

Aufsätze

Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte

Von Professor Dr. Horst Dreier, Hamburg

Zur Reichweite des Themas

Das Demokratiegebot bildet keinen festen Satz starrer Regeln, die jemals vollkommen zu erfüllen wären, sondern ein gewissermaßen nach oben hin offenes staatliches Strukturprinzip, das als niemals gänzlich zu erfüllendes Ideal fungiert¹. Nicht allein der Demokratie ist diese kritisch-produktive Unruhe immanent. Auch für den Rechtsstaat gilt, daß man in ihm nicht nur etwas Gegebenes, bloß noch zu Konservierendes sehen darf². Im Grunde genommen wohnt allen Staatsziel- oder Staatsstrukturbestimmungen bzw. verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen³ ein solches dynamisches Element inne. Gleiches trifft in ganz besonderer Weise auf die Grundrechte zu. Deren Leit- und Zielcharakter wird durch die Qualifizierung als „Optimierungsgebote“ deutlich zum Ausdruck gebracht⁴. Dies bedeutet nun nicht, daß den Grundrechten lediglich Appellcharakter zukäme, ohne daß man aus ihnen in klarer und regelhafter Weise unmittelbare individuelle Rechtsansprüche ableiten könnte. Doch wenn das Bundesverfassungsgericht in einer vielzitierten Wendung davon spricht, daß den Grundrechten auch „Richtlinien und Impulse“⁵ zu entnehmen seien, so ist eben jener überschießende Gehalt deutlich bezeichnet — und dies in einem bemerkenswert frühen Stadium.

In Grundrechtstheorie, Grundrechtsdiskussion und Grundrechtsjudikatur (vornehmlich des Bundesverfassungsgerichts) haben sich als Ausdruck der angesprochenen Entwicklungsdynamik verschiedene Arten grundrechtlicher Gewährleistungen herauskristallisiert. Nicht selten erscheinen diese jedoch als eher verwirrende Vielfalt ganz heterogener Funktionen, Dimensionen oder Gehalte⁶. Die folgende Darstellung beabsichtigt angesichts dessen, einen auf die Grundlinien beschränkten Überblick zu bieten. Sie bedient sich dabei der heute sehr verbreiteten, wenngleich nicht unumstrittenen Unterscheidung subjektiv-rechtlicher und objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte⁷. Diese Differenzierung erlaubt es, in einem ersten Abschnitt sowohl die häufig als „klassisch“ apostrophierte Abwehrseite der Grundrechte⁸ als auch die Frage nach Grundrechten als subjektiven Leistungsrechten zu diskutieren. Im zweiten Abschnitt erfolgt dann die Behandlung der sog. objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte. Sie markieren gewissermaßen die Wachstumsbranche der Grundrechtsdiskussion. Hier geht es um die Drittwirkung der Grundrechte, den Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren und — augenscheinlich immer wichtiger werdend — die grundrechtlichen Schutzpflichten.

I. Grundrechte als subjektive Rechte

1. Der klassische Fall: Grundrechte als Abwehrrechte

Daß Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den als Widerpart individueller Freiheit gedachten

Staat sind, zählt zu den wenigen allgemein konsentierten Lehren und ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets hervorgehoben worden⁹. Die subjektiv-defensive, negatorische Seite bildet gleichsam die Systemmitte der Grundrechtsdogmatik und fungiert für alle Weiterungen der Grundrechtsdimensionen als Bezugspunkt¹⁰. In ihrer abwehrrechtlichen Funktion schirmen Grundrechte einen privaten Bezirk vor dem staatlichen Zugriff ab, um so individuelle Selbstbestimmung und autonome Lebensgestaltung zu ermöglichen.

An zahlreichen Bestimmungen des Grundgesetzes läßt sich dies ablesen: Die Grundrechte schützen vor dem Eindringen von Staatsorganen in die Wohnung (Art. 13 GG), sichern eine freie und unkontrollierte Kommunikation (Art. 5 Abs. 1, Art. 8 GG), verbieten staatliches Kunststrichtertum (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) ebenso wie eine Staatsreligion (Art. 4 Abs. 1 GG), gewährleisten Eigentum und Erbrecht

¹ H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 77, 89; R. Bäuml, Art. Demokratie (I), in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, Bd. 1, Sp. 458 ff (466); G. F. Schuppert, Grundrechte und Demokratie, in: EuGRZ 1985, 525 ff (531). Allgemein zum dynamischen Wesen des Demokratieprinzips K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rdn. 272.

² Das hat Arthur Kaufmann zu Recht betont (Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz, in: Der Rechtsstaat und seine Feinde, hrsgg. v. W. Rill und R. Scholz, 1986, S. 57 ff [65]). Zum Rechtsstaat als „Bündel“ von Postulaten P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 457 ff.

³ J. Contiades, Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, 1967; zur (schwierigen) Terminologie vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 551 ff; P. Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (i. f.: HStR), Bd. VII, 1992, § 159 Rdn. 35 ff.

⁴ Vgl. insb. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff (dort S. 117 ff ein kombiniertes Regel-Prinzipien-Modell).

⁵ BVerfGE 7, 198/208.

⁶ So unterscheidet A. Bleckmann, Staatsrecht II. Die Grundrechte, 3. Aufl. 1989, S. 197 ff nicht weniger als 12 Grundrechtsfunktionen.

⁷ Statt aller K. Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: HStR V, 1992, § 109 Rdn. 38 ff, 41 ff, 50 ff; Badura aaO (Fn. 3), § 159 Rdn. 25, 29 ff.

⁸ B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr — Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, 457 ff.

⁹ BVerfGE 7, 198/204 f; 21, 362/369; 50, 290/336 f; 61, 82/101; 68, 193/205. — Aus der Literatur K. Stern (unter Mitwirkung von M. Sachs), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 558 ff, 620 ff; in prägnanter Kürze M. Kriele, Grundrechte und staatlicher Gestaltungsspielraum, in: HStR V, 1992, § 110 Rdn. 52: „Ihrem ursprünglichen Verständnis nach sind Grundrechte Abwehrrechte, die den Staat verpflichten, Eingriffe in die Freiheit zu unterlassen.“

¹⁰ Vgl. J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, § 111 Rdn. 86 ff.

(Art. 14 GG) und untersagen Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 3 GG), Briefkontrolle und Zensur (Art. 10 Abs. 1 GG, 5 Abs. 1 S. 3 GG).

Freilich bedeutet dies nicht etwa eine totale Verbannung des Staates aus ihrem jeweiligen Schutzbereich.

Die den meisten Grundrechten beigefügten Ausgestaltungs- und Gesetzesvorbehalte sprechen insoweit eine deutliche und zugleich nüchterne Sprache: Die Wohnung ist zwar unverletzlich — doch schließt dies Durchsuchungen sowie andere Eingriffe und Beschränkungen natürlich nicht aus. Die Meinungsfreiheit berechtigt ebenso wenig wie die Freiheit der Kunst zu ehrverletzenden Schmähungen. Das Eigentum wird gewährleistet — und trotzdem gibt es legale Enteignungen auch im demokratischen Verfassungsstaat. Unter besonderen Voraussetzungen ist es durchaus gestattet, Telefone abzuhören, Briefe abzufangen und „Wanzen“ zu installieren. Auch Zwangsarbeit ist nicht völlig untersagt, allerdings nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig. Daß schließlich auch normtextlich vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte Einschränkungen (wenngleich auf hohem Rechtfertigungsniveau) unterliegen, ist im Prinzip ebenso einsichtig wie unbestritten¹¹.

Genau genommen meint die Rede von der Abwehrfunktion der Grundrechte nicht vollständige Exklusion des Staates, sondern die Formalisierung und Beschränkung seines Zugriffs, also die Bindung an bestimmte prozedurale und materielle Voraussetzungen. Diesen Umstand überhaupt zu betonen besteht Veranlassung, weil die verräumlichende Rede von Grundrechten als „negativen Kompetenznormen“¹² hier falschen Vorstellungen Vorschub leisten kann. Umgekehrt nährt eine allzu unbedarft Menschenrechtseuphorie Illusionen, wenn die bloße „Anerkennung“ von Grundrechten durch bestimmte Staaten in Gestalt der Unterzeichnung von Menschenrechtspakten oder der Verabschiedung freiheitlich klingender Verfassungen schon als echter Freiheitsgewinn verbucht wird.

Grundrechtsdogmatisch gesprochen: Eingriffe in den Schutzbereich von Grundrechten sind nicht per se unzulässig; erst der nicht verfassungsmäßige Grundrechtseingriff führt zur Verletzung¹³. Daß aus alledem nicht ein den Vorrang der Verfassung negierender Grundrechtsschutz nach Maßgabe des einfachen Gesetzes wird, stellt die Wesensgehaltgarantie, vor allem aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip sicher¹⁴, in dem jene sich weitgehend erschöpft.

Die verbreitete Apostrophierung der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte bedarf noch in anderer Hinsicht der Präzisierung, um Mißverständnisse und Verkürzungen zu vermeiden — und zwar in historischer (a), normstruktureller (b) und demokratietheoretischer (c) Hinsicht.

a) Die alleinige Betonung der staatsgerichteten Abwehrfunktion der Grundrechte wird dem historischen Prozeß ihrer Durchsetzung nicht hinlänglich gerecht¹⁵. Das gilt insbesondere für Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, aber auch für Frankreich¹⁶. Auf dem Kontinent war zunächst eine alte, vormoderne bzw. absolutistische Staats- und Gesellschaftsordnung zu beseitigen. Nicht jener Ordnung gegenüber sollten die in der französischen Deklaration oder den Verfassungen des süddeutschen Konstitutionalismus proklamierten Grundrechte einen Bereich privater Freiheit sichern; vielmehr ging es in einem ersten Schritt um die Schaffung einer neuen, freiheitlichen Ordnung mit egalitärer Staatsbürgergesellschaft. Nicht als negative Staatsabwehr, sondern als Hebel und Motor für den Umbau von Staat und Gesellschaft sollten die Grundrechte dienen. Sie waren „Zielpunkte des säkularen Emanzipationsprozesses“ und „Richtungsbegriffe für die Prozesse der Rechtsänderung und Gesellschaftsgestaltung“¹⁷. Nicht antistaatlich, jedenfalls nicht antilegislativ war die Zielrichtung der Grundrechte, sondern anti-feudal und antiständisch¹⁸. Erst als das große politische Werk weitgehend vollendet war, konnte der staatsrechtliche Positivismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts diese Ziel-

setzung der Grundrechte als historisch erledigt und sie daher als im Grunde leerlaufend ansehen¹⁹.

b) Der maßgebliche Vertreter des staatsrechtlichen Positivismus, *Paul Laband*, hatte bekanntlich in den Grundrechten nur objektive Rechtssätze über die Ausübung der Staatsgewalt und die Beschränkung derselben i. S. freiwilliger Selbstbindung gesehen, den Grundrechten aber den Charakter subjektiver Rechte mit der etwas kryptischen Notiz, sie seien keine Rechtssätze, denn ihnen fehle das Rechtsobjekt, abgesprochen²⁰. In der Tat fällt ja auf, daß sich die Grundrechte von der klassischen Anspruchsstruktur subjektiver Rechte (man denke etwa an die Kaufpreisforderung gem. § 433 Abs. 2 BGB) in signifikanter Weise unterscheiden. Grundrechte bezeichnen zunächst Schutzgüter und sachliche Gewährleistungen, ohne sich der privatrechtsdogmatisch entscheidenden Frage „Wer will was von wem woraus?“ zu fügen. Aber auch wenn die Grundrechte nicht wie subjektive Ansprüche formuliert sind, so handelt es sich bei ihnen doch um die „Quelle“ subjektiver öffentlicher Rechte²¹. Aus den Grundrechten erwachsen also gewissermaßen bestimmte Ansprüche, wobei zusätzlich zu bedenken ist, daß alle subjektiven Berechtigungen auf objektiven Rechtsnormen beruhen: die subjektiven Abwehrrechte des einzelnen sind die Rechtsfolge der objektiven Grundrechtsnormen²². Die grundrechtlichen Gewährleistungen lösen im Falle ihrer Verletzung, d. h.: im Fall der nicht verfassungsgemäßen Beeinträchtigung ihres Schutzberei-

¹¹ BVerfGE 28, 243/261: „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.“ Seitdem st. Rspr., aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 81, 278/292 ff. — Weitere Hinweise bei *I. Richter / G. F. Schuppert*, Casebook Verfassungsrecht, 1991, S. 53 ff.

¹² *H. Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 30. — Treffend *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 26 Fn. 47: „Vorstellung der Grundrechte als mehrheitsfester Absicherung bestimmter ‚Bereiche‘“ als „irreführende Vereinfachung“.

¹³ Vgl. nur *B. Pieroth / B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdn. 256 f.; *Lübbe-Wolff* aaO (Fn. 12), S. 25 ff., 100 unterscheidet zwischen Schutz- und Garantiebereich. — Da die Grenzregulierung zwischen individueller Freiheit und staatlicher Einschränkung keine starre und ewig gleiche ist, erweisen sich zulässige Freiheitsbegrenzungen als zeitlich und örtlich variabel.

¹⁴ Zu solchen „Schranken-Schranken“ *Alexy* aaO (Fn. 4), S. 100 ff., 267 ff.; *Pieroth/Schlink* aaO (Fn. 13), Rdn. 315 ff.

¹⁵ Aus der Fülle der Literatur: *B. Pieroth*, Geschichte der Grundrechte, in: *JUR* 1984, 568 ff.; *H. Hofmann*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, in: *JuS* 1988, 841 ff.; *ders.*, Die Grundrechte 1789–1949–1989, in: *NJW* 1989, 3177 ff.

¹⁶ Zum folgenden ausführlicher *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 27 ff. m. w. N.

¹⁷ Dazu *R. Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert (1979), in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914)*, 2. Aufl. 1981, S. 346 ff. (350 f.).

¹⁸ *G. Lübbe-Wolff*, Der Schutz verfassungsrechtlich verbürgter Individualrechte: Die Rolle des Reichsgerichts, in: A. Wellenreuter / C. Schnummann (Hrsg.), *Die amerikanische Verfassung und deutsch-amerikanisches Verfassungsdenken*, 1990, S. 411 ff. (412).

¹⁹ Zum Entwicklungsgang *D. Grimm*, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: *ders.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 308 ff.

²⁰ *P. Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5. Aufl., Bd. 1, 1911, S. 150 f.; Diskussion dieses schwierigen Satzes bei *Stern / Sachs* aaO (Fn. 9), S. 516 f. — Zu *Laband* jetzt *W. Pauly*, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 177 ff.

²¹ *P. Badura*, *Staatsrecht*, 1986, S. 76; ebd.: Grundrechte „begründen“ subjektive öffentliche Rechte; *ders.* aaO (Fn. 3), § 159 Rdn. 26.

²² So *E. Friesenhahn*, *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, in: 50. DJT, Bd. II, 1974, G 4. Vertiefend *J. Schwabe*, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 13 ff., 73, 288 ff.; *C. Steinbeiß-Winkelmann*, *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, 1986, S. 12 ff.; *Badura* aaO (Fn. 3), § 159 Rdn. 23, 24.

ches, gewisse Reaktionsansprüche aus, so etwa Abwehransprüche, Unterlassungsansprüche oder Folgenbeseitigungsansprüche²³. Noch pointierter: Erst die Beeinträchtigung aktiviert den in den grundrechtlichen Schutzgütern beschlossenen subjektiv-rechtlichen Abwehranspruch²⁴.

c) Der dritte Gesichtspunkt betrifft das Verhältnis von Grundrechtsausübung und demokratischer Ordnung²⁵. Diesen Aspekt eigens zu erwähnen besteht Veranlassung wegen der besonderen Grundrechtentwicklung in Deutschland. Anders als in den USA, wo von Anbeginn Grundrechte als „konstitutive Momente der politischen Ordnung“²⁶ und nach der berühmten Formulierung der Virginia Bill of Rights von 1776 als „basis and foundation of government“ verstanden wurden, legten die eigentümlichen Verhältnisse des deutschen Konstitutionalismus ein rein auf Staatsabwehr reduziertes Verständnis der Grundrechte im Sinne einer staatsisolierten Privatexistenz nahe. Auf dem Hintergrund einer kategorialen Trennung von Staat und Gesellschaft förderte dies die Gefahr eines Grundrechtsverständnisses, das „auf Ausschluß und Verpönung der staatlichen Ordnung gerichtet“ war²⁷. Deutlich schlägt sich diese Entpolitisierung der Grundrechte in *Georg Jellinek*s ingenieuser Statuslehre nieder²⁸. Zum *status activus* zählt er ausdrücklich nur die engefaßten staatsbürgerlichen Rechte wie das Wahlrecht oder das Recht auf gleichen Ämterzugang, während die Grundrechte des *status negativus* nicht in einen funktionalen Zusammenhang mit dem politischen Gemeinwesen gebracht werden, sondern auf den „privaten“ Bereich beschränkt bleiben. Wortwörtlich stellt *Jellinek* die Pressefreiheit dem Genuß des eigenen Weins oder dem Spaziergang im eigenen Garten gleich²⁹.

Eine solche Verprivatisierung wird dem komplexen Legitimations- und Verantwortungszusammenhang des demokratischen Verfassungsstaates mit seiner parlamentsübergreifenden Repräsentationsidee indes nicht länger gerecht. Vielmehr gewinnt jetzt die (über die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte hinausgehende) „aktivbürgerschaftliche Dimension“³⁰ der Grundrechte eigene Bedeutung. Für die Meinungsäußerungsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht diesen den Staat nicht ausgrenzenden, sondern ihn mitgestaltenden Aspekt auf die berühmte Formel gebracht, sie sei für die Demokratie „schlechthin konstituierend“³¹. Für die anderen Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG liegt das ebenfalls auf der Hand³², desgleichen für die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Im Grunde jedoch entbehrt *kein* Grundrecht dieses politischen, demokratiebezogenen und aktivbürgerschaftlichen Gehalts³³. Dies anzuerkennen bedeutet im übrigen nicht, Anhänger einer viel zu plakativ so bezeichneten „demokratisch-funktionalen“ Grundrechtstheorie zu sein³⁴. Es geht um tatsächliche Wirkmöglichkeiten und übergreifende funktionale Zusammenhänge (von denen auf indirekte Weise Art. 18 GG Zeugnis ablegt), nicht um einseitige Funktionalisierungen³⁵. Auch bildet diese demokratiebezogene Grundrechtsausübung keine eigene dogmatische Kategorie; Eingriffe sind hier wie dort möglich und hier wie dort in gleicher Weise abzuwehren³⁶. Gerade der Abwehrcharakter dient der freien Wahrnehmung der Grundrechte im Sinne privater und politischer Selbstbestimmung³⁷. Die Grundrechte sind, um an *Rudolf Smends* berühmten Vortrag vom 18. 1. 1933 zu erinnern, nicht nur solche des Bourgeois, sondern auch des Citoyen³⁸.

2. Der problematische Fall: Grundrechte als Leistungsrechte

a) Von gänzlich anderem Zuschnitt und Problemgehalt sind die Fragen, die mit grundrechtlichen Leistungsansprüchen aufgeworfen werden. Normstrukturell ist die Sachlage einfach: Rechte auf staatliche Leistungen lassen sich geradezu als Prototyp einer Berechtigung im Sinne etwa des § 194 Abs. 1

BGB verstehen³⁹. Das Gesetzesrecht des modernen Sozialstaates kennt derartige Ansprüche auf staatliche Leistungen in großer Vielfalt⁴⁰. Problematisch aber ist die Frage nach der Einräumung solcher Berechtigungen auf Verfassungsebene, vornehmlich in Gestalt sog. „sozialer Grundrechte“⁴¹. Das bundesdeutsche Grundgesetz hat im Unterschied sowohl zur Weimarer Reichsverfassung als auch zu zahlreichen Verfassungen der alten wie nunmehr neuen Bundesländer auf die Aufnahme solcher sozialer Grundrechte verzichtet⁴². Fern von

²³ Ausführlich *Stern/Sachs* aaO (Fn. 9), S. 619 ff., 671 ff. — Systematisch-konstruktiv tragend ist hier die Unterscheidung zwischen den Schutzgütern der Grundrechte und den aus deren Verletzung erwachsenden subjektiven Abwehrrechten. — Vgl. *Schwabe* aaO (Fn. 22), S. 17 ff., 37 ff. und *H. J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 318 ff.

²⁴ *O. v. Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: G. Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich VII (1883), S. 1097 ff. (1133): „Er [Laband] übersieht dabei, daß, wenn man auch kurz von einem Rechte der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Preßfreiheit, der Versammlungsfreiheit u. s. w. redet, damit doch keineswegs das Recht auf Vornahme gewisser Handlungen als ‚Grundrecht‘ bezeichnet werden soll. Das ‚Grundrecht‘ steckt vielmehr in dem mit der Mitgliedschaft im Staate gleichzeitig gesetzten Rechte, vom Staate die Anerkennung des fraglichen Kreises von Handlungen als eines nichtstaatlichen Gebietes individueller Bethätigung und folgeweise die Unterlassung störender Eingriffe in diese dem gemeinheitlichen Nexus entzogene Freiheitssphäre zu fordern“.

²⁵ Auch hierzu ausführlicher und mit weiteren Nachweisen *Dreier* aaO (Fn. 16), S. 38 ff.

²⁶ *Ehmke* aaO (Fn. 12), S. 78. Eingehend *W. P. Adams*, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, 1973.

²⁷ *P. Saladin*, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl. 1982, S. 294.

²⁸ *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 94 ff.

²⁹ *Jellinek* aaO (Fn. 28), S. 104.

³⁰ *U. K. Preuß*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, in: ZRP 1993, 131 ff. (132).

³¹ BVerfGE 7, 198/208.

³² Ausgesprochen in BVerfGE 77, 65/74. — Für den Demokratiebezug der Pressefreiheit vgl. Art. 111 Abs. 1 BayVerf.

³³ Das Briefgeheimnis kommt dem Beschwerdeschreiben an den Bundestagsabgeordneten ebenso zugute wie die Unverletzlichkeit der Wohnung dem konspirativen Treffen politischer Sektierer.

³⁴ Solche Kategorisierungen entwarf mit großer Wirkungskraft für die weitere Diskussion *E.-W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1974), in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 221 ff. (235 ff.); vgl. auch *H. H. Klein*, Grundrechte im demokratischen Staat, 1972.

³⁵ Deutlich *Hesse* aaO (Fn. 1), Rdn. 288, 294; *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1982, S. 335 ff.

³⁶ *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289 ff. (324).

³⁷ Treffend BGHZ 63, 196/198; vgl. BVerfGE 21, 362/369; 65, 1/41 ff.; 75, 192/195.

³⁸ *R. Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 309 ff.

³⁹ *Stern/Sachs* aaO (Fn. 9), S. 569.

⁴⁰ Vgl. etwa den Anspruch auf Sozialhilfe gem. BSHG, Ansprüche auf Wohngeld, Ausbildungsförderung etc.

⁴¹ Aus der schier uferlosen Diskussion vgl. *P. Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 14 (1975), 17 ff.; *E.-W. Böckenförde/J. Jekewitz/T. Ramm* (Hrsg.), Soziale Grundrechte, 1981; *J. Isensee*, Verfassung ohne soziale Grundrechte, in: Der Staat 19 (1980), S. 367 ff.; *J. Lücke*, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, in: AöR 107 (1982), 15 ff.

⁴² Überblick zum Umfang der sozialen Grundrechte in anderen Verfassungen bei *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: HStR V, 1992, § 112 Rdn. 40 ff.; speziell zu sozialen Grundrechten in den Verfassungen der neuen Bundesländer jüngst *J. Dietlein*, Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer, 1993, S. 121 ff.; zu ähnlichen Bestimmungen in den Verfassungen der alten Länder *K. Lange*, Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen, in: Böckenförde u. a. aaO (Fn. 41), S. 49 ff.

sozialer Grundrechtsprogramm (nicht: Sozialstaatsprogramm!) wurden in nüchternem liberalstaatlichen Geist nur solche Grundrechte aufgenommen, deren unmittelbare Wirksamkeit im Sinne direkter Einklagbarkeit gegen alle Erscheinungsformen der Staatsgewalt als gesichert erscheint. Denn eine von Konjunktur, Wirtschaftswachstum und allgemeiner Prosperität weitgehend unabhängige Grundrechtsgewährleistung wie bei den Abwehrrechten ist bei sozialen Grundrechten gerade nicht möglich⁴³. Auf dieser Linie liegt auch der zentrale verfassungsrechtliche Einwand gegen ihre Anerkennung: Wegen ihrer unmittelbaren Verursachung haushaltsrechtlicher Folgen käme es unvermeidlich zur Kollision mit der Haushaltskompetenz des Parlaments⁴⁴ wie überhaupt zur Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers⁴⁵.

Dieser immanenten Begrenzung grundrechtlicher Leistungsansprüche hat sich auch das Bundesverfassungsgericht in der sog. „*numerus-clausus*“-Entscheidung nicht entziehen können. Obwohl das Gericht dort die prinzipielle Möglichkeit der Ableitung eines einklagbaren Anspruchs auf Schaffung von Studienplätzen aus Art. 12 GG erwägt, stellt es einen derartigen Anspruch doch umgehend unter den sog. „Vorbehalt des Möglichen“, so daß auf jeden Fall die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates als definitive Grenze solcher Ansprüche wirkt⁴⁶.

b) Wenn gleichwohl auf der Ebene der Landesverfassungen soziale Grundrechte wie das Recht auf Arbeit, das Recht auf eine Wohnung, das Recht auf Bildung, das Recht auf soziale Sicherheit, Sozialversicherung etc. gewährleistet werden, entpuppen sich all diese Verfassungsaussagen bei näherem Hinsehen lediglich als Normierung von Staatszielbestimmungen in Form sozialer Staatsaufgaben⁴⁷. Sie können gar nicht als „echte“ Grundrechte i. S. unmittelbar einklagbarer, subjektiv-rechtlicher Ansprüche wirken⁴⁸. Denn ungeachtet mancher subjektiv-rechtlichen Formulierung⁴⁹ erweist sich die Notwendigkeit legislativer Konkretisierung und Mediatisierung der unausweichlich vagen Bestimmungen als ebenso unumgebar wie das Vorliegen günstiger wirtschaftlicher Rahmenbedingungen und entsprechender Finanzkraft der öffentlichen Haushalte. Speziell beim Recht auf Arbeit kommt hinzu, daß es sich nur einlösen ließe, wenn es „in eine gesellschaftliche Struktur eingebettet ist, die sich durch zentralistische Leitung und Planung des ökonomischen Prozesses auszeichnet“⁵⁰; ein derartiger Verschaffungsanspruch ist einem Staat mit freiheitlich-marktwirtschaftlicher, primär auf der Verfügungsgewalt Privater beruhender Wirtschaftsordnung aber wegen des fehlenden umfassenden Zugriffs auf Arbeits- und Wohnungsmarkt sowie die allgemeine Entwicklung von Industrieproduktion, Gewerbe und Handel im Sinne totaler Wirtschaftslenkung versagt.

Die etwas anders gelagerte Gefahr leerer Versprechungen liegt ferner dann nahe, wenn Landesverfassungen in verschwenderischer Fülle soziale Grundrechte in Bereichen „gewährleisten“, für die den Ländern jegliche relevante Kompetenz fehlt — eine wegen möglicher schmerzhafter Desillusionierungsprozesse für die Integrationskraft des gliedstaatlichen Verfassungsrechts wenig glückliche Ausgangssituation.

c) Sieht man von wenigen, insgesamt nicht ins Gewicht fallenden Ausnahmetatbeständen (Minimalgarantien wie das Recht auf Existenzminimum oder die schon wieder umstrittene Mindestausstattung des Hochschullehrers)⁵¹ ab, bietet das Grundgesetz aus in sich stimmigen Gründen für *originäre* Teilhaberechte also keine Basis⁵²: weder in Gestalt ausdrücklich normierter sozialer Grundrechte noch durch Umdeutung von Freiheitsrechten in Leistungsansprüche. Gleichwohl ist das soziale Element, insbesondere die Herstellung realer Freiheit und Gleichheit durch Förderung der Grundrechtsaus-

übungsvoraussetzungen dem Grundgesetz nicht fremd. Es findet seine zentrale Verankerung im Sozialstaatsprinzip, nicht in expliziten sozialen Grundrechten und auch nicht in systematischer Ableitung leistungsstaatlicher Verbürgungen aus Freiheitsrechten. Mit alledem ist selbstverständlich nichts gegen eine — von subjektiven Grundrechten allerdings tunlichst abzusetzende — Spezifizierung des Sozialstaatsgrundsatzes *de constitutione ferenda* gesagt, etwa in Gestalt von Staatszielbestimmungen oder Verfassungsaufträgen nach Schweizer Muster.

⁴³ Das gilt im Prinzip. Nicht zu verkennen ist, daß auch im abwehrrechtlichen Bereich zumindest eine leistungsfähige Gerichtsorganisation zur Verfügung stehen muß (deutliche Einordnung der Rechtsschutzgewährung als des bedeutsamsten Anspruches aus dem *status negativus* bei *Jelinek* aaO [Fn. 28], S. 124 ff). Evident wird diese Leistungskomponente bei den Justizgrundrechten (vgl. *H. Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 206). Und hier werden, etwa bei der Wahrnehmung von Haftprüfungsterminen, durchaus Leistungsgrenzen erkennbar (vgl. in diesem Kontext BVerfGE 36, 264/275!).

⁴⁴ Vgl. *Lübbe-Wolff* aaO (Fn. 12), S. 15, 17; *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 67 f — jeweils m. w. N.

⁴⁵ *Hesse* aaO (Fn. 1), Rdn. 208, 289, 298.

⁴⁶ BVerfGE 33, 303/333 f. — Gleichwohl blieb der Ansatz nicht ohne Konsequenzen. Denn aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip leitete das BVerfG ein prinzipielles Recht auf Zulassung zum Studium her, dessen Einschränkung durch den *numerus clausus* nur bei erschöpfender Nutzung der Ausbildungskapazitäten zulässig sei (vgl. BVerfGE 43, 291/313 ff; 66, 155/178).

⁴⁷ Vgl. den Bericht der *Sachverständigenkommission* „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“, 1983, Rdn. 4; *Lücke* aaO (Fn. 41), S. 40 f; *Badura* aaO (Fn. 21), S. 68; *Murswiek* aaO (Fn. 42), § 112 Rdn. 40 ff, 49 ff. — Das in Art. 4 I der neuen nds. Verfassung postulierte Recht auf Bildung ist „in der Sache ein Staatsziel“ (*U. Berlit*, Die neue Niedersächsische Verfassung, in: NVwZ 1994, 11 ff [15]).

⁴⁸ Ausführlich *E.-W. Böckenförde*, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge (1980), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 146 ff; jüngst *C. Schmidt-Eriksen*, Art. 12 GG — Freiheit des Berufs und das Recht auf Arbeit, in: DtZ 1990, 108 ff; *W. Graf Vitzthum*, Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen morgen, in: ZfA 22 (1991), 695 ff (699, 701, 705 ff). Zuletzt *K. Hesse*, Der Beitrag der Verfassungen in den neuen Bundesländern zur Verfassungsentwicklung in Deutschland, in: KritV 1993, 7 ff (11 f).

⁴⁹ Zum „Schicksal“ des Art. 106 Abs. 1 Bay. Verfassung („Jeder Bewohner Bayerns hat Anspruch auf eine angemessene Wohnung“) bezeichnend und verallgemeinerungsfähig die — ganz richtige und alternativenlose — Rechtsprechung des BayVerfGH (E 15 [1962] II, S. 49 ff; 42 [1989] II, S. 28 ff); auch Art. 166 Abs. 2 Bay. Verfassung („Jedermann hat das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen.“) wurde nur als Programmsatz verstanden: BayVerfGH 13 (1960) II, S. 141 ff; vgl. zum ganzen *Sachverständigenkommission* aaO (Fn. 47), Rdn. 87 ff.

⁵⁰ *Schmidt-Eriksen* aaO (Fn. 48), S. 109. — Ausführlicher *G. Brunner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 14 f; *M. Rath*, Die Garantie des Rechts auf Arbeit, 1974, S. 120 ff; *W. Brugger*, Freiheit des Berufs und Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht, in: H. Ryffel/J. Schwartländer (Hrsg.), Das Recht des Menschen auf Arbeit, 1983, S. 111 ff (123 f, 130 ff).

⁵¹ Zu solchen Fällen *Murswiek* aaO (Fn. 42), § 112 Rdn. 98 ff. — Art. 6 Abs. 4, 5 GG spielen eine besondere Rolle. — Die Subventionierung von Privatschulen hat das BVerfG (E 75, 40) nunmehr in deutlicher Absetzung von früheren Entscheidungen als objektiv-rechtliche Garantie, nicht als subjektiv-rechtlichen Leistungstatbestand gefaßt.

⁵² Im Unterschied zu originären Teilhaberechten werfen sog. „*derivative*“ Teilhaberechte (zur Unterscheidung wegweisend *W. Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 7 ff [21 ff]) keine vergleichbaren Probleme auf. Hier geht es um die gerechte Einbeziehung in bestehende Leistungssysteme und somit vor allem um Fragen des Gleichheitssatzes und anderer allgemeine Verfassungsprinzipien (vgl. *Hesse* aaO [Fn. 1], Rdn. 289, 298, 360). — Guter Überblick zum „leistungsstaatlichen Grundrechtsverständnis“ bei *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 106 ff.

II. Objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte

1. Vorbemerkungen

a) Die Behandlung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte setzt einige klärende Vorbemerkungen über den damit erfaßten Problembereich voraus. Es handelt sich dabei nicht um eine einzige, der subjektiven Abwehrseite gewissermaßen spiegelbildlich gegenüberliegende Grundrechtsfunktion. Gemeint sind vielmehr bestimmte und noch genauer zu betrachtende Fallgruppen, deren verbindendes Element darin besteht, daß sie in ihren Wirkrichtungen über den traditionellen Gehalt der Grundrechte als negatorische, staatsabwehrende Ansprüche hinausgehen⁵³. In diesem Sammelcharakter des gewählten Terminus liegt zugleich sein zentrales Problem. Grundrechte als „Grundsatznormen“⁵⁴ sind noch weit von jener dogmatisch insgesamt befriedigenden Durchdringung entfernt, die die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion auszeichnet und vergleichsweise sicher handhabbar macht⁵⁵.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte in der Sache die Nachfolge der lange Zeit kritisierten Wertordnungsjudikatur angetreten⁵⁶. Viele mit dieser „unglücklichen philosophischen Liebe“⁵⁷ verbundenen Mißverständnisse wurden dadurch ausgeräumt.

b) Gleichwohl liegen auch jetzt noch Fehldeutungen nahe. Zum einen ist darauf hinzuweisen, daß die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte nicht etwa die Selbstverständlichkeit, ja Banalität⁵⁸ zum Ausdruck bringen sollen, daß es sich bei Grundrechten um objektives Recht handelt; ohne Zweifel beruhen ja auch die subjektiven Abwehrrechte ihrerseits auf Normen des objektiven Rechts⁵⁹. Und schon diese Abwehrrechte entfalten objektive Funktionen dergestalt, daß sie ganz unabhängig von subjektiver Geltendmachung dem Staat als dem durch die Grundrechte gebundenen Gegenüber die Pflicht auferlegen, die Grundrechte als Grenze staatlichen Zugriffs im Sinne einer Art von „Kompetenzsperre“ zu achten⁶⁰. Es geht vielmehr um Normgehalte jenseits der individuellen Abwehr- oder Leistungsseite.

Andererseits ist mit der Titulierung „objektiv-rechtliche“ Grundrechtsgehalte nicht die Aussage verbunden, daß sich aus diesen nicht wiederum subjektive und einklagbare Ansprüche ergeben könnten. Die Frage der Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte ist schwierig. Die Stimmen in der Literatur sind geteilt, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schwankt⁶¹.

Mit objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten sind also solche Funktionen oder Dimensionen von Grundrechten gemeint, die über die subjektiv-abwehrrechtliche und die subjektiv-leistungsrechtliche Seite hinausgehen. Den entsprechenden Fallgruppen gilt nun unser Augenmerk.

2. Zur „Drittwirkung“ der Grundrechte

Am Beginn der grundrechtlichen Wertordnungsjudikatur des Bundesverfassungsgerichtes stand das berühmte Lüth-Urteil⁶², das lange Zeit als paradigmatisch für das Konzept der sogenannten „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte galt. Wenn die Drittwirkung der Grundrechte unter der Rubrik „objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte“ erscheint, so deshalb, weil es — zumindest auf den ersten Blick — um die Frage der Ausstrahlung der Grundrechte in einen Bereich geht, wo sie nach ihrer klassischen, subjektiven Abwehrfunktion gegen die staatliche Gewalt gar nicht einschlägig sind, nämlich im Verhältnis zwischen Privaten. Die rechtswissenschaftliche Diskussion dieses Komplexes bewegt sich oft in recht festgefahrenen Bahnen und hat — jedenfalls bis vor einigen Jahren — verhärtete Fronten aufgebaut. Versuche des Schrifttums⁶³, die Frage als Scheinproblem zu entlarven, weil die in solchen

Konflikten angerufenen Gerichte ihrerseits unzweifelhaft öffentliche Gewalt ausübten und dabei gem. Art. 1 Abs. 3 GG selbstverständlich an die Grundrechte gebunden seien, stießen zunächst auf heftige Ablehnung⁶⁴. In jüngerer Zeit sieht man die Dinge erfreulicherweise zunehmend differenzierter. Folgende Gesichtspunkte verdienen Beachtung.

a) Ganz allgemein bejaht wird die Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers⁶⁵. Hier und insoweit weckt die allzu pauschalierende Rede von der „nur“ mittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsbereich falsche Assoziationen. Zu lange hat sich die Diskussion auf die im Zentrum der verfassungsgerichtlichen Judikatur stehenden Fallkonstellationen konzentriert, in denen es primär um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ging⁶⁶. Es besteht aber kein Zweifel, daß eine Norm des Familienrechts gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder Art. 6 GG, eine Norm des Erbrechts gegen Art. 14 GG oder den Gleichheitssatz und eine Norm des Handelsrechts gegen Art. 12 GG verstoßen kann⁶⁷.

⁵³ Andere Typologie aus Schweizer Sicht: *J. P. Müller*, Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, in: *Der Staat* 29 (1990), S. 33 ff (37 ff).

⁵⁴ So *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 159 ff.

⁵⁵ *H. D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *AöR* 110 (1985), 363 ff (366).

⁵⁶ Dazu ausführlicher *Dreier* aaO (Fn. 16), S. 10 ff, 21 ff.

⁵⁷ *H. Hofmann*, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.), *Umweltstaat*, 1989, S. 1 ff (16).

⁵⁸ Vgl. *Schwabe* aaO (Fn. 22), S. 290 f und *M. Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, 1991, S. 330 ff.

⁵⁹ Vgl. oben in und bei Fn. 22.

⁶⁰ *Hesse* aaO (Fn. 1), Rdn. 291.

⁶¹ Während *Böckenförde* aaO (Fn. 54), S. 177 eine allgemeine Tendenz zur Anerkennung subjektiver Geltendmachung objektiv-rechtlicher Gehalte ausmacht und nach *R. Alexy* (Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Der Staat* 29 [1990], 49 ff [60 ff]) eine allgemeine Vermutung zugunsten subjektiver Berechtigung spricht, schätzt *Stern* aaO (Fn. 7), § 109 Rdn. 63 die Lage anscheinend anders ein. Das BVerfG hat im Lüth- wie im Hochschulurteil (E 7, 198/206 f; 35, 79/116) auf der Verletzung objektiv-rechtlicher Gehalte eine subjektive Grundrechtsverletzung gefolgert, im Fall *Schleyer* (E 46, 160/164) hingegen nicht; zum Rundfunkrecht BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) JZ 1989, 339 m. Anm. *H. Bethge*. In anderen Fällen konnte die Frage wegen der prozessualen Konstellation offenbleiben. Vgl. zum ganzen auch *Lübbe-Wolff* aaO (Fn. 12), S. 281 f; *F. Dirnberger*, Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung, 1991, S. 169 ff. — Neuere Judikatur: BVerfGE 76, 1/49 f; 77, 170/214; 79, 174/201 f; 84, 192/195.

⁶² BVerfGE 7, 198. — Die Drittwirkungsproblematik wird im vorliegenden Text an erster Stelle behandelt, weil sie „Ausgangspunkt und zentrale Konsequenz der Entfaltung der objektiven Dimension der Grundrechte war und ist“ (*Heun* aaO [Fn. 44], S. 55).

⁶³ *Schwabe* aaO (Fn. 22), S. 211 ff; *ders.*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.

⁶⁴ Überblick bei *W. Rübner*, Grundrechtsadressaten, in: *HStR* V, 1992, § 117 Rdn. 54 ff; dort auch Nachweise zu Vertretern der „mittelbaren“ und der „unmittelbaren“ Drittwirkung.

⁶⁵ Nachweise bei *Stern* aaO (Fn. 9), S. 1565 ff; *V. Götz*, Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht, in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, 1990, S. 35 ff (46 ff).

⁶⁶ Kritisch zu dieser Fixierung auch *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 24 ff, insb. 28 f.

⁶⁷ Zum letztgenannten Fall die (schwierige) Handelsvertreter-Entscheidung BVerfGE 81, 242. — Beispiele zu den vorgenannten Konstellationen: BVerfGE 79, 256/266 ff (partielle Verfassungswidrigkeit der §§ 1593, 1598 i. V. m. 1596 Abs. 1 BGB); 61, 358/371 ff (Unvereinbarkeit des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG); 74, 33/38 ff (Verfassungswidrigkeit des § 1934 c Abs. 1 S. 1 BGB). — Die testamentarische Einsetzung nur der Söhne oder der Töchter steht im Belieben des Erblassers. Aber ein staatliches Erbhöfe-Gesetz, das die männlichen Erben privilegierte, würde vermutlich an Art. 3 Abs. 2 GG scheitern!

Liegt also eine hinlänglich präzise privatrechtliche Norm vor und verstößt diese nach Überzeugung des Richters gegen die Verfassung, so richtet sich das weitere Verfahren — wie bei vergleichbaren Konstellationen im öffentlichen Recht und im Strafrecht auch — nach Art. 100 Abs. 1 GG.

b) Andererseits ist ganz unbestritten, daß eine vollständige Grundrechtsbindung der Privatrechtsbeziehungen die vom Grundgesetz selbst gewollte Privatautonomie im Kern zerstören würde. Aus Möglichkeiten freier Gestaltung der Lebensverhältnisse, die Bindungen und Verpflichtungen gerade einschließen, würden heteronome Pflichten. An die Stelle von Grundrechtsträgern träten Grundrechtsverpflichtete⁶⁸. Eine derart pauschale Übertragung des Rechte- und Pflichtenverhältnisses zwischen Staat und Bürger auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten in Gestalt der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wird wohl auch von niemandem vertreten — auch nicht (mehr) vom Bundesarbeitsgericht⁶⁹.

c) Sind diese beiden Grundorientierungen vorgenommen, kann man das eigentliche Zentralproblem fixieren. Es besteht in der Frage, welche Wirkung Grundrechte bei der gerichtlichen Entscheidung von Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen entfalten. Hier hat die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung ihren Ort. Sie wird von zwei Seiten angegriffen: Einmal durch eine Extensivierung der abwehrrechtlichen Eingriffskonstruktion im Wege umfassender Zurechnung aller privaten grundrechtsbeeinträchtigenden Handlungen (Duldungsgebot!) auf den Staat, der durch rechtliche Regelung, gerichtliche Entscheidung und nötigenfalls hoheitliche Vollstreckung unvermeidlich auch die Privatrechtsbeziehungen gestaltet; da der Staat aber stets an die Grundrechte gebunden ist, entpuppt sich aufgrund dieser Umpolung die Drittwirkungsfrage als im Grunde gegenstandslos⁷⁰. Zum anderen wird bestritten, daß Grundrechte außerhalb des unmittelbaren Staat-Bürger-Verhältnisses überhaupt zur Anwendung gelangen⁷¹. Keine der beiden Positionen vermag vollständig zu überzeugen. Der Hinweis auf die Grundrechtsbindung staatlicher Privatrechtsgestaltung macht zwar deutlich, daß sich die Drittwirkungsproblematik konstruktiv als Konsequenz der Grundrechtsbindung von Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellt⁷². Über die Intensität und Reichweite der Grundrechte innerhalb der vom Gericht zu beurteilenden privatrechtlichen Rechtsbeziehungen, das letztlich ausschlaggebende materielle Rechtsverhältnis also, ist damit aber gerade noch nichts ausgesagt. Bei dessen Beurteilung sind nicht zuletzt kompetentielle und funktionell-rechtliche Schranken zu beachten.

Andererseits erweist sich die Ausstrahlung der Grundrechte auf das einfache Recht, auch auf das Privatrecht, im Sinne der vielzitierten „Einbruchstellen“ der zivilrechtlichen Generalklauseln als ganz unvermeidlich. Es ist schlicht nicht zu begründen, warum bei der Ausfüllung wertungsoffener Formeln wie „gute Sitten“, „sittenwidrig“, „berechtigtes Interesse“ etc. gerade die grundrechtlichen Verbürgungen ausgeblendet bleiben sollten⁷³. Bei hinlänglich präzisierten Normen wiederum kommt es auf die oft höchst zufällige Einordnung zum Zivilrecht oder zum öffentlichen Recht ohnehin nicht an: Kann es doch für die Relevanz der Grundrechte keinen Unterschied machen, ob eine Norm, die Grenzen für Immissionsbelastungen festsetzt, im BGB oder im Bundesimmissionsschutzgesetz verankert wird⁷⁴.

Hingegen gewinnt gerade vor dem Hintergrund des Gedankens privater Autonomie, die vom Zivilrecht ebenso wie von den Grundrechten gewährleistet werden soll, die Unterscheidung zwischen dispositiven und zwingenden Normen an Bedeutung. Sie kann begleitend werden auch für das schon terminologisch nicht besonders glücklich gekennzeichnete Drittwirkungsproblem.

So sticht das Argument, demzufolge Grundrechtsbindungen nicht die Privatautonomie unterminieren dürften, ohne weiteres nur in solchen Konstellationen, in denen die Rechtsbeziehung überhaupt durch privatautonomes, d. h. insbesondere vertragliches Handeln geprägt ist. Hier gestalten die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ja in eigenverantwortlicher Entscheidung selbst. Gerade in der rechtsgeschäftlichen Bindung realisiert sich individuelle Freiheit; das Eingehen von Verpflichtungen ist Freiheitsgebrauch. Die Bedeutung freiheitssichernder Grundrechte stößt deswegen an Grenzen, die mit zivilrechtlichen Markierungen (§§ 138, 157, 242 BGB) in der Regel identisch sein werden; Grundrechte können Generalklauseln aber auch neue Gehalte zuführen sowie dirigierend und inspirierend die Auslegungsarbeit beeinflussen. Relevante Anwendungsfälle dürften sich insoweit wohl vor allem beim Arbeitsrecht, vielleicht auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen ergeben⁷⁵. Zu beachten bleibt, daß in Fällen gestörter Vertragsparität, wo sich hinter vermeintlicher Selbstbestimmung Fremdbestimmung verbirgt, Begrenzungen der Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht geboten sein können⁷⁶.

Soweit es sich allerdings um nichtvertragliche Pflichten des Privatrechts (Deliktsrecht) handelt, steht einer — im einzelnen noch ausarbeitungsbedürftigen — eingriffsrechtlichen Konstruktion der Rechtsverhältnisse prinzipiell nichts entgegen; denn hier ist streitentscheidend die heteronome staatliche Norm. So würde sich nach heute verbreiteter Anschauung gerade der Lüth-Fall nach Art staatsgerichteter Eingriffsabwehr konstruieren lassen, weil sich das von der Rechtsprechung aus § 826 BGB abgeleitete Verbot von Boykottaufrufen als Verletzung der Meinungsfreiheit darstellt⁷⁷. In derartigen Fällen ist es der Staat selbst, der als Resultat judikativer Abwägungs- und Konkretisierungsvorgänge die Meinungsäußerungsfreiheit oder ein anderes Grundrecht des Betroffenen beschränkt, ohne daß dieser nur die Konsequenzen eigenen rechtsgeschäftlichen Tuns zu tragen hätte. Insofern kann man davon sprechen, daß durch die allseitige Erstreckung der Grundrechte über das punktuelle und durch Subjektion

⁶⁸ Vgl. statt aller *Pieroth/Schlink* aaO (Fn. 13), Rdn. 204; *Hesse* aaO (Fn. 1), Rdn. 352, 354.

⁶⁹ Vgl. zunächst BAGE 4, 274 (Zölibatsklausel), später dann aber BAGE 48, 122/138 ff; 52, 88/97 ff („mittelbare Drittwirkung“). — Wie so oft lagen im praktischen Ergebnis die Vertreter der unmittelbaren und der mittelbaren Drittwirkung zumeist nicht weit auseinander.

⁷⁰ Dies die hier notgedrungen in aller Kürze wiedergegebene Position *Schwabes* aaO (vgl. Fn. 22). — Zur Kritik u. a. *Alexy* aaO (Fn. 4), S. 416 ff; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987 I, S. 93 ff; *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 50 ff.

⁷¹ *Böckenförde* aaO (Fn. 54), S. 185 ff.

⁷² So deutlich im Anschluß an *Schwabe: Rübner* aaO (Fn. 64), § 117 Rdn. 59.

⁷³ Zur Kritik an der Position *Böckenfördes* ausführlicher *Dreier* aaO (Fn. 16), S. 53 ff; *Heun* aaO (Fn. 44), S. 55 ff.

⁷⁴ Treffend *J. Pietzcker*, Drittwirkung — Schutzpflicht — Eingriff, in: *Festschrift für Günter Dürig*, 1990, S. 345 ff (350).

⁷⁵ *W. Rübner*, Drittwirkung der Grundrechte, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, S. 215 ff (222 ff); *Heun* aaO (Fn. 44), S. 62. — Vgl. etwa BAGE 4, 274 (Zölibatsklausel); BAGE 47, 363 (Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen); 62, 59 (Verpflichtung des Arbeitgebers zur anderweitigen Beschäftigung eines Arbeitnehmers, wenn dieser sich aus Gewissensgründen weigert, an der Entwicklung eines Medikamentes für Kriegszwecke teilzunehmen); BVerfGE 79, 261 (Sozialplan). Siehe ferner *Götz* aaO (Fn. 65), S. 64 ff.

⁷⁶ BVerfGE 81, 242/255. S. auch BVerfG NJW 1994, 36.

⁷⁷ Vgl. *Alexy* aaO (Fn. 4), S. 487; *Lübbe-Wolff* aaO (Fn. 12), S. 166; *C.-W. Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in: *JuS* 1989, 161 ff (167); *Pietzcker* aaO (Fn. 74), S. 353 f, 359; *Heun* aaO (Fn. 44), S. 62.

gekennzeichnete Staat-Bürger-Verhältnis hinaus in letzter Konsequenz die Bürger selbst zu „Grundrechtsadressaten“⁷⁸ werden.

Die entscheidende Frage lautet also nicht, ob Private an Grundrechte gebunden sind, sondern vielmehr, inwieweit Gerichte bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse zwischen Privaten dem Aspekt freier und freiwilliger Selbstbindung Rechnung tragen müssen⁷⁹.

d) *Resümee*: An der differenzierten Berücksichtigung von Grundrechten bei der gerichtlichen Beurteilung und Regelung von Privatrechtsbeziehungen führt kein Weg vorbei. Grundrechte sind Konkretisierungselemente bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln. Statuiert das Gericht aufgrund einer zwingenden Norm des Zivilrechts eine Verhaltenspflicht des einen Privaten im Verhältnis zum anderen, so spricht einiges dafür, dies als Fall der grundrechtlichen Abwehrfunktion zu betrachten, da sich die Verhaltenspflicht aus einer heteronomen Norm ergibt. Daß ferner auch der Privatrechtsgesetzgeber an die Grundrechte gebunden ist, läßt sich nicht bestreiten. Als Fälle „mittelbarer Drittwirkung“ erscheinen dann nur noch solche, in denen es um die Beurteilung rechtsgeschäftlicher, insbes. vertraglicher Gestaltungen geht. Hier muß gerade im Interesse der Bewahrung von Freiheit und Privatautonomie dem vertraglichen Bindungswillen prinzipiell Vorrang gegenüber grundrechtlicher Inpflichtnahme⁸⁰ eingeräumt werden.

3. Organisation und Verfahren

a) Während die Drittwirkungsdiskussion ihren Höhepunkt in den 50er und 60er Jahren hatte, machte die organisations- und verfahrensrechtliche Grundrechtsdimension gegen Ende der 70er und zu Anfang der 80er Jahre Furore. Der Umstand, daß nicht nur materielle Rechtspositionen, sondern — diese gewissermaßen flankierend — auch im weitesten Sinne prozedurale Normierungen für den Grundrechtsschutz zentral sind, rückte in jener Zeit ins Zentrum der Aufmerksamkeit⁸¹. Angeregt vor allem durch einschlägige Urteile des Bundesverfassungsgerichts⁸², erwies sich der Aspekt der Grundrechtssicherung durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen und Handhabungen über die evident prozeduralen Justizgrundrechte oder den Art. 19 Abs. 4 GG hinaus auch für die Verwirklichung materieller Grundrechte als höchst bedeutsam.

Zentrales Ziel dieser Komponente ist es, durch entsprechende positiv-rechtliche Ausgestaltung und „grundrechtsfreundliche“⁸³ Handhabung der Rechtsvorschriften durch die staatlichen Instanzen der „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition“⁸⁴ vorzubeugen. Von daher hat man die verfahrensrechtlichen Aspekte auch als „Vorposten der materiellen Grundrechtspositionen“⁸⁵ bezeichnet. Der im Grunde universale Verfahrensgedanke⁸⁶ entfaltet Wirksamkeit allerdings auch bei klassischen Eingriffen des Staates und damit im Bereich negatorischer Abwehr⁸⁷.

So hat das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsrelevanz einer bestimmten Verfahrensgestaltung etwa in Zwangsversteigerungsverfahren oder behördlichen Prüfungsverfahren festgestellt⁸⁸. In solchen eindeutigen Eingriffsfällen reduziert sich die Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren auf die Berücksichtigung der prozeduralen Komponente bei der Handhabung der Eingriffsnormen. Da hier der Bürger in seinem *status negativus* betroffen wird, handelt es sich grundrechtsdogmatisch um einen Fall subjektiv-rechtlicher Eingriffsabwehr⁸⁹.

b) Die im vorliegenden Kontext interessierenden Fälle zeichnen sich durch eine komplexere Struktur aus. So ist die Relevanz der Grundrechte für die Ausgestaltung staatlicher Einrichtungen besonders deutlich im Hochschulurteil⁹⁰ herausgearbeitet worden. Der Staat habe, so das Gericht, nicht

nur Eingriffe in den Eigenbereich der Wissenschaft zu unterlassen, sondern darüber hinaus für die Idee einer freien Wissenschaft einzustehen; das verpflichte ihn, „schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen“⁹¹. Im einzelnen ergeben sich daraus differenzierte Mitwirkungs- und Stimmrechte der unterschiedlichen Statusgruppen. Dieses Urteil demonstriert den Beziehungsreichtum der Organisations- und Verfahrenskomponente⁹². Zunächst kann man, ausgehend von einem allerdings sehr weiten und insofern unspezifischen Teilhabebegriff, schon die Pflicht zu bestimmten Organisationsgestaltungen und entsprechende Mitwirkungsmöglichkeiten in diesen Organisationen als Teilhaberechte qualifizieren⁹³. Doch steht eigentlich weniger dieser Leistungsaspekt, sondern mehr die Teilhabe kraft qualifizierter Teilnahme an den relevanten Entscheidungsprozessen in dieser Organisation, nämlich der Hochschule, im Zentrum. Und diese Sicherung qualifizierter Mitbestimmungsmöglichkeiten soll wiederum Schutz vor ungerechtfertigten oder unnötigen Beschränkungen der Wissenschaftsfreiheit durch andere Organe oder Mitglieder der Universität bieten⁹⁴. Entsprechend gehen die grundrechtsdogmatischen Qualifizierungen weit auseinander: vom Teilhaberecht über einen Schutzpflichtenfall bis hin zur rein abwehrrechtlichen Konstruktion⁹⁵. Die Zuordnungsschwierigkeiten resultieren hier daraus, daß Grundrechtsrealisierung in gewissem Umfang auf die Teilhabe an einer staatlichen Leistungseinheit angewiesen ist, was ein

⁷⁸ P. Lerche, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprüfung und Grundrechtseingriff, in: HStR V, 1992, § 121 Rdn. 20; Böckenförde aaO (Fn. 54), S. 172.

⁷⁹ Instruktiv BVerfGE 79, 261/268 ff; dazu Canaris aaO (Fn. 77), S. 166 f.

⁸⁰ Vgl. Rübner aaO (Fn. 64), § 117 Rdn. 68, 69.

⁸¹ Wichtig K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, 427 ff (434 ff); umfassend H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981. — Die Verfahrensgrundrechte, insb. die Art. 103 u. 104 GG, stellen sich so als Ausprägung des Satzes von der Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren dar (C. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, in: JuS 1981, 237 ff [242]).

⁸² BVerfGE 35, 79; 53, 30; 57, 295; 69, 315.

⁸³ BVerfGE 69, 315/355.

⁸⁴ BVerfGE 63, 131/143.

⁸⁵ Pieroth/Schlink aaO (Fn. 13) Rdn. 121; H. D. Jarass/B. Pieroth, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1992, Vorbem. vor Art. 1, Rdn. 11 ordnen Verfahren und Organisation als „Hilfsfunktionen“ ein, die quer zu den anderen (subjektiv- wie objektiv-rechtlichen) Grundrechtsfunktionen liegen.

⁸⁶ Vgl. zu Einzelheiten Pieroth/Schlink aaO (Fn. 13), Rdn. 112 ff, 121 ff; Stern aaO (Fn. 9), S. 965 ff, 974 ff.

⁸⁷ E. Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: HStR V, 1992, § 113 Rdn. 4; Goerlich aaO (Fn. 81), S. 186 ff.

⁸⁸ BVerfGE 46, 325/334; 52, 380/388 ff. — Weitere Eingriffsfälle: BVerfGE 24, 367/398 ff (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); 52, 391/407 (Asylrecht); 65, 1/44 (Volkszählung); 84, 34/45 f (Gerichtliche Prüfungskontrolle).

⁸⁹ Murswiek aaO (Fn. 42), § 112 Rdn. 19.

⁹⁰ BVerfGE 35, 79.

⁹¹ BVerfGE 35, 79/114.

⁹² Zur über die Hochschulen hinausreichenden Wissenschaftsorganisation jüngst eindringlich E. Schmidt-Aßmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Festschrift für Werner Thieme, 1993, S. 697 ff.

⁹³ Murswiek aaO (Fn. 42), § 112 Rdn. 19.

⁹⁴ Gründliche Erörterung bei Steinbeiß-Winkelmann aaO (Fn. 22), S. 215 ff.

⁹⁵ Zu einer möglichen abwehrrechtlichen Deutung Jarass aaO (Fn. 55), S. 386; ähnlich wohl Friesenhahn aaO (Fn. 22), G 33. — H. H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), S. 161 ff (196 f) erachtet das Eingriffschema für unpassend und qualifiziert die Hochschullehrer als „gekorene“ Grundrechtssubjekte. — Eine schutzrechtliche Argumentation bei Steinbeiß-Winkelmann aaO (Fn. 22), S. 240 ff.

bestimmtes Maß an Organisation und Verfahrensregeln voraussetzt⁹⁶.

c) Eine ähnlich komplexe Situation finden wir im Bereich des Rundfunks vor. Auch hier vermengen sich in zum Teil schwierig zu qualifizierender Weise Ausgestaltungs- und Organisationselemente; auch hier wird aufgrund der tatsächlichen Veränderungen technischer Kommunikationsmöglichkeiten von Teilen der Literatur die Existenz einer rein individuell-abwehrrechtlich konzipierten Rundfunkveranstalterfreiheit postuliert, von der aus die staatlichen Regulierungen sich als Eingriffe in ein Jedermann-Grundrecht darstellen⁹⁷. Das Bundesverfassungsgericht hält allerdings zu Recht daran fest, daß allein durch letztlich vom Staat verantwortete organisatorische Strukturen gesellschaftlicher Kommunikation eine effektive Realisierung der (einer freien und umfassenden Meinungsbildung dienenden) Rundfunkfreiheit gesichert werden kann⁹⁸.

d) Die Zuordnung von Organisation und Verfahren zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten verdankt sich vor allem der negativen Abgrenzung zu den Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten. Der Staat muß hier weder etwas nur unterlassen noch im Sinne echter Leistungsansprüche dem einzelnen etwas geben. Er muß vielmehr Infrastrukturen schaffen und diese in einer den involvierten Grundrechtsträgern gerecht werdenden Weise ausgestalten. Entscheidend für unseren Zusammenhang ist, daß die Beachtung der Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren sich als ein probates Mittel erweist, auf Freiheitsgefährdungen durch nichtstaatliche Kräfte zu reagieren und zugleich auf die Optimierung von Grundrechtsentfaltungsmöglichkeiten angesichts breiter Grundrechtskollisionen und der Notwendigkeit der Kompatibilisierung von Freiheitsrechten hinzuwirken. Wo sich Grundrechte in einem komplexen und vielfältigen Zusammenspiel unterschiedlicher Grundrechtssubjekte entfalten sollen, wird die Organisation zur entscheidenden Frage für die Freiheitssicherung⁹⁹. Konventionelle Abwehr- und Leistungsvorstellungen führen hier nicht weiter — die zentralen Sachprobleme liegen „fernab von negatorischem Abwehrdenken und teilhaberechtlichen Anspruchsvorstellungen“¹⁰⁰.

4. Schutzpflichten

a) Das Gravitationszentrum der aktuellen Diskussion um objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte bildet die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten¹⁰¹. Dies hat seinen Grund zumindest auch darin, daß zu diesem Komplex eine fast schon kanonisierte und jüngst fortgeführte Sequenz von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen vorliegt¹⁰²; von ausschlaggebender Bedeutung dürfte aber sein, daß hier die Umkehrung der tradierten Abwehrfunktion der Grundrechte am offensichtlichsten ist. Denn der Schutzpflichtgedanke sinnt dem Staat an, den einzelnen Bürger vor Ein- oder Übergriffen in dessen Rechtssphäre durch andere private Dritte zu schützen und durch positive Maßnahmen eine Rechtsgutsverletzung zu vermeiden. Der Staat ist also nicht zur Unterlassung verpflichtet, sondern zum Handeln aufgefordert. Er soll sich in einer oft gebrauchten Wendung des Bundesverfassungsgerichts „schützend und fördernd“ vor die Grundrechte stellen. Während in der Abwehrdimension der Staat ausgegrenzt wird und die Grundrechte einen Bezirk ungestörter individueller Entfaltung vom hoheitlichen Zugriff abschirmen¹⁰³, legitimieren grundrechtliche Schutzpflichten staatliches Handeln, statuieren gewissermaßen Staatsaufgaben. Durch die Schutzpflichtendimension wird die Staatsgewalt „nicht wie beim Abwehrrecht zurückgedrängt, sondern gefordert“¹⁰⁴. So werden aus vorgeblich negativen Kompetenznormen positive¹⁰⁵.

b) Nun ist der Gedanke einer objektiven staatlichen Verpflichtung zum Schutz vor Übergriffen zwischen Privaten nicht

ganz so revolutionär, wie es den Anschein haben mag. Unter dem Topos der Gewährleistung allgemeiner „Sicherheit“ war dies den Revolutionsverfassungen der Neuzeit ebenso vertraut wie der freiheitlichen Staatslehre¹⁰⁶. Und auch in den deutschen Rechtsordnungen des 19. und 20. Jahrhunderts, die den Schutzaspekt nicht eigens als Grundrechtsproblem thematisierten, konnte von einer materiellen Vernachlässigung des wechselseitigen Ausgleichs von Freiheitsansprüchen keine Rede sein. Diesem Aspekt wurde in zumeist höchst selbstverständlicher, in seinem fundamentalen Grundrechtsbezug aber häufig gar nicht thematisierter Weise auf einfachgesetzlicher Grundlage Rechnung getragen: etwa durch Schaffung einer funktionierenden Gerichtsbarkeit und einer effektiven Gefahrenabwehr durch die Polizei, durch Regelungen des Straf- und Privatrechts (insb. Begrenzungen privatautonomem Handelns), durch Festlegung von Gefahrenstandards u. v. a. m.¹⁰⁷.

c) Das qualitativ Neue liegt in der expliziten Bindung des Gesetzgebers durch die nun von Verfassungen wegen geforderte grundrechtskonforme Wahrnehmung der Schutzauf-

⁹⁶ Das ist jene Kategorie, die *Denninger* aaO (Fn. 87), § 113 Rdn. 7 d) wie folgt beschreibt: „Ein Grundrecht kann faktisch nur unter Inanspruchnahme besonderer (staatlicher oder nichtstaatlicher, ‚gesellschaftlicher‘) Leistungen oder Einrichtungen ausgeübt werden. Die Konkurrenz oder die Kooperation mehrerer Inhaber gleicher Grundrechte erfordern Zuteilungs- und Willensbildungsverfahren oder sonstige organisatorische Leistungen, die einen Interessen- und Leistungsausgleich und eine teils kollektive, teils individuelle Grundrechtsverwirklichung für jeden der beteiligten Grundrechtsinhaber ermöglichen.“

⁹⁷ Zum Meinungsstand *J. Wieland*, Markt oder Staat als Garant der Freiheit, in: *Der Staat* 23 (1984), 245 ff.; *H. Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, 1988, S. 323 ff.; *M. Bullinger*, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: *HStR* VI, 1989, § 142 Rdn. 118 ff.; *W. Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation, 1991.

⁹⁸ BVerfGE 57, 295/320 ff.; 73, 118/152 ff.; 83, 238/295 ff.; speziell zum „dienenden“ Aspekt *Rossen* aaO (Fn. 97), S. 17 ff.; kritisch *U. Fink*, Wem dient die Rundfunkfreiheit?, in: *DÖV* 1992, 805 ff.

⁹⁹ *Hesse* aaO (Fn. 1), S. 436; vgl. auch *Denninger* aaO (Fn. 87), § 113 Rdn. 28 („kooperative Grundrechtsausübung“), Rdn. 35 („Formen kollektiv gebundener Grundrechtsverwirklichung“).

¹⁰⁰ *H. Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, in: *NJW* 1982, 1 ff (3); vgl. ebd. S. 4: „Der durch Setzung von Organisationsrecht grundrechtskonkretisierende, notfalls konfliktschlichtende Gesetzgeber greift nicht ein. Er sichert die Grundrechtsausübung. Er schafft organisierte Grundrechtssubstanz“. Ähnlich *Schmidt-Aßmann* aaO (Fn. 92), S. 709.

¹⁰¹ Aus der überbordenden Literatur *Hermes* aaO (Fn. 70); *Isensee* aaO (Fn. 10), § 111 Rdn. 77 ff, 86 ff.; *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992.

¹⁰² Übersicht bei *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: *NJW* 1989, 1633 ff. — Siehe etwa BVerfGE 39, 1 — Schwangerschaftsabbruch I; 46, 160 — Schleyer; 49, 89 — Kalkar; 53, 30 — Mülheim-Kärlich; 56, 54 — Fluglärm; 88, 203 — Schwangerschaftsabbruch II.

¹⁰³ Vgl. nochmals *Pieroth/Schlink* aaO (Fn. 13), Rdn. 72, 92; ausführlich *Stern* aaO (Fn. 9), S. 620 ff.

¹⁰⁴ *Isensee* aaO (Fn. 10), § 111 Rdn. 3; kritisch dazu *Heun* aaO (Fn. 44), S. 66 ff.

¹⁰⁵ Siehe oben bei Fn. 12.

¹⁰⁶ Vgl. *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 12 ff.; *ders.* aaO (Fn. 10), § 111 Rdn. 25 ff.; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, insb. S. 51 ff, 64 ff.; *Hermes* aaO (Fn. 70), S. 145 ff. — Eine insoweit durchaus repräsentative Stimme: *Carl v. Rotteck*, Art. Freiheit, in: *ders./C. Welcker* (Hrsg.), *Das Staats-Lexikon*, Bd. 5, Altona 1847, S. 179 ff. (186): „Hat dergestalt der Staat sich der selbstigen Eingriffe in die Freiheitsrechte seiner Angehörigen enthalten, so bleibt ihm noch übrig, dieselben auch gegen diejenigen zu schirmen, womit sie in ihrer Wechselwirkung unter einander selbst bedroht sein mögen. ... Er soll ferner durch weise Gesetze und deren sorgsame Verwaltung der den Bürgern sonst noch und woher drohenden Freiheitsbedrückung steuern, namentlich dem Mißbrauch der *Privat- und Gesellschaftsgewalt im Hause* oder in der *Familie*, in der *Gemeinde*, in der *Kirche*, u. s. w.“

¹⁰⁷ Instruktiv *R. Wahl/J. Masing*, Schutz durch Eingriff, in: *JZ* 1990, 553 ff.

gabe. Schutz vor privaten Dritten wird ein Grundrechtsthema. Die entscheidende Frage für die Abgrenzung zwischen parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Bestimmungsmacht lautet daher, mit welcher Intensität und Genauigkeit sich konkrete Handlungspflichten des Gesetzgebers aus der Verfassung ableiten lassen. Als allgemeine Regel muß hier gelten, daß lediglich das „Ob“, nicht jedoch das „Wie“ als grundrechtsgebunden qualifiziert werden kann¹⁰⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat ganz in diesem Sinne den Gedanken der Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers und seiner Einschätzungsprärogative besonders stark betont¹⁰⁹. Eine derartige Gesetzesmediatisierung der grundrechtlichen Schutzpflichten und damit die Ablehnung einer unmittelbaren Ableitung von Einschränkungen der Grundrechte durch Exekutive und Judikative prägt auch die herrschende Auffassung in der Lehre¹¹⁰. Gesichert bleibt aber die Möglichkeit, den eventuell säumigen Gesetzgeber von Grundrechts wegen zur Erfüllung seiner Schutzpflichtenaufgabe anzuhalten.

d) Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht insofern nicht immer Zurückhaltung gewahrt und etwa in der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch das Schutzpflichtenargument bis hin zur Annahme eines grundrechtlich gebotenen Strafanspruches gesteigert¹¹¹. Hier hat das Gericht entgegen dem allgemeinen Postulat der Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers seine eigene Prognose der Wirksamkeit bestimmter Maßnahmen zum Schutz gefährdeter Grundrechte über diejenige des Gesetzgebers gestellt. Auch die kürzlich ergangene Entscheidung zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs¹¹² läßt Überdehnungsmöglichkeiten der Schutzpflichtendoktrin sichtbar werden, weil das Gericht dem zur Neuregelung verpflichteten Gesetzgeber außerordentlich detaillierte Vorgaben gemacht ~~macht~~ *hat*.

Schlußbemerkung

Nicht zuletzt bei Urteilen wie den soeben genannten setzt die zentrale Kritik an der Annahme objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte ein. Sie macht vor allem geltend, daß es dadurch zu einer erheblichen und letztlich nicht zu rechtfertigenden Machtsteigerung des Bundesverfassungsgerichtes komme¹¹³. Der Weg führe — so die Formulierung Böckenfördes — vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat.

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen und ähnlichen Einwänden ist an dieser Stelle nicht möglich. Hingewiesen sei nur auf zwei Punkte. Hinlänglich beachtet werden sollte einmal, daß die starke Position des Bundesverfassungsgerichtes auf vielen Faktoren beruht, von denen die Anerken-

nung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte nur einer und sicher nicht der wichtigste ist. Grundsätzlicher ist der zweite Aspekt. Bei aller Kritik an manchen Judikaten des Bundesverfassungsgerichtes erweist sich die Anerkennung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte als unausweichlich, wenn der Anspruch aufrechterhalten werden soll, daß die Grundrechte in umfassender und allseitiger Weise die Freiheit der Person zu sichern und gewährleisten haben. Denn Grundrechte haben Antwortcharakter: Sie stellen Reaktionen auf bestimmte Gefährdungslagen personaler Freiheit dar. Die Anerkennung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte erleichtert die Einsicht, daß die Abwehrseite der Grundrechte im bipolaren, vertikalen Staat-Bürger-Verhältnis diese zentrale Grundrechtsaufgabe nicht länger in umfassender Weise erfüllen kann. Es bedarf eines komplexen Zusammenspiels verschiedener Grundrechtsdimensionen, um mit den ohnehin begrenzten Mitteln des Rechts anzustreben, was Grund und Zielpunkt einer verfassungsstaatlichen Ordnung ist: die Freiheit der Person¹¹⁴.

¹⁰⁸ Vgl. nur Hesse aaO (Fn. 1), Rdn. 350.

¹⁰⁹ Klein aaO (Fn. 102), S. 1637 f.

¹¹⁰ Die Mißachtung der gesetzlichen Vermittlungs- und Konkretisierungsbedürftigkeit durch den VGH Kassel (JZ 1990, 87 ff) hat ihm zu Recht den Vorwurf eingetragen, Grundrechte unvermittelt auf die Einzelfallebene durchschlagen zu lassen, ohne die Notwendigkeit legislativer Mediatisierung zu beachten. Zur Kritik *Wahl/Masing* aaO (Fn. 107); *P. Preu*, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, in: JZ 1991, 265 ff. — Ebenso verfehlt ist die Entscheidung des BVerwG zur Warnung vor Jugendsekten (BVerwGE 82, 76; bedauerlicherweise bestätigt durch BVerwG NJW 1989, 3269 [1. Kammer des Ersten Senates]), weil hier trotz der erkannten Eingriffsqualität der staatlichen Maßnahmen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für entbehrlich gehalten wurde. Übersehen ist hier wie in anderen Fällen, daß grundrechtliche Schutzpflichten nicht unmittelbare Eingriffstitel gegen Dritte hergeben (treffend *Bender* aaO [Fn. 58], S. 334 f). Auch hier gilt vielmehr der Vorbehalt des Gesetzes. Zur Kritik vgl. ferner *Heun* aaO (Fn. 44), S. 69 f; *E.-W. Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 21 Fn. 35. Zum weiten Feld der behördlichen Öffentlichkeitsaufklärung *R. Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 283 ff m. w. N.

¹¹¹ BVerfGE 39, 1/46 f; dagegen das Sondervotum S. 68 ff.

¹¹² BVerfGE 88, 203; dazu kritisch *G. Hermes/S. Walther*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, in: NJW 1993, 2337 ff.

¹¹³ Zuletzt eindrucksvoll *Böckenförde* aaO (Fn. 110), S. 54 ff, 63 ff; *ders.* aaO (Fn. 54), S. 185 ff, 191 ff. — Gegenkritik bei *Heun* aaO (Fn. 44), S. 44 ff; *Dreier* aaO (Fn. 16), S. 50 ff.

¹¹⁴ Dazu *H. Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: JZ 1992, 165 ff; *M. Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 375 ff.