtlichem Gehalt, die auf Verwirklichung und Umsetzung drängen, legitimieren Grundrechte nunmehr staatliches Handeln, ja verpflichten in Fällen hinlänglicher Eindeutigkeit zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, in Extremfällen sogar zur Statuierung von Strafrechtvorschriften²⁰⁵. Durch die Schutzpflichtendimension wird die Staatsgewalt „nicht wie beim Abwehrrecht zurückgedrängt, sondern gefordert“²⁰⁶. Damit ist die an ein Wunder grenzende Verwandlung der Grundrechte perfekt: Aus Normen, die in ihrer – gemäß den obigen Erläuterungen zu relativierenden – Urfunktion den Staat ausgrenzen und fernhalten sollen, wird nun der Ausgangspunkt für die Statuierung von Staatsaufgaben²⁰⁷: Aus vorgeblich negativen Kompetenznormen werden positive. Daß sich wohlgemerkt aus Grundrechten (und nicht lediglich aus Staatsstrukturbestimmungen, Staatszielen, Gesetzgebungskompetenzen oder in der Verfassung benannten Staatsaufgaben) Handlungspflichten des Staates und damit zusammenhängend Einschränkungsmöglichkeiten für die Grundrechte

201 Hesse, Bestand und Bedeutung (der Grundrechte), in: Handbuch des Verfassungsrechts (Fn. 28), S. 79 ff. (93). Weitere Nachweise bei Dietlein (Fn. 63), S. 18.

202 Isensee (Fn. 108), § 111 Rn. 4.

203 Vgl. nochmals Pieroth/Schlink (Fn. 8), Rn. 72, 92; in aller Ausführlichkeit Stern, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 620 ff.

204 BVerfGE 27, 1/6 mit Bezug auf ein Zitat von Josef M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 15 f.

205 Dagegen wandte sich vor allem das Sondervotum BVerfGE 39, 1/70, 73 ff. – Roellecke (Fn. 15), S. 42 hat allerdings mit Recht darauf hingewiesen, daß die Entscheidung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches nur konsequenter Endpunkt der bereits mit dem Lüth-Urteil eingeläuteten Rechtsprechung ist: „Wenn die abweichende Meinung der Richter Rupp-von Brünneck und Dr. Simon im Falle des Urteils zu § 218 StGB der Mehrheit vorhält, die Grundrechte könnten unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden, wenn man eine Pflicht zum Strafen daraus herleitet, so übersieht sie, daß das Bundesverfassungsgericht etwa die Meinungsfreiheit schon 'zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen' gemacht hat: von der Verpflichtung Veit Harlans und der Filmgesellschaften, die Angriffe Lüths zu dulden, bis zur Verpflichtung des 'Neuen Blatts mit Gerichtswoche', fünfzehntausend Mark an die Prinzessin Soraya zu zahlen. Denn die Möglichkeit, freiheitsbeschränkende Reglementierungen mit Freiheitsrechten zu rechtfertigen, hat sich das Bundesverfassungsgericht schon eröffnet, als es damit begann, die grundrechtliche Wertordnung in alle Rechtsbereiche ausstrahlen zu lassen.“

206 Isensee (Fn. 108), § 111 Rn. 3; ähnlich Grimm (Fn. 196), S. 221, 231 ff.; kritisch Heun (Fn. 163), S. 66 ff.

207 Vgl. Hofmann, Aufgaben des modernen Staates (Fn. 3), S. 15 ff.; Rainer Wahl, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990, S. 29 ff. (42 ff.); Isensee (Fn. 108), § 111 Rn. 84; auch Denninger (Fn. 1), S. 165.

Dritter deduzieren lassen²⁰⁸, ja in letzter Konsequenz Bürger zu „Grundrechtsadressaten“²⁰⁹ werden, macht das eigentliche Novum der Annahme objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte aus²¹⁰.

III. Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte in der Diskussion

Angesichts des geschilderten fundamentalen Umbruchs mutet es erstaunlich an, mit welcher Schnelligkeit und in welcher Einmütigkeit sich die neue Vorstellung von der Doppelrolle der Grundrechte in Rechtsprechung und Lehre durchgesetzt hat. Man kann ohne Übertreibung von einem wahren Siegeszug sprechen, der wohl nur durch das Ineinandewirken mehrerer Faktoren hinlänglich zu erklären sein dürfte. Ein prominenter Rang kommt dabei fraglos der vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls seit dem Lüth-Urteil vertretenen Maxime zu, die objektive Seite diene prinzipiell der Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte in ihrer subjektiv-abwehrrechtlichen Dimension²¹¹. Auch spielt eine Rolle, daß die Berücksichtigung der objektiven Seite sich als dynamische Anpassung des Grundrechtssystems an neue Gefährdungslagen personaler Freiheit darstellt²¹². Es erscheint als bloße Komplettierung umfassender Grundrechtsentfaltung, wenn der subjektiven eine objektive Dimension an die Seite gestellt wird²¹³. Doch darf nicht übersehen werden, daß die geschilderten Umstellungsprozesse mit „Auswirkungen von großer Tragweite“²¹⁴ in vielem noch klärungs- und konturierungsbedürftig sind und das Potential für Gefährdungen der persönlichen Freiheit wie der Frei-

208 Prägnant wiederum *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 5: „Die Abwehr des privaten Übergriffs durch den Staat erweist sich als ambivalent, dem einen Gunst, dem anderen Last.“

209 *Lerche* (Fn. 128), § 121 Rn. 20.

210 Von „Novum“ kann gesprochen werden, auch wenn man die Schutzpflichtendoktrin im wesentlichen als Rückbesinnung auf eine lange verschüttete Tradition begreift. Denn die Ausmünzung dieser nun kraft Interpretation dem positiven Verfassungsrecht zugehörigen und die öffentliche Gewalt, insbesondere die Gesetzgebung dirigierenden Funktion ist etwas anderes als die Einsicht in den staatsrechtlichen Bezug zwischen Freiheitsausübung und Freiheitssicherung.

211 Vgl. BVerfGE 7, 198/204; besonders deutlich 50, 290/337; s. auch E 57, 295/319 f.; 74, 297/323. – Vgl. *Stern*, Idee und Elemente (Fn. 55), § 109 Rn. 39 m. w. N.; *Hesse*, Art. Grundrechte (Fn. 116), Sp. 1117. – Die Formel vermag indes nichts an der oben angesprochenen Einsicht (vgl. Fn. 205, 208) zu ändern, daß die Verstärkung der Geltungskraft „der“ Grundrechte zu empfindlichen Einschränkungen der Freiheitssphäre bestimmter Grundrechtsträger führen kann. Deutlich *Grimm* (Fn. 196), S. 221 f.

212 Von großer Bedeutung sind hier neben der korporativen Seite die Folgelasten des wissenschaftlich-technischen Fortschritts; treffend *Grimm* (Fn. 196), S. 231 ff. – Vgl. *Isensee* (Fn. 108), § 111 Rn. 30: Renaissance der Schutzpflicht wegen „Herausforderung der Umweltgefährdung“.

213 *Schmidt* (Fn. 31), S. 172: „unterschiedliche Situationen des (Grund-) Rechtsschutzes“.

214 *Hesse*, Art. Grundrechte (Fn. 116), Sp. 1117.

heitlichkeit des politischen Gemeinwesens in sich bergen könnten. Schon wegen des stets heilsamen Zwanges zur Selbstvergewisserung ist die kürzlich von Ernst-Wolfgang Böckenförde vorgetragene, an die Wurzeln greifende und daher im besten Sinne radikale Kritik an der Vorstellung von Grundrechten als objektiven Grundsatznormen außerordentlich verdienstvoll, zumal ihr Autor als Freiburger Professor für Öffentliches Recht, Verfassungs- und Rechtsgeschichte sowie Rechtsphilosophie und Richter des Bundesverfassungsgerichts dazu in besonderer Weise berufen erscheint. Seine Würdigung sei im folgenden vorgestellt, dann ihrerseits kritisch betrachtet.

1. Die Kritik Böckenfördes

Böckenfördes umfassende Bestandsaufnahme zeichnet sich zunächst durch die analytische Schärfe und Klarheit aus, mit der sie die durch die Annahme objektiver Grundrechtsgehalte bewirkte Revolutionierung des Grundrechtsverständnisses betrachtet. Nüchtern wird festgehalten, daß der objektive Wertcharakter den Grundrechten eine „neue Qualität“²¹⁵ verleihe, indem etwa bei der Drittwirkung die „Grundrechte selbst ... zum Anknüpfungspunkt für Handlungs- oder Unterlassungspflichten Dritter“ (S. 171) würden und „aus sich den Grund ... für Rechte oder Pflichten auch zwischen Privaten“ abgäben (S. 172), im Falle der Schutzpflichten Grundrechte „nicht negatorisch, sondern auf Handeln, auf Schutz dieser Gehalte angelegt“ (S. 173) seien und so das Grundrecht in prinzipiell neuer Weise „als *subjektives* Freiheitsrecht den Anspruch auf Leistung, auf staatliches Handeln, insbesondere auch gesetzgeberisches Handeln tragen“ müsse (S. 178). In alledem sieht er eine „Erweiterung, ja Neubestimmung des Grundrechtsinhalts gegenüber der bisherigen Grundrechtsfunktion“ (S. 178) bis hin zur schon angesprochenen Deduktion von Staatsaufgaben (S. 185 ff.).

Der nüchternen Analyse folgt die Kritik, deren Maßstäbe (allein) aus der Abwehrfunktion der Grundrechte im Staat-Bürger-Verhältnis gewonnen werden. Die dem Verständnis der Grundrechte als Grundsatznormen inhärente Grundrechtsgeltung sei „ohne genau bezeichneten Regelungsgegenstand und -adressaten, universal ausgreifend, zugleich jedoch unbestimmt und offen im Sinne weiterer Ausdehnung“ (S. 167). So sei die Ausstrahlungswirkung „nach Intensität und Umfang aus sich heraus unbestimmt ..., dabei jedoch nach oben hin offen“ (S. 169); und ganz ähn-

215 Böckenförde, Grundsatznormen (Fn. 77), S. 167. – Die folgenden, im Text in Klammern gesetzten Zahlen beziehen sich auf diesen Aufsatz, der ursprünglich erschienen ist in: Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.; vgl. auch *ders.*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990.

lich wird zum Schutzpflichtencharakter der Grundrechte bemerkt, es handele sich insofern um „Prinzipiennormen mit Verwirklichungstendenz, nach oben hin offen, aber aus sich selbst ohne Maß“ (S. 174). Unter anderem bewirke dies, daß die subjektive Freiheit einzelner zu einer objektiven mutiere: „Als solches dirigiert sie mögliche Vorkehrungen organisatorischer, verfahrensmäßiger oder stützender Art, entbehrt aber – notwendigerweise – der inhaltlichen Gewißheit, die die Ableitung konkret bestimmter Rechtsfolgen erlaubt, und verliert so ihren (ausgrenzenden) Anspruchscharakter. Sie geht ein in ein Normengefüge, das sie mit hervorruft, verwirklicht und relativiert sich aber in diesem.“ (S. 181).

Dieser Gewißheits-, besser wohl: Präzisionsverlust, ist der erste große Negativposten, den Böckenförde ausmacht. Der Abwägung fehle jeglicher feste Bezugspunkt (S. 183 f.), die „Ausdehnung der Grundrechtsgeltung nach Umfang und Reichweite“ sei „nicht an vorfindliche Maßstäbe gebunden“ (S. 185). Im Prinzipiencharakter der Grundrechtsnormen verbänden sich „Unbestimmtheit, Beweglichkeit und Dynamik“ (S. 185).

Der aus alledem resultierende beträchtliche Konkretisierungsspielraum für die (fallweise) Fixierung der Ausdehnung der neuen Grundrechtsgehalte, das ist Böckenfördes zweiter und wohl noch wichtigerer Kritikpunkt, wachse nun unter den Bedingungen des Grundgesetzes und seiner voll ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit dem Bundesverfassungsgericht zu und verändere damit in folgenschwerer Weise das Institutionengefüge des demokratischen Verfassungsstaates: Parlamentarische und verfassungsgerichtliche Rechtsbildung würden in ein Verhältnis der Nebenordnung überführt (S. 189), die qualitative Differenz zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung eingegebenet. In diesem Kooperations- oder auch Konkurrenzverhältnis habe – so eine besonders einprägsame Formulierung – „der Gesetzgeber die Vorhand, das Verfassungsgericht aber den Vorrang“ (S. 190)²¹⁶. Eine Veränderung der Gewichtsverlagerung zwischen den Gewalten, ja die Rangerhöhung des Bundesverfassungsgerichts wegen seiner „Kompetenz zur verbindlichen Letztentscheidung“ zu einem „Verfassungs-Areopag“ (S. 191) erscheint ihm nahezu unausweichlich. Wer den damit programmierten „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ (S. 190), den Forsthoff seinerzeit in etwas schlichterer Formulierung bereits prognostiziert hatte²¹⁷, vermeiden wolle, müsse „daran festhalten, daß die – gerichtlich einforderbaren – Grundrechte 'nur' subjektive Freiheitsrechte gegenüber der staatlichen Ge-

216 Von der „Vorhand“ des Gesetzgebers im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht hatte *Peter Häberle*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff. (18) gesprochen.

217 *Forsthoff* (Fn. 16), S. 148: „Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat“. Böckenförde lehnt sich an die Terminologie *Carl Schmitts* (Legalität und Legitimität, 1932) an.

walt und nicht zugleich (verbindliche) objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts sind“ (S. 194). Der Weg, den das Bundesverfassungsgericht vor 35 Jahren beschritten hat und den es im großen und ganzen konsequent weitergegangen ist, stellt sich so als Irrweg dar, und Böckenförde mahnt unüberhörbar zur Ein- und Umkehr. Doch ist diese wirklich geboten?

2. Antikritische Betrachtungen

Böckenfördes über die Jahre hinweg erstaunlich konstante Einwände gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdienten eine sehr viel ausführlichere Antwort, als sie hier schon aus Platzgründen möglich ist. Im folgenden müssen stark geraffte Argumente genügen. Insgesamt erweisen sich die geäußerten Bedenken nicht als so durchschlagskräftig; als daß man sich seinem Plädoyer für die Rücknahme der geschilderten Ausdehnung der Grundrechtsdimensionen anschließen müßte. Denn die verfassungstheoretische Reduktion der Grundrechte auf die Abwehrdimension erscheint ihrerseits höchst anfechtbar (dazu a), die Kritik an der herrschenden Lehre und Rechtsprechung widerlegbar (b); die Furcht vor einem unkontrollierbaren Machtzuwachs des Bundesverfassungsgerichts wiederum stellt kein Spezifikum unseres Themas dar (c).

a) Böckenfördes Kritik an den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten ist tief in seiner verfassungs- und staatsrechtlichen Grundposition verankert. Deren Charakteristika sind: Qualifizierung der Verfassung als einer auf die staatliche Herrschaftsorganisation bezogenen Rahmenordnung²¹⁸, nicht einer Staat und Gesellschaft umfassenden Grundordnung²¹⁹; Bejahung einer originären Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers in klarer Absetzung von bloßem „Verfassungsvollzug“²²⁰; Festhalten an der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft²²¹ und Bevorzugung eines eher formalen Rechtsstaatsbegriffes²²². Die Einstufung der Grundrechte als

218 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung* (1983), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 29 ff. (42 ff., 47 ff.).

219 So die vor allem von *Hesse* (Fn. 4), Rn. 4, 16 ff.; *ders.*, *Das Grundgesetz* (Fn. 28), S. 17 in Anknüpfung an *Smend*, *Kägi* u. a. vertretene Gegenposition; vgl. ferner *Alexander Hollerbach*, *Ideologie und Verfassung*, in: *Werner Maihofer* (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1969, S. 36 ff. (46); *Müller* (Fn. 2), S. 177; *Denninger* (Fn. 1), S. 11; s. auch *Badura*, *Staatsrecht* (Fn. 131), S. 6 ff., und kürzlich *Michael Bender*, *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen*, 1991, S. 112 ff.

220 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 53 ff. (85 ff.); gegen die Vorstellung eines bloßen Verfassungsvollzuges allerdings auch *Hesse* (Fn. 4), Rn. 20.

221 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 185 ff.

Eingriffsabwehrrechte führt diese Grundposition nur konsequent weiter. Greift man die Unterscheidung zwischen einer eher „legalistischen“ und einer eher „konstitutionalistischen“ juristischen Denkweise auf²²³, so zählt Böckenförde ohne Zweifel zu den Hauptvertretern des Legalismus.

Über bloß akademische Schulstreitigkeiten hinausgehende Relevanz entfaltet jene verfassungstheoretische Grundhaltung, weil das Grundgesetz selbst weitgehend schweigt. So gewinnen für die Bestimmung seiner Reichweite gewisse Basisannahmen über Funktion und Gehalt einer Staatsverfassung entscheidendes Gewicht. Und hier scheinen mir drei Aspekte dafür zu sprechen, das Grundgesetz nicht lediglich als Regelung der staatlichen Herrschaftsorganisation und Demarkationslinie zur autonom gedachten Privatgesellschaft zu sehen. Es ist dies zunächst der *entwicklungsgeschichtliche* Aspekt: Akte der Verfassunggebung haben von Herrschaftsprivilegierung und punktueller Herrschaftsbegrenzung zu umfassender Herrschaftsbegründung geführt²²⁴. Die moderne Verfassung westatlantisch-kontinentaleuropäischer Prägung dient nicht lediglich der Grenzregulierung von Herrschaftsbefugnissen auf der Basis einer irgendwie vorausgesetzten Ordnung, sondern bildet selbst die umfassende Grundlage des Gemeinwesens, konstituiert und eint es. Hinzu tritt der *demokratische* Aspekt, also der Übergang vom konstitutionellen Dualismus zur monistischen Demokratie. Mit dem Wegfall der Monarchie wächst allein der Verfassung die Legitimitäts- und Einheitsstiftung des politischen Gemeinwesens zu²²⁵. Es geht nicht mehr um die Bändigung und Kontrolle einer der Gesellschaft gegenüberstehenden, auf eigener Legitimitätsgrundlage ruhenden (monarchischen) Staatsgewalt, sondern um eine von Freien und Gleichen geschaffene Ordnung, die als Werk kollektiver Selbstbestimmung nicht per definitionem auf das vertikale Staat-Bürger-Verhältnis beschränkt ist. Drittens schließlich ist der *sozialstaatliche* Aspekt von Relevanz: Die Realität des modernen Interventions- und Wohlfahrtsstaates mit seinen umfassenden Verteilungs- und Zuteilungsaufgaben zeigt²²⁶, daß individuelle Freiheit nicht allein gegen staatliche Macht zu sichern ist, sondern in weitem Umfang erst auf Grundlage staatlicher Leistungen möglich

222 Zuletzt *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Art. Rechtsstaat, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 8, 1992, Sp. 332 ff. (338 ff.).

223 *Ralf Dreier*, Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens, in: *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, S. 87 ff.

224 Statt aller *Hasso Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., *Recht – Politik – Verfassung*, 1986, S. 261 ff.; *Dieter Grimm*, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus (1987), in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 31 ff.

225 Vgl. *Horst Dreier*, Der Ort der Souveränität, in: ders./Jochen Hofmann (Hrsg.), *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*, 1986, S. 11 ff. (33 ff.); ders. (Fn. 31), S. 99 ff., jeweils m. w. N.

226 Dazu Analysen in: *Dieter Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; *Rüdiger Voigt* (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993.

wird: „Freiheit ist heute vielfach nur als Sicherung der Teilhabe an Leistungen vorstellbar.“²²⁷ Auch bei der Wahrnehmung neuer und weitreichender sozialgestaltender Aufgaben aber bleibt der Staat an die Verfassung und damit an die Grundrechte gebunden. Und wenn deren gleichbleibender Sinn in der Sicherung personaler Freiheit besteht, so müssen unter den neuen Rahmenbedingungen auch die Schutz- und Förderungskomponenten als integrale Bestandteile verfassungsrechtlicher Freiheitssicherung angesehen werden.

Selbst wenn diese Erwägungen im Ergebnis durchgreifen würden, wäre eine hinlängliche Begründung für die Deutung von Grundrechten als Grundsatznormen zwar noch nicht geleistet²²⁸. Ausgeschlossen ist diese indes ebensowenig. Mehr noch: Die genannten Aspekte liefern wichtige Indizien für ein derartiges Verständnis. Dies ist um so wichtiger, als der Wortlaut des Grundgesetzes auch hier nicht allzu ertragreich ist. Zu Recht spricht Böckenförde davon, daß das Grundgesetz nicht etwa selbst schon in aller Deutlichkeit Grundrechte als Grundsatznormen vorsehe, sondern dies eine unter dem Grundgesetz eingetretene interpretatorische Entwicklung sei²²⁹. Doch ganz unergiebig ist der Verfassungstext auch wieder nicht. Immerhin verpflichtet Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG alle staatliche Gewalt, die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“, und dieser rechtsgutsbezogene „Rundumschutz“ fragt nicht nach der Quelle der Störung, sondern wirkt ubiquitär²³⁰. Auch das Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten als „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ in Art. 1 Abs. 2 GG deutet an, daß die Grundrechte sich nicht allein auf das bipolare Staat-Bürger-Verhältnis beziehen²³¹. Schließlich sollte der konkrete Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG nicht übersehen werden²³².

227 *Lerche* (Fn. 128), § 121 Rn. 6.

228 So würde Böckenförde die Bedeutung insbesondere der sozialstaatlichen Fragestellung und der Problematik des Demokratieprinzips keineswegs leugnen, hat er doch zu beiden Komplexen wesentliche und wegweisende Beiträge geliefert.

229 *Böckenförde*, Grundsatznormen (Fn. 77), S. 160 f.

230 So wollte es auch der Verfassungsgeber: *Hermes* (Fn. 64), S. 137 ff. – Juristische Grundlegung bei *Günter Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 (1958), Rn. 2.

231 Darauf machte bereits *Kröger* (Fn. 29), S. 40 ff. aufmerksam. Vgl. auch *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1987, § 24 Rn. 30, 31.

232 Es ist kein Zufall, daß die noch vor dem Lüth-Urteil liegende BVerfG-Entscheidung 6, 55, in der sich die Rechtsprechung zum objektiven Charakter der Grundrechte andeutet, ohne als allgemeines Prinzip verkündet zu werden, sich auf Art. 6 I GG bezog (besonders deutlich Leitsatz 5). Hierauf weist auch hin *Böckenförde*, Grundsatznormen (Fn. 77), S. 165 f.

Noch größeres Gewicht als der Wortexegese kommt dem Umstand zu, daß die objektiv-rechtliche Dimension im Grunde kein verfassungsrechtliches Novum darstellt, sondern auf eine lange, indes verschüttete Tradition zurückblicken kann²³³. Man hat insofern jedenfalls in bezug auf die Schutzpflichten von einer Wiederentdeckung bzw. einer lange vergessenen Seite der Grundrechte gesprochen²³⁴. Indem die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte eine Antwort auf neuartige Gefährdungslagen individueller Freiheit geben²³⁵, aktualisieren sie gewissermaßen den festen Kern aller Grundrechtsverbürgungen. Der objektiv-rechtlichen Deutung gelingt es, die Grundrechte in weiten Bereichen gesellschaftlicher Realität vor einem Leerlaufen zu bewahren²³⁶ und ihnen Wirkkraft auch dort zu verleihen, wo sie ihnen bei einem rein abwehrrechtlichen Verständnis versagt bleiben müßte.

Auch die von Böckenförde so ausdauernd gerügte Maßstablosigkeit und die aus ihr angeblich resultierende Beliebigkeit der Rechtsfindung spricht im Ergebnis nicht gegen die hier verteidigte herrschende Auffassung. Der jedwede Abwägung verwendende Vorwurf suggeriert zunächst eine bei gehöriger Reduktion der Grundrechtsfunktionen mögliche Sicherheit und Rationalität (verfassungsgerichtlicher) Entscheidungsfindung, von der keine Rede sein kann. In der Judikatur zur subjektiv-defensiven Seite von Grundrechten sind ebenfalls zahlreiche Urteile anzutreffen, die die Grenzen der Berechenbarkeit von Interpretationsleistungen jedweder Art aufzeigen²³⁷. Insoweit handelt es sich nicht um ein besonderes Charakteristikum der neuen Grundrechtsdimensionen. Daß Abwägungsentscheidungen gewisse Unwägbarkeiten mit sich bringen, ist gar nicht zu leugnen – wohl aber, daß diese weder hinnehmbar noch eingrenzbar seien²³⁸. Ein nicht geringer Vorzug der Abwägungsdoktrin besteht schließlich darin, daß sie zur Offenlegung von Wertungen und zum Begründungszwang für bestimmte Wertungspräferenzen führt²³⁹. Das Maßlosigkeits- bzw. Unsicherheitsargument sticht also nicht²⁴⁰.

233 Vgl. oben S. 27 ff.

234 Vgl. *Hermes* (Fn. 64), S. 166 ff., 280; *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 946.

235 Man denke etwa an die Folgen der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie: vgl. insb. *Hasso Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 258 ff.

236 *Grimm* (Fn. 196), S. 234, 240. Allgemein zur Notwendigkeit, Recht und Verfassung flexibel zu halten: *Lerche* (Fn. 21), S. 225.

237 Vgl. etwa BVerfGE 16, 194 – Liqorentnahme; 32, 98 – Unterlassene Hilfeleistung aus Glaubensgründen; 43, 220 – Effektiver Rechtsschutz bei Zwangsversteigerung; 70, 279 – Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; 73, 206 – Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB; 82, 18 – Berufsbezeichnung. Besonders illustrativ sind bei allen Entscheidungen, denen zahlreiche weitere hinzuzufügen wären, die völlig unterschiedlichen Bewertungen im Instanzenzug, obwohl es sich stets um Fälle handelte, in denen die Betroffenen sich allein auf die subjektiv-defensive Grundrechtsfunktion stützten. Ähnlich wie hier *Grimm* (Fn. 196), S. 238 m. Anm. 16; *Heun* (Fn. 163), S. 61.

b) Was nun die Detailkritik Böckenfördes an der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und ihrem Schutzpflichtencharakter angeht²⁴¹, so greift auch sie im Ergebnis nicht durch. Denn die Ausstrahlung der Grundrechte auf das einfache

-
- 238 Hinnehmbar erscheint die mit gewissen Unsicherheiten belastete Flexibilisierung, weil es durch sie nicht zur „Verflüssigung der Freiheitsgewähr“ (*Böckenförde*, Geschichtliche Entwicklung [Fn. 218], S. 51), sondern zu einer Extensivierung und Intensivierung der Grundrechtsgeltung kommt. Daß dies mit Aufstörungseffekten verbunden ist, liegt auf der Hand. Eingrenzt ist das Maß an Unwägbarkeiten im wesentlichen durch eine kontinuierliche, dogmatisch gut durchkonstruierte und von der Wissenschaft mit konstruktiver Kritik begleitete Grundrechts-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst. Nicht anders hat ja einst die Judikatur des Preußischen OVG der polizeilichen Generalklausel Kontur und rechtsstaatlich erträgliche Präzision verliehen. Warum sollte dies beim Bundesverfassungsgericht nicht möglich sein? – Die Behauptung *Böckenfördes* (Grundsatznormen [Fn. 77], S. 183 f.), die „klassische Verhältnismäßigkeit“ im Staat-Bürger-Verhältnis verfüge über feste(re) Bezugspunkte, vermag schon in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen. Vgl. auch Fn. 237, 240.
- 239 Von Zurichtungen des Schutzbereichs, wie sie etwa im „Sprayer“-Fall vorgenommen wurden (BVerfG NJW 1984, 1293), läßt sich dies nicht sagen; auch im Rahmen des Art. 12 GG wären Beispiele zu nennen (vgl. zum Problem *Rüdiger Breuer*, Freiheit des Berufs, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 147 Rn. 40, 41).
- 240 Dies im übrigen auch deshalb, weil die Abwägungsproblematik unentrinnbar ist. Denn nicht länger kann man von einer klaren Unterscheidungsmöglichkeit zwischen punktuellen Staat-Bürger-Verhältnissen (in denen die rechtsstaatliche Verteilungsregel Carl Schmitts gilt) und den Freiheitsrechtsverhältnissen der Bürger untereinander ausgehen, weil in zunehmenden Umfang Rechtssätze der staatlichen Gewalten nichts anderes als Ausgleichsregelungen konfliktträchtiger und kompatibilisierungsbedürftiger Rechte „konkurrierender“ oder „konfligierender“ Privater sind. Man denke an die trivialen Beispiele von Gemeingebrauch und Sondernutzung in Fußgängerzonen (vgl. *Rudolf Steinberg/Georg Herbert*, Straßenkunst als Gemeingebrauch oder als Sondernutzung? – BVerfG NJW 1990, 2011, in: JuS 1990, S. 795 ff.), den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wie Stadthallen oder Märkten wie überhaupt an alle Drittschutzfälle (Nachbarrecht, Konkurrentenklagen). Aus der Perspektive des betroffenen Bürgers haben wir es hier jeweils mit einer punktuellen Staat-Bürger-Relation zu tun (Anfechtung des belastenden bzw. Erstrebens des verweigerten begünstigenden Verwaltungsaktes oder Klage auf Fremdbegünstigung oder Fremdbelastung); mit seiner Klage geht der Einzelne gegen den Staat vor und kann sich dabei „natürlich“ auf seine Grundrechte berufen. In der Sache handelt es sich aber um eine polygonale Konstellation (vgl. ausführlich *Matthias Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992), in der der Staat eine Grundrechtsausgleichs- bzw. Grundrechtsverteilungsentscheidung treffen muß. Und dabei ist die Abwägung zwischen den involvierten Rechtsgütern ganz unvermeidlich. Da es illusionär wäre, in allen derartigen Fällen eine detaillierte gesetzliche Regelung zu verlangen, fällt die maßgebliche Arbeit oft der Verwaltung und der sie kontrollierenden Judikative zu. Beide sind bei ihrer Entscheidung natürlich an die Grundrechte gebunden. Sie kommen um eine gerechte Abwägung (nicht im Sinne eines abstrakten Vorziehens, sondern einer sachgerechten Präferenzenbildung) nicht herum. Und selbst dort, wo sein Gesetz vorhanden ist und sich als reine Eingriffsbefugnis darstellt, verbergen sich dahinter nuancierte Zuordnungs- und Gewichtungsentscheidungen unterschiedlicher Grundrechtspositionen, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung Relevanz erlangen (vgl. *Hermes* [Fn. 64], S. 200 ff.) Also nochmals: Selbst wenn objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte nicht anerkannt würden, ließe sich das Problem des Ausgleichs konkurrierender und konfligierender Grundrechte nicht vermeiden. – In die gleiche Richtung scheint die kritische Bemerkung von *Lerche* (Fn. 128), § 121 Rn. 29 Fn. 75 zu gehen. Ausführlicher *Heun* (Fn. 163), S. 63 ff.

Recht ist unvermeidlich, die Dimension der grundrechtlichen Schutzpflichten unersetzlich.

aa) Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte entfaltet sich im zuvörderst betroffenen Privatrecht²⁴² nach herrschender Auffassung als mittelbare Drittwirkung über die Generalklauseln. Diese fungieren also als „Einbruchstellen“ für die Vorgaben des Grundgesetzes. Nun ist unbestritten, daß eine vollständige Grundrechtsbindung der Privatrechtsbeziehungen die vom Grundgesetz selbst gewollte Privatautonomie im Kern zerstören würde; aus Freiheit würde Pflicht, aus Grundrechtsträgern Grundrechtsverpflichtete²⁴³. Doch wenn es in einem Rechtsstreit in Ermangelung einer präzisen Norm²⁴⁴ auf Blankettbegriffe wie Treu und Glauben, das Sittengesetz, die guten Sitten o.ä. ankommt, so bedürfen diese der Ausfüllung²⁴⁵. Warum sollen dabei nicht (auch) die Grundrechte als konstitutiver Bestandteil der ranghöchsten Normebene, der Verfassung, ihre Bedeutung entfalten?²⁴⁶ Wäre es etwa begrüßenswerter, hier einfach auf unreflektierte Vorverständnisse, Weltanschauungen, Naturrechtslehren etc. zurückzugreifen?²⁴⁷ Böckenfördes offenkundig gehegte Alternativvorstellung, den einzelnen Teilrechtsgebieten die Herausarbeitung der sie tragenden „Rechtsgrundsätze“ selbst zu überlassen²⁴⁸, wirkt optimistisch und anachronistisch zugleich. Anachronistisch, weil sie wohl allzu stark am (Selbst)Bild des Privatrechts des 19. Jahrhunderts orientiert ist und vernachlässigt, daß der „motorisierte Gesetzgeber“ (Carl Schmitt) längst mit einer Vielzahl punktueller, nicht an einem System orientierter und auf sehr heterogenen Wertungen beruhender Regelungen in die gesamte Rechtsordnung eingedrungen ist. Zudem verfügen nicht alle Rechtsgebiete über so eindeutige und tra-

241 Organisation und Verfahren bilden bei Böckenförde keine eigenständige Kategorie, doch werden die einschlägigen Urteile erwähnt und in die Erörterung einbezogen.

242 Vgl. insbesondere *Konrad Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988.

243 Statt aller *Pieroth/Schlink* (Fn. 8), Rn. 204.

244 Liegt eine solche in Gestalt eines förmlichen nachkonstitutionellen Gesetzes vor und verstößt sie nach Auffassung des Richters gegen die Verfassung, so regelt Art. 100 I GG das weitere Verfahren. Zur heute allgemein bejahten Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers Nachweise bei *Stern*, Staatsrecht III/1 (Fn. 11), S. 1565 ff.; hier weckt daher die pauschale Rede von der ‚nur‘ mittelbaren Grundrechtswirkung im Privatrecht falsche Assoziationen. Vgl. BVerfGE 81, 242 und dazu *Hermes* (Fn. 196). Wichtige Differenzierungen bei *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, in: AcP 192 (1992), S. 35 ff. (43 ff.)

245 Dazu *Horst Dreier*, Gesellschaft, Recht, Moral, in: *Universitas* 48 (1993), S. 247 ff. (253 ff.).

246 Ebenso *Gerhard Schlichting*, Zivilgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht, in: *Dieter C. Umbach/Thomas Clemens* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992, S. 101 ff. (104). – Die Einräumung einer solchen Möglichkeit schließt natürlich Kritik an einzelnen Urteilen wie z. B. dem ersten „Peep-Show“-Urteil (BVerwGE 64, 274) nicht aus.

247 Vgl. als Negativbeispiel die oben Fn. 54 angesprochene Naturrechtsjudikatur des BGH.

248 *Böckenförde*, Grundsatznormen (Fn. 77), S. 194 f.

gende Strukturprinzipien, wie sie das Privatrecht einst kannte. Und schließlich liegt ein Zentralproblem heutiger Rechtsentwicklung eher in einer allzu großen Parzellierung und Diversifizierung der einzelnen Rechtsgebiete²⁴⁹; hier könnte gerade die Verfassung als gemeinsames „Rechtsdach“ die Einheit der Rechtsordnung im Sinne durchlaufender, strukturierender Gestaltungs- und Wertungslinien zu bewahren helfen²⁵⁰. Optimistisch erscheint Böckenfördes Vorschlag deshalb, weil er insbesondere den obersten Bundesgerichten die sach- und problembezogene Ausformung der materialen Grundrechtsgehalte und des Menschenwürdebezuges überantwortet. Gerade sie hegen aber, wie zahlreiche Urteile des Bundesverfassungsgerichtes zeigen, zuweilen deutliche Reserven gegenüber einer folgenreichen Berücksichtigung von Grundrechtsbestimmungen für das jeweilige Teilrechtsgebiet²⁵¹.

Ein konstruktives Argument kommt hinzu: Wenn die Beeinträchtigung nicht auf dem Verhalten eines privaten Dritten, sondern auf einem inhaltsgleichen Gesetz beruhte – müsste Böckenförde dann nicht einen „klassischen“ Grundrechtseingriff bejahen und entsprechenden verfassungsgerichtlichen Schutz für möglich halten?²⁵² Zu allerletzt wird man hilfsweise und ergänzend auch einmal nach den Konsequenzen der Position Böckenfördes in den einschlägigen Fällen fragen dürfen²⁵³.

bb) Ähnlich fällt der Befund bei Böckenfördes Kritik der grundrechtlichen Schutzpflichten aus. Zwar lehnt er zu Recht alle Versuche ab, diese Dimension durch ei-

249 *Gunther Teubner*, Das Recht als autopoietisches System, 1989, S. 123 ff.

250 Mit alledem sei nichts gegen die hohe Leistungsfähigkeit der Rechtsdogmatik und allgemeiner Rechtslehren gesagt. Doch resultiert die Skepsis aus dem, was man den „Zerfall der inneren Einheit des Privatrechts“ (*Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 543 ff.) genannt hat; ebd., S. 553 der unverändert aktuelle Satz: „Die Wachstumsspitzen der Rechtsentwicklung sind in neue, systematisch und begrifflich wenig durchgeformte Randfelder der klassischen Rechtsordnung verlegt.“ Heute handelt es sich neben dem recht unübersichtlichen Sozialrecht vor allem um das Umweltrecht und das Europäische Gemeinschaftsrecht. Insbesondere das letztgenannte spottet dem Versuch, für Teilrechtsgebiete tragende begrifflich-dogmatische Pfeiler zu identifizieren und zu Stützen einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung zu machen.

251 Anschauungsmaterial bei *Schlaich* (Fn. 134), Rn. 279 ff.

252 Angenommen, im Lüth-Fall hätte es ein „Gesetz zum Schutz von Ruhe und Ordnung“ gegeben, das Boykott-Aufrufe jeglicher Art untersagt hätte, so hätte Lüth doch ohne weiteres gegen eine entsprechende Verbotsverfügung klagen und am Ende Verfassungsbeschwerde einlegen können. Warum soll gerade gegen den Akt des demokratisch legitimierten Gesetzgebers Grundrechtsschutz gegeben sein, nicht aber dann, wenn wegen einer nicht ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Sachverhalts die Gerichte auf die Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe angewiesen sind?

253 Im Falle Lüths wäre es bei der erfolgreichen Unterlassungsklage geblieben. Das niedersächsische Vorschaltgesetz hätte mit seiner Drittelparität umgesetzt werden müssen. Der Schutz des werdenden Lebens auch gegen die Mutter wäre nicht konstruierbar gewesen.

nen konstruktiven Umbau in das überkommene Konzept der abwehrrechtlichen Dogmatik zu integrieren²⁵⁴. So wenig es überzeugen kann, den Staat im Wege pauschaler Zurechnung schädigender Handlungen Privater, die diese in Wahrnehmung gesetzlicher Möglichkeiten und Freiräume vornehmen, zum letztlich Verantwortlichen zu machen, so wenig geht es aber auch an, staatliche Anregung, Veranlassung, Duldung, Erlaubnis oder andere Handlungsvarianten für grundrechtlich vollständig indifferent zu befinden. Worin soll die Asymmetrie begründet sein, die entsteht, wenn sich der Schädiger gegenüber möglichen staatlichen Eingriffen auf Grundrechte berufen kann, sein Opfer sich aber wegen des Fehlens der Ausübung „staatlicher Gewalt“ ins grundrechtliche Niemandsland verbannt sieht²⁵⁵? Eine solche Asymmetrie zwischen grundrechtsgeschütztem Schädiger und grundrechtslosem Opfer fällt weit hinter das Niveau zurück, das gerade die verwaltungsrechtliche Dogmatik in ihrem Bemühen um einen angemessenen Ausgleich zwischen den an mehrseitigen Rechtsverhältnissen Beteiligten und ihren (Grund-) Rechten^{255a} mittlerweile erreicht hat²⁵⁶.

c) Der letzte Punkt betrifft die Machtsteigerung des Bundesverfassungsgerichts, und zwar insbesondere im Verhältnis zum demokratischen Gesetzgeber. Der Tatbestand als solcher ist natürlich ganz unbestreitbar und Gegenstand einer längst nicht mehr überschaubaren Literatur²⁵⁷. Doch sollte nicht vergessen werden, daß der weite Umfang und die große Reichweite der bundesverfassungsgerichtlichen

254 Böckenförde, Grundsatznormen (Fn. 77), S. 194 Fn. 108; zu nennen sind insbesondere Jürgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff.; Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 58 ff., 102 ff.; Schlink (Fn. 97). Zur Kritik dieser „Zurechnungslehre“ ausführlicher Hermes (Fn. 64), S. 79 ff., 93 ff., 97; Alexy (Fn. 60), S. 415 ff.; Grimm (Fn. 196), S. 235 ff.; Dietlein (Fn. 63), S. 35 ff., 50 f., 87 ff.; Isensee (Fn. 108), § 111 Rn. 118, 119; Wolfram Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 50 ff.

255 Treffliche Analyse: Dieter Suhr, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?, in: JZ 1980, S. 166 ff.; vgl. auch Hofmann (Fn. 235), S. 322 ff.; Hermes (Fn. 64), S. 204 ff., 280; Isensee (Fn. 108), § 111 Rn. 5 ff., 84, 85, 97 ff.

255a Vgl. Rainer Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, in: JuS 1984, S. 577 ff.; Jost Pietzcker, „Grundrechtsbetroffenheit“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 131 ff. (138 ff.); Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, in: Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 225 ff. (232 f., 239). – Stichworte sind hier u. a. Drittschutz und Schutznormtheorie. Vgl. auch Fn. 240.

256 Mit der Betonung der Gesetzesmediatisierung der Schutzpflichten und der Ablehnung unmittelbarer Grundrechtsbeziehungen zwischen Gefahrverursacher und Opfer sind zudem „Sicherungen“ eingebaut, die ein unmittelbares Durchschlagen auf die Grundrechtsebene im Einzelfall verhüten. Die Mißachtung der gesetzlichen Vermittlungs- und Konkretisierungsbedürftigkeit durch den VGH Kassel JZ 1990, 87 ff. (dazu kritisch Wahl/Masing [Fn. 112]; Preu [Fn. 193]) hat ihm zu Recht die erwähnte Kritik eingebracht. Andererseits bleibt die Möglichkeit erhalten, den säumigen Gesetzgeber grundrechtlich zur Erfüllung seiner Schutzpflichtaufgabe anzuhalten.

257 Vorzügliche Problemübersicht mit zahlreichen Literaturnachweisen bei Schlaich (Fn. 134), 7. Teil: „Das Bundesverfassungsgericht im Gefüge der Staatsfunktionen“.

Entscheidungskompetenzen auf den positivrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes beruhen und dem Zweck dienen, den normhierarchischen Vorrang der Verfassung auch gegenüber der Legislative institutionell abzusichern. Vorrang der Verfassung bedeutet eben Nachrang des Gesetzgebers²⁵⁸. Nun hat das Gericht, wie oft genug festgestellt worden ist, in einigen Fällen von seiner Entscheidungskompetenz einen extensiven Gebrauch gemacht und sich zuweilen als „Ersatzgesetzgeber“ geriert²⁵⁹. Doch liegt – mit Ausnahme des aus vielfachen Gründen singulären Falles des § 218a StGB – der Schwerpunkt solcher sich in der kritischen Zone zwischen Recht und Politik befindlicher Judikate gar nicht zwingend bei den objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen²⁶⁰. Gerade weil eine in die authentische Interpretationskompetenz eines Gerichtes gestellte Verfassung stets das Risiko von Übergriffen auf die Kompetenz des demokratischen Gesetzgebers und entsprechender Verschiebungen im institutionellen Gefüge der Staatsgewalten in sich birgt²⁶¹, bleibt es eine zentrale Aufgabe des Staats- und Verfassungsrechts, hier genauere und handhabbarere Grenzziehungen vorzunehmen. Daß die Lösung nicht im bloßen Appell an die Tugend richterlicher Selbstbeschränkung liegen kann, ist weithin konsentiert²⁶². Größeren Ertrag verspricht der sog. funktionell-rechtliche Ansatz²⁶³, sofern man darunter vor allem die Eingrenzung der Handlungsmöglichkeiten des Verfassungsgerichts versteht, die in seiner Eigenschaft als Gericht und der Gerichtsförmigkeit seines Verfahrens liegen²⁶⁴. Zentrale Bedeutung kommt hier der Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers zu. Diesen

258 *Wahl* (Fn. 87), S. 487.

259 Etwa im Falle der Übergangsgesetzgebung für den für verfassungswidrig erklärten § 218a StGB: BVerfGE 37, 324. Ausführlich zum Problemkomplex *Christoph Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985. Vgl. Fn. 265.

260 Zu denken wäre eher an die seinerzeit als hochpolitisch empfundene Entscheidung zum Grundlagen-Vertrag (BVerfGE 36, 1), an das Diäten-Urteil (E 40, 296), an die sehr detaillierte und keineswegs geradlinige Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung (E 8, 51; 20, 56; 73, 40; zuletzt BVerfGE 85, 264), die minutiösen Darlegungen zum Finanzausgleich (BVerfGE 72, 330; 86, 148); auch Judikate zum Renten-, Sozialversorgungs- und Hinterbliebenenrecht wären zu nennen. Fallmaterial zum Zivilrecht, insb. dem Familienrecht, sowie dem Arbeits- und Sozialrecht bei *Volkmar Götz* und *Franz Gamillscheg*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Vierzig Jahre Grundrechte und ihre Verwirklichung durch die Gerichte*, 1990, S. 35 ff., 91 ff. – Sehr viele gesetzliche Normen verstoßen nach Ansicht des BVerfG im übrigen nicht gegen (subjektiv- oder objektiv-rechtliche) Freiheitsrechte, sondern gegen Gleichheitsrechte: vgl. jüngst BVerfGE 84, 9; 84, 90; 84, 348; 85, 191; BVerfG NJW 1993, 643.

261 Treffend *Dieter Grimm*, Art. Verfassung, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7. Aufl., Bd. 5, 1989, Sp. 633 ff. (639): gerade die effektive Verfassungsgerichtsbarkeit kann „zu politischer Gestaltung übergehen und dadurch die demokratischen Verantwortungszusammenhänge und Funktionsbegrenzungen stören.“

262 So *Böckenförde*, *Grundsatznormen* (Fn. 77), S. 192; *Schlaich* (Fn. 134), Rn. 469 m.w.N.

263 Zuletzt ausführlich *Heun* (Fn. 163).

Gedanken hat das Gericht gerade in den Fällen der grundrechtlichen Schutzpflichten zu Recht stark betont²⁶⁵.

Weder methodologisch noch verfassungstheoretisch läßt sich die Gefahr weit ausgreifender verfassungsgerichtlicher Regulierung zu Lasten demokratisch-parlamentarischer Gestaltung vollständig bannen – schon wegen der grundgesetzlich gewollten Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts und des unausweichlichen Zirkels, demzufolge die Verfassung stets so und mit dem Inhalt gilt, den ihr das Gericht durch letztverbindliche Interpretation verleiht. Bis zu einem gewissen Grad bleibt also nur die Hoffnung, daß das Bundesverfassungsgericht nicht zuletzt aus wohlverstandenen Eigeninteresse Zurückhaltung wahrt und seine in gesellschaftlicher Akzeptanz wurzelnde Autorität gerade durch die Achtung des Wertungs- und Einschätzungsspielraums des demokratischen Gesetzgebers erhält und stärkt²⁶⁶. Blickt man auf mehr als 40 Jahre Verfassungsjudikatur zurück, so besteht (noch?) kein durchgreifender Grund zur Besorgnis. Bei der zu ziehenden Gesamtbilanz wird man auch die edukatorische Funktion des Gerichts für die Achtung zu würdigen haben, die die staatlichen Gewalten einschließlich der Legislative der Verfas-

264 *Schlaich* (Fn. 134), Rn. 476, 492. So wird das BVerfG nur auf Antrag, nicht aus eigener Initiative tätig und ist prinzipiell zur Kontrolle vorgegebener Fälle oder Rechtsnormen bestimmt; alles entscheidende Maßstabnorm bleibt dabei die Verfassung, die allein auch die Kontrollrichte bestimmen kann. – Das Wort von der „Nebenordnung und Annäherung von parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtsbildung“ (*Böckenförde*, Grundsatznormen [Fn. 77], S. 189) ebnet die durch Initiativrecht, Verfahrensbindung, Handlungs- und Kontrollnormorientierung bedingten Differenzen zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber allzu stark ein.

265 Vgl. *E. Klein* (Fn. 184), S. 1637 f. – Die Entscheidung zur Fristenregelung (BVerfGE 39, 1) bildet wiederum die Ausnahme, weil hier das Gericht seine eigene Prognose der Wirksamkeit bestimmter Maßnahmen über die des Gesetzgebers stellt. Auch in der kürzlich ergangenen Entscheidung zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs (BVerfG NJW 1993, 1751 ff; vgl. dazu die Analysen von *Georg Hermes/Susanne Walther*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht – Das zweite Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Folgen, in: NJW 1993, S. 2337 ff. und *Christian Starck*, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, in: JZ 1993, S. 816 ff.) werden im Sondervotum der Richter *Mahrenholz* und *Sommer* (S. 1774 ff.) zurecht gerügte Überdehnungsmöglichkeiten der Schutzpflichtendoktrin sichtbar. Hier hat sich das Gericht zudem nicht nur als Ersatzgesetzgeber, sondern auch als Ersatzverordnungsgeber betätigt, ferner die Verwaltungsvorschriften vorformuliert und den Fachgerichten die Arbeit rechtsdogmatischer Einpassung der neuen Regelung abgenommen (vgl. S. 1757 ff.). – Da *Böckenförde* den „wesentlichen maßstäblichen Ausführungen des Urteils“ ausweislich seines sich auf einige Nebenpunkte beziehenden Sondervotums (S. 1778 f.) ausdrücklich beipflichtet, stellt sich die interessante Frage, ob mit dieser Zustimmung des Richters *Böckenförde* auch und zugleich die langjährige Kritik des *Wissenschaftlers* *Böckenförde* an Wertetheorie, objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten und nicht streng rechtsstaatlich-formaler Grundgesetzinterpretation implizit zurückgenommen wurde.

266 Vgl. *Smend*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 29), S. 592; *Dieter Simon*, Die Ohnmacht des Rechts, in: Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft, 1988, S. 23 ff. (35 f.).

sung schulden²⁶⁷. So erzwingen zuweilen die Defizite des parteienstaatlichen Parlamentarismus mit seinen Repräsentationslücken und strukturellen Entscheidungsschwächen entsprechend höhere (kompensatorische) Handlungsanteile des Verfassungsgerichts²⁶⁸. Daß hier verführerische Möglichkeiten zu alternativer Politikgestaltung liegen, ist evident und sollte Anlaß zu kritischer (Selbst-)Analyse aller Beteiligten sein.

3. Schlußbemerkung

Angesichts der allgemeinen, nicht allein in der Bundesrepublik Deutschland zu konstatierenden Bedeutungssteigerung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der breiten Akzeptanz, die die Idee objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte in Rechtsprechung und Lehre gefunden hat, fällt die Prognose nicht schwer, daß es in absehbarer Zeit ein Zurück hinter den erreichten Grundrechtsstandard nicht geben wird.

Aber das *sollte* es auch nicht geben. Denn die Multidimensionalität und Multifunktionalität der Grundrechte ist letzten Endes nur Konsequenz eines notwendigerweise komplexeren Verständnisses individueller Freiheit und eines gewachsenen Bewußtseins der Vielfältigkeit ihrer Gefährdungen wie der Notwendigkeit ihrer Sicherungen²⁶⁹. Es geht dabei um „jene vollere Freiheit des Zugleichs von Freiheit vom Staat und freier Teilhabe an der politischen Ordnung“²⁷⁰ ebenso wie um die Einsicht in die Grundrechtsrelevanz von Freiheitsgefährdungen durch private Dritte wie auch die Bewahrung grundrechtlicher Freiheit in sozialen Verbänden.

267 Ohne das nachdrückliche Votum des Bundesverfassungsgerichts hätte der Gesetzgeber den Verfassungsauftrag des Art. 6 V GG nicht beizeiten erfüllt (BVerfGE 25, 167) und wären offenkundige Mißstände im Bereich der Versteuerung von Kapitalvermögen wegen politischer Kraftlosigkeit niemals energisch angegangen worden (BVerfGE 84, 239). Dies nur zwei von zahlreichen Beispielen. Eindringlich zu solchen und ähnlichen Fällen die rechtsvergleichende Studie von *Alexander v. Brünneck*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, 1992 (zum innovativen Charakter der Rechtsprechung S. 128 u. ö.; zum Verfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber S. 131, 168 f. u. ö.; S. 112 ff., 114: Gleichstellung der Rassen ein Werk des Supreme Court; S. 171: ebenso Gleichberechtigung von Mann und Frau).

268 Manchmal geschieht dies sogar auf Wunsch der Politik, zumal in einer Koalitionsregierung, so wie jüngst im Streit zwischen CDU/CSU und FDP über den Einsatz deutscher Soldaten bei AWACS-Überwachungsflügen (BVerfG EuGRZ 1993, 168 ff. = NJW 1993, 1317 ff.). Berechtigte Kritik übt *Ingo v. Münch*, Autoritätsschwund in Karlsruhe, in: NJW 1993, S. 2286 f.

269 Dazu unterschiedliche Ansätze bei *Grabitz* (Fn. 105), S. 243 ff.; *Willke* (Fn. 56), S. 204 ff.; *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), S. 69 ff., 87 ff.; abwägend *Lerche* (Fn. 128), § 121 Rn. 52; im rechtsphilosophischen Kontext *Trapp* (Fn. 40), S. 157.

270 *Kröger* (Fn. 29), S. 41 (s. auch S. 45),

Die liberale Konzeption mit ihrer Vorstellung der Absenz von Freiheit bei gleichzeitiger Präsenz des Rechts und der Fixierung auf den status quo vermag wegen der Erosion tragender Grundlagen des liberal-individualistischen Sozialmodells nur noch ausschnitthaft zu erfassen, was Ausgangs- und Endpunkt grundrechtlicher Gewährleistungen ist: Die Freiheit der Person²⁷¹. Sie in umfassenderer Weise zu schützen, dabei auch die freiheitssichernde und freiheitsermöglichende Rolle staatlichen Rechts zu erkennen und nicht nur als Einschränkung „natürlicher“ Freiheit zu begreifen, wird durch die Annahme objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte erleichtert²⁷². In der weiteren Erarbeitung und schärferen Konturierung eines solchen komplexen Freiheitsbegriffes dürfte die zentrale Aufgabe der Grundrechtstheorie in der Zukunft liegen. Selbst wenn die Verfassung aufgrund der geschilderten Erweiterung von Grundrechtsdimensionen etwas an rechtstechnischer Präzision und Berechenbarkeit einbüßen sollte, so muß sie dies tun, wenn sie – wie Peter Lerche kürzlich formuliert hat – „auch künftig die Wirklichkeit sinnvoll ergreifen“²⁷³ will.

271 Das ist klar beschrieben bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems (1975), in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 336 ff. (insb. 341, 345); doch für die Grundrechtstheorie werden daraus keine sichtbaren Konsequenzen gezogen. Vgl. jüngst *Schlink* (Fn. 164), S. 49 f.

272 *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 108), S. 32 hat dem liberalen Eingriffsmodell sogar Staatsgefährdung bescheinigt: „Freiheitsrechte nämlich, die sich im status negativus erschöpften, die im Staat nur ihren Widersacher, nicht auch ihren Garanten fänden, könnten nicht die Grundlage der staatlichen Ordnung abgeben, als die sie das Grundgesetz aufzeigt, sondern die Einfallstore der Anarchie.“

273 *Lerche* (Fn. 128), § 121 Rn. 16.

Der Verfasser

Horst Dreier, geb. 1954; Studium der Rechtswissenschaften in Hannover 1975-1981; ab 1982 Assistent bei Prof. Dr. Hasso Hofmann an der Universität Würzburg; dort – nach der Promotion 1985 in Hannover – 1989 Habilitation für die Fächer Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Verwaltungswissenschaften; nach Lehrstuhlvertretungen zunächst C 3-Professor für Öffentliches Recht in Heidelberg, seit 1991 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre am Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg.

Veröffentlichungen

Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1986 (2. Aufl. 1990).

Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991.

Aufsätze zur Rechtsphilosophie sowie zum Staats- und Verwaltungsrecht.

Anschrift

Prof. Dr. Horst Dreier
Universität Hamburg
Fachbereich Rechtswissenschaft I
Schlüterstr. 28
20146 Hamburg