

Erster Teil:

Die Materialisierung des Freiheitsschutzes

1. Kapitel:

Neuansatz in der Grundrechtsdogmatik

A. Konzeption und Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehr

Als „klassisch“ wird eine bestimmte Form abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnisses bezeichnet. Danach dienen Grundrechte als Individualrechte der *Abwehr von staatlichen Maßnahmen*, die einen *Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich* darstellen und *nicht den Anforderungen an eine verfassungsmäßige Begrenzung* entsprechen. Dieses Abwehrrechtskonzept ist insbesondere aus zwei Gründen um jeweils zusätzliche Voraussetzungen zu ergänzen. Zum einen stellen die grundrechtliche Freiheitsgewährleistung, ein als Eingriff eingestuftes staatliches Verhalten und der Gesetzesvorbehalt *aufeinander bezogene Komponenten* dar, die gerade auch in ihrem Bezug zueinander stimmig sein müssen. Unter anderem wegen dieses Erfordernisses interner Abgestimmtheit ist der Ansatz zum anderen jedenfalls in der originären Version kein rein rechtstechnisches Konstrukt. Er lebt aus dem *Zusammenhang mit einer bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsvorstellung*. Sowohl das Freiheitsverständnis und der Inhalt der Freiheitsgewährleistungen als auch der Eingriffsbegriff und daraus folgend schließlich auch der vom Gesetzesvorbehalt erfaßte Bereich erfahren aus diesen Wechselwirkungen Einengungen. Nicht alle denkbaren Schutzgüter können Inhalt grundrechtlicher Verbürgungen sein, und nicht jedes staatliche Verhalten kann als Eingriff qualifiziert werden. Die Grundlagen, die tragenden Begründungsmuster und die sich ergebenden Limitationen der „klassischen“ Konzeption der Eingriffsabwehr sollen im folgenden näher interessieren.

Im Zusammenhang mit bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsvorstellungen zählt zu den historisch zentralen Ausgangsideen die in einem ganz spezifischen Sinne gegeneinander abgegrenzter Funktions- und Entscheidungssphären gefaßte *Unterscheidung von Gesellschaft und Staat*.¹ Freiheit gewinnt aus einer Abgrenzung gegen staatlich gewährte oder rechtlich konstituierte Freiheit den Charakter natürlicher Freiheit.² Sie kristallisiert sich in den Begriffen der Selbstbestimmung, des individuellen Beliebens oder autonomer und eigenverantwortlicher Entscheidungsmöglichkeiten. Allein damit ist nicht schon beantwortet, wie der Staat in Bezug zu nehmen ist. Erst wenn sich dies auf eine Ausgrenzung reduziert, läßt sich die gemeinte Freiheit als vor- oder außerstaatliche Sphäre bezeichnen. Das damit implizierte verräumlichende Denken spiegelt sich bis unter das Grundgesetz wider in einer Vielzahl von Beschreibungen, nach denen Grundrechte „ihrer Substanz nach keine Rechtsgüter, sondern Sphären der *Freiheit*“³, eine „staatsfreie

- 1 Dazu – auch mit Neuansätzen – *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung, passim; *Rupp*, Unterscheidung, passim. Siehe außerdem *Möllers*, Staat, S. 297 ff.
- 2 Zur „natürlichen“ Freiheit (auch ohne übergreifende naturrechtliche Assoziationen), zur Frage, ob nicht alle Freiheiten rechtlich konstituiert sind, und dazu, daß die Reichweite „natürlicher Freiheit“ immer umstritten war, *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 75 ff.
- 3 *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 163 (Hervorh. i. Orig.).

Sphäre“⁴, die „Aufrichtung von Bereichen, vor denen die Staatsgewalt halt macht“⁵ oder die Sicherung der „Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt“⁶ regeln.⁷

Das traditionsorientierte Grundrechtsverständnis kennzeichnet vor diesem Hintergrund, daß die *grundrechtlich verbürgte Freiheit grundsätzlich als dem Staat vorgegeben* gesehen wird; „die Grundrechte gewähren den Schutz des sozial bereits vorhandenen oder sich bildenden realen Freiheitsbestandes“⁸. Die Bedingungen der Möglichkeit individueller Freiheit oder – radikaler (und genauer) formuliert – deren soziale Konstitution und soziale Einbettung werden prinzipiell nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem. Nun ist nicht nur unübersehbar, sondern auch allgemein längst anerkannt, daß individuelle Freiheit voraussetzungsvoll ist und daß der Staat deshalb weder nur freiheitsgefährdend wirkt noch der einzige Ausgangspunkt von Freiheitsgefährdungen ist. Um nachzuvollziehen, warum man den grundrechtlichen Freiheitsschutz dennoch über die genannte Perspektivenbegrenzung verstanden wissen will, muß man also genauer nach den Begründungen fragen, die dies tragen sollen. Darüber erschließen sich dann auch nähere Ausformungen und zwingend gegebene Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzeption.

Wenn man die Grundrechtsauslegung auf ein bestimmtes Freiheitsverständnis sowie auf die Eingriffsabwehr konzentriert oder einem solchen Zugang jedenfalls einen prinzipiellen Vorrang gegenüber anderen Interpretationsansätzen zuweist⁹, stehen dahinter übergreifende Überlegungen. Die Begründungen begnügen sich nicht mit dem Hinweis auf die Tradition. Dieser träfe ohnehin allenfalls mit Einschränkungen zu.¹⁰ In den jewei-

4 *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 104.

5 *Forsthoff*, Begriff und Wesen, S. 18.

6 BVerfGE 7, 198 (204). Außerdem etwa 12, 205 (259 f.); 21, 362 (369); 32, 98 (106); 68, 193 (205).

7 Vgl. näher *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 22 ff.; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1530; *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674; *Ossenbühl*, Interpretation, S. 2101; *Kröger*, Grundrechtstheorie, S. 15 f.; *Isensee*, Grundrechte, S. 162, 164 ff.; *dens.*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 2; *Wulfing*, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte, S. 13 ff.; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 104 m.w.N. Siehe auch (kritisch) *Bethge*, Aktuelle Probleme, S. 374 f. *Forsthoff*, Begriff und Wesen, S. 18, betont die technisch-normative Seite der Ausgrenzung; der Charakter der Grundrechte als vorstaatlicher oder nur staatlich gewährter Rechte könne dahingestellt bleiben. Siehe auch noch unten im Text zur Differenz von Freiheit und Freiheitsrechten.

8 *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1532. Siehe auch insbesondere *H.H. Klein*, Grundrechte, S. 39 ff., 53 ff., bes. 59, und *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 52 ff., mit dem Hinweis, daß der Freiheitsschutz durch grundrechtliche Verbürgungen nicht gleichzusetzen ist mit den Themen, derer der Staat sich annehmen kann oder muß.

9 Vgl. dazu etwa *H.H. Klein*, Grundrechte, bes. S. 53 ff.; *dens.*, Beginn, Rn 63; *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1633; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 11 m.w.N.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 67 ff. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfGE 7, 198 (204), und – jeweils im Zusammenhang mit der Frage der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen – 21, 362 (369); 59, 231 (255); 61, 82 (101); 68, 193 (205). Das häufig zitierte Mitbestimmungsurteil enthält bereits eine andere Wendung, nämlich daß Grundrechte „in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben“ seien, siehe BVerfGE 50, 290 (337).

10 Daß die abwehrrechtliche Sicht die Grundrechtstradition keineswegs abdeckt, ist inzwischen oft hervorgehoben worden. Vgl. *Kühne*, Reichsverfassung, S. 159 ff.; *dens.*, Revolution, bes. Rn 11 ff.; *Grimm*, Entwicklung der Grundrechtstheorie, S. 310 ff., und – für das Beispiel der Pressefreiheit –

ligen Argumentationslinien ist ein Akzent eher inhaltlich am Freiheitsentwurf, der andere eher rechtsdogmatisch an Erwägungen zu rechtsstaatlicher Rationalität ausgerichtet. *Inhaltlich* liegt das Bestreben zugrunde, *Freiheit von Vorabdefinitionen und Wertungen* insbesondere seitens des Staates möglichst *freizuhalten*.¹¹ Da Selbstbestimmung und individuelle Entscheidungsmöglichkeiten wesentliche Elemente ausmachen, soll die Art und Weise der Freiheitswahrnehmung individueller Entscheidung obliegen. Es bedarf außerdem der Offenheit für nicht verfaßbare individuelle Spontaneität. Zu Ende gedacht schließt dies jede rechtliche Verfaßtheit von Freiheit aus, weil jede Beschreibung von Gewährleistungsbereichen oder Schutzgütern die Tendenz einer Einbindung der Freiheit in bereits vorgeformte Muster enthält.¹² Deshalb wird konsequent zwischen der nicht als Rechtsbegriff verstandenen Freiheit einerseits und den der Sicherung der Individual-sphäre dienenden Freiheitsrechten andererseits unterschieden.¹³ Der Gegenstand der Freiheitsrechte wird dabei allerdings nicht unbedingt mit der Konstitution von Eingriffs-abwehrrechten gleichgesetzt, obschon sich eine solche Gleichsetzung bis heute in vielen Ausführungen auswirkt und widerspiegelt, sondern als inhaltlich-umrahmende Verbürgung des jeweils thematisierten Freiheitsbereichs verstanden, die Abwehrrechte erst vermittelt.¹⁴ Dem Problem der inhaltlichen Vorabgestaltung, das sich dann zwar nicht mehr für die Freiheit selbst, dafür aber für die Freiheitsrechte stellt, sucht man über die Norminterpretation gerecht zu werden. Positivierte Freiheitsgarantien umschreiben zwar Gewährleistungen; dies aber im Sinne einer *äußerlich-räumlichen Umgrenzung von Freiräumen*: „Sie (die Menschen- und Bürgerrechte) verweisen die durch sie geschützten Lebens-, Denk- und Handlungsbereiche als Freiheitsbereiche zur Ausfüllung an die individuelle Subjektivität.“¹⁵ Sollen die Freiheitsgarantien die individuelle Freiheit angemessen sichern, dürfen sich zugleich aus ihren Fassungen keine ungerechtfertigten Begrenzungen ergeben. Dies stützt ein allgemeines Freiheitsrecht als Auffangtatbestand. Seine *grundrechtsdogmatische Entsprechung* hat dieses Freiheitsverständnis im *rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip*: Danach ist die Freiheitssphäre des Einzelnen prinzipiell unbe-

dens., Soziale Voraussetzungen, S. 253 ff. Außerdem *Berka*, Medienfreiheit, S. 39 ff.; *Dreier*, Grundrechtsgehalte, S. 506 f.; *Hermes*, Grundrecht, S. 145 ff.; *Jarass*, Grundrechte, S. 373 f. m.w.N.; *Wahl*, Rechtliche Wirkungen, passim.

- 11 Vgl. *Schnur*, Pressefreiheit, S. 101 ff.; *dens.*, Rezension, S. 490; *H.H. Klein*, Grundrechte, S. 38, 68; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1530 f.; *Enders*, in: BlnKomm, vor Art. 1 Rn 44; darstellend auch *Bethge*, Freiheit und Gebundenheit, S. 371, und – zur Pressefreiheit – *Degen*, Pressefreiheit, S. 35 ff. Siehe auch *C. Schmitt*, Freiheitsrechte, S. 167.
- 12 Vgl. *Steiger*, Institutionalisierung, S. 112: „Die Gewährleistung der Freiheit durch das Recht beschränkt sie notwendig auch.“ Vgl. auch *F. Müller*, Positivität, S. 41: „Daß kein Grundrecht ohne Grenzen garantiert ist, folgt aus der einzig wirklich ‚immanenten‘ Beschränkung: aus seiner Rechtsqualität. ... Weder eine in die Rechtsordnung unversehens eingeführte ‚natürliche‘ Freiheit noch eine allein technisch-formal angesetzte Freiheit der Leere trifft die Struktur grundrechtlicher Garantien.“
- 13 Vgl. dazu mit dogmatischen Erläuterungen *Ipsen*, Einwirkungen, S. 475 ff.
- 14 Vgl. *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 24 ff., 549 ff. m.w.N.
- 15 *Böckenförde*, Bild vom Menschen, S. 60 ff., bes. 61. Zum besonderen Problem muß dann die Frage der Definitionsmacht – also das Selbstverständnis der Grundrechtsträger auf der einen und die staatliche Grundrechtsauslegung auf der anderen Seite – werden, vgl. dazu BVerfGE 24, 236 (247 f.); 83, 341 (353); 101, 361 (384 f.); außerdem *Isensee*, Wer definiert, passim; *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, bes. S. 15 ff., 88 ff.; *H.H. Klein*, Beginn, Rn 57; *Morlok*, Selbstverständnis, bes. S. 67 ff., 282 ff., 375 ff.

grenzt, die Befugnisse des Staates sind prinzipiell begrenzt¹⁶. Diese originäre Fassung ist zwar abgestimmt auf einen un(v)erfaßten Freiheitsbereich, aber im Kontext der eben beschriebenen Interpretationsmaximen wird ihre Denkstruktur für positivierte Freiheitsgarantien übernommen. Als Konstrukt nimmt dieses Prinzip für sich eine Rationalität in Anspruch, mit Hilfe derer eine dogmatische Strukturierung von freiheitsrechtlicher Gewährleistung und Gewährleistungsbegrenzung gelingt, die einer grundsätzlich eigenverantworteten und selbstbestimmten Freiheit bestmöglich gerecht wird. Kann Freiheit als prinzipiell unbegrenzt unterstellt werden, erscheinen Begrenzungen zumindest nicht als ein tatbestandliches Beschreibungs- und Wertungsproblem.¹⁷ Im Umfeld dieser Argumentation steht noch eine Palette von Unter- und Neben-Erwägungen, etwa übergreifende Aspekte rechtsstaatlich-rechtstechnischer Rationalität¹⁸, eher vage gehaltene Effektivitätsgesichtspunkte¹⁹ oder der Aspekt der Kompetenzverteilung insbesondere zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit²⁰, die hier nicht im einzelnen ausgeführt werden sollen.

Beide Aspekte des Argumentationszusammenhanges erklären, warum die grundrechtlichen Verbürgungen grundsätzlich nur so angelegt werden, daß vorhandene Schutzgegenstände staatlichen Eingriffen vorausliegen. Eine vorausliegende Freiheitswahrnehmung, in bezug auf die das Unterlassen eines Eingriffs beansprucht wird, erfordert keine Vorab-Definition und Vorab-Bewertung; sie wird von dem Betroffenen selbst initiiert, in ihrer Beschränkung zur Entscheidung gestellt und kann als seine Freiheit gelten, deren Einschränkung rechtfertigungsbedürftig ist. Ebenso setzt die Einsatzfähigkeit des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips (und der darauf aufbauenden dogmatischen Strukturierungen) voraus, daß real gegebene Begrenzungen der Freiheit nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem werden. Werden hier Konzessionen gemacht, müßte man etwa gesellschaftlich vermittelte Grenzen mitdenken, müßte man diese zu einem in die grundrechtliche Verbürgung eingeflochtenen Thema machen, befürchtet man eine immanente Einbindung und Fremdbewertung der dem Individuum zustehenden Freiheit und einen Verlust der rechtsdogmatischen Rationalität, die man gerade gewahrt wissen will.

All dies kann zunächst plausibilisieren, warum auch unter dem Grundgesetz von der Ausgrenzung einer nicht unbedingt näher präzisierten Freiheitssphäre noch weithin die Rede ist, obwohl die Idee einer staatsfreien Sphäre²¹ dogmatisch insbesondere dann passen und nicht weiter konkretisierungsbedürftig sein mag, wenn der freistehende Bereich ohnehin lediglich als Restkategorie in Abhängigkeit von gesetzlichen Eingriffsermächt-

- 16 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 158, 159, 163 ff. Vgl. außerdem Enders, in: BlnKomm, vor Art. 1 Rn 45.
- 17 Das ändert sich bereits dann, wenn man, anknüpfend an eine Differenz von Sach- oder Lebensbereich und Gewährleistungsinhalt, den Schutz des Grundrechts im Wege der Interpretation spezifiziert, so Böckenförde, Schutzbereich, S. 174 ff., oder soweit man zumindest in fragmentarischer Form auch positive Freiheitsvorstellungen verankert sieht, so Poscher, Grundrechte, S. 125 ff.
- 18 Bes. Forsthoff, Umbildung, passim.
- 19 Etwa H.H. Klein, Grundrechte, S. 72.
- 20 Siehe noch die knappen Nachweise in Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt D.
- 21 Zur durchaus unterschiedlichen Tradition dieser Idee etwa Grabitz, Freiheit, S. 137 ff.

gungen Bestand hat²². Das Sphärendenken ist Korrelat des grundsätzlichen Freiheitsverständnisses. Zwar kann man bei der konsequenten und strikten Sicht einer Freiheitssphäre oder zumindest relativ unbestimmt belassenen Freiheitsgarantien regelmäßig nicht verharren, sobald das Übermaßverbot in seinen Bestandteilen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit Konkretisierungen, Gewichtungen und gegebenenfalls Abwägungen verlangt.²³ Ein rationaler Einsatz des Übermaßverbots zwingt noch vor aller Abwägung zu einer präzisen Fassung dessen, was eigentlich genau grundrechtlich geschützt ist. Aber auch wenn man deswegen die Schutzgegenstände über die Vorstellung einer Freiheits„sphäre“ hinaus konkretisieren muß, bleibt der eingenommene Grundansatz nicht ohne Wirkungen. Er prägt und limitiert die Perspektive, über die die Freiheitsgewährleistungen und die Schutzgüter begriffen und entfaltet werden.

Dienen Freiheitsrechte der Sicherung einer vorgegebenen sowie als „prinzipiell unbegrenzt“ angesetzten Freiheit, kennzeichnet den originären Schutzgegenstand abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen, daß er *in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts* denkbar und zuweisbar ist. In einem freiheitsbegrifflich engeren Sinne gehört dazu das, was als *eigenes Potential* zurechenbar ist, so insbesondere die Entscheidungs- und Handlungsautonomie; in weiterem Sinne außerdem das, was als *Eigenschaft* (etwa Würde, Leben oder körperliche Unversehrtheit) oder was mit Hilfe der verräumlichenden Sicht als eine *dem Einzelnen zustehende Sphäre* (z.B. als Privatsphäre, als häusliche Sphäre, als Geheimsphäre) begriffen werden kann.²⁴ Soweit man zur Bestimmung des verbürgten Freiheitsschutzes auf traditionelle Ideen zurückgreift, nimmt der Willensbegriff eine zentrale Stelle ein. Der Willen wird dem Individuum als ursprünglich eigen zugeschrieben und kann so als voraussetzungslos gegeben individuelle Freiheit symbolisieren: „Die Willensautonomie des einzelnen determiniert den Freiheitsbegriff“²⁵. Zu den Leitbegriffen zählt dann die *individuelle Selbstbestimmung* im Sinne einer Willensautonomie. Versteht man Entscheidungen und Verhalten als Ausdruck und Umsetzung eigenen Willens, läßt sich die *Entscheidungs- und Handlungsfreiheit* daran

- 22 Zur Sicht der Freiheit als Freiheit von gesetzwidrigem Zwang siehe nur *G. Jellinek*, System, S. 84 ff., 94 ff.; *Thoma*, Juristische Bedeutung, S. 15 ff.; *Meyer/Anschütz*, Lehrbuch, S. 953 ff.
- 23 Das Übermaßverbot enthält daher zumindest im Element der Verhältnismäßigkeit einen tendenziellen Systembruch, indem die Abwägung sowohl eine Konkretisierung als auch eine Bewertung und Gewichtung der geschützten Interessen erzwingt. Insgesamt näher *Schlink*, Abwägung, passim; *ders.*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, bes. S. 461 f. Siehe auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 167: „Ein Freiheitsrecht ist kein Recht oder Gut, das mit andern Gütern in eine Interessensabwägung eintreten könnte.“ Der systematische Bruch greift auf beiden Seiten, denn zu den Funktionsbedingungen des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips zählt, daß Gegeninteressen nicht über die rechtsstaatlichen Begrenzungsanforderungen hinaus strukturell nachgeordnet sind. Vgl. auch die Ausführungen bei *Bryde*, Programmatik, Rn 36.
- 24 Vgl. etwa *Schwabe*, Probleme, S. 13 f. (zu den dort noch genannten Rechtsinhaberschaften und dem Vermögen, Rechtswirkungen herbeiführen zu können, siehe noch oben im Text). Siehe auch *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 66 II 1 (S. 622 ff.) zu den Schutzgegenständen der Abwehrrechte. Mit der dort nur knapp genannten Einbeziehung von durch Umweltbeziehungen vermittelten „Situationen“ (S. 644; siehe auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 176 f., 311 f., 330 f., 333 ff.: zustandsbezogene Rechte, die u.a. Situationen umfassen; und ähnlich *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 76 ff.) muß das traditionelle Konzept ins Schleudern geraten, weil sich dies nicht in Form eines strukturell nicht schon begrenzten Individualguts fassen läßt.
- 25 *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 72. Vgl. dazu außerdem *Sachs*, Volenti, bes. S. 418 ff.

bruchlos anschließen. Die Handlungsfreiheit avanciert insgesamt zu einem Prototyp und einem zentralen Grundmuster des Freiheitsschutzes, wenn beispielsweise auch Interaktion und Kommunikation in Handlungskategorien umgesetzt werden, die auf den Einzelnen ausgerichtet und von diesem her gefaßt sind, oder wenn Art. 2 Abs. 1 GG in der Interpretation als „allgemeine Handlungsfreiheit“ mit einem Auffangtatbestand und allgemeinem Freiheitsrecht gleichgesetzt wird.²⁶ Einigen Schwierigkeiten muß sich das Konzept bei den Freiheits- und Verhaltenschancen ausgesetzt sehen, die in *rechtlich erst konstituierten Positionen* begründet sind. Rechtstechnisch läßt sich dies zwar auch als einem nachfolgenden staatlichen Eingriff vorgegeben und insofern vor-staatlich konzipieren. Trotzdem kann unter der Voraussetzung der Stimmigkeit des Konzepts, das eine staatlich-rechtliche Vorabgestaltung individueller Freiheit zurückzuweisen sucht und für das die Zurückgeworfenheit auf das Recht als Konstituens eines Individualschutzguts deshalb immer problematisch sein muß, eine rechtlich konstituierte Position zumindest nicht beliebige Inhalte annehmen. Man behilft sich mit Blick auf die bereichsweise immer anerkannten Privatrechtspositionen damit, daß es nur um eine rechtliche Rahmensicherung bestehender Verhaltensmöglichkeiten und um die staatliche Rechtsschutzfunktion gehe. Tatsächlich läßt sich der gesamte Bereich nicht mehr problemlos integrieren. Es überrascht daher nicht, daß genau an diesem Punkt ein Einfallstor für ein erweitertes Eingriffsabwehrverständnis²⁷ liegt, das konstituierte Rechtspositionen einzubinden sucht. Dieses überschreitet teilweise deutlich die gewohnte Sicht und birgt die Änderung des grundrechtstheoretischen Ansatzes in sich, ohne daß man wirklich eine genaue Grenze des dogmatisch ganz Neuartigen setzen könnte.

Die zweite Komponente, über die das Eingriffsabwehrkonzept eines bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsverständnisses besondere Einengungen erfährt, ist der Begriff des *Eingriffs*. Der Eingriff relationiert Freiheitsbereich und staatliches Handeln, indem er bei einem als Eingriff qualifizierten Handeln die grundrechtlichen Schutzmechanismen, insbesondere das Erfordernis einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, und im Falle einer Rechtsverletzung grundrechtliche Reaktionsansprüche auslöst. Operiert man mit einer Freiheitssphäre, mit einem allgemeinen Freiheitsrecht oder mit möglichst unbestimmt belassenen, räumlich-ausgrenzenden Freiheitsgewährleistungen, spezifizieren verfassungsmäßige Gesetze und individualbezogene Eingriffsakte den rechtlich verbleibenden Freiheitsspielraum von seinen Grenzen her. Insofern nehmen der Eingriffsbegriff und im Gefolge die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze und Einzeleingriffsakte einen zentralen Rang in der dogmatischen Aufmerksamkeit ein.²⁸ Dabei können der Gewährleistungsbereich und das Eingriffsverständnis nicht bei-

- 26 Für viele typische Ausführungen siehe etwa *Starck*, Grundrechte, S. 238: „Vom Blick der historischen Entwicklung der Grundrechte stellt der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes eine nahezu umfassende Garantie der menschlichen Handlungsfreiheit in ihren verschiedenen ideellen und wirtschaftlichen Ausprägungen dar.“
- 27 Zu Fortentwicklungen gerade in bezug auf den Einsatzbereich siehe insbesondere *Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, bes. S. 466 ff., und *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, passim.
- 28 Vgl. *Forsthoff*, Der introvertierte Rechtsstaat, S. 386. Zur punktuellen Bestimmung des Freiheitsbereichs über die Grenzen und Einschränkungen des Freiheitsrechts etwa *Schnur*, Pressefreiheit, S. 103. Differenzierende Betrachtungen bei *Ipsen*, Einwirkungen, S. 478 f.

de zugleich unbestimmt gehalten oder ins Beliebiges variiert werden, wenn es um ein Individualrechtsschutzsystem statt um einen Popularanspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Verhalten gehen soll²⁹. Mindestens eine der beiden Komponenten muß die Anknüpfungspunkte liefern, mit Hilfe derer sich ein Prüfraster aufbauen und zwischen individuellem Status und staatlichem Verhalten eine qualifizierte Beziehung³⁰ feststellen läßt. Man ist auf einen Eingriffsbegriff angewiesen, der nicht ins Unbestimmte zerläuft.

Den „klassischen“ Eingriff verbindet man, indem man ihn im Zusammenhang mit der Entwicklung der Handlungsformen der Verwaltung sowie des auf Verwaltungsakte konzentrierten verwaltungsgerichtlichen Individualrechtsschutzes sieht, mit einer bestimmten Form staatlicher Tätigkeit.³¹ Um eine genaue Zusammenstellung von Kriterien, die einen Eingriff auszeichnen, ist man eigentlich erst bemüht, seit man den Begriff von seinem plastischen Korrelat, dem Verwaltungsakt, zu lösen versucht.³² Zu den einen Eingriff begründenden Merkmalen zählt man erstens die *Rechtsaktqualität* der staatlichen Maßnahme, zweitens deren *Adressierung* an eine bestimmte (und dann betroffene) Person, drittens deren *Anordnungs- bzw. Gebots- oder Verbotsqualität*, was man im Zusammenhang mit der Adressierung an eine bestimmte Person und der spiegelgleichen Beeinträchtigung derer Rechtsposition als „Finalität der Maßnahme“ bezeichnen mag³³, und viertens die *Sanktionsbewehrung*, also den Zwangscharakter. Fünftens beschränkt sich der Eingriff auf die *Rechtsposition, die „unmittelbar“ oder genauer: spiegelgleich (regelungsidentisch) zur Anordnung im Tenor der staatlichen Maßnahme beeinträchtigt ist*.³⁴ Sämtliche Kriterien ergeben ein abgestimmtes Sinngefüge. Das besondere Kennzeichen dieses Eingriffsbegriffs liegt darin, daß er aus sich heraus mit einer Individualisierung verbunden ist und sich im Begriff des Eingriffs selbst Aussagen darüber verdich-

- 29 Zum subjektiven Rechtsschutz und zu den grundrechtlichen Verbürgungen als Individualrechtsschutzsystem *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz, S. 191 ff.; *Pietzcker* „Grundrechtsbetroffenheit“, S. 131 ff.; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 146 ff., 211 ff.
- 30 Zu deren Erforderlichkeit siehe nur *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 20 ff. (mit Blick auf das traditionelle Eingriffsverständnis).
- 31 Vgl. *Lerche*, Übermaß, S. 260 f.; *Grabitz*, Freiheit, S. 27; *Ramsauer*, Bestimmung, S. 92; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 58, 72 f. m.w.N.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 134 ff. m.w.N. Kritisch zur Annahme, es habe einen an eine bestimmte Handlungsform geknüpften „klassischen“ Eingriffsbegriff bzw. darauf gestützte Begrenzungen des Grundrechtsschutzes gegeben, *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 7 ff., und *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, § 78 II 2 (S. 85 ff.): „Rückprojektionen“. Vgl. dazu auch die Untersuchung der Rechtsprechung des preußischen OVG sowie der Formel vom „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ bei *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 23 ff., die die Zeit- und Systembedingtheit sowie die keineswegs strikte Geltung des traditionellen Eingriffs herausstellt.
- 32 Siehe *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 373, die Begrenzung des Eingriffsbegriffs habe sich ergeben, ohne daß eine genauere Definition erforderlich gewesen wäre. Vgl. auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 42; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 134.
- 33 Die „Finalität“, die man im Rahmen der Auflösung der festen Eingriffsvorstellung (s. noch Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C) gerne herausgreift, ist kein gesondertes Kriterium des „klassischen“ Eingriffs, wenn man ihn wie oben definiert. Zutreffend *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, § 78 II 3 (S. 117).
- 34 Siehe etwa *Bleckmann*, Staatsrecht II, S. 411 f.; *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 10 ff., 21 ff.; *Grabitz*, Freiheit, S. 24 ff.; *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 42 ff.; *Ramsauer*, Bestimmung, S. 91 f.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 136 ff.; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 61. Ausführlich *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 175 ff. Vgl. außerdem die teilweise weiterführenden Ausführungen bei *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, § 78 II 3 (S. 104 ff.).

ten, wann den Einzelnen legitimerweise die Rechtsmacht zukommen muß, gegen eine staatliche Maßnahme gerichtlich vorzugehen.³⁵ Genau diese Spezifizierung durch bestimmte staatliche Maßnahmen ermöglicht es jedenfalls prinzipiell (solange nicht die Anwendung des Übermaßverbotes zu mehr Präzision zwingt), die Individualrechtsposition selbst relativ unbestimmt zu belassen und etwa mit der Vorstellung einer geschützten Freiheits„sphäre“, mit äußerlich-räumlich umschreibenden Freiheitsgewährleistungen oder mit einem allgemeinen Freiheitsrecht zu arbeiten. Die bei der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion immer als unproblematisch angesehene Korrelation von objektiver Grundrechtsgewährleistung und subjektivem Recht beruht daher auch nicht allein auf der Funktion der Beeinträchtigungsabwehr, sondern auf dem spezifisch individualisierenden Eingriffsbegriff.

Das Gewährleistungsverständnis, das Vorabdefinitionen der gewährleisteten Freiheit möglichst zu vermeiden wünscht und auf einen ausgegrenzten Bereich abstellt, und der Eingriffsbegriff, der individualisierend wirkt und die staatliche Verantwortlichkeit begrenzt, sind somit aufeinander abgestimmt. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der grundrechtliche Freiheitsschutz nach der „klassischen“ Konzeption durch bestimmte Prämissen und Implikationen geprägt ist. Insbesondere basiert er auf einer in einer bestimmten Form konstruierten und dann vorausgesetzten Unterscheidung von Gesellschaft und Staat. Die individuelle Freiheit wird als dem Staat vorgegeben angesehen und dogmatisch als „prinzipiell unbegrenzt“ angesetzt. Damit geht einher, daß die Schutzgegenstände grundrechtlicher Garantien rein individualbezogen gedacht und als ein nicht schon strukturell begrenztes Individualgut gefaßt werden. Der Schutz ist auf staatliche Maßnahmen ausgerichtet, die man nach den genannten Kriterien als Eingriff qualifizieren kann. In mehreren Hinsichten werden also weitreichende Limitationen erkennbar, denen ein so konzipierter Grundrechtsschutz unterliegt. Diese Limitationen sind der Anlaß für Grundrechtsinterpretationen, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausführen.

B. Die Neubestimmung der Gewährleistungsinhalte

I. Die Transformation auf die Gesellschaftsebene

Die erste einflußreiche Entscheidung, in der der Grundrechtsschutz über die staatsgerichtete Eingriffsabwehr hinaus erstreckt wird, ist das Lüth-Urteil.³⁶ In der dort zu entscheidenden privatrechtlichen Konstellation können Grundrechte nur dann eine Rolle spielen, wenn sie überhaupt zu beachten sind. Das Bundesverfassungsgericht legt im Ausgangspunkt zugrunde, daß „die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt (sind), die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“. Dies entspricht noch ganz einem traditionsverhafteten Verständnis. Das Gericht geht dann darüber hinaus, indem es eine „objektive Wertordnung“ anerkennt, in der „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der

35 Vgl. *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 130 f.

36 BVerfGE 7, 198. Vgl. auch bereits BVerfGE 6, 55 (71 ff.).

Grundrechte zum Ausdruck kommt“ und die als „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“ gilt.³⁷ Das Zivilgericht, das die grundrechtlichen Maßstäbe verfehlt und dessen Urteil auf der Außerachtlassung des verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen beruht, verletzt nicht nur objektives Verfassungsrecht, sondern auch das (subjektive) Grundrecht, auf dessen Beachtung der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat.³⁸

Die Grundrechte betreffen damit nicht mehr nur „klassische“ staatliche Eingriffe. Sie werden durch eine *abstrakter ansetzende Interpretation des Rechtsgehalts* auf eine übergreifende gesellschaftliche Ebene transformiert. Wohl bleibt im Falle einer einfachrechtlich mediatisierten Drittwirkung – entsprechend Art. 1 Abs. 3 GG und mit nicht zu vernachlässigenden Folgen³⁹ – der Staat „unmittelbar“ der ausschließlich Grundrechtsverpflichtete. Dies ändert, wie sich spätestens bei der Frage nach der Grundrechtsbindung der Privatrechtsgesetzgebung erschließt, an der Abstraktion des rechtlichen Gehalts der Grundrechtsnormen aber nichts.⁴⁰ Während das Bundesverfassungsgericht deren Geltung für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten über die Interpretation der Grundrechte als objektive Wertordnung oder Grundprinzipien begründet⁴¹, weisen andere Argumentationsstränge auf die Vergleichbarkeit staatlicher und sozialer Macht⁴² oder auf die Einheit der Verfassung und den Einfluß des Sozialstaatsprinzips auf die Auslegung der Grundrechte⁴³ hin. Es fällt auf, daß in dem hohen Abstraktionsniveau dieser Ansätze die Frage danach, welche grundrechtlichen Inhalte in welcher Form warum auch für privatrechtliche Rechtsbeziehungen gelten, in einem relativ abstrakten Argumentationskonzept verschwindet.⁴⁴ Mittlerweile wird die Grundrechtswirkung in Privatrechtsbeziehungen

37 BVerfGE 7, 198 (204 f.).

38 BVerfGE 7, 198 (206 f.).

39 Siehe etwa *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 176 ff., nach der die „mittelbare“ Drittwirkung zu einem gesetzlich ausgestalteten Grundrechtsschutz führt, der nicht einer „unmittelbar“- anspruchs- / pflichtenbegründenden Grundrechtsbindung Privater entsprechende Entscheidungen impliziert. Dort, S. 160 f., auch dazu, daß gegen eine direkt anspruchs- / pflichtenbegründende Drittwirkung nicht nur Art. 1 Abs. 3 GG, sondern auch die den Gesetzesvorbehalt einschließende Struktur der Grundrechtsnorm angeführt werden kann. Siehe außerdem *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 170 ff.; *Canaris*, Grundrechte, S. 202 ff.; *Oldiges*, Aspekte, S. 282 f.

40 Vgl. dazu *Berka*, Medienfreiheit, S. 88 ff.; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 10 f.; *Pietzcker*, Drittwirkung, S. 352. Zu im Rahmen der schweizerischen Rechtsprechung vorfindlichen Beispielen unmittelbarer Anwendung von Grundrechten im Privatrecht *J. P. Müller*, Bedeutung, S. 39 f.

41 Etwa BVerfGE 7, 198 (205); 25, 256 (263); 52, 131 (165f.); 61, 1 (6 ff.); 66, 116 (131 ff., bes. 135); 73, 261 (268 ff.); 89, 214 (229 f.); 98, 365 (395 ff.). Vgl. auch BVerfGE 81, 242 (255): Sozialstaatsprinzip. Zum Ansatz des Wertsystems siehe auch *Dürig*, Grundrechte, S. 176 ff. Zur Funktion dieses Begriffs vgl. noch unten im Text dieses Punktes.

42 *Nipperdey*, Freie Entfaltung, S. 753 f., 756; *Gamillscheg*, Grundrechte, S. 406 ff.

43 Übergreifend etwa *Bethge*, Aktuelle Probleme, S. 374: „Die ausschließliche Konstruktion der Grundrechte als staatsabweisender Reservate und staatsabgewandter Autarkien würde jeden Brückenschlag zu den Strukturprinzipien der Demokratie und des Sozialstaats verhindern.“ Außerdem *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 140 ff., 153 f.

44 Dies kritisiert bereits *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, etwa S. 356 ff. und 394. *Leisner* weist zutreffend darauf hin, daß der Norminhalt der Grundrechte in das Privatrecht weder als erratischer Block noch unhinterfragt in seiner in der Staatsrichtung entwickelten Prägung einfließen dürfe. Solchen Gefahren sei allerdings gerade die Sicht der Wertordnung und die Transformation (bloß) über zivilrechtliche Generalklauseln in besonderem Maße ausgesetzt. Vgl. auch *Berka*, Medienfreiheit,

zunehmend – nach und neben dem Bemühen, die Beeinträchtigung durch einen privaten Dritten als einen dem Staat (der Privatrechtsgesetzgebung bzw. den Zivilgerichten) zuzurechnenden Grundrechtseingriff zu sehen⁴⁵ – über staatsgerichtete Schutzansprüche reformuliert⁴⁶, um zumindest partiell eine differenziertere normative Absicherung zu gewährleisten. Diese Sicht baut bereits auf der Entwicklung auf, zu der die Lüth-Entscheidung und ihre Begründung beigetragen haben. Die Abstraktion des Gehalts der Grundrechtsnormen, wie sie im Terminus der Wertordnung angelegt ist, liefert nämlich den Impuls zu einer umfassenden Erweiterung des Grundrechtsverständnisses.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in der Lüth-Entscheidung ausführt, daß das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet habe⁴⁷, dann handelt es sich bei dem Rückgriff auf den Wertbegriff zumindest in dieser Leitentscheidung nicht um „nicht mehr als die Vorstellung eines materialen Grundrechtsverständnisses“⁴⁸, sondern um einen Angelpunkt der Argumentation. Werte zeichnen sich durch einen universalen Geltungsanspruch aus, mit Hilfe dessen eine abstraktere Ebene als das Bürger/Staat-Verhältnis und eben die Geltung als Grundnormen der Gesellschaft im umfassenden Sinne erreicht werden können.⁴⁹ Im Wertbegriff wird

S. 88, 91 ff.; Dreier, Grundrechtsgehalte, S. 509 ff. Das BVerfG betont inzwischen seinerseits, daß die Konkretisierung der Grundrechtsmaßstäbe angepaßt an das jeweilige Rechtsverhältnis erfolgen müsse, etwa BVerfGE 66, 116 (135); 73, 261 (270 f.); 81, 242 (254 ff.).

- 45 Umfassend über die Idee einer Duldungspflicht, die zumindest bei staatlichem Gewaltmonopol mit der staatlichen Zulassung privaten Handelns einhergehe, Schwabe, Sogenannte Drittwirkung, passim; ders., Probleme, S. 211 ff.; Murswiek, Verantwortung, S. 58 ff.; 91 ff.; ähnlich Szczekalla, Schutzpflichten, S. 404 ff. Differenzierter Pietzcker, Drittwirkung, S. 349 ff. Mit dem Ansatz des Normbestands- und Normanwendungsschutzes, bei dem Normverletzungen als Eingriffe gesehen werden, auch Lübke-Wolff, Grundrechte, S. 159 ff. Von der anderen Seite aus für eine Einsatzfähigkeit der Eingriffsabwehr bei staatlichen Einschränkungen im Bereich des Privatrechts: Canaris, Privatrecht, S. 12 ff., 37 ff.; Hager, Grundrechte, S. 374 ff.; Ruffert, Vorrang, S. 88 ff.
- 46 Vgl. nur Schwerdtfeger, Grundrechtlicher Drittschutz, S. 6 ff.; Canaris, Grundrechte, S. 225 ff.; Hager, Grundrechte, S. 378 ff.; Hermes, Grundrecht, bes. S. 190 ff.; Oeter, „Drittwirkung“, S. 549 ff., 561 f.; Oldiges, Aspekte, S. 299 ff.; Dolderer, Grundrechtsgehalte, S. 206 ff., 388; Stern, StaatsR III/1, § 76 IV 5 (S. 1572 ff. m.zahl.w.N.). Solche Ansatz werden bestärkt durch Entscheidungen, die einen Schutzgehalt über explizite Schutzverbürgungen und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hinaus auch für andere Freiheitsgrundrechte anerkennen, siehe etwa BVerfGE 81, 242 (254 ff.), 97, 169 (175 ff.); 99, 185 (194 f.); 103, 89 (100). Vgl. dazu auch Hermes, Grundrechtsschutz, S. 1764 ff. Im Vergleich zu den Eingriffskonstruktionen ist in den Schutzansätzen die Duldungspflicht keine gesonderte dogmatische Kategorie, die Nichthinderung eines Dritten an der Beeinträchtigung bzw. das Ungenügen gesetzlicher Regelungen also kein Eingriff durch ein Duldungsgebot, sondern gegebenenfalls die Nichterfüllung eines Schutzanspruchs. Anders (aber nicht überzeugend) Pietzcker, Drittwirkung, S. 355 ff., der im Falle einer Rechtsgutbeeinträchtigung durch Dritte einen dem Staat zuzurechnenden Eingriff (Duldungspflicht) und demgegenüber nur im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, etwa bei Rechtsgutgefährdungen, Schutzpflichten annehmen will.
- 47 BVerfGE 7, 198 (205).
- 48 Krebs, Freiheitsschutz, S. 67 Fn 73. Siehe auch Jarass, Grundrechte, S. 367. Für spätere Entscheidungen des Verfassungsgerichts ist diese Sicht allerdings richtig, weil das Gericht sich argumentativ von der Wertordnung löst und zunehmend auf „objektive Grundsatznormen“ rekurriert.
- 49 Dazu insbesondere Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, S. 88; ders., Grundrechte, S. 3 ff. Vgl. auch Dürig, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis zum Stand 2002), Art. 1 Rn 1 ff. und 16. Die teilweise weitreichenden Deutungen und die Fundamentalkritik, die die Verwendung des Wertbegriffs und der „Wertordnung“ im Lüth-Urteil nach sich gezogen haben, treffen allerdings nicht zu, vgl. dazu Rühl, Tatsachen, S. 53 ff.

so der Begründungsbedarf der Transformation verfassungsrechtlicher Gehalte in das Privatrecht konzentriert und abgemildert. Im Gegenzug lassen sich, wählt man ein so hohes Abstraktionsniveau, die rechtlichen Auswirkungen nicht auf die Problematik des entschiedenen Falles – also weder auf ein bestimmtes Grundrecht, hier die Meinungsäußerungsfreiheit, noch auf die Frage der Drittwirkung – beschränken.⁵⁰ Die Interpretation der Grundrechte als objektive Wertordnung oder als wertentscheidende Grundsatznormen hat übergreifende Implikationen, weil die Grundrechtssätze nicht mehr so gelesen werden, daß sie auf bestimmte staatliche Pflichten, nämlich das Unterlassen von Eingriffen vorbehaltlich eines den Eingriff deckenden Gesetzes, zugeschnitten sind. Vielmehr umschreiben sie – eine Abstraktionsstufe höher⁵¹ – *Gewährleistungen, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen erst noch zu ermitteln und zu konkretisieren* hat.

II. Der Ansatz beim objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte

Der Lüth-Entscheidung ist eine Ausdehnung der Gewährleistungsinhalte in ganz verschiedenen Hinsichten gefolgt. Die Differenzierung, die das Bundesverfassungsgericht dort zur abgrenzenden Erweiterung des Grundrechtsgehalts verwendet hat, wird dabei häufig als grundrechtsdogmatische Basis gewährleistungserweiternder Argumentationen herangezogen. Man unterscheidet also *subjektive Abwehrrechte* einerseits und, bei zunehmender Lösung von dem Begriff der Wertordnung⁵², *objektivrechtliche Gehalte* andererseits. Objektivrechtliche Gehalte sollen die über die „klassische“ Eingriffsabwehr hinausgehenden Maßgaben der Grundrechtsnormen bezeichnen.⁵³

Ein solcher Ansatz und die gewählte Terminologie führen allerdings schnell zu Verwirrungen. In der sonst üblichen normtheoretischen Sicht stehen objektivrechtlicher Normgehalt und subjektive Rechte nicht nebeneinander. Sie sind Komponenten eines Rechtssatzes mit jeweils unterschiedlicher Funktion. Ein subjektives Recht beruht auf dem objektiven Rechtssatz, indem es „die *rechtliche Verknüpfung* der normativen Entscheidung über Art und Ausmaß der Anerkennung und des Schutzes eines Interesses mit

50 Zur Bedeutung des Lüth-Urteils treffend *Wahl*, Dimension, Rn 2 ff.

51 Nach *Böckenförde*, Grundrechte, S. 7, erhalten die Grundrechte mit dem Wertcharakter eine neue Qualität, indem sie aus dem unmittelbaren Staat-Bürger-Verhältnis herausgelöst und als objektive Norm ohne genau bezeichneten Regelungsgegenstand und -adressaten unbestimmt und offen werden. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 479, und Grundrechte, S. 57, vertritt die Ansicht, es werde von dem Träger des Rechts (dem Berechtigten), dem Adressaten des Rechts (dem Verpflichteten) und den Modalitäten des Gegenstandes des Rechts (der Unterlassung von Eingriffen) abstrahiert. Richtig ist jedenfalls, daß die Art der Verpflichtung von der Pflicht zur Unterlassung von Eingriffen gelöst wird.

52 Aus unterschiedlichen Gesichtspunkten viel kritisiert; *Denninger*, Freiheitsordnung, S. 545 ff.; *Forsthoff*, Umbildung, S. 38 ff.; *Goerlich*, Wertordnung, S. 29 ff., 173 ff.; *Grabitz*, Freiheit, S. 208 ff.; *Schlink*, Abwägung, S. 17 ff. Zur Lösung vom Begriff der Wertordnung siehe etwa *Dreier*, Dimensionen, S. 21 ff.

53 *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 1 ff.; *J.P. Müller*, Bedeutung, S. 37 ff.; *Jarass*, Grundrechte, mit Begr. S. 394 ff., bei gleichzeitiger terminologischer Kritik S. 368 f.; *Gellermann*, Grundrechte, S. 32 ff.

der rechtlichen Sphäre eines Rechtssubjekts“⁵⁴ bezeichnet. Es begründet insofern die Befugnis des Berechtigten, die (objektiv)rechtliche Sollensanordnung den Regelungsverpflichteten gegenüber geltend zu machen. Übertragen auf die Grundrechtsnormen bedeutet dies, daß Grundrechte Rechtssätze des objektiven Rechts sind, die subjektive Rechte, etwa Abwehrrechte und korrespondierende Reaktions-, z.B. Unterlassensansprüche, vermitteln können. Ein solcher normtheoretischer Ausgangspunkt ist in den Hintergrund gerückt, weil die überkommene Konzeption eines negativen Status sich das subjektive Recht als Sicherung einer ausgegrenzten staatsfreien Sphäre vorstellt, die ihrerseits nicht objektivrechtlich geschützt, sondern rechtlich un(v)erfaßt ist.⁵⁵ Sobald man sich davon löst, wird weitgehend anerkannt, daß die regulären normtheoretischen Grundlagen auch für die Grundrechte greifen.⁵⁶ Wenn dann trotzdem objektivrechtliche Gehalte und subjektive Rechte einander im Sinne einer materialen Unterscheidung gegenübergestellt werden, wird betont, daß mit den objektivrechtlichen Gehalten nicht die in einer objektiven Norm bestehende Grundlage subjektiver Rechte, sondern eine „inhaltliche Doppelgestalt“ gemeint sei.⁵⁷ Doch dabei bleibt erstens die Frage, worin denn das inhaltlich Eigengeartete objektivrechtlicher Gehalte liegt, das ein derart abgrenzendes Nebeneinander zu subjektiven Rechten rechtfertigt. Man könnte darauf verweisen, daß bei dem traditionellen Abwehrrecht objektivrechtlicher Gehalt und subjektivrechtlicher Schutz korrelieren, während anderweitige objektivrechtliche Gehalte auf regelmäßig gesetzgeberische Aktivitäten angewiesen und subjektivrechtliche Absicherungen jedenfalls nicht ohne weiteres zuzugestehen seien. Es zählt allerdings gerade zu den zentralen Fragen, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit den jeweils neu entwickelten grundrechtlichen Maßgaben individuelle Ansprüche entsprechen. Man ist sich einig, daß auch die Gehalte außerhalb der überkommenen Eingriffsabwehr zumindest partiell subjektive Ansprüche vermitteln, und das Bundesverfassungsgericht resubjektiviert die objektiven Wertentscheidungen teilweise mit Hilfe des Anspruchs auf deren Beachtung sogar in vollem Umfang⁵⁸. Zweitens trägt der bloße Verweis auf die objektivrechtliche Komponente die inhaltliche Erweiterung von Grundrechtsgehalten nicht. Eine veränderte Interpretation der Gewährleistungsinhalte kann man nur mit Hilfe einer dogmatisch und inhaltlich ab-

54 *Scherzberg*, Grundlagen, S. 130 (Hervorh. im Orig.), und zum Obigen insgesamt S. 129 ff. m.w.N. Vgl. außerdem *dens.*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1135. Ausführlich zu den geschichtlichen Grundlagen und zur traditionell privatnützigen Konzeption des subjektiv-öffentlichen Rechts *Masing*, Mobilisierung, S. 56 ff.

55 Siehe oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt A.

56 Vgl. nur *Schnur*, Pressefreiheit, S. 109 Fn 16; *Schwabe*, Probleme, S. 286 ff.; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 165 ff.; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1133 ff.; *Cremer*, Gehalt, S. 62, mit dem nachfolgenden Hinweis, S. 62 ff., daß der Rückgriff auf den objektivrechtlichen Gehalt die Funktion der Ausdehnung der Grundrechtsinhalte hatte. Einen anderen Ansatz – Primat des subjektiven Rechts – wählt *Robbers*, Sicherheit, S. 144 ff.

57 *Böckenförde*, Grundrechte, S. 5 Fn 12. Auch *J.P. Müller*, Bedeutung, S. 38 f. Vgl. außerdem *Masing*, Mobilisierung, S. 159 ff.

58 Richtig ist dazu aber, daß „Rechtsprechung und Lehre ... bislang nicht zu erklären vermocht (haben), welcher Herkunft und welchen genauen Inhalts das subjektive Recht ist, mit dessen Hilfe ein betroffener Bürger die objektiv-rechtliche Ausstrahlungswirkung eines Grundrechtes ... nachprüfen lassen kann“, so *Hermes*, Grundrecht, S. 110 (Hervorh.i.Orig.). Ausführlich zur „(Re)Subjektivierung“ *Dolderer*, Grundrechtsgehälter, S. 351 ff. Vgl. auch *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Vorb. Rn 95.

gesicherten Konkretisierung der Grundrechtssätze begründen. Deshalb muß man in den ganz unterschiedlichen Einsatzfeldern, in denen man mit den objektivrechtlichen Aussagen argumentiert, entsprechend differenziert vorgehen. Die Unterscheidung von objektivem Gehalt und subjektiven Rechten ist eine wohl mit dem Norminhalt verbundene, aber *quer dazu liegende* und *nachgeschaltete* Frage. Setzt man mit einer Gegenüberstellung objektivrechtlicher Gehalte und subjektiver (Abwehr)Rechte an, vermengt man schnell die Überlegung, welcher materiale Gehalt den Grundrechten zukommt, mit dem Problem, ob und inwieweit ein bestimmte Geltungsanordnung subjektivrechtliche Qualität hat. Ein solcher Ansatz ist daher nicht sinnvoll.⁵⁹

Die abstraktere Sicht des normativen Gehalts der Grundrechte, wie sie die Lüth-Entscheidung im Terminus der Wertordnung anlegt, führt zur Lösung aus der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption. Grundrechtsdogmatisch erlaubt dies eine neue Handhabung der Differenz von objektivrechtlichem Gehalt und subjektiven Rechten. Man braucht die Normen nicht mehr so zu verstehen, daß sie sich auf die (objektivrechtliche) Begründung von (subjektiv-öffentlichen) Rechten auf Abwehr „klassischer“ Eingriffe beschränken. Grundrechte sind *objektivrechtliche Normen mit einem zu konkretisierenden Regelungsinhalt*, die *zugleich subjektive Rechte vermitteln können*, so daß die Beachtung der Norm gegebenenfalls von den geschützten Personen durchsetzbar ist. In inhaltlicher Hinsicht werden damit die Voraussetzungen für gewandelte Interpretationen grundrechtlicher Aussagen geschaffen, die sich auf den objektivrechtlichen Gehalt stützen (müssen).

Legt man dies zugrunde, kann ein Blick auf den Text der Grundrechtsnormen auch belegen, daß dieser eine von der „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzeption gelöste Lesart durchaus zuläßt.⁶⁰ Bestimmte *inhaltliche Thematisierungen* werden mit einer *Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsgewährleistung* verknüpft. Dem jeweils thematisierten Gegenstand nach enthalten die Normen substantivische (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 a Abs. 1 GG) oder auch entfaltungs- bzw. verhaltensorientierte Beschreibungen (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG). Dem freiheitsrechtlichen Gehalt nach werden Achtungs-, Unantastbarkeits- bzw. Unverletzlichkeitsversprechen festgehalten (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG), Rechte ungestörter, freier oder ungehinderter Entfaltung garantiert (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und 3, Art. 12 Abs. 1 GG), näher spezifizierte Freiheiten für unverletzlich erklärt (Art. 4 Abs. 1 GG) bzw. gewährleistet

59 Vgl. auch *Schwabe*, Probleme, S. 286 ff.; *Canaris*, Grundrechte, S. 224 f.; *Jarass*, Grundrechte, S. 68 f.; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1134 ff., *dens.*, Grundrechtsschutz, S. 211 ff.; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Vor Art. 1 Rn 28 f.

60 Vgl. dazu näher – mit Blick auf den „klassischen“ Eingriff – *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 51 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 81 ff. Außerdem *Dietlein*, Lehre, S. 52 ff. Siehe weiter mit der Forderung nach einem bereichsdogmatischen oder einzelgrundrechtsspezifischen Vorgehen *Jeand Heur*, Grundrechte, S. 165; *Cremer*, Gehalt, S. 82. Vgl. im übrigen als ausführlichere Darstellung im Rahmen des hier bearbeiteten Themas Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

(Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) oder Schutzverbürgungen formuliert (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 6 Abs. 1, 4 und 5, Art. 16 a Abs. 1 GG). Mit der Verbürgung von etwas als Recht, der Gewährleistung näher bestimmter Freiheit oder Achtungs-, Unantastbarkeits-, Unverletzlichkeits- bzw. Schutzversprechen besitzen die Grundrechte sehr abstrakte Sinnverweise. Da die Gewährleistungsgegenstände ihrerseits hinreichend abstrakt gefaßt sind, ist die Entwicklung komplexer Interpretationen möglich. Die traditionelle Eingriffsabwehr ist demnach nicht eine textlich begründete, sondern eine dogmatisch erzeugte Begrenzung.

Dem breiten Spektrum neuer Ansätze der Grundrechtsinterpretation und ihren verfeinerten Ausarbeitungen wird im folgenden nicht nachgegangen. Mit Blick auf das hier leitende Thema – die Erstreckung grundrechtlichen Schutzes auf den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten – lohnt es sich, zwei zentrale Entwicklungslinien zu behandeln. Zum einen werden überindividuelle Sinnbezüge und soziale Zusammenhänge in die Auslegung der Grundrechtsgewährleistungen eingeführt. Zum zweiten werden die staatliche Organisation und die staatlichen Verfahren grundrechtlichen Bindungen unterstellt. In beiden Hinsichten müssen materiale Erweiterungen mit einem grundlegend gewandelten dogmatischen Ansatz einhergehen. Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß den inhaltlichen Änderungen ein abstrakter angelegtes Verständnis des Rechtsgehalts der Grundrechtssätze zugrunde liegt. Da das Vorgehen auf eine höhere Abstraktionsebene führt, wird das „klassische“ Konzept der Eingriffsabwehr (notwendig) involviert; es wird – solange man sich auf der höheren Ebene bewegt – aufgehoben. Daß im weiteren (auch) die Eingriffsabwehr neu angelegt werden muß, ist jedenfalls immer dann eine zwingende Konsequenz, wenn man sich bei der inhaltlichen Konkretisierung des objektivrechtlichen Gehalts von den Prämissen löst, auf denen die „klassische“ Sicht aufbaut. Genau das ist bei der Einführung sozialer Sinnbezüge in die Grundrechtsauslegung und bei der Erstreckung der Grundrechtswirkungen auf die staatliche Organisation und staatliche Verfahren der Fall. Das verweist nochmals darauf, daß es verfehlt wäre, die Erweiterung der Grundrechtsinhalte und -funktionen aufzulisten, als gehe es um ein Nebeneinander von Grundrechtsdimensionen.⁶¹

III. Der soziale Kontext individueller Freiheit als Grundrechtsthema

Die gemeinsame Linie einer ganzen Reihe neuer Überlegungen kann man in der Zielrichtung sehen, die Limitation grundrechtlicher Freiheitsversprechen auf den Schutz eines sozial bereits vorhandenen Bestandes gegen staatliche Eingriffe zu überwinden. Zum Teil erscheinen Gewährleistungserweiterungen als Ergänzung der gewohnten Grundrechtsauslegung, so wenn dem abwehrrechtlichen Schutz Rechte auf finanzielle und sachliche Transferleistungen oder Rechte auf Teilhabe an vorhandenen staatlichen Ein-

61 Vgl. aber als Beispiel in diese Richtung v. Münch, in: GGK I, Vorb. Art. 1 – 19, Rn 16 ff. Das BVerfG hat dies mit seinen Ausführungen nahegelegt, Grundrechte seien in erster Linie Eingriffsabwehrrechte, richteten aber „auch“ eine objektive Wertordnung auf, so BVerfGE 7, 198 (204 f.).

richtungen zur Seite gestellt werden.⁶² Die Abgrenzung gegen die „klassische“ Sicht hat demgegenüber keinen lediglich ergänzenden Charakter, wenn man sich von dem Bezug auf gegebene Freiheitschancen sowie von der auf das Individuum konzentrierten Perspektive löst und bei der Konkretisierung der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen den sozialen Kontext oder überindividuelle Bezüge einbringt. Die leitenden inhaltlichen Überlegungen und der damit verbundene veränderte dogmatische Zugang sollen etwas eingehender behandelt werden.

Daß soziale Zusammenhänge und überindividuelle Ebenen – sei es die der Gesellschaft im umfassenden Sinne, sei es die der Teilsysteme, sei es die der Organisation – erschlossen werden, ist Kennzeichen einer ganzen Reihe von Interpretationsansätzen. Dazu zählen etwa die Sicht der Grundrechte als Gestaltungsprinzipien für „eine an individueller Freiheit orientierte Sozialordnung“⁶³, funktionsgrundrechtliche Ansätze⁶⁴, leistungsstaatliche Entwürfe bei weit gefaßtem Leistungsbegriff⁶⁵ oder moderne Versionen des institutionellen Verständnisses⁶⁶. Insbesondere wenn das – frühzeitig ausgearbeitete – „institutionelle Grundrechtsdenken“⁶⁷ als Synonym für eine Norminterpretation begriffen wird, die überindividuelle Ebenen einbezieht, schließt sich schnell Kritik an. Das Bemühen diene lediglich einer vorab geltenden Inpflichtnahme, die als „eigentliche“ Freiheit hingestellt werde.⁶⁸ Dabei flößen die konkret betroffene individuelle Freiheit und eine unter Umständen rechtfertigungsfähige Freiheitsbeschränkung, Mikro- und Makroperspektive unter Rationalitätsverlust zusammen. Um diesen Vorwürfen gleich zu Beginn entgegenzuwirken, sei klargestellt, daß es zu den Erfordernissen jeder Norminterpretation zählt, die auf die soziale und die auf die rechtliche Ebene abstellenden Überlegungen nicht zu vermengen. Die moderne institutionelle Sicht knüpft zwar nicht an die unter der Weimarer Reichsverfassung entwickelte Unterscheidung von „echten“ Grundrechten gegenüber Instituts- und/oder institutionellen Garantien⁶⁹ an. Zum Teil erinnert

62 Siehe z.B. die Darstellung bei *Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, passim.

63 *Grimm*, Grundrechte, S. 51 und S. 56. Siehe auch dort insgesamt die Darstellung S. 51 ff. Außerdem etwa *Willke*, Stand, S. 204: „freiheitlich-demokratische Gesamtordnung des Gesellschaftssystems“, und ausführlicher mit einem Teilhabe-Konzept S. 204 ff.

64 Orientiert an der Rundfunkrechtsprechung des BVerfG (vgl. dazu die Nachweise in Erster Teil, Fn 81) *Stock*, Medienfreiheit, bes. S. 2 ff., 183 ff., 289 ff., 325 ff.; siehe auch *Rossen*, Freie Meinungsbildung, bes. S. 333 ff. Vgl. auch *Hailbronner*, Freiheit der Forschung, S. 73 ff., der aber den Funktionsbegriff organisationsrechtlich versteht (siehe die Def. S. 75).

65 *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 43 ff.

66 Etwa – in je unterschiedlichem Ansatz – *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, passim; *Scheuner*, Pressefreiheit, S. 33 ff.; *Ridder*, Meinungsfreiheit, S. 257 ff.; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172 ff.

67 Zur frühzeitigen Ausarbeitung siehe bei *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, passim. Zur Breite des Spektrums *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 332 ff.; *Hufen*, Freiheit der Kunst, S. 390 ff.

68 Etwa *Abel*, Bedeutung der Lehre, S. 48 ff.; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1532 f.; *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674 f.; *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 56 ff.; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 109 ff.; *Kröger*, Grundrechtstheorie, S. 24 ff.; *Starck*, Grundrechte, S. 238 f. Kritisch mit Blick auf den Normtext auch *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 60 ff.

69 Dies diene im wesentlichen dazu, den Kernbereich der bestimmte privatrechtliche Institute und öffentlichrechtliche Einrichtungen konstituierenden Normenkomplexe gegenüber dem gesetzgeberischen Zugriff abzusichern. Dazu unter anderem *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 170 ff.; *ders.*, Freiheitsrechte, S. 140 ff.; als Übersicht und mit weiterführenden Überlegungen: *Abel*, Bedeutung der Lehre, S. 17 ff.; *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 68 (S. 754 ff.).

sie aber doch daran, sofern Normenkomplexe als Konstituenten von Institutionen im Vordergrund stehen oder zumindest nicht ganz deutlich ist, ob es im Ansatzpunkt um rechtlich gestaltete Ordnungen oder um durch soziale Strukturen begründete Institutionen geht.⁷⁰ Da letztere mitbedingt sind durch normative Erwartungen, die (unter anderem) auf vorhandene rechtliche Regelungen gestützt sein können, könnte man meinen, daß es auf einen deutlichen Grundansatz an dieser Stelle nicht ankommt. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht macht es jedoch einen fundamentalen Unterschied, ob man soziale Institutionen als einen von den verfassungsrechtlichen Verbürgungen möglicherweise mitbedachten Gegenstand in den Blick nimmt und den Grundrechtsgehalt darauf bezieht⁷¹, ob man meint, daß ein Grundrecht selbst eine Institution (im Sinne einer überindividuellen Ordnungsidee) verbürge⁷², oder ob man Institutionen als rechtlich geordnete Lebensbereiche versteht und dann die Differenz von verfassungsrechtlichen Maßgaben und ausgestaltenden einfachgesetzlichen Normen tendenziell aufhebt.⁷³ In den beiden letztgenannten Fällen kann man, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist, schnell den Eindruck erwecken, man wolle die üblicherweise zugrunde gelegte Individualfreiheit zugunsten einer Gemeinschaftsverträglichkeit immanenten Grenzen unterwerfen, die gesetzgeberisch zu regeln und in die die individualrechtliche Verbürgung und subjektive Rechte einzugliedern sind.⁷⁴ Mag Kritik auch in bestimmten Hinsichten berechtigt sein, wäre es jedoch voreilig, die Einführung sozialer Sinnbezüge in die Grundrechtsauslegung sofort mit bestimmten theoretischen Konzeptionen in Verbindung zu bringen. Der dogmatische Ansatz und die Anliegen sind allgemeiner Art.

- 70 Dies bei *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, insbes. S. 70 ff. Die institutionelle Seite der Grundrechte bedeutet danach „die verfassungsrechtliche Gewährleistung freiheitlich geordneter und ausgestalteter Lebensbereiche (S. 70). Als Beispiele werden dann die „freiheitliche Vertrags-, Eigentums- und Erbordnung, die bestehende Ehe- und Familienordnung und die geltende Vereins-, Versammlungs- und Koalitionsfreiheit“ genannt (S. 70 f.). Siehe außerdem S. 96 ff., bes. 96: „Die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche sind etwas Eingerichtetes, d.h. Institutionelles. ... Zahllose Normen durchsetzen und durchziehen die einzelnen objektiven Lebensverhältnisse. Zu objektiven Lebensverhältnissen werden diese wesentlich durch das Recht als solches. ... Durch die Existenz zugehöriger, vielfach rezipierter Normenkomplexe ... werden die Grundrechte zum Institutionell-Objektiven, zum Eingerichteten.“
- 71 In diesem Sinne etwa *Ridder*, Meinungsfreiheit, für die öffentliche Meinungsfreiheit und die Presse, siehe z.B. S. 265 f. *Ridder* scheint dabei einen vorrangig die institutionalisierte Meinungsbildung selbst ausgerichteten Grundrechtsschutz zu präferieren. Bei einem soziale Strukturen mitberücksichtigenden Ansatz kann aber auch „individuelle Freiheit“ im Vordergrund des Grundrechtsgehalts oder – weitergehend – auch ein bloßer Individualrechtscharakter bestehen bleiben. Siehe noch im Text dieses Punktes. Vgl. auch *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 338.
- 72 Etwa *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172: Grundrechtliche Freiheitsgewährleistungen seien „Verbürgungen freiheitlich geordneter Lebensbereiche“ und „die grundrechtliche Ordnungsidee (finde) in jeder einzelnen Grundrechtsverbürgung spezifisch ‚institutionellen Ausdruck‘. Vgl. außerdem *Luhmann*, Grundrechte, passim, der die Grundrechte selbst aber nicht als normative, sondern als soziale Institutionen untersucht.
- 73 So partiell *Häberle*, Wesensgehaltgarantie; siehe bereits Erster Teil, Fn 70.
- 74 In eine tendenzielle normative Impflpflichtnahme gerät *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, etwa S. 98: „Durch die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte werden die Individuen in das Übergreifende objektiver Lebensverhältnisse eingebettet, in welchem sie stehen und wirken, und wird ihnen der Ort angewiesen, von dem aus sie eine Aufgabe, einen ‚Beruf‘ zu erfüllen haben.“ Genau diese Passage wird allerdings in der Fortschreibung 1982, S. 333, zurückgenommen. Zur gesetzgeberischen Ausgestaltung („Ausführung“) immanenter („wesensmäßiger“) Grenzen siehe etwa S. 51 ff., 222 ff.

Tatsächlich stützen sich die Anliegen, soziale Bezüge und Zusammenhänge bei der Interpretation der Grundrechtsnormen einfließen zu lassen, regelmäßig *nicht auf eine Beurteilung der Folgen* (etwa als Frage nach der Gemeinschaftsverträglichkeit einer Freiheit des Beliebens), sondern *auf eine Kritik an den Prämissen* des bürgerlich-rechtsstaatlichen Ansatzes. Die Grundlagen werden insoweit nicht aus der Rechtswissenschaft, sondern vor allem aus soziologischen Erkenntnissen gewonnen. Es genügt hier, aus der Breite der Erwägungen eine Facette herauszugreifen. Deren Kern besteht aus der Überlegung, daß Individualismus und verstärkte gesellschaftliche Abhängigkeit keine Gegensätze, sondern ein Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit sind.⁷⁵ In der Verhältnisbestimmung von Individuum und Gesellschaft greift deshalb der überkommene Gegensatz von Freiheit und Bindung, von individuellem Belieben und Gemeinschaftsinteressen zu kurz. Die Sozialität vermag die individuelle Freiheit zu steigern, sie über das Potential eines isoliert gedachten Individuums hinauszuhoben und zusätzliche Chancen zu eröffnen. Man muß die Möglichkeiten individueller Entfaltung deshalb aus dem sozialen Kontext heraus verstehen, um sie in ihrem Gehalt und ihrem Sinn angemessen zu erfassen. Bettet man sie entsprechend ein, muß man allerdings auch sehen, daß die Spielräume des Einzelnen in der Sozialität nicht schlicht erweitert werden. Jede soziale Beziehung und jede soziale Ordnung erzeugen Strukturen, die die denkbaren Möglichkeiten steigern und begrenzen. Dies ist bereits auf der einfachsten Ebene einer Zwei-Personen-Beziehung ohne weiteres nachvollziehbar: das individuelle Verhalten orientiert sich keineswegs nur am eigenen Willen oder Belieben, sondern an dem anderen bzw. an den die Situation strukturierenden wechselseitigen (Erwartungs-)Erwartungen; die aktualisierbaren Verhaltenschancen werden durch die soziale Situation notwendig auch begrenzt. Auf höherer Ebene wirken soziale Institutionen⁷⁶, indem sie eine soziale Situation vorstrukturieren, entlastend und chancenerweiternd, etwa weil man handeln kann, ohne sich immer wieder neu zu orientieren und zu verständigen; sie wirken aber auch eben deshalb verhaltensorientierend, begrenzen also (unabhängig davon, ob man sich erwartungskonform oder -abweichend verhält) zwingend das, was möglich wäre. Soziale Begrenzungen denkbarer Spielräume entstehen demnach nicht als nachträglich zugunsten einer Gemeinschaftsverträglichkeit eingeführte Grenzen prinzipiell unbegrenzter Chancen, sondern als strukturelle Erfordernisse der Gleichzeitigkeit von Möglichkeiten und Limitationen. Sofern individuelle Orientierungen und Positionen ihre Grundlagen und ihren Sinn erst in der Sozialität gewinnen und nur in bezug auf ein soziales Umfeld faßbar sind, sind sie dementsprechend immer nur als in der Sozialität einerseits ermöglichte, andererseits strukturell und unaufhebbar begrenzte Positionen bestimmbar.

Werden auf diesem (gesellschaftsbezogenem) Hintergrund *Freiheitsbeschreibungen* entwickelt, liegen auch dann, wenn man „individuelle Freiheit“ als einen normativen

75 Dies zählt zu den ersten Grunderkenntnissen der sich aus der Philosophie ausdifferenzierenden Soziologie. Siehe etwa *Durkheim, Soziale Arbeitsteilung*, passim.

76 Der Begriff der Institution wird auch in der Soziologie nicht einheitlich verwendet und schillert je nach theoretischem Ansatz, aber Probleme und Einzelheiten brauchen hier nicht zu interessieren. *Luhmann, Grundrechte*, S. 13, umschreibt Institutionen als „zeitlich, sachlich und sozial generalisierte Verhaltenserwartungen“. Damit soll weniger ein Substrat als die Funktion eingefangen werden, die Institutionen erfüllen.

Leitmaßstab konzipiert, zwei wichtige Gesichtspunkte auf der Hand. Erstens ginge es fehl und an den Konstitutionsbedingungen individueller Freiheit vorbei, wenn man nur in Kategorien wie dem Willen oder dem Belieben dächte, die aus einer auf den Einzelnen konzentrierten Perspektive leben. Das soziale Umfeld (oder: das Vorfeld), in dem individuelle Orientierungen, Erwartungen und Entfaltungsformen sich überhaupt erst konstituieren und schon eine bestimmte Prägung erhalten, besitzt eine nicht vernachlässigbare Bedeutung. Man muß in die Überlegungen daher – zumindest auch – übergreifende und überindividuelle Ebenen einbeziehen, um *aus einer Gesamtperspektive heraus angemessene Formen der Beschreibung individueller (Freiheits-)Positionen* zu finden. Die Konkretisierung solcher Positionen unterscheidet sich notwendig von individualistischen Beschreibungsformen.⁷⁷ Man hat eine – gegenüber der rein individualistischen Sicht emergente – *soziale Perspektive* zu entwickeln und die Stellung des Einzelnen *im* sozialen Kontext zu formulieren. Man muß den jeweils relevanten Kontext also immer mitdenken und auch berücksichtigen, daß soziale Zusammenhänge Möglichkeiten und Grenzen zugleich bedingen. Das heißt nicht, daß normativ angelegte Entwürfe individueller Freiheit auf einen reinen Wirklichkeitsbefund zurückgeworfen würden. Im Gegenteil resultiert gerade aus dem Zwang, die in der Sozialität immer auch be- und entstehenden Eingrenzungen denkbarer Möglichkeiten mitzuberücksichtigen, der zweite wichtige Gesichtspunkt. Da die sich real ergebenden Begrenzungen grundsätzlich variabel sind, können sie zwar nicht als vollständig aufhebbar, aber als veränderlich und steuerbar gedacht werden. Geht man davon aus, daß individuelle Freiheit überhaupt und vor allem: gleiche Freiheit nur begrenzt als Mitnahmeeffekt gesellschaftlicher Selbstregulierung entstehen, wird die *Steuerung sozialer Zusammenhänge zur Herstellung und Sicherung individueller Freiheit* zu einem zentralen Punkt. Dies prägt die Einschätzung der Rolle des Staates. Die Ausgrenzung wird zu einem Blickwinkel neben anderen.

Greift man diese Überlegungen auf, liegen *Konsequenzen* für das Grundrechtsverständnis und den grundrechtlichen Freiheitsschutz nahe. Die traditionelle Eingriffsabwehr klammert die erst gesellschaftlich ermöglichten individuellen Freiheitschancen zwar nicht aus. Indem sie aber nur vorgefundene, durch einen Eingriff und ein nachfolgendes Abwehrbegehren herauskristallisierbare Chancen in den Blick nimmt und vom Ansatz her an eine individualistische Form der Beschreibung von Schutzgegenständen gebunden ist, erscheint sie als eine hochgradig selektive Konstruktion. Gerade wenn und da man den Grundrechten das Ziel der Gewährleistung personaler Freiheit entnimmt, entsteht das Bemühen um eine Neubestimmung des Normgehalts: „Wenn es der Anspruch der Grundrechte ist, eine freiheitlich-demokratische Gesamtordnung des Gesell-

77 An dieser Stelle greifen die Überlegungen von *Suhr*, Entfaltung, S. 84 ff., sowie Freiheit durch Geselligkeit, S. 534 ff., nicht weit genug. *Suhr* hebt zwar hervor, daß Sozialität die Freiheit steigert: „Die Möglichkeiten des Einzelnen sind sehr begrenzt. Ohne andere Menschen bringt er nicht viel zustande.“ (Freiheit durch Geselligkeit, S. 534). Das „interaktive Paradigma der Freiheit“, das er vorschlägt, um dem Rechnung zu tragen, lebt jedoch von Kategorien wie dem Willen oder dem Interesse, der individuellen Zwecksetzung oder sogar der Instrumentalisierung anderer: „Seine (des Menschen) Freiheit wächst in dem Maße, wie es ihm gelingt, andere Menschen zu seinem Zwecke zu instrumentalisieren.“ (Freiheit durch Geselligkeit, S. 534). Solche Fassungen bleiben individualistisch geprägt, die soziale Perspektive bleibt äußerlich.

schaftssystem mit den Mitteln des Rechts zu garantieren, dann ist es Aufgabe der Grundrechtstheorie, die Grundrechte auf *jeder* Aggregationsstufe des Gesellschaftssystems mit ihren neu erscheinenden Eigenschaften und Gefährdungslagen wirksam zu machen. ... Direkte oder zumindest strukturelle Grundrechtswirkungen auch auf den höheren Systemebenen stehen unter dem Leitgedanken, das primär geschützte Individuum nicht nur als Abstraktum, sondern auch in seinen vielfältigen sozialen Verflechtungen zu erreichen.⁷⁸

Grundrechtsdogmatisch kann man dabei auf der *abstrakter ansetzenden Interpretation des Normgehalts* aufbauen, nach der die Grundrechte als („objektivrechtliche“) Gewährleistungen gelesen werden, aus denen man den näheren Verbürgungsgehalt und die staatlichen Verpflichtungen noch zu konkretisieren hat. Mit dieser Abstraktion gewinnt man eine Basis für Normauslegungen, die über die gewohnte Eingriffsabwehrkonzeption hinausweisen. *Inhaltlich* werden die grundrechtlichen Garantien *mit weiterführenden Sinnbezügen angereichert*, wenn man *bei der Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen überindividuelle Ebenen und die sozialen Zusammenhänge*, in denen sich individuelle Freiheit entfaltet, *mitthematisiert*. Es gibt mehrere Wege, über die eine solche Thematisierung von der Norm her gelingen kann. Die textlichen Aussagen der einschlägigen Norm können selbst auf soziale Beziehungen Bezug nehmen und das Verhältnis des Einzelnen zu anderen aus sich heraus thematisieren. So stellt Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung und rückt dadurch bestimmte soziale Gemeinschaften in den Mittelpunkt. Überindividuelle Sinnzusammenhänge können sich auch über eine systematische Interpretation von Normen ergeben. Indem man etwa die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG und die (allerdings nicht unmittelbar komplementär konzipierte) Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG als in ihrem Sinn aufeinander verweisende Rollen erfaßt und im weiteren vor allem noch die Freiheit der Presse sowie der Berichterstattung durch Rundfunk und Film heranzieht, läßt sich aus dem Zusammenspiel der Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG die Leitidee „freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“ herauskristallisieren, die das Verständnis der einzelnen Positionen anreichert. Selbst wenn man davon ausgeht, daß eine Norm die Position des Einzelnen hervorhebt – beispielsweise Art. 12 GG die (individuelle) Ausübung des Berufs –, schließt das nicht aus, eben diese Freiheitsposition aus einer übergreifenden Perspektive heraus zu verstehen und von der Norm her mit Hilfe auszuarbeitender Interdependenzen Bezüge zu einem sozialen Kontext – etwa dem Markt – herzustellen. Unabhängig von der nach der jeweiligen Norm zu richtenden Vorgehensweise kommt man regelmäßig jedenfalls nicht ohne konkretisierende Schritte und Argumentationen aus, über die erstens die Bezüge zu sozialen Zusammenhängen normorientiert entwickelt werden und über die zweitens die von der Norm vorgesehene Position des Einzelnen in dem jeweiligen sozialen Zusammenhang bestimmt wird.

78 *Willke*, Stand und Entwicklung, S. 204, 206 (Hervorh.i.Orig.). Siehe auch *Hoffmann-Riem*, Grundrechtliche Freiheit, passim, der herausstellt, daß Grundrechtsausübung nicht nur in der Perspektive des Handelns von Einzelnen analysiert werden darf, und *Trute*, Forschung, S. 253 ff., bes. S. 256 f., mit entsprechenden Ausführungen zur Wissenschaftsfreiheit. Vgl. auch *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 324 ff.

Durch so angelegte Norminterpretationen erschließen sich neuartige Perspektiven auf übergeordneter Ebene. Damit können entsprechend *neuartige Grundrechtsbindungen* des Staates hergeleitet werden. Beispielsweise wird es möglich, im Rahmen der Norm eine Perspektive vor aller Kristallisation von Individualpositionen einzunehmen, damit man berücksichtigen kann, daß sich letztere immer erst in einer schon strukturierten sozialen Situation ergeben. Dann läßt sich ausarbeiten, daß (einfach)rechtliche Regelungen diese Struktur beeinflussen können und gegebenenfalls nach grundrechtlichen Maßgaben mitsteuern sollen.⁷⁹ Denkbar wird auch die Hinderung staatlicher Instanzen daran, durch die Steuerung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen oder durch anderweitige Einwirkungsweisen potentielle individuelle Freiheitschancen schon im Vorfeld ihrer Entstehung zu erdrücken.⁸⁰ Man kann also versuchen, Bindungen staatlichen Handelns von verschiedenen Ebenen aus zu begründen. Darüber hinaus kann die Rolle des Staates in unterschiedlichen Funktionen erfaßt werden. Der grundrechtliche Norminhalt selbst braucht nicht mehr nur staatsausgrenzend zu wirken, sondern kann dem Staat Regelungs- und Gestaltungsaufträge vermitteln. Dabei sollen rechtliche Strukturierungen geschaffen werden; nach den grundrechtlichen Maßgaben ist die soziale Stellung der einen gegebenenfalls zu verstärken, die Stellung anderer zurückzudrängen. Man hat sich also gerade nicht an einem vorgegebenen sozialen status quo zu orientieren, sondern an normativen Vorgaben, die immer von der jeweils einschlägigen Norm her zu entwickeln sind.

Als Beispiel, das den Ansatz verdeutlicht, sei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk genannt: Diese wird der Leitidee „freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“, die aus dem Zusammenspiel der Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG als ein zirkulärer Prozeß durch in ihrem Sinn aufeinander verweisende, gleichermaßen rechtlichen Schutz beanspruchende Rollen hindurch gewonnen wird, funktional zugeordnet. Insoweit ist sie, wie das Gericht formuliert, eine „dienende“ Freiheit. Geht man davon aus, daß eine Meinungsbildung durch den Rundfunk, bei der sämtliche Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG gewahrt sind, sich nicht in gesellschaftlicher Selbstregulierung herstellt, vermittelt die Grundrechtsnorm der Gesetzgebung entsprechende Regelungs- und Gestaltungspflichten. Zugleich muß die „Freiheit von staatlicher Beherrschung und Einflußnahme“ gewahrt sein.⁸¹

79 Dazu etwa *Rossen*, Freie Meinungsbildung, S. 112 ff., anhand des Themas, daß nicht nur das Bestehen, sondern auch das Entstehen „personaler Subjektivität“ im Meinungsbildungsprozeß grundrechtlich aufzugreifen ist, weil jenes dieses voraussetzt.

80 Insgesamt dazu – mit unterschiedlichen Akzenten – etwa *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, in seinen Intentionen deutlich etwa S. 99 ff.; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172 ff., S. 176: Grundrechte als Entstehenssicherung menschlicher Freiheit. Vgl. auch *Bachof*, Freiheit des Berufs, S. 165: Die Sicht des Art. 12 Abs. 1 GG als Garantie einer freiheitlich-sozialen Berufsordnung solle verhindern, daß der Gesetzgeber den substantiellen Inhalt der Berufsfreiheit gestalte, bevor die individuelle Grundrechtsgarantie überhaupt zum Zuge kommen könne.

81 Vgl. bes. BVerfGE 57, 295 (319 ff.); 73, 118 (152 ff.); 74, 297 (323 ff.); 83, 238 (295 ff.); 87, 181 (197 ff.); 90, 60 (87 ff.); 97, 228 (256 ff.). Vgl. weiter (mit je unterschiedlichen Akzenten) *Stock*, Medienfreiheit, etwa S. 2 ff., 157 ff.; *Bethge*, Freiheit und Gebundenheit, S. 372 ff.; *Rossen*, Freie Meinungsbildung, bes. S. 79 ff. und – zur Spannung von Ausgestaltung und Eingriff – S. 283 ff.; *Bumke*, Aufgabe, S. 86 ff. Mit ähnlichen Intentionen (den funktionalen Ansatz aber nicht ganz tref-

Die jeweils vorzunehmende Grundrechtskonkretisierung wird, wenn man interpretatorische Ziele im angeführten Sinne verfolgt, dadurch gekennzeichnet, daß man die Schutzgehalte der Norm von den objektivrechtlichen Aussagen her entwerfen muß, ohne sich noch auf die Prämissen und Implikationen der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption stützen zu können. Denn zu diesen Prämissen zählt der individualistische Zugang, und genau dieser Zugang wird aufgegeben. Auch kann man den Sinngehalt der Grundrechte nicht mehr ohne weiteres aus der Perspektive verstehen, die die Komponente des „klassischen“ Eingriffs liefert. Man ist darauf angewiesen, sich auf den *textlich umschriebenen Inhalt der Verbürgungen* zu konzentrieren und eine *Konkretisierung über normativ geleitete Argumentationen* zu leisten. Insofern wird erkennbar, daß man bei den beschriebenen inhaltlichen Änderungen dogmatisch mit einer *grundlegend gewandelten Form der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen* umzugehen hat.

Dementsprechend kann die Berücksichtigung sozialer Bezüge bei der Interpretation der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen die *Individualrechtsebene* nicht unberührt lassen. Die Perspektive personenbezogener Freiheit wird keineswegs weggestaltet oder auch nur vernachlässigt. Es konturiert allerdings in besonderer Weise die Differenz zum „klassischen“ Ansatz, daß sich der Blick auf die individuelle Position verändern muß.⁸²

Das gilt zum einen für *abwehrrechtliche Stellungen*. Die ausblendende Konstruktion des gewohnten Eingriffsabwehransatzes ist zwar durchaus noch einsetzbar. Aber man ist sich ihrer Selektivität bewußt und fragt jeweils danach, ob und wann dieser Zugang den normativen Vorgaben entspricht. Sofern in die Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen der jeweiligen Grundrechtsnorm Sinnbezüge auf das Soziale einfließen, gewinnt man Schweisen, im Rahmen derer man individuelle Freiheitspositionen von überindividuellen Ebenen her fassen und beschreiben kann. Der Sinngehalt solcher Positionen unterscheidet sich – wie bereits angeklungen ist – notwendig von dem individualistischer Fassungen. Es handelt sich um *Positionen, deren Inhalt sich nur im Mitdenken der als relevant herangezogenen sozialen Umwelt erschließt*.⁸³ Dadurch daß sich der Kontext

send) zur Rundfunkfreiheit als „institutioneller Rahmen- oder Strukturgarantie“, die sich auf die Freiheit der Berichterstattung durch den und im Rundfunk beziehe, *Böckenförde/Wieland*, „Rundfunkfreiheit“, S. 80 ff.; *Wieland*, Freiheit, S. 138 ff. Kritisch zu den über den verfassungsgerichtlichen Ansatz entwickelten Anforderungen etwa *Bullinger*, Elektronische Medien, S. 188 ff.; *H.H. Klein*, Rundfunkrecht, S. 178 ff.; *Pestalozza*, Schutz, S. 2158 ff.; *Schmitt Glaeser*, Rundfunkfreiheit, bes. S. 236 ff.; *Scholz*, Fernsehurteil, S. 563 ff.

- 82 Das ist, wenn bei der Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen überindividuelle Ebenen und die sozialen Zusammenhänge, in denen sich individuelle Freiheit entfaltet, mitthematisiert und individuelle Freiheitspositionen aus einer Gesamtperspektive heraus entwickelt werden, strukturell bedingt. Es geht also nicht um das Ziel, den Gewährleistungsinhalt interpretativ zu spezifizieren, damit eine extensive Schrankendogmatik vermieden wird, vgl. dazu *Böckenförde*, Schutzbereich, S. 165 ff.
- 83 Es ist kein Zufall, daß man den sozialen Kontext oder soziale Zusammenhänge häufig nur unbestimmt als „Bedingungen der Möglichkeit“ individueller Freiheit oder als „Voraussetzungen der Grundrechtsausübung“ anführt. Siehe die Darstellung bei *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 139 ff. Man handelt sich zwar dogmatisch die Paradoxie des Grundrechtsvoraussetzungsschutzes ein, kann aber inhaltlich so tun, als könne die überkommene Beschreibungsform individueller Freiheit gewahrt bleiben und als gehe es nur um gleichsam äußere Randbedingungen. Man umgeht dadurch die Auseinandersetzung damit, daß sich mit der Berücksichtigung des sozialen Kontext auch das Verständnis

ändert, aus dem heraus man die individuelle Position zu verstehen hat, modifiziert sich zugleich deren Gehalt. So changieren die Implikationen der Verhaltens- oder Betätigungsfreiheit je nachdem, ob man sie als voraussetzungslos angesetzten Ausdruck des eigenen Willens versteht oder ob man sie als Freiheit des Verhaltens in der Orientierung an anderen, an sozialen Situationen oder an Institutionen wie dem Markt konzipiert. Über die Modifikation der gewohnten Schutzgegenstände hinaus wird es möglich, individuelle Positionen und Rechte zu formulieren, die ihrer Struktur nach schon im Ansatz erst aus der Sozialität heraus verstehbar und begründbar sind. Dazu zählen, wie im Rahmen dieser Arbeit noch deutlich werden wird, Rechte des Einzelnen hinsichtlich des Umgangs staatlicher Stellen oder privater Dritter mit den ihn betreffenden Informationen und Daten.

Entwickelt man die individuellen Freiheitspositionen im Mitdenken sozialer Sinnbezüge über die objektivrechtlichen Aussagen der Norm, heißt das zugleich, daß die Prämissen entfallen, die es ermöglichen, die Individualrechtsstellung – auch wenn sie im Hinblick auf den Staat formuliert wird – mit Hilfe des Konstrukts „prinzipiell unbegrenzte Freiheit“ zu umreißen. Man muß berücksichtigen, daß die individuelle Freiheit in der und durch die Gesellschaftlichkeit ermöglicht, aber zugleich immer auch strukturell begrenzt wird. Auf diesem Hintergrund können Grenzen zwar normativ anders konzipiert sein, als sie sich tatsächlich ergäben; sie sind aber als Faktor nicht vollständig auszuklammern. Man kann sich hinsichtlich des Einzelnen auch nicht an vorfindlichen Freiheitschancen orientieren. Denn da man den sozialen Kontext und überindividuelle Ebenen in die Grundrechtsverbürgung einflicht, werden die gegebenen sozialen Grenzen zu Variablen. Sie werden von der Norm erfaßt und damit nicht als faktisch vorgegebenes Norm-Externum, sondern normativ konzipiert. Von daher rückt der Aussagegehalt der Grundrechtsnormen als sachlich spezifizierte – und damit begrenzte – Freiheitsgarantie in den Vordergrund. Der individualschützende Gehalt ergibt sich als ein im Rahmen der objektivrechtlichen Aussagen vermittelter Gehalt. Die *Individualrechtsposition* erscheint als *normativ gewährleistete und über die Norm auch begrenzte Position*. Diese normative Herleitung kann dazu führen, daß tatsächlich gegebene Chancen außerhalb des Geschützten liegen.⁸⁴ Das ändert nichts daran, daß bei der interpretativen Ermittlung des individualschützenden Gehalts des Grundrechts die individuelle Freiheit focussiert und herausgestellt wird. Es sei also vorsorglich nochmals hervorgehoben, daß eine so geführte Normkonkretisierung nicht auf dem Schema Individualfreiheit versus Gemeinschaftsverträglichkeit beruht. Die dogmatische Strukturierung, die eine Stufenfolge der gewährleisteten Individualrechtsposition und der über die Gesetzesvorbehalte ermöglichten Einschränkungen dieser Position zugunsten von Allgemeininteressen vorsieht, bleibt unberührt.

und die Beschreibung individueller Freiheit selbst ändern müssen.

84 So erscheint im Rahmen der Rechtsprechung des BVerfG zur Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk die mit einer gesetzlichen Ausgestaltung einhergehende Beschränkung tatsächlich gegebener Chancen, Rundfunksendungen zu veranstalten, nicht als Eingriff in ein prinzipiell unbegrenzte Freiheit sicherndes Recht, weil die Rundfunkfreiheit ein solches Individualrecht von vornherein nicht hergibt. Das schließt die Existenz von Eingriffen überhaupt nicht aus. Vgl. die Nachweise oben in Erster Teil, Fn 81.

Das Problem einer Grundrechtsinterpretation, die Individualrechtspositionen von einer überindividuellen Perspektive her und aus sozialen Bezügen heraus versteht, liegt demnach nicht darin, daß es im jeweiligen Einsatzfeld keine staatlichen Eingriffe und keine individuellen Abwehrmöglichkeiten zugunsten bestimmter Freiheitschancen mehr geben könnte. Das Problem liegt vielmehr darin, daß die Frage, ob eine staatliche Beeinträchtigung einer rechtlich geschützten Individualposition vorliegt, nicht immer schon durch die dogmatische Ausgangsbasis mitbeantwortet ist. Die prägnante Struktur des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips verliert ihre Selbstverständlichkeit. Der Schutzgehalt eines Grundrechts ist nicht ohne weiteres als strukturell unbegrenztes Individualgut zu fassen. Man muß ihn von der objektivrechtlichen Aussage der Grundrechtsnorm her konkretisieren und sich damit auf einen wertenden und unter Umständen überaus komplizierten Vermittlungsvorgang einlassen, für den dann nicht einmal mehr breiter Konsens erwartet werden kann.⁸⁵ All das führt nicht ohne Umschweife in eine Freiheit des Wohin und Wozu, in eine „aufgegebene“ Freiheit oder in eine an vorgegebenen Zwecken orientierte Inpflichtnahme; Zweck- oder Pflichtkategorien bringen die an dieser Stelle liegenden Problemdimensionen nicht auf den Punkt. Aber in der Tat geht die Zurückhaltung, die das traditionelle Konzept und das Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ auszeichnet, verloren, weil sie nur um den Preis möglich ist, daß die (zwingend bedingte) Selektivität eines Zugriffs auf reales Geschehen durch eine Rigidität der dogmatischen Konzeption selbst erzeugt wird.

Ein neuer Blick auf Individualpositionen ergibt sich zum anderen auch insoweit, als der veränderte Zugang zu den Grundrechten aus sich heraus eine *Ausdehnung individueller Rechte über die Abwehrrechtsstellung hinaus* impliziert. Eine Beschränkung der Individualrechte auf die Eingriffsabwehr ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen. Sie liegt aber nicht gerade nahe. Da man im Ansatz den Gewährleistungsgehalt abstrahiert und die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption dabei aufhebt, verliert der Eingriff die zentrale dogmatische Bedeutung, die ihm das überkommene Grundrechtsverständnis zuweist. Hinzu kommt, daß die Rolle des Staates von der jeweiligen Norm her in unterschiedlichen Funktionen erfaßt werden kann. Rechtliche Regelungen und staatliche Einwirkungen erscheinen von vornherein als etwas, was Freiheitschancen nicht nur begrenzt, sondern auch schafft und erhält. Regelmäßig entwickelt man daher aus der Grundrechtsnorm ein Netz individueller Rechte und Ansprüche, so insbesondere auch Rechte auf finanzielle und sachliche Transferleistungen, auf Teilhabe an vorhandenen staatlichen Einrichtungen, auf Beteiligungs- und Einflußchancen oder auf Schutz.⁸⁶

Im Ergebnis wird also deutlich, daß die abstrakter ansetzende Interpretation der Gewährleistungsgehalte es ermöglicht, die objektivrechtlichen Aussagen mit überindividuellen Sinnbezügen zu erschließen und dabei auf die Prämissen und Implikationen der

85 Dem kann sich ein erweitertes Eingriffsabwenderdenken als „Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion“ nicht entziehen. Die „Mikroperspektive“ ergibt sich nicht unvermittelt und nicht als prinzipiell unbegrenzte Freiheit; sie zu ermitteln ist daher die zentrale Schwierigkeit und nicht die – das Schutzgut voraussetzende – denkbare Einsatzfähigkeit der Kategorien der Eingriffsabwehr und der Schranken, die *Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, S. 463, 465 ff., hervorhebt.

86 Siehe noch näher unten Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V.

traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption durchzugreifen. Nimmt man derartige inhaltliche Änderungen vor, zieht dies grundlegende grundrechtsdogmatische Umstellungen nach sich. Die textlich eingefassten Aussagen der Grundrechtsnorm werden zum zentralen Anknüpfungspunkt. Die Individualrechtspositionen sind über normorientierte Konkretisierungen zu ermitteln. Das ist um so anforderungsreicher, als mit der Lösung von der „klassischen“ Eingriffsabwehr zugleich die Gewißheit der Perspektive, aus der man den Norminhalt zu lesen hat, und damit auch die davon getragene Sicherheit hinsichtlich des Norminhalts selbst entfallen. Die Frage, welcher Gehalt den Grundrechten im Hinblick auf die Freiheit auch und gerade des Individuums zukommt, stellt sich in neuartiger Form, und sie wäre bereits dann nur schwer zu beantworten, wenn es nicht so wäre, daß wegen der relativen Offenheit der Grundrechtsnormen jeweils ganz unterschiedliche „Freiheits“entwürfe möglich sind.⁸⁷

Neue Anforderungen ergeben sich im übrigen unabhängig davon, ob man im Effekt auf einen Einsatz grundrechtlicher Normen auf mehreren Ebenen abzielt oder eine reine Individualschutzkonzeption verfolgt. Bei Mehr-Ebenen-Ansätzen werden grundrechtliche Bindungen auf mehreren Ebenen entfaltet. Grundrechte bieten zum einen Maßgaben auf gesellschaftlicher (oder institutioneller) Ebene. Insoweit ist man teilweise geneigt, diese als nur objektivrechtlich oder – weitergehend – etwa als über die der gerichtlichen Kontrolle unterliegenden Prüfungsmaßstäbe hinausreichende Handlungsvorgaben zu sehen.⁸⁸ Zum anderen sind Grundrechte Individualrechte. Man kann das Normverständnis aber auch dahin entwickeln, daß überindividuelle Ebenen und soziale Zusammenhänge bei der Formulierung individualrechtlicher Positionen mitzudenken sind, ohne daß der Grundrechtsgehalt gleich Bindungen auf überindividuellen Ebenen selbst hergibt. Ein solcher, den Individualschutz hervorhebender Ansatz⁸⁹ führt allerdings nicht zu den Perspektivenvereinfachungen und Entlastungen des „klassischen“ Konzepts zurück. Denn man muß gleichermaßen mit mehreren Ebenen und mehreren Perspektiven operieren. Dieses Erfordernis ergibt sich für die Ermittlung des Inhalts der individualrechtlich geschützten Position aus den obigen Überlegungen heraus ganz unabhängig davon, ob man die Gewährleistungen dann auf mehreren Ebenen oder als reine Individualschutznormen

- 87 Daß trotz der in der Abgrenzung gegen das klassische Eingriffsabwehrkonzept ähnlichen dogmatischen Grundannahmen die jeweiligen inhaltlichen Entwürfe dessen, was die Grundrechte an Vorgaben enthalten, weit auseinandergehen, braucht nicht betont zu werden und soll hier im einzelnen auch nicht interessieren. Siehe bereits Erster Teil, Fn 81, zur Rundfunkfreiheit. Außerdem etwa die Ausführungen bei *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 46 ff.; *Hailbronner*, Freiheit der Forschung, S. 5 ff., bes. 73 ff.; *Hoffmann-Riem*, Grundrechtliche Freiheit, passim; *Hufen*, Freiheit der Kunst, S. 261 ff., 401 ff.; *Rupp*, Unterscheidung, Rn 34 ff., 48 ff.; *Trute*, Forschung, S. 246 ff., bes. 253 ff.; *Willke*, Stand, S. 204 ff. Differenzierend und mit Blick auf die teilweise gegebene Nähe eines „Grundrechtsvoraussetzungsschutzes“ zur Eingriffsabwehr *Kloepfer*, Grundrechte, S. 12 ff. Aus soziologischer Sicht, aber mit Hoffnung auf Anregungen für die Grundrechtsdogmatik *Luhmann*, Grundrechte, passim. Kritisch zur „Lebensbereichstheorie“ gerade wegen der besonderen Schwierigkeiten der dogmatischen Handhabbarkeit *Degen*, Pressefreiheit, bes. S. 162 ff.
- 88 Etwa *Häberle*, „Leistungsrecht“, S. 470; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 175; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 299 ff. Vgl. auch *Grimm*, Grundrechte, S. 68 f. Kritisch *Wahl*, Vorrang, S. 501 f.; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 27.
- 89 Er klingt in der Formulierung einer „prinzipiellen Verstärkung der Geltungskraft“ der Grundrechte an. Siehe als Bsp. BVerfGE 50, 290 (337 f.).

einsetzt.

Die Auswirkungen bleiben nicht auf die Gewährleistungsinhalte beschränkt. Auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, die in einer Reihe grundrechtlicher Normen in vielfältigen Fassungen textlich verankert sind, bekommen – zwingend – eine neue Bedeutung. Sie sind dogmatisch an die Abstraktion der Grundrechtsgehalte anzupassen, indem man sie von ihrer Funktion her versteht.⁹⁰ Anknüpfend an ihre Funktion der Kompetenzverteilung, die sie auch in der traditionellen Interpretation als Eingriffsvorbehalte erfüllen, kann man sie allgemeiner als Kompetenzaussage auffassen. Gesetzesvorbehalte enthalten danach als Kompetenzverteilungsregel die *Zuweisung einer Konkretisierungskompetenz* an die Gesetzgebung. Sie sind nicht allein Eingriffsvorbehalte, sondern – auf einer höheren Abstraktionsstufe⁹¹ – Regelungs- und Ausgestaltungsvorbehalte.⁹² Deren Reichweite, dies um so mehr in der strikten Form des Parlamentsvorbehalts, wird dann allerdings zu einem besonderen Problem. Nicht nur kann die Abgrenzung legislativer Kompetenzen und exekutiver Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen nicht mehr allein auf die Kriterien zurückgreifen, die an die traditionelle Eingriffsabwehrdogmatik angepaßt sind. Vor allem kann es überhaupt keine schlichten und prägnanten Kriterien mehr geben, soweit man mit komplexen Feldern zu tun hat, in denen schon mangels gesetzlicher Regelungsmöglichkeiten auch der Exekutive spezifische und eigenständige Konkretisierungskompetenzen zustehen müssen, die sich im Modell des Gesetzesvollzugs nicht einfangen lassen. So kann es kaum überraschen, daß das Bundesverfassungsgericht sich hier mit der „Wesentlichkeitsformel“ begnügt: Die Gesetzgebung hat in grundlegenden normativen Bereichen alle für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Diese Formel, auf die auch bei der Bestimmung der Delegationskompetenzen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG im Eingriffsabwehrbereich zurückgegriffen wird, ist zunächst auf Bindungen für staatliche Organisationen oder Verfahren bezogen⁹³ und sodann auch auf Ausgestaltungen⁹⁴ oder auf Leistungsrechte⁹⁵ übertragen worden.⁹⁶

90 Das hat insbesondere *Häberle* immer betont, vgl. z.B. „Leistungsrecht“, S. 455 ff., bes. 469 f. mit Fn 79: „Der Gesetzesvorbehalt wird also auf Struktur und Funktion von Leistungsstaat und Grundrechten umgeschrieben. Der klassische Gesetzesvorbehalt als Eingriffsvorbehalt ist nur eine spezielle Form des Gesetzesvorbehalts als Verfahrensvorbehalt.“ Siehe auch *dens.*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 87 f. Außerdem *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes, S. 72 ff., 110 ff.

91 Dies in Anpassung an die Abstraktion der Grundrechtsnormen, vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I.

92 Die Beschreibung einer gesetzlichen Regelung als Eingriff ist bereits durch die Eingriffsabwehrdogmatik bedingt, weil eine gesetzliche Regelung nicht „an sich“ einen Eingriff darstellt. Als Eingriff erscheint sie erst aus einer bestimmten Perspektive und in einer fixierten Konstellation; ein Gesetz als solches ist immer multifunktional. Diese Multifunktionalität taucht in der Eingriffsabwehrdogmatik auch auf, dies aber vor allem auf der „Gegenseite“ im Übermaßverbot.

93 Vgl. BVerfGE 33, 125 (158); 33, 301 (346); 40, 237 (248 ff.); 47, 46 (78 ff.); 58, 257 (268 ff.); 98, 218 (251); 108, 282 (311 f.). Vgl. auch BVerfGE 88, 103 (116).

94 Siehe z.B. BVerfGE 57, 295 (320 ff.).

95 Etwa BVerfGE 80, 124 (132).

96 Vgl. zur „Wesentlichkeitstheorie“, auch mit Kritik *Kloepfer*, Vorbehalt, S. 689 ff.; *Busch*, Verhältnis, S. 41 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, Rn 64 f. Weiterführend mit Blick auf das Paradigma „Gewährleistungsstaat“ *Ladeur/Gostomzyk*, Gesetzesvorbehalt, S. 150 ff. Zu Einschränkungen bei fakti-

IV. Die Vergrundrechtlichung des staats„internen“ Bereichs

Eine weitere – dem eben beschriebenen Strang nicht unbedingt nebengeordnete – Linie einer veränderten Interpretation grundrechtlicher Gehalte, die die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption überwindet, entsteht dadurch, daß aus den („materiellen“) Freiheitsgrundrechten Rechtsbindungen in bezug auf die Binnenstruktur von staatlicher Organisation und staatlichen Verfahren⁹⁷ entwickelt werden. Die inhaltlichen Intentionen und die dogmatischen Anforderungen lassen sich hier am besten anhand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufzeigen. Um die Entwicklung auch in der Beschränkung auf den staatlichen Sektor⁹⁸ noch etwas aufzuschlüsseln, sind einige Differenzierungen vorzunehmen. Bestimmte Konstellationen kennzeichnet es, daß man sie in eine Relation zu einer Sachentscheidung setzen und dann dem Verfahren zuordnen kann; dem staatlichen Vorgehen kommt aber aus sich heraus in unproblematischer Weise Eingriffsqualität zu.⁹⁹ Diese Konstellationen enthalten nichts Neuartiges und brauchen hier nicht näher aufgegriffen zu werden. Zwei Stränge führen dagegen über die gewohnte Eingriffsabwehr hinaus. Einmal werden *Grundrechte als Maßstäbe* eingesetzt, an denen bestimmte, *mit den staatlichen Entscheidungsverfahren verbundene Wirkungen gemessen* werden, die *keinen* „klassischen“ Eingriff darstellen. Besonders markant und deshalb von besonderem Interesse ist zum zweiten, daß man *aus der mit einer sachlichen Abschlußentscheidung berührten Gewährleistung rechtliche Anforderungen für die Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung* herleitet.

Grundrechtsnormen liegen gleichsam quer über den staatlichen Entscheidungsprozessen, die den Einzelnen betreffen, wenn sie unabhängig von einer sachlichen Abschlußentscheidung Determinanten für das staatliche Vorgehen liefern. Daß Art. 1 Abs. 1 GG eine insoweit greifende normative Vorgabe enthält, drängt sich auf. Der Unantastbarkeit der Menschenwürde entnimmt das Bundesverfassungsgericht unter anderem den allge-

schen und mittelbaren Beeinträchtigungen BVerfGE 105, 279 (303 ff.), und dazu *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung, S. 222 f., 229 f. Ob sich diese Linie durchsetzt, muß freilich noch abgewartet werden. Kritisch etwa *Albers*, Doctrinal System, Rn 29 ff. und 38 f.; *Rupp*, Probleme, S. 740 f.

- 97 Zur – teilweise schwierigen – Trennung von Organisation und Verfahren etwa *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V 4 (S. 959 ff.).
- 98 Wenn man den Grundrechten auch außerhalb der Rechte, die einen unmittelbaren Organisations- oder Verfahrensgehalt aufweisen, Wirkungen in bezug auf Organisation und Verfahren zuspricht, wird häufig ein sehr heterogener Komplex zusammengefaßt. Vgl. übergreifend *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V (S. 953 ff.); *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung, S. 1 ff.; *Hesse*, Bestand und Bedeutung, S. 434 ff. Siehe auch – mit der Beschreibung als eine quer zu anderen Schutzfunktionen liegende Dimension – *Jarass*, Bausteine, S. 353. Umfassend mit einem weiten Verfahrensbegriff *Goerlich*, Grundrechte, passim. Grundrechtsdogmatisch ist es sinnvoll, die staatliche Koordination verschiedener grundrechtlich geschützter Belange durch die Einrichtung außerstaatlicher Organisations- und Verfahrensformen auf der einen Seite und die Vergrundrechtlichung von staatlicher Organisation und staatlichen Verfahren auf der anderen Seite zu unterscheiden, auch wenn sich in bestimmten Bereichen fließende Übergänge und Grauzonen gebildet haben.
- 99 Siehe etwa BVerfGE 17, 108 (115 ff.) – Prüfung der Anordnung einer Hirnkammerluftfüllung zur Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Strafverfahren am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG –; 20, 144 (147 ff.) – Prüfung der Dauer der Untersuchungshaft am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und des Art. 104 GG –; 33, 23 (34) – Prüfung der Verpflichtung zur Eidesleistung am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 GG –.

meinen Grundsatz, daß der Einzelne vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen soll, damit er Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen kann.¹⁰⁰ Entsprechende Maßgaben leitet es aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zugunsten von Kindern her.¹⁰¹ Weiter hat es zum Beispiel Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG herangezogen und die Wirkungen, die ein staatliches Verfahren mit sich bringt, der Beurteilung anhand dieses Maßstabs unterstellt. So steht die Grundrechtsnorm der Durchführung eines Strafverfahrens entgegen, wenn der Beschuldigte dadurch in eine konkrete Lebensgefahr gebracht wird oder eine schwerwiegende gesundheitliche Schädigung zu befürchten ist.¹⁰²

Daneben sind Gewährleistungsinterpretationen darauf gerichtet, dem Grundrecht, das durch die sachliche Abschlußentscheidung berührt wird, Rechtsbindungen auch hinsichtlich der Organisation und des Verfahrens der Entscheidungsfindung zu entnehmen. Derartige Rechtswirkungen sind in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl für gerichtliche Entscheidungsprozesse¹⁰³ als auch für Verwaltungsverfahren hergeleitet worden. Aufmerksamkeit geweckt haben in letzterer Hinsicht vor allem Konstellationen, bei denen die Entscheidungsbildung nur vage determiniert ist und allein eine Ergebniskontrolle keine hinreichende Gewähr für die Grundrechtswahrung bieten kann¹⁰⁴, und Konstellationen, bei denen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eines Grundrechts in einem Anerkennungsverfahren durch eine staatliche Entscheidung festgestellt werden¹⁰⁵. Diese Konkretisierungen der Grundrechte heben sich von der überkommenen Perspektive besonders ab. Im Rahmen der „klassischen“ Eingriffsabwehr ist – vor dem Hintergrund der vorausgesetzten Trennung von Gesellschaft und Staat – nur die sachliche Endentscheidung ein potentieller Eingriff und insofern grundrechtsrelevant. Wie die zuständige staatliche Stelle zu dieser Entscheidung gelangt, ist verfassungsrechtlich gegebenenfalls durch klassische Verfahrensrechte und rechtsstaatliche Prinzipien¹⁰⁶, aber

100 Dies neben dem Maßstab des Art. 103 Abs. 1 GG; so BVerfGE 9, 89 (95); zuvor bereits knapp 7, 275 (279); außerdem 55, 1 (5); 57, 250 (275) – jeweils für gerichtliche Verfahren –. Vgl. außerdem aus der Literatur etwa *Held*, Grundrechtsbezug, S. 131 ff.

101 BVerfGE 55, 171 (179 ff.); 79, 51 (66 ff.); 99, 145 (157, 162 ff.).

102 BVerfGE 51, 324 (343 ff.); vgl. auch 57, 250 (284 f.).

103 Siehe BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361 f.); 45, 297 (322, 333 f.); 46, 325 (334 ff.); 49, 220 (225 ff. und weitergehend 235 ff., 240 ff. – Sondervotum –); 51, 150 (156 ff.); 52, 391 (406 ff.); 60, 348 (358); 89, 276 (289 ff.); 97, 169 (179); 99, 185 (198 ff.).

104 Ausführlich dazu insbesondere BVerfGE 53, 30 (75 ff. – Sondervotum –). Vgl. auch zuvor bereits BVerfGE 33, 303 (341) und 41, 251 (265). Außerdem BVerfGE 84, 34 (49 ff.); 84, 59 (72 f.); 90, 60 (94 ff.).

105 So für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. BVerfGE 56, 216 (235 f.); 60, 253 (295): Das Grundrecht sei unter einen Verfahrensvorbehalt gestellt; abl. dazu etwa *Held*, Grundrechtsbezug, S. 166 ff. m.w.N. Zu Art. 16 a GG BVerfGE 94, 166 (199 ff.). Für Art. 4 Abs. 3 i.V.m. 12 a Abs. II GG siehe BVerfGE 28, 243 (259 f., wo noch geprüft wird, ob das Erfordernis einer über ein Verfahren erfolgenden Anerkennung nicht gegen das Grundrecht verstößt); 48, 127 (166 ff.); 69, 1 (24 f.). Für beide Grundrechte zustimmend *Ossenbühl*, Grundrechtsschutz, S. 185: „verfahrensabhängige Grundrechte“; außerdem *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 246 f. Skeptisch dagegen *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/1, § 65 VI 3 (S.614 f.), sowie *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 15 f.

106 Hier hat immer schon eine Aufweichung über die Vergrundrechtlichung des Rechtsstaatsprinzips mit Hilfe des Art. 2 Abs. 1 GG stattgefunden. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.3 mit Fn 181 – 183.

jedenfalls nicht durch die „materiellen“ Freiheitsgrundrechte gebunden.¹⁰⁷ Man kann sich also auf eine sachlich selektive und zeitlich punktuelle Perspektive beschränken. Dieser durch die Prämissen der „klassischen“ Eingriffsabwehr und durch das dogmatische (Gesamt)Konzept festgelegte Zugang zur Norm wird aufgehoben, wenn man die grundrechtlichen Bindungen auf Organisation und Verfahren der staatlichen Entscheidungsfindung erstreckt. Daher soll etwas näher verfolgt werden, welche inhaltlichen Überlegungen und welche dogmatischen Anforderungen mit dieser Entwicklung verbunden sind.

Auf allgemeiner Ebene lassen sich aus den inhaltlichen Erwägungen, aufgrund derer man die Grundrechtsnormen auf Organisation und Verfahren der staatlichen Entscheidungsfindung bezieht, zwei Gesichtspunkte hervorheben. Erstens werden der Prozeßcharakter der Entscheidungsfindung sowie der Einfluß, den Organisation und Verfahren auf die Ergebnisfindung und die Endentscheidung haben, herausgestellt.¹⁰⁸ Zweitens wird die Überlegung eingebracht, daß Entscheidungen, die Grundrechte einer Person betreffen, nicht in einem Verfahren gefunden werden sollen, das die Person selbst nicht als „Subjekt“ einbezieht.¹⁰⁹ Dogmatisch muß man, wenn man Rechtsbindungen aus den Freiheitsgrundrechten herleiten will, darlegen, daß und inwiefern zwischen Freiheitsgewährleistung und staatlicher Organisation bzw. staatlichem Verfahren überhaupt eine rechtlich relevante Beziehung besteht oder herstellbar ist, damit man dann auch begründen kann, welche Vorgaben jeweils herleitbar sind.

Die Grundlagen, aufgrund derer Normauslegungen über die traditionelle Eingriffsabwehr hinaus möglich werden, liefert die abstrakter angelegte Lesart des grundrechtlichen Gehalts. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung dient dies auch als Ausgangspunkt. Im Ansatz argumentiert das Gericht mit der „Ausstrahlungswirkung“, die ebenfalls für Regelungen von Organisation und Verfahren greife, so „daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“¹¹⁰ Eine nähere Beziehung zwischen Freiheitsgewährleistung und staatlicher Organisation bzw. staatlichem Verfahren stellt das Gericht dadurch her, daß es beim „materiellen“ Grundrecht ansetzt und die Regelungen von Organisation und Verfahren darauf

107 Wenn man über das Übermaßverbot Verfahrenspositionen herleiten will, muß man voraussetzen, daß die staatliche Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung überhaupt in die Betrachtung einzubeziehen sind. Im übrigen bestätigt sich insofern, daß dieses Prinzip bereits einen tendenziellen Systembruch enthält.

108 Vgl. aus der Literatur *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 137, Ls. 28; *Grimm*, Verfahrensfehler, S. 866 f.; *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 250 ff., 251: „Verschwimmen der Grenzen zwischen Prozeß und Produkt“. Allgemein *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 160 ff.

109 Zum Beispiel ist die Entscheidung zum schweigenden Prüfungskandidaten nicht bloß im Sinne einer Vorwirkung des beeinträchtigenden Ergebnisses des Nichtbestehens der Prüfung gedacht, sondern vor allem als Verbot, den Kandidaten so zu behandeln, daß er ungewarnt mit einer Überraschungsentscheidung konfrontiert wird. Siehe BVerfGE 52, 380 (390 f.). Siehe auch BVerfGE 45, 297 (335); 53, 30 (77, 80 – Sondervotum –). Vgl. außerdem aus der Literatur *Deminger*, Staatliche Hilfe, Rn 27 ff., und allgemein zu diesem Gedanken *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 161 f.

110 BVerfGE 53, 30 (65) m.w.N.

funktional bezieht: Regelungen (vor allem der Verfahren) dienen dazu, dem „Grundrecht ... zur Geltung zu verhelfen.“¹¹¹ Zur inhaltlichen Präzisierung wird im übrigen teilweise das Rechtsstaatsprinzip herangezogen und zu einem Grundsatz des fairen Verfahrens konkretisiert.¹¹²

Allerdings läßt sich schnell erkennen, daß es zu grundsätzlichen Schwierigkeiten führte, wenn man die normative Argumentation bei einer abstrakten Stütze oder einer unbestimmt belassenen Ausstrahlungswirkung beließe. Denn während die traditionelle Eingriffsabwehr über die dogmatische Konzeption Vorstrukturierungen und eine selektive Perspektive liefert, besitzt man, sobald man den Gehalt der Grundrechte abstrahiert und auf staatliche Entscheidungsprozesse erstrecken will, keine von vornherein feststehenden Bezugspunkte mehr, die angeben, in bezug worauf das Grundrecht überhaupt Maßstäbe enthält. Das fällt bereits dann als Problem auf, wenn es nur um das Erfordernis einer „grundrechtskonformen Auslegung und Handhabung des Verfahrensrechts“, also darum geht, „bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des Verfahrensrechts diejenige zu wählen, die es ... ermöglicht, den Grundrechten Wirksamkeit zu verschaffen“¹¹³. Soll nicht jeder Verstoß gegen einfachrechtliche Verfahrensvorschriften eine Grundrechtsverletzung begründen, muß man präzise herleiten, welche Maßgaben das jeweils einschlägige Grundrecht enthält. Das Bundesverfassungsgericht stellt hier darauf ab, daß nur ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen, die in Erfüllung grundrechtlicher Maßgaben oder zur Sicherung des Grundrechts ergangen sind, zu einer Grundrechtsverletzung führen kann.¹¹⁴ Um die Ermittlung der grundrechtlichen Vorgaben, die zu erfüllen oder die erfüllt worden sind, kommt man damit nicht herum. Dieses Erfordernis stellt sich ohnehin spätestens dann in voller Schärfe, wenn der Schritt von der Verfahrenshandhabung zu Maßstäben für die gesetzliche Verfahrensgestaltung erfolgt. Dieser Schritt liegt bereits in der Annahme einer grundrechtlichen Determination begründet. Mit diesem Schritt wird dann deutlich erkennbar, daß man die Grundrechtsmaßgaben nicht unbestimmt als Ausstrahlungswirkung fassen kann, sondern sachbezogen spezifizieren muß. Denn anderenfalls würde tendenziell die gesamte Strukturierung von Organisation und Verfahren, die durch die gegebenen Regelungen geschaffen wird, aufgelöst.¹¹⁵ In der Idee, Organisation

111 BVerfGE 56, 216 (236). Siehe auch 53, 30 (75 – Sondervotum –).

112 Etwa BVerfGE 49, 220 (225); 60, 253 (295); 70, 297 (308 f.).

113 BVerfGE 49, 220 (235 und 243 – Sondervotum –).

114 Siehe BVerfGE 53, 30 (65 f.): „Eine solche Verletzung kommt aber dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer acht läßt, die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat.“ Ähnlich BVerfGE 56, 216 (242): „Zwar ist nicht jedem Fehler bei der Auslegung und der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über das Asylverfahren eine verfassungsrechtliche Bedeutung beizumessen; verfassungsrechtlich relevant sind jedoch Verstöße gegen solche Regelungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers den Bestand des Asylrechts grundlegend sichern.“

115 Siehe zum Gerichtsverfahren den konsequenten Gedanken in BVerfGE 60, 253 (297), ob die Wirkung der Grundrechte auf das Verfahren es gebiete, „die allgemeinen gerichtlichen Verfahrensordnungen nach Maßgabe der jeweils in Rede stehenden subjektiven Rechte (einschließlich der Grundrechte) in ein aktionenrechtliches Verfahrensgewebe aufzulösen.“ Dazu auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. IV, Rn 23; *dens.*, *Verwaltungsverfahren*, Rn 19. Vgl. dann auch BVerfGE 101, 106 (122): Aus den materiellen Grundrechten ergäben sich Anforderungen an das gerichtliche Verfahren nur dann, wenn es um besondere oder zusätzliche Maßgaben gehe, die gerade im Interesse

und Verfahren Einfluß auf die Entscheidungsfindung zuzusprechen, liegt bereits begründet, daß es grundsätzlich kaum Komponenten gibt, denen jede Relevanz abgesprochen werden kann.¹¹⁶ Das gilt vom Personaleinsatz über die Qualifikation des Personals über die Informationsermittlung und -auswertung bis hin zur Organisationsstruktur und zeitlichen Abfolge des Verfahrens. Schon insofern ergeben sich so viele verschiedene Gestaltungs- und Ablaufmöglichkeiten, daß sich kaum eine Konstellation denken läßt, für die in bestimmten Hinsichten nicht eine grundrechtsadäquatere Abarbeitung gefunden werden könnte. Berücksichtigt man dann noch Wechselwirkungen der Faktoren untereinander, entsteht eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten. Man hätte es mit einer weitgehend kontingenten Lage zu tun. Von daher überrascht es nicht, daß das Vorgehen des Gerichts, sobald die gesetzlichen Regelungen selbst grundrechtlichen Anforderungen unterstellt werden, durch das Bemühen um eine strukturierte Ausgangsbasis gekennzeichnet ist. Der Situation der Kontingenz und einer tendenziellen Durchdetermination der staatlichen Organisation und Verfahren sucht es mit Verweisen auf die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung zu entgehen. Grundsätzlich haben sich „... konkrete Folgerungen für die Verfahrensgestaltung ... tunlichst im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens zu halten“.¹¹⁷ Im übrigen genüge eine Verfahrensregelung, „die geeignet ist, dem Grundrecht ... zur Geltung zu verhelfen“, oder es sollen aus den Grundrechten nur „elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensorderungen“ abzuleiten sein.¹¹⁸ Sowohl die Eignung als auch ein unerlässliches Minimum verweisen allerdings auf inhaltliche Maßgaben zurück, weil es sich um modale Kriterien handelt, die davon abhängen, welcher Gehalt ihnen vorgegeben wird.¹¹⁹ Im näheren hebt das Gericht schließlich auch wieder hervor, daß die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit „ihre Grenze in der speziellen Grundrechtsnorm“¹²⁰ finden soll. Die präzisere Konkretisierung des Grundrechtsgehalts und die Beantwortung der Frage, welchen Inhalt und welchen Umfang organisations- und verfahrensbezogene Individualrechte haben, lassen sich also nicht umgehen.

Gibt eine abstrakte Argumentation über die „Ausstrahlungswirkung“ oder über den

einer bestimmten Freiheitsgarantie erforderlich seien.

- 116 Vgl. dazu sowie zu den vermittelt zu konzipierenden Einflußbeziehungen des Organisationsrechts und weiterer organisatorischer Rahmenbedingungen auf die Anwendung des materiellen Rechts *Trute, Funktionen*, S. 258 f.
- 117 BVerfGE 70, 297 (309) – zu Art. 2 Abs. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip bei einer gerichtlichen Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Psychiatrie; zuvor bereits zum Strafprozeß BVerfGE 57, 250 (276). Nachfolgend BVerfGE 86, 288 (317 ff.).
- 118 BVerfGE 56, 216 (236) und 60, 253 (295). Außerdem 73, 280 (296), die Verwirklichung der Grundrechte fordere eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung; das Verfahren (der Vergabe von Notarstellen) müsse gewährleisten, „daß tatsächlich von *allen* potentiellen Bewerbern derjenige gefunden wird, der am ehesten den gesetzten Anforderungen entspricht.“ (Hervorh.i.Orig.).
- 119 Deutlich etwa in BVerfGE 60, 253 (295), wo der Hervorhebung, daß sich aus den materiellen Grundrechten nur elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensorderungen ableiten ließen, sogleich die Ausführung folgt: „In diesem Sinne indes müssen sich jedenfalls verfahrensrechtliche Regelungen, die im Ergebnis zu einer Versagung der Anerkennung trotz politischer Verfolgung führen können, auch an Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG messen lassen.“ Damit ist man an den Ausgangspunkt eines Kreises zurückgelangt.
- 120 BVerfGE 56, 216 (236).

funktionalen Bezug des Verfahrens auf das „materielle“ Grundrecht zu wenig her, lohnt es sich, die verfassungsgerichtlichen Begründungen unter der Frage näher zu betrachten, warum welche Individualrechtsposition aus dem jeweils von der Abschlußentscheidung berührten Grundrecht hergeleitet wird. Die konkrete Argumentation läßt sich gut anhand einer Entscheidung nachvollziehen, in der das Bundesverfassungsgericht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG herleitet, daß in einem gerichtlichen Zwangsversteigerungsverfahren die Entscheidung über den Zuschlag nicht im Versteigerungstermin, sondern in einem gesonderten späteren Verkündungstermin zu treffen ist, falls zwischen Grundstückswert und Meistgebot ein krasses Mißverhältnis besteht und der Schuldner im Versteigerungstermin nicht anwesend ist.¹²¹ Hinsichtlich der verfahrensabschließenden Entscheidung legt das Gericht zugrunde, daß die Zwangsversteigerung einen schwerwiegenden Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum des Schuldners darstellt. Diesem müsse zumindest die Möglichkeit erhalten bleiben, gegenüber einer unverhältnismäßigen Verschleuderung seines Grundvermögens um Rechtsschutz nachzusuchen. Zum Verfahren führt es dann aus:

„Ob zwischen Grundstückswert und Meistgebot ein krasses Mißverhältnis besteht, wird erst in dem Augenblick erkennbar, in dem das Gericht gemäß § 73 ZVG das letzte Gebot und den Schluß der Versteigerung verkündet. Frühestens zu diesem Zeitpunkt kann der Schuldner also durch einen Antrag auf Vollstreckungsschutz geltend machen, sein Grundstück werde weit unter Wert verschleudert. Andererseits endet diese Möglichkeit, sobald der Zuschlagsbeschluß verkündet ist. ... Die Befugnis, im Wege des Vollstreckungsschutzes einer Vermögensverschleuderung entgegenzutreten, kann sonach nur in der Zwischenspanne zwischen Abgabe des letzten Gebots und Erteilung des Zuschlags ausgeübt werden. Ist der Schuldner im Versteigerungstermin nicht anwesend oder vertreten, bleibt ihm diese Befugnis nur dann erhalten, wenn das Vollstreckungsgericht den Beschluß über den Zuschlag auf einen späteren Termin verschiebt.“¹²²

Das Gericht arbeitet also heraus, daß in einer bestimmten Phase des Verfahrens Wirkungen absehbar werden, die einen rigiden Eingriff in das mit der Abschlußentscheidung betroffene Grundrecht bedeuteten. Da es dem Grundrechtsträger grundsätzlich zusteht, diesen Eingriff als übermäßig abzuwenden, muß sich – so die verfassungsgerichtliche Argumentation – aus dem Grundrecht auch ergeben, daß der Rechtsträger ein angemessenes Beteiligungs- und Einflußrecht an der Stelle des Verfahrens besitzt, an der die Wirkungen erkennbar werden und noch zu vermeiden sind. Es handelt sich demnach nicht um eine abstrakt entwickelbare Position. Faßt man die Argumentation allgemeiner, sollen bestimmte besondere Wirkungen, die für das mit der Endentscheidung betroffene Rechtsgut absehbar werden, durch Rechte des Betroffenen an genau dem Punkt des Verfahrens gesteuert werden, an dem die Wirkungen abzusehen und (noch) zu beeinflussen sind. Die zum Ausdruck kommende Konnexität zwischen dem von der Abschlußentscheidung betroffenen Rechtsgut und der hergeleiteten Verfahrensrechtsstellung erklärt, warum das jeweils eingebundene Freiheitsrecht – und nicht Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG oder das Rechtsstaatsprinzip – die einschlägige Norm sein muß. Der vom Bundesverfassungsgericht gewählte Argumentationszusammenhang, der den Verlauf des

121 BVerfGE 46, 325.

122 BVerfGE 46, 325 (335 f.).

Verfahrens und die in einzelnen Abschnitten entstehenden Wirkungen im Hinblick auf das mit der Abschlußentscheidung betroffene Grundrecht aufschlüsselt, zeigt somit plausibel und konkret auf, warum sich aus dem jeweils involvierten Einzelgrundrecht welche Individualrechtsposition an welcher Stelle des Verfahrens ergibt.

In diesem Sinne lassen sich Rechtsbindungen und Individualrechte, die ein (auch) durch die Abschlußentscheidung berührtes Grundrecht hinsichtlich Organisation und Verfahren der Entscheidungsfindung hergibt, weder als isoliert herleitbare Positionen noch über eine unbestimmt belassene „Ausstrahlungswirkung“ der Freiheitsgrundrechte verstehen. Sie müssen *mittels eines Argumentationszusammenhanges* begründet werden, der eine *Beziehung* zwischen dem *Ablauf des Entscheidungsverfahrens*, insbesondere den hier entstehenden Wirkungen und Bindungen, der *Endentscheidung* und dem *Grundrecht, das mit der Entscheidungsfindung beeinträchtigt* wird, herstellt. Dadurch kann auch eine Koordination der rechtlichen Bindungen hinsichtlich des Entscheidungsprozesses einerseits und hinsichtlich der Sachentscheidung andererseits geleistet werden.¹²³ Welches verfahrensbezogene Individualrecht sich dem Einzelgrundrecht – und gerade dem Einzelgrundrecht – entnehmen läßt, ist infolgedessen nur auf einer *relativ sachnahen Stufe* bestimmbar und nicht abstrakt von vornherein festgelegt.¹²⁴ So sind in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen die Einrichtung und Durchführung eines Verfahrens überhaupt¹²⁵, die Unterrichtung und Information Betroffener¹²⁶, die Beteiligung und die angemessene Möglichkeit von Stellungnahmen¹²⁷, die Verteilung von Darlegungs- und Beweislasten¹²⁸ und auch die Entscheidung durch die zuständige Behörde, wenn deren Zuständigkeit in besonderem Zusammenhang mit dem Grundrecht steht¹²⁹, als grundrechtsrelevante Komponenten herausgearbeitet worden.¹³⁰ Dabei handelt es sich aber weder um abschließend aufgelistete Gesichtspunkte noch gewinnt jede dieser Komponenten in jedem Verfahren gleichermaßen Grundrechtsrelevanz.

Will man aus den Grundrechtsnormen organisations- und verfahrensbezogene Maßgaben und Individualrechte entwickeln, werden somit *eigenständige inhaltliche Begründungen* und ein *dogmatisch umgeformter Zugang* erforderlich. Ausgehend von der je-

- 123 Da das gestufte Verhältnis zwischen sachlicher Endentscheidung und Verfahren bei der Grundrechtsrelevanz des Verfahrens erhalten bleibt, bleibt die Frage bedeutsam, welche Reaktion sich an Verstöße gegen grundrechtsrelevante Verfahrenspositionen knüpfen muß oder knüpfen darf. Dazu ausführlich *Lübbe-Wolff*, Stufen des Grundrechtsschutzes, passim; *Held*, Grundrechtsbezug, S. 193 ff.
- 124 Zur Notwendigkeit einer sachnahen und bereichsspezifischen Sicht siehe auch *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 171 ff. Außerdem, dies vorrangig zur (einfach)gesetzlichen Ebene, *Schmidt-Aßmann*, Verfahrungsgedanke, S. 30 f.
- 125 BVerfGE 53, 30 (78 – Sondervotum –); 60, 253 (295 f.); 73, 280 (296); 77, 170 (229).
- 126 BVerfGE 52, 380 (389 ff.); 73, 280 (296). Vgl. auch 49, 220 (227).
- 127 BVerfGE 53, 30 (66, 79 ff. – Sondervotum –); 77, 170 (229 f.); 99, 145 (162 ff.).
- 128 BVerfGE 89, 276 (289 ff.); 97, 169 (179); 99, 185 (198 ff.).
- 129 BVerfGE 56, 216 (242, 238) vor dem Hintergrund, daß es einer „zentralen Behörde mit sachverständigem Personal ... am ehesten möglich (ist), Behauptungen der Asylsuchenden über Vorgänge und Verhältnisse im Ausland zu überprüfen und aufzuklären.“
- 130 Siehe auch die – unterschiedlich weitreichenden – Überlegungen bei *Blümel*, Grundrechtsschutz, S. 36 ff.; *Hufen*, Heilung, S. 2162 f.; *Laubinger*, Grundrechtsschutz, S. 74 ff.; *Grimm*, Verfahrensfehler, S. 869 f.; *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 26 ff.

weils einschlägigen Gewährleistung benötigt man eine normkonkretisierende Argumentation – oder genauer: einen regelmäßig mehrschrittigen Argumentationszusammenhang –, über die man von der Freiheitsgewährleistung her einen Bezug zu den Prozessen staatlicher Entscheidungsfindung herstellt. Der Grundrechtsgehalt ist – dies hier allerdings über eine die Bezugspunkte und Rechtsbindungen immer schon präzisierende Konkretisierung – so zu erstrecken, daß er quer über den Entscheidungsprozessen liegt.¹³¹ Dann lassen sich Rechte des Einzelnen entfalten und spezifizieren, die *im* jeweiligen Entscheidungsprozeß bestehen. Mit der konkretisierenden Argumentation wird dementsprechend begründet, daß die Gewährleistung „unmittelbare“ Rechtsbindungen für die staatliche Organisation sowie das staatliche Verfahren enthält und genuin organisations- und verfahrensbezogene Individualrechte vermitteln kann.¹³² Die individuelle Position läßt sich dann nur als normativ bestimmte und begrenzte Position denken. Das gilt um so mehr, als Organisation und Verfahren – anders als eine punktualisierbare Endentscheidung – regelmäßig nicht mehr allein das Individuum betreffen, sondern nur in mehrdimensionaler Perspektive faßbar sind. Von daher erschließt sich auch, daß man der Gesetzgebung eine Ausgestaltungskompetenz zuschreibt, aufgrund derer die individuelle Verfahrensrechtsstellung wegen der Rechte anderer und wegen sonstiger Belange von vornherein begrenzt sein kann.¹³³ Mit all dem zeigt sich auch hinsichtlich der Entwicklung grundrechtlicher Bindungen für die staatliche Organisation und die Verfahren der Entscheidungsfindung, daß die inhaltliche Erweiterung des Normgehalts neue dogmatische Anforderungen mit sich bringt und mit grundlegenden dogmatischen Umstellungen einhergeht.

V. Die Konkretisierung individueller Leistungsrechte

Nach den bisherigen Ausführungen können die Inhalte der Grundrechtsgewährleistungen aufgrund der Abstraktion des Normgehalts vielfältiger angelegt werden, indem man die objektivrechtlichen Aussagen mit Sinnbezügen anreichert, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausweisen. Es handelt sich bei den erörterten Linien nicht schlicht um

- 131 Vgl. auch bereits oben im Text dieses Punktes zur zweiten Konstellation der zu differenzierenden Fallgruppen.
- 132 Vgl. dazu auch *Hufen*, Heilung, S. 2164: Grundrechte wirkten „als funktionale und gleichwohl auf den Schutz des einzelnen bezogene Garantien in die Entscheidungs- und Wirkungsprozesse des politisch-administrativen Systems hinein“; sie lägen „dem staatlichen Verfahren nicht voraus und gewissermaßen gegenüber“, sondern gäßen „innerhalb des Verfahrens“. Daher vermitteln sie dem Grundrechtsinhaber im Verfahren „originäre Grundrechtspositionen“. *Hufen* hebt zugleich den Sinn der Anknüpfung bei den Grundrechten – statt bei Art. 19 IV oder Art. 103 GG – hervor.
- 133 Siehe etwa BVerfGE 60, 253 (295 f.): Die Verwirklichung des Asylrechts sei nicht der alleinige Zweck des Asylverfahrens; neben der Abwehr unberechtigter Asylbegehren diene es auch bei begründeten Ansprüchen der Rechtssicherheit. Im Ergebnis wird die Zurechnung des Verschuldens eines Bevollmächtigten als verfassungsmäßig anerkannt. Außerdem BVerfGE 77, 170 (229 f.): Der Gestaltungsspielraum ermögliche es dem Gesetzgeber, widerstreitende öffentliche und private Belange und Interessen (hier die Geheimhaltung militärisch bedeutsamer Tatsachen) in Rechnung zu stellen. Vgl. zur gesetzgeberischen Konkretisierungskompetenz außerdem etwa v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 ff.; *Krebs*, Kompensation, S. 115 f.; *Pietzcker*, Verwaltungsverfahren, S. 207 ff., bes. 209.

eindimensionale Ergänzungen, sondern um die Einführung verschiedener Ebenen und neuer Perspektiven in das Normverständnis. Daß der Individualschutz davon nicht unberührt bleiben kann, ist bereits angeführt worden. Die Individualrechtsebene soll im weiteren unter dem Leitfaden der Kategorien Leistung und Eingriff noch näher aufgegriffen werden. Das ist auch vor dem Hintergrund von Interesse, daß man an der Differenz von Leistung und Eingriff regelmäßig unterschiedliche dogmatische Vorgehensweisen festmacht. Die bisherigen Überlegungen lassen allerdings vermuten, daß die recht schroffe Differenzierung, die mit diesen Kategorien zum Teil verbunden wird, nicht gerechtfertigt ist.

Mit der Abstraktion des Grundrechtsgehalts werden neben der Verpflichtung, Eingriffe zu unterlassen, Verpflichtungen und Individualrechte begründbar, die sich auf eine *staatliche Leistung* im weiteren Sinne¹³⁴ richten. Der jeweilige Inhalt ist vielfältig. Er kann sich etwa als grundrechtsunmittelbares oder derivatives Leistungsrecht im engeren Sinne auf finanzielle Unterstützung oder einen Güter-Transfer beziehen. Er kann die Einrichtung und Ausgestaltung organisatorischer Strukturen oder von Verfahren betreffen. Er kann auf die staatliche Gewährleistung von Schutz bei Beeinträchtigungen durch Dritte gerichtet sein.¹³⁵ Daß bei dieser – uneinheitlich verwendeten – Terminologie Überschneidungen erkennbar sind, liegt daran, daß man mit den abstrahierten objektivrechtlichen Normaussagen ansetzt und bei deren Konkretisierung verschiedene Perspektiven und Bezugspunkte focussieren kann, die sich verflechten.

Vergleicht man die Begründbarkeit von Leistungsrechten mit der „klassischen“ Eingriffsabwehr, läßt sich eine Differenz der dogmatischen Herangehensweisen und Anforderungen deutlich herausarbeiten.¹³⁶ Im traditionellen Konzept der Eingriffsabwehr operiert man mit einer unbestimmt belassenen Freiheitssphäre und diese umrahmenden Freiheitsrechten, die diese Sphäre gegen staatliche Eingriffe schützen. Der Eingriff liegt dem Abwehranspruch prinzipiell voraus; er wird in einer bestimmten Form staatsseitig konkretisiert. Der Schwerpunkt liegt nicht auf dem Gewährleistungsinhalt, sondern auf dem – präzise zu fassenden – Eingriff, der als solcher eine abwehrfähige bzw. rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung darstellt. Der Anspruch auf Unterlassen ist begründet, wenn der Eingriff den – ursprünglich grundsätzlich rechtsstaatlich-, „formalen“¹³⁷ – verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht standhält, und hat dann im Unterlassen genau dieses Eingriffs sein definites verfassungsmäßiges Gegenteil. Ein Anspruch auf posi-

134 Zur Terminologie *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 65 IV 3 (S. 569 ff.), § 67 II 1 (S. 697 ff.).

135 Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung etwa: BVerfGE 33, 303 (330 ff.) – zu Teilhaberechten aus Art. 12 Abs. 1 GG –; 35, 79 (114 ff.); 85, 360 (382, 384); 95, 193 (209 ff.) – zu Teilhabeberechtigungen aus Art. 5 Abs. 3 GG; 75, 40 (61 ff.); 90, 107 (114 ff.) – zur Privatschulförderung –; 80, 124 (133 ff.) – zu den Bindungen bei staatlichen Maßnahmen zur Förderung der Presse –. Zu staatlichen Schutzpflichten vgl.: 39, 1 (36 ff.); 46, 160 (164 f.); 49, 89 (141 ff.); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (68 ff.); 57, 70 (99); 57, 250 (284 f.); 76, 1 (49 ff.); 77, 170 (229 f., 235 ff. – Sondervotum –); 77, 381 (402 ff.); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (254 ff.); 84, 133 (146 f.); 85, 191 (212 f.); 87, 363 (386); 88, 203 (251 ff.); 92, 26 (46 f.); 93, 1 (16); 96, (63 ff.); 103, 89 (100 ff.); 105, 331 (346 ff.). Ein umfassender Überblick findet sich bei *Szcekalla*, Schutzpflichten, S. 92 ff.

136 Vgl. zum folgenden auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 40 ff.

137 Siehe oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., mit Fn 23, daß das Übermaßverbot mit dem Ausbau des Verhältnismäßigkeits-Elements bereits eine gewisse Umorientierung erzwingt.

tive Leistung macht demgegenüber etwas geltend, was vom Staat zukünftig noch zu erbringen sein soll. Er wird zunächst lediglich durch das klägerische Begehren konkretisiert. Ob dieses Begehren grundrechtlich begründet ist, kann nur aus der Grundrechtsnorm ermittelt werden. Dies wird aber erschwert durch die regelmäßig schon textlich konstaterbare und mit der auf eine abstrakte Ebene geführten Interpretation der Gewährleistungen – ihrerseits Bedingung der Möglichkeit neuartiger Individualrechte – noch forcierte Unbestimmtheit und Prinzipienhaltigkeit der Norm. Man steht damit vor einem Problem, das im „klassischen“ Eingriffsabwehrdenken durch das dogmatische Konzept abgemildert wird, das das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip trägt.

Die Unsicherheiten lassen sich an drei Aspekten festmachen.¹³⁸ Der erste Punkt betrifft den grundsätzlichen *Inhalt* eines individuellen Leistungsrechts, wobei immer noch die Bestimmbarkeit auf unterschiedlichen Abstraktionsstufen hinzukommt (Recht auf Beteiligung – Recht auf Mitsprache in einem ganz bestimmten Gremium). Der zweite Punkt betrifft den *Umfang* einer im grundsätzlichen Inhalt anerkannten Position. Der dritte Punkt betrifft die *Maßnahmen*, die die Erfüllung einer Leistung bewirken. Die Aspekte sind ersichtlich interdependent. Für Grundrechtsnormen sind sie trotzdem gerade deshalb zu unterscheiden, weil sie wegen deren Offenheit nicht zusammenzufallen brauchen.

Es erscheint wie das Bemühen um eine dogmatische Parallelisierung des leistungrechtlichen Bereichs zum im Abwehrbereich eingesetzten Konstrukt der „prinzipiell unbegrenzten Freiheit“, wenn man die Unsicherheiten mit generalisierenden „formalen“ Strategien anzugehen versucht. Zum einen wird die Ansicht vertreten, Grundrechte gewährleisten in leistungrechtlicher Hinsicht lediglich einen „Minimalstandard“. Zum anderen wird eine Konzeption der Optimierung verfolgt.

Die Begrenzung des grundrechtlichen Individualschutzes auf eine *Position des Minimalstandards*¹³⁹ scheint auf den ersten Blick schon deshalb wenig weiterzuhelfen, weil eine „Mindestposition“ auf das Grundrecht zurückverweist und insofern bereits davon abhängt, welcher Gehalt diesem zukommt. Das grundrechtlich geforderte Minimum wird allerdings im näheren mit unterschiedlichen Begründungen auf einen scheinbar bestimmten Inhalt spezifiziert. Zum einen stellt man auf die Überlegung ab, daß der abwehrrechtliche Gehalt als Bewehranspruch gegen ein bestimmtes staatliches Verhalten, nämlich einen erfolgten oder beabsichtigten Eingriffsakt, gerichtet ist und daher im Unterlassen dieses Aktes ein definites verfassungsmäßiges Gegenteil besitzt, wohingegen es zur Erfüllung einer Leistungs- oder Schutzpflicht eine indefinite Vielfalt verfassungsmäßiger Alternativen gibt. Deshalb soll ein Leistungs- oder Schutzanspruch nur im Falle einer Verengung der Handlungsmöglichkeiten zu (Mindest)Maßnahmen bestehen. Zum ande-

138 Vgl. auch insgesamt Böckenförde, Die sozialen Grundrechte, S. 10 ff. Siehe bes. S. 13: „Die einzelnen Freiheitsgrundrechte, verstanden als soziale Leistungsansprüche, enthalten in sich kein Maß für den Umfang ihrer Gewährleistung.“

139 Vgl. etwa Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 94, und im weiteren mit zahlreichen Beispielen unterschiedlicher Art, etwa dem Minimalstandard des Anspruchs auf soziale Hilfeleistung, S. 95 ff., positiver Schutzansprüche (hier: polizeiliches Einschreiten), S. 103 ff., grundrechtlicher Genehmigungabwehransprüche, S. 108 ff., oder des Anspruchs auf institutionelle Sicherung grundrechtlicher Freiheit, S. 117 ff. Übergreifend auch Grimm, Rückkehr, S. 238 ff. Zu Verfahrensrechten ders., Verfahrensfehler, S. 867, 869 f.; Dolde, Grundrechtsschutz, S. 70.

ren wird ein Anspruch (nur) im Bereich eines „Untermaßverbots“¹⁴⁰ angenommen. Die beiden unterschiedlichen Erwägungen verweisen schon auf das fundamentale Problem, das im Begriff der Mindestposition vorschnell überspielt werden könnte. Der Begriff symbolisiert, daß sich unter der Prämisse eines Minimalstandards konkrete staatliche Pflichten herauskristallisieren, die sich dann individualrechtlich erfassen und durchsetzen lassen. Tatsächlich ist das nicht unbedingt, vielleicht sogar regelmäßig nicht der Fall. Je kleiner der geforderte Schutzzumfang, desto größer können die Handlungsmöglichkeiten sein, um dieses Maß an Schutz zu realisieren, und umgekehrt verdichten sich Mindestmaßnahmen um so eher, je größer der Schutzzumfang angesetzt wird. Deshalb fällt etwa im Falle der Verbürgung von Schutz gegen Beeinträchtigungen Dritter eine Verengung zu ganz bestimmten Handlungspflichten nicht ohne weiteres mit einem Minimalinhalt und -umfang des Individualanspruchs zusammen. Stellt man dagegen auf einen Minimalinhalt und -umfang der Individualrechtsposition ab, ist gerade nicht gesichert, daß sich zugleich ganz bestimmte Handlungspflichten und Maßnahmen formulieren lassen. Auch stößt die Ansicht, daß Judikative und Exekutive einen Anspruch im Bereich eines „Untermaßverbots“ eigenständig umsetzen können¹⁴¹, zumindest dann auf Grenzen, wenn dessen Durchsetzung mit einer Beeinträchtigung der Rechte Dritter verbunden ist.¹⁴² Mit der Annahme einer bloßen „Mindestposition“ gewinnt man also kein Konzept, das aus dem Ansatz heraus eine inhaltliche Spezifizierung im erwünschten Sinne leisten könnte. Insoweit entfällt dann aber die Begründung, die die generalisierende Reduktion grundrechtlicher Verbürgungen auf einen Minimalstandard tragen soll. Man bleibt auf die Norm angewiesen, um zu ermitteln, welche Rechtsbindungen sich präzisieren lassen; ob diese Bindungen auf ein Minimum im inhaltlichen Sinne hinauslaufen oder nicht, ergibt sich aus der Norm und nicht als Prinzip.

Eine umgekehrte Strategie, nämlich die der Ausdehnung grundrechtlicher Verbürgungen in Richtung einer *Optimierung*, wird insbesondere für den Schutz bei Beeinträchtigungen Dritter vertreten. Grundrechtsgeboten sei umfassender, effektiver oder optimaler Schutz. Begründet wird dies damit, daß sich Schutzansprüche auf die Bewahrung (statt auf die Herstellung) eines Rechtsbestandes vor Minderung durch das Verhalten Dritter bezögen und insofern der Eingriffsabwehr ähnelten.¹⁴³ Auf die Wahrung des Grund-

140 *Canaris*, Grundrechte, S. 228, 245; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 208 ff., 219 ff.; *Ruffert*, Vorrang, S. 215 ff. Ähnlich auch *Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 94. Mit dem – veränderten – Bezugspunkt der Verpflichtung zu „wirksamem“ Schutz wird das Untermaßverbot etwa bei *H.H. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 495, eingesetzt. In diesem Sinne findet es sich auch in BVerfGE 88, 203 (254). Jeweils kritisch zum Topos des „Untermaßverbots“ *Hain*, Gesetzgeber, S. 983 f., und *Dietlein*, Untermaßverbot, S. 132 ff.; *Unruh*, Dogmatik, S. 83 ff.; *Gellermann*, Grundrechte, S. 342 ff.

141 So *Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 97 (zum Existenzminimum): „Falls der Gesetzgeber keine hinreichenden Anspruchsregelungen trifft oder ein solches Gesetzesdefizit zumindest möglich erscheint, müssen die Gerichte ... über den grundrechtlichen Minimalstandard entscheiden.“ Ähnlich *Grimm*, Rückkehr, S. 239. Für Verfahrensbeteiligungen *ders.*, Verfahrensfehler, S. 867 f., 869; *Dolde*, Grundrechtsschutz, S. 70. Vgl. auch einschränkend und mit Überlegungen zur richterrechtlichen Rechtsschöpfung *Wahl*, Abhängigkeit, S. 647 ff.

142 Das wird unter dem Stichwort „Schutzpflicht als Eingriffstitel“ behandelt. Vgl. *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, S. 553 ff.; *Preu*, Freiheitsgefährdung, S. 266 ff.; *Dietlein*, Lehre, S. 67 ff., 109 f.

143 Etwa *Isensee*, Sicherheit, S. 22; *ders.*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 89, 93 ff. und zum Optimie-

rechts, dies durch positive staatliche Vorkehrungen, sind Leistungsrechte allerdings, sofern sie überhaupt grundrechtlich begründet werden können, sämtlich bezogen.¹⁴⁴ Gemeint ist bei einer Differenzierung von Schutzansprüchen und sonstigen Leistungsrechten auch nicht der Bezug auf das Grundrecht, sondern ein Bezug auf einen vorhandenen (Freiheits)Bestand, der grundrechtlich geschützt sein soll. Der Bezug auf einen vorhandenen Bestand entsteht im „klassischen“ Abwehrkonzept allerdings gerade *nicht* über den grundrechtlichen Schutzgegenstand selbst, sondern über die dogmatische Gesamtkonzeption und über den staatlichen Eingriff, der eine punktuelle Perspektive fixiert. In der fortlaufenden gesellschaftlichen Realität existieren Freiheitschancen und selbst Schutzgegenstände wie die körperliche Unversehrtheit demgegenüber nicht als fester, gleichsam aufsummierbarer Bestand.¹⁴⁵ Es wäre ein möglicherweise durch die Dogmatik der Abwehr staatlicher Eingriffe erzeugter Irrtum, wenn man meinte, Grundrechte schützten faktisch je Vorhandenes als Rechtsbestand. Wäre dies so, wäre die „Dreiecks-konstellation“, mit der man Schutzverbürgungen Eingriffsabwehrrechten nahezubringen versucht, beliebig zu erzeugen. Tatsächlich steht bei Schutzbegehren erstens nicht fest, welche und wie weitgehend Entfaltungschancen gegen Minderungen zu schützen sind, und zweitens steht nicht fest, was als „Eingriff“ Dritter bezeichnet, wann also überhaupt bei einer Minderung vormals gegebener Chancen durch ein Verhalten Dritter staatlicher Schutz beansprucht werden kann. Das wird sofort erkennbar an der Überlegung, ob die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Schutzansprüche gegen Beeinträchtigungen Dritter gewährt¹⁴⁶. Die Dreieckskonstellation ist daher in ihrer Begrenztheit keine quasi-ontische Gegebenheit, sondern eine – unter Umständen gar nicht passende¹⁴⁷ – Konstruktion, die voraussetzt, daß man schon eine Rechtsbeziehung zwischen Betroffenen, Staat und Drittem begründet hat und „zwischen bestimmten Geschehnissen und bestimmten Rechtssubjekten eine rechtliche Beziehung“¹⁴⁸ geschaffen ist. Die Frage, was auf welche Weise aufgrund der grundrechtlichen Verbürgung zu schützen ist, also die Ermittlung von Inhalt, Umfang und etwaigen staatlichen Verhaltenspflichten, stellt sich deshalb – ohne daß Eigenheiten je nach Art des Anspruchs negiert werden sol-

rungsgebot Rn 138, vgl. aber auch Rn 162 und 165, dann zur Subjektivierung: Rn 183 ff. Vgl. außerdem *Hermes*, Grundrecht, S. 118 ff.; *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1639. Diese Sicht ist nicht zu wechseln mit dem Ansatz, der Beeinträchtigungen Dritter als einen dem Staat zuzurechnenden Eingriff erfassen will, vgl. bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I. mit Fn 45.

144 Vgl. etwa BVerfGE 35, 79 (115 f.) – zu Teilhabeberechtigungen aus Art. 5 Abs. 3 GG – oder 75, 40 (62 ff.); 90, 107 (114 ff.) – zur Privatschulförderung –. Aus der Literatur: Zur Wissenschaftsfreiheit *Trute*, Forschung, S. 420 ff.; zur Privatschulförderung *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte, passim. Gleichmaßen ist etwa die über materielle Unterstützung erfolgende Sicherung menschenwürdiger Existenz auf die Wahrung der Menschenwürde oder grundlegender Chancen der Persönlichkeitsentfaltung bezogen.

145 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

146 Vgl. bejahend *Robbers*, Sicherheit, S. 195 ff., 199 ff.

147 So kann der Dreieckscharakter etwa in komplexen Planungs- und Genehmigungsverfahren inadäquat sein, wenn viele heterogene Interessen auszugleichen sind, die sich regelmäßig nicht in vier Dreiecke auflösen, sondern nur in einer Netzwerkfigur koordinieren lassen.

148 BVerwGE 54, 211 (221), zur Frage, ob die persönliche Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Rechte gegen die Ausweisung einer zunächst unter Landschaftsschutz stehenden Fläche als Gebiet baulicher und gewerblicher Nutzung begründet.

len – bei Schutzansprüchen im Grundsatz nicht anders und nicht einfacher als bei anderen Leistungsrechten auch. Das spiegelt sich dann auch – nicht überraschend – darin wider, daß über das dogmatische Vorgehen bei der inhaltlichen Spezifizierung von Schutzansprüchen keine Einigkeit besteht. Zum Teil setzt man den zur Integrität des Schutzgegenstandes erforderlichen Schutz in Symmetrie zum abwehrrechtlichen Gehalt umfassend an, so daß einem Gesetz, das etwa wegen der Rechte anderer hinter diesem Schutz zurückbleibt, schutzreduzierende und damit eingriffsähnliche Wirkung zugesprochen wird.¹⁴⁹ Zum Teil wird der Schutzzumfang mit immanenten Begrenzungen ermittelt, indem man sich unter anderem an einer verhältnismäßigen Zuordnung der in einer gegebenen Konstellation einschlägigen Rechtsgüter orientiert.¹⁵⁰ Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion hat man damit zu kämpfen, daß eine Parallelisierung zum Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ gar nicht möglich ist und die Ermittlung von Inhalt und Umfang der Individualrechtsposition nicht dadurch erleichtert werden kann, daß man die Steigerung des Gewährleisteten ins Umfassende oder Optimierte unterstellt.

Es ergeben sich somit erhebliche Zweifel, ob man „formale“ Prinzipien nutzen kann, um sich die Bestimmung der Gewährleistungsinhalte und der individuellen Rechte zu erleichtern. Die Orientierung an einem Mindeststandard oder an einem Optimum macht nur dann Sinn, wenn sich aus diesen Formeln Aussagen ergeben, die über die Tatsache, daß Individualrechte nur in dem Inhalt und in dem Umfang herleitbar sind, in dem die Norm Rechtsbindungen hergibt, hinausgehen. Solche Aussagen könnten sich nur über eine dogmatische Konzeption ergeben, die aus mehr Komponenten als der Norm selbst besteht. In diesem Sinne lebt das im Eingriffsabwehrbereich eingesetzte Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ aus einer dogmatischen Gesamtkonzeption, deren Schwerpunkt gar nicht auf den Grundrechtssätzen selbst liegt. Die damit erreichte dogmatische Leistung ist deshalb nicht in Bereiche übersetzbar, in denen man bei der Konkretisierung der staatlichen Pflichten und individuellen Rechte auf die Aussagen der Grundrechtsgewährleistungen verwiesen wird.

Muß man sich auf die Norm konzentrieren, kann man Orientierungshilfen nur aus normtheoretischen Überlegungen gewinnen. Leistungsrechte oder Ansprüche auf ein bestimmtes staatliches Handeln lassen sich als subjektive Rechte auf die *objektivrechtlichen Aussagen* einer Grundrechtsnorm stützen, soweit diesen ein *individualschützender Charakter* zukommt. Zugleich müssen sich die grundrechtlichen Maßgaben, um gegebenenfalls individualrechtlich durchsetzbar zu sein, zu *konkreten staatsgerichteten Geboten verdichten*.¹⁵¹ Ob und inwieweit sich eine solche Verdichtung begründen läßt, hängt insbesondere vom Regelungsfeld ab, in bezug auf das inhaltliche Determinanten aus den Grundrechtsnormen entwickelt werden sollen. Indem der objektivrechtliche Gehalt über

149 Siehe etwa die Formulierung bei *Schwerdtfeger*, Grundrechtlicher Drittschutz, S. 9: „Bis zur Grenze des Art. 19 II GG kann der Schutzanspruch des Dritten über den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 2 GG eingeschränkt werden.“ Siehe auch *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1638. Vgl. außerdem *Borowski*, Leistungsrechte, bes. S. 325 ff.

150 So etwa *Hermes*, Grundrecht, S. 240 ff.

151 Insoweit vgl. auch *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1136, und *H.H. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 496.

das traditionelle Verständnis hinausweisende, komplexe und unter Umständen auf mehreren Ebenen angelegte Sinnbezüge gewinnt, können spezifizierte Rechtsbindungen – wie bereits die Ausführungen zu den grundrechtlichen Bindungen staatlicher Organisation und Verfahren gezeigt haben¹⁵² – in sehr differenzierter Weise auf unterschiedlichen Ebenen und hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte ausarbeitbar sein. Insofern kann sich in bezug auf den Inhalt und Umfang von Leistungsrechten ein durchaus vielfältiges Bild ergeben.

Anschauliche Beispiele für die differenzierte Konkretisierung von Rechtsbindungen und leistungsrechtlicher Gehalte bieten *Maßstabsetzungen auf zweiter Stufe* in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So unterstellt es staatliche Fördermaßnahmen für die Presse grundrechtlichen Vorgaben:

„Es ist ... anerkannt, daß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die Pressefreiheit enthält, sondern auch als objektive Grundsatznorm die Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt garantiert. ... In dieser Eigenschaft erlegt das Grundrecht dem Staat eine Schutzpflicht für die Presse auf und bindet ihn bei allen Maßnahmen, die er zur Förderung der Presse ergreift. Daraus folgt allerdings für den einzelnen Träger der Pressefreiheit noch kein grundrechtlicher Anspruch auf staatliche Förderung. Wenn sich der Staat jedoch, ohne verfassungsrechtlich dazu verpflichtet zu sein, zu Fördermaßnahmen für die Presse entschließt, ... verlangt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, daß jede Einflußnahme auf Inhalt und Gestaltung einzelner Presseerzeugnisse sowie Verzerrungen des publizistischen Wettbewerbs insgesamt vermieden werden. ... Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begründet im Förderungsbereich für den Staat ... eine inhaltliche Neutralitätspflicht, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Dieser Neutralitätspflicht des Staates entspricht auf seiten des Trägers der Pressefreiheit ein subjektives Abwehrrecht gegen die mit staatlichen Fördermaßnahmen etwa verbundenen inhaltslenkenden Wirkungen sowie ein Anspruch auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb.“¹⁵³

Ähnlich werden aus der Rundfunkfreiheit Rechte der Anstalten auf Gewährleistung der Finanzierung ihrer Aufgabenerfüllung hergeleitet.

„Als Freiheitsrecht gewährt dieses Grundrecht seinem Träger grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Zuwendungen zur Ermöglichung der Grundrechtsausübung. ... Der Rundfunk bedarf ... einer gesetzlichen Ordnung, die sicherstellt, daß er den verfassungsrechtlich vorausgesetzten Dienst leistet. ... Bei der Ausgestaltung dieser Ordnung genießt der Gesetzgeber weitgehende Freiheit. Wenn er sich im Interesse der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung aber entschließt, die Rundfunkveranstaltung ganz oder zum Teil öffentlichrechtlichen Anstalten anzuvertrauen, dann ist er von Verfassungs wegen nicht nur gehalten, deren grundrechtliche Freiheit zu respektieren. Er hat vielmehr auch die Pflicht, ihnen die zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. ... Dieser Pflicht des Gesetzgebers, die Finanzierung der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten, entspricht ein ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes Recht der Anstalten, die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel zu erhalten.“¹⁵⁴

152 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 26 ff., zum Erfordernis inhaltlicher Begründung organisations- und verfahrensbezogener Individualrechte.

153 BVerfGE 80, 124 (133 f.).

154 BVerfGE 87, 181 (197 f.).

Gerade wenn die Norm in den Mittelpunkt rückt, drängt sich angesichts ihrer Konkretisierungsbedürftigkeit die Frage auf, wem die Kompetenz zur Konkretisierung zusteht. Dabei ist es zumindest kein fernliegender Gedanke, bei der Spezifizierung der Gewährleistungsinhalte neben rein inhaltlichen Begründungsmustern auch „funktionellrechtliche“ Argumente in Betracht ziehen. Dies wird zunehmend vorgeschlagen, um eine angemessene Verteilung der Entscheidungskompetenzen sicherzustellen. Dogmatisch kann dies dadurch abgestützt werden, daß man die Gesetzesvorbehalte als *Zuweisung einer Konkretisierungskompetenz* an die Gesetzgebung versteht.¹⁵⁵ Während eingreifende oder zu einem Eingriff ermächtigende Gesetze die grundrechtliche Gewährleistung durch Begrenzung spezifizieren, konkretisieren Gesetze, die Leistungsansprüche vermitteln, den grundrechtlichen Gehalt zu in Inhalt und Umfang bestimmten Rechten. Daher kann man daran denken, den sachlichen Gehalt der Grundrechtsnormen und die sich ergebenden Rechtsbindungen *funktionsspezifisch* aufzuarbeiten.¹⁵⁶ Wählt man einen solchen Ansatz, wirkt sich dies auf die subjektivrechtliche Durchsetzbarkeit der objektivrechtlichen Maßstäbe bzw. auf den grundrechtlichen Individualanspruch aus. Gegenüber der *Gesetzgebung* ergibt sich außerhalb bestimmbarer Handlungsaufträge¹⁵⁷ ein grundrechtlicher Anspruch auf Erlaß oder auch auf Nachbesserung gesetzlicher Vorgaben nur unter begrenzten Voraussetzungen.¹⁵⁸ Wie oben schon angeschnitten, können dabei unter Umständen Konkretisierungsstufen unterschieden werden. Eine noch ganz undeterminierte Situation bietet für die Selektion von Anknüpfungspunkten und die Entwicklung von Kontrollmaßstäben kaum eine gesicherte Handhabe, so daß gegebenenfalls nur ein Regelungsbedarf als solcher konstatiert werden kann. Wenn sich bereits eine Sachkonstellation mit gesetzten Koordinaten und den jeweils involvierten Belangen herauskristallisiert hat, mag man eingehendere Maßstäbe begründen und einsetzen können. Soweit die gesetzgeberische Konkretisierungskompetenz reicht, erfaßt sie jedenfalls nicht nur die Frage, welche Maßnahmen zu treffen sind, sondern insbesondere auch die Entscheidung darüber, in welchem konkreten Inhalt und in welchem konkreten Umfang ein grundrechtlich thematisiertes Schutzgut gefördert oder geschützt wird. Das ist nicht anders als bei eingrenzenden bzw. zu Eingriffen ermächtigenden Regelungen auch und Resultat einer Entscheidung, die regelmäßig eine Vielzahl von Belangen zu berücksichtigen und

155 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

156 Vgl. für den Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 f. Siehe auch für Schutzpflichten – allerdings auf der Grundlage einer Mindestposition – *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, S. 559 f. Übergreifend und mit weitreichenden Thesen *Bender*, Befugnis, S. 253 ff., 270 ff.

157 Siehe etwa BVerfGE 25, 167 (179 ff.).

158 Siehe dazu BVerfGE 56, 54 (80 f.); 85, 191 (212 f.); 90, 107 (117); 92, 26 (46); BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932), und NJW 87, 2287 (2287) – Kammerbeschlüsse –, jeweils mit der Kontrollformel, ob gänzliche Untätigkeit oder evidente Unzulänglichkeit getroffener Maßnahmen konstatiert werden muß. Vgl. weiter BVerfGE 88, 203 (254 ff., bes. 261 ff.), wo in ausdrücklicher Abgrenzung gegen die eben genannte Kontrollformel das „Untermaßverbot“ herangezogen und der Umfang des dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums von Faktoren verschiedener Art, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, von der Möglichkeit hinreichend sicherer Urteile und von der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, abhängig gemacht wird.

zu koordinieren hat.¹⁵⁹ Im Hinblick auf *Exekutive und Judikative* ergeben sich dagegen nicht die gleichen Kriterien. Soweit eine gesetzliche Regelung nicht besteht und auch nicht erforderlich ist, mag eine Begrenzung verfassungsgestützter Ansprüche auf Maßnahmen, die in bestimmter Weise verdichtet sind, begründbar sein.¹⁶⁰ Sofern Gesetze jedoch die Grundrechtsgewährleistung in Inhalt, Umfang und Art der Maßnahmen individualbegünstigend konkretisieren, werden die grundrechtlich vermittelten Individualansprüche spezifiziert. Ein solches Gesetz bleibt einfaches Recht, aber die abstrakten grundrechtlichen Maßgaben sind in der einfachgesetzlichen Konkretisierung umgesetzt und aufgehoben. Vorbehaltlich exekutiver Einschätzungsprärogativen verletzt daher ein Verstoß gegen eine grundrechtskonkretisierende Norm zugleich das subjektive Grundrecht.¹⁶¹

Ein Beispiel explizit funktionsspezifischer Argumentation findet sich mittlerweile auch in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu Schutzansprüchen aus Art. 2 Abs. 2 GG:

„Dem Gesetzgeber kommt bei der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen, und den das Bundesverfassungsgericht zu beachten hat. Wenn der Gesetzgeber jedoch in Erfüllung seiner Schutzpflicht Regelungen trifft und damit Schutzmaßstäbe setzt, konkretisieren diese den Grundrechtsschutz. Wirkt sich die Schutzregelung unmittelbar auf die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung aus, so kann in ihrer Außerachtlassung die Verkenning der Bedeutung und der Tragweite des Grundrechts liegen und danach die Entscheidung das geschützte Grundrecht selbst verletzen.“¹⁶²

All dies ist hier nicht ausführlich zu behandeln. Es soll lediglich die Anforderungen verdeutlichen, die mit der Änderung des Grundrechtsverständnisses und der erforderlichen Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt einhergehen. Man ist darauf angewiesen, neue Formen der Konkretisierung und des dogmatischen Zugriffs zu finden. Wenn vieles ungesichert ist, so erscheint zumindest gesichert, daß die Prägnanz nicht mehr zu erreichen ist, die das bürgerlich-rechtsstaatliche Eingriffsabwehrkonzept in Anspruch nehmen kann, weil es – um den Preis eines rigiden Eingriffsbegriffs – die Aufschlüsselung des Gewährleistungsinhalts der Freiheitsrechte vernachlässigen kann oder weitergehend gerade zu vermeiden sucht. Man sollte nicht meinen, daß hier eine Rückkehr zur oder eine Präferenz für die Eingriffsdogmatik abhelfen könnte und deshalb angebracht

159 Vgl. nur BVerfGE 90, 107 (116 f.). Für den Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 f.; *Pietzcker*, Verwaltungsverfahren, S. 209 f.

160 Siehe als Beispiel BVerfGE 77, 170 (234 ff.): Sondervotum mit der Ansicht, zu dem geforderten Mindeststandard zählen Informationen an die Landesregierung zur Ermöglichung koordinierter Katastrophenschutzmaßnahmen.

161 Vgl. dazu auch *H.H. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 496.

162 BVerfGE 77, 381 (405). Als ähnliche Intention (und eben nicht als Zementierung ganz bestimmter Regelungen) sind die Ausführungen in BVerfGE 53, 30 (65 f.) und 56, 216 (242) zu verstehen. Mit diesem Ansatz nicht überein stimmt allerdings die des öfteren anzutreffende Formulierung, dem Gesetzgeber *wie der vollziehenden Gewalt* komme bei der Erfüllung der Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu (etwa BVerfGE 77, 170 (214 f.); Hervorh. von mir).

wäre. Daß die Eingriffsabwehr ein Gesamtkonzept darstellt und als dogmatische Konstruktion von den Änderungen des Grundrechtsverständnisses keineswegs unberührt bleibt, ist bereits angeschnitten worden. Abschließend soll den sich um den Eingriffsbegriff drehenden Umorientierungen kurz nachgegangen werden, um zu zeigen, daß die dogmatischen Probleme im abwehrrechtlichen Bereich sich insoweit von denen eines leistungrechtlichen Grundrechtsschutzes gar nicht mehr so krass unterscheiden.

C. Die Flexibilisierung des Eingriffsbegriffs

Da die Eingriffsabwehr dogmatisch ein in den Komponenten abgestimmtes Gesamtkonzept darstellt, wirken sich die Änderungen der Grundrechtsinterpretation auf das Eingriffsverständnis aus. Solange dem Eingriffsbegriff in Abgrenzung gegen möglichst unbestimmt belassene Freiheitsbereiche tragende dogmatische Bedeutung zukommt, ist man in seiner Bestimmtheit gefangen, da man nicht Schutzbereich und Eingriff gleichzeitig ins Unbestimmte fließen lassen kann. Die Umformung des Grundrechtsverständnisses, die mit einer Konzentration auf die grundrechtliche Gewährleistung einhergeht, ist daher die Bedingung der Möglichkeit dafür, daß der Grundrechtseingriff überhaupt als variabel denkbar wird und sich mit Blick auf dessen Funktion die Frage formulieren läßt, „welche staatlichen Maßnahmen überhaupt geeignet sind, die Schutzwirkungen der Freiheitsrechte auszulösen.“¹⁶³

Von dem feststehenden Eingriffsbegriff, den man mit der „klassischen“ Konzeption verbindet, hat man sich in der neueren Rechtsprechung und Literatur gelöst. Man ist sich grundsätzlich darüber einig, daß der grundrechtliche Schutz sich auch gegen anderweitige staatliche Vorgehensweisen richtet.¹⁶⁴ Dabei stützt man sich mit einer im engeren Sinne rechtsdogmatischen Argumentation darauf, daß sich aus dem Grundrechtstext eine derartige Beschränkung nicht ergibt. Art 1 Abs. 3 GG hält eine uneingeschränkte Bindung des Staates an die Grundrechte fest.¹⁶⁵ Die einzelnen Grundrechtsnormen regeln

163 *Grabitz*, Freiheit, S. 24 f.

164 Aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 46, 120 (137 f.); 61, 291 (308); 85, 386 (398 f.); 86, 122 (128); 93, 1 (17 ff.); 105, 252 (273); 105, 279 (299 ff.); BVerwGE 71, 183 (190 ff.); 75, 109 (115 f.); 82, 76 (79); 87, 37 (39 ff.); 90, 112 (118 ff.); 102, 304 (312 f.); BVerwG BayVBl 1994, 568 (570); BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161 f.); BSGE 67, 251 (254 f.). Aus der Literatur vgl. *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, bes. S. 51 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, bes. S. 50 ff., 81 ff.; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 62 ff.; *Kirchhof*, Verwalten, S. 189 ff.; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 100 ff.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 130 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, bes. S. 225 ff.; *Pietzcker*, „Grundrechtsbetroffenheit“, bes. S. 138 ff.; *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 233 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 239 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 Rn 26 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Rdnr. 231 zu Art. 1 Abs. 3; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1205 ff.); *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, § 78 III 1 (S. 128 ff.); *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 74 ff., mit der Typologie S. 66 ff.

165 Etwa *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1207); *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 108 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 264 f. Der Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG ist kein isoliertes Argument, weil die Reichweite der Bindung an die Grundrechte eben vom Gehalt der einzelnen Grundrechte abhängt. Auch wenn sich Aussagen somit nur bei gleichzeitigem Blick auf die Einzelgrundrechte ergeben, griffe es aber zu weit zu meinen, Art. 1 Abs. 3 GG sage nichts über die Frage aus, ob die Grundrechte Schutz vor faktischen Eingriffen bewirken könnten, so aber *Kunig*, in: *GGK I*, Art. 1 Rn 50.

Eingriffsformen zum Teil schon selbst in durchaus differenzierter Weise¹⁶⁶, und sie geben ansonsten weder systematisch noch bei historischer Analyse¹⁶⁷ einen bestimmten Eingriffsbegriff her.¹⁶⁸ Außerdem wird mit einer folgenorientierten und eher pragmatischen Argumentation das Erfordernis der Effektivität des Grundrechtsschutzes betont. Der Einsatz anders wirkender Steuerungsmethoden soll nicht dazu führen, daß der Grundrechtsschutz unterlaufen wird oder leerläuft.¹⁶⁹

Welches staatliche Vorgehen unter welchen Voraussetzungen der grundrechtlichen Determination unterliegt, ist allerdings alles andere als geklärt.¹⁷⁰ Häufig arbeitet man mit der Unterscheidung von „rechtlichen Beeinträchtigungen“ einerseits und „faktischen Beeinträchtigungen“ andererseits¹⁷¹ und versucht, Kriterien zu entwickeln, nach denen faktische Beeinträchtigungen grundrechtsrelevant sind. Auch wird der traditionelle Eingriff oft weiterhin als begriffliche Grundlage und als Leitkategorie angesehen. Der Grundrechtsschutz wird ausgedehnt, indem man die dem „klassischen“ Begriff zugeschriebenen Kriterien reduziert, flexibilisiert und modifiziert.

So begründet das Bundesverwaltungsgericht den Eingriffscharakter staatlicher Maßnahmen mit deren Finalität, ohne daß weitere Merkmale des „klassischen“ Eingriffs wie das der Adressierung der Maßnahme an den Betroffenen oder das der Rechtsaktqualität gegeben wären.¹⁷² „Die Zielrichtung des Verwaltungshandelns“, führt es aus, ist „ein tragendes Kriterium für die Annahme eines Grundrechtseingriffs“.¹⁷³ Auch in der Literatur gilt die Finalität häufig als hinreichendes Kriterium: Zählt die Einschränkung bestimmter Verhaltensmöglichkeiten, die einem Grundrecht unterfallen, zu den Zielen des staatlichen Vorgehens, soll auf jeden Fall ein Eingriff vorliegen.¹⁷⁴ In anderen Konstellationen

166 Vgl. *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 234 ff. Siehe auch *Gusy*, Verwaltung, S. 983, daß die Grundrechte (auch) eine Reihe von Schutzgütern verbürgen, welche nicht überwiegend durch staatliche Geoder Verbote beeinträchtigt werden können.

167 Vgl. dazu etwa *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 23 ff.

168 Vgl. auch BVerfGE 105, 279 (300): Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben.“

169 *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 210 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 259 ff.; *Ossenbühl*, Umweltpflege, S. 16 f.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 426.

170 Inwieweit die Glykol- und die Osho-Entscheidung des BVerfG – BVerfGE 105, 252 (264 ff.); 105, 279 (292 ff.) – zu einer einheitlicheren Linie führen werden, muß man angesichts des dort jeweils gewählten dogmatisch neuartigen Ansatzes abwarten. Zu diesen Entscheidungen *Albers*, Doctrinal System, passim; *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 1 ff.; *C. Bumke*, Publikumsinformation, S. 3 ff., bes. S. 21 ff.

171 Vgl. dazu *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 10 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 24 ff.; *dens.*, Bestimmung, S. 89 ff.

172 Siehe BVerwGE 71, 183 (193 f.); 75, 109 (115 f.); 82, 76 (79); 90, 112 (118 ff.); 102, 304 (312 f.).

173 BVerwGE 90, 112 (120).

174 Die Finalität als zentrales Kriterium ist frühzeitig von *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 681 f., hervorgehoben worden. Vgl. weiter *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 377; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 429 ff.; *dens.*, Grundrechte, S. 695 ff.; *Discher*, Mittelbarer Eingriff, S. 465; *Gusy*, Verwaltung, S. 983; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 233 f., 236 ff. (zumindest positives Zurechnungskriterium); *Kloepfer*, Informationen, S. 28 ff.; *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 258 ff.; *Murswiek*, Warnungen, S. 1025; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 202 ff.; *Sachs*, Informationsinterventionismus, S. 217 f.; *Spaeth*, Grundrechtseingriff, S. 150 ff., 167; *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 90. Siehe außerdem *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 174 (verknüpft mit dem

tionen wird sie dagegen als nicht entscheidend angesehen. Das Bundesverfassungsgericht modifiziert sie bereits, wenn es einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG wegen der „objektiv berufsregelnden Tendenz“ bejaht.¹⁷⁵ Weiter geht die Formulierung, daß dieses Grundrecht auch „durch Vorschriften ohne berufsregelnde Zielrichtung berührt werden (kann), wenn sie infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen“¹⁷⁶. Das Bundesverwaltungsgericht hält den grundrechtlichen Schutz für unvollständig, „wenn an ihm nicht auch mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlungen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken.“¹⁷⁷ Ein Eingriff wird von beiden Gerichten in weiteren Fällen bejaht oder zumindest nicht von vornherein verneint, obwohl die Kriterien der Adressierung einer Maßnahme an den Betroffenen und damit verbunden die Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung, teilweise außerdem die Rechtsaktqualität und der rechtlich bewirkte Zwangscharakter fehlen.¹⁷⁸ Zuletzt ist das Bundesverfassungsgericht zu einem Eingriffsbegriff gelangt, der nicht mehr durch bestimmte Kriterien eingegrenzt ist.¹⁷⁹ Diese Lösung hat es allerdings mit einem spezifizierten, nicht zu einem allumfassenden Schutz führenden Gewährleistungsverständnis kombiniert und zugleich den Einsatzbereich des Gesetzesvorbehalts restringiert.¹⁸⁰ In der Literatur orientiert man sich im Falle nicht zielgerichteter Maßnahmen zum Teil an der Eingriffsintensität: Handelt es sich nicht um eine angestrebte oder in Kauf genommene Wirkung, soll eine Grundrechtsbeeinträchtigung nur bei erhöhter oder schwerer Betroffenheit gegeben sein.¹⁸¹ Diese Sicht ist aber keineswegs unumstritten oder auch nur gefestigt. Manchmal werden andere Mu-

Unmittelbarkeitskriterium); *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 84 (verknüpft mit dem Kriterium erhöhter Betroffenheitsintensität); *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 284, 300 f. (verknüpft mit dem Gedanken des Regelungsersatzes).

- 175 Zu diesem Kriterium etwa BVerfGE 13, 181 (185 f.); 31, 8 (29); 49, 24 (47 f.); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 86, 28 (37); 95, 267 (302); 97, 228 (253); 98, 218 (258 f.); 106, 275 (299 ff.).
- 176 BVerfGE 61, 291 (308). Die zitierte Formulierung ist jedoch mit Vorsicht zu betrachten, denn in dieser Entscheidung ist nicht der *regelnde*, sondern der *berufsregelnde* Charakter der strittigen Bestimmungen das Problem. Einschlägig im obigen Sinne ist allerdings BVerfGE 46, 120 (137 f.).
- 177 BVerwGE 87, 37 (43 f.); vgl. auch BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161 f.).
- 178 Siehe noch BVerfGE 13, 230 (232 f.); 38, 281 (303 f.). Vgl. auch BVerfGE 66, 39 (59 ff.). Außerdem etwa BVerwGE 32, 173 (178 f.); 44, 244 (246 ff.); 50, 282 (287 f.); 54, 211 (221 ff.); 66, 307 (308 ff.); BVerwG, NVwZ 1984, 514 (515).
- 179 BVerfGE 105, 105, 279 (300 f.) – Osho.
- 180 BVerfGE 105, 279 (293 ff.) – zum spezifizierten Gewährleistungsverständnis vgl. auch BVerfGE 105, 252 (265 ff.) – Glykol. Die Glykol-Entscheidung wird verkürzt, wenn man darauf abstellt, daß das Gericht erst den Eingriff verneint hätte, so aber *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 2 f.; *Dreier*, Grundrechtsdurchgriff, S. 135, 136.
- 181 Vgl. – teilweise mit Verfeinerungen – *Ramsauer*, Bestimmung, S. 104; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1207); *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 298 ff., 317 ff. (besondere Intensität als Voraussetzung für den Regelfall); *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 429 ff.; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1136; *Sodan*, Leistungsausschlüsse, S. 205. Vgl. auch *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 243, 252 ff. (schutzbereichsabhängige Graduierung der Intensitätsanforderungen). Außerdem *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 80 (erhöhte Betroffenheitsintensität als notwendige Voraussetzung der Grundrechtsrelevanz faktischer Beeinträchtigungen). Das Erfordernis „erhöhter“ oder „schwerer“ Betroffenheit ist von den Ansichten zu unterscheiden, die (faktische) Bagatelbelastungen und Belästigungen vom Grundrechtsschutz ausnehmen wollen, etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 248 ff.

ster eingebracht, etwa die Zurechenbarkeit im Hinblick auf die Adäquanz des Kausalzusammenhanges zwischen Beeinträchtigung und staatlichem Vorgehen¹⁸²; manchmal werden zusätzliche Merkmale eingeführt, zum Beispiel das der Vorhersehbarkeit¹⁸³. Manchmal findet sich auch ein sehr weitgreifendes Eingriffsverständnis.¹⁸⁴ Zum Teil versucht man, die daraus resultierenden Konsequenzen durch Restriktionen beim Gesetzesvorbehalt aufzufangen.¹⁸⁵

Der Eingriffsbegriff weist demnach ersichtlich *keine dogmatische Eindeutigkeit* mehr auf. Das gilt um so mehr, als die Bedeutung des jeweiligen Merkmals mit der Änderung des Sinngefüges, aus dem sie sich erschließt, selbst changiert.¹⁸⁶ Unabhängig davon ist die Hervorhebung einzelner Kriterien nicht unbedingt überzeugend. Wenn man auf die Zielrichtung des staatlichen Vorgehens abstellt, bekommt man schnell Schwierigkeiten damit, daß das Ziel eines staatlichen Handelns nicht mehr durch einen Begriffszusammenhang – den des Eingriffs – festgelegt wird. Es muß mit Blick auf tatsächliche Konstellationen ermittelt werden und hängt dann von der gewählten Ebene und der gewählten Perspektive ab. Zugleich wird man die staatliche Maßnahme häufig nicht in einem bloß zweiseitigen Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern erst in Dreiecksbeziehungen und regelmäßig erst in noch komplexeren Zusammenhängen erfassen können. In diesem Rahmen stehen andere Ziele als die Reduktion der geschützten Entfaltungsmöglichkeiten um bestimmter Allgemeininteressen willen im Vordergrund des staatlichen Vorgehens. Daher ist es nicht vernachlässigbar, wenn eine Beeinträchtigung erst über soziale Zusammenhänge vermittelt entsteht, beispielsweise über Preisbildungsmechanismen des Marktes oder über wissens- und rationalitätsgeprägte Verhaltensmechanismen Dritter. Es müßte dann genauer begründet werden, warum es auf die Zielrichtung des Handelns und nicht etwa auf die Vergleichbarkeit der Wirkungsmechanismen ankommen soll.¹⁸⁷ Immerhin ist der Staat erst dann gehindert, bestimmte Ziele mit bestimmten Mitteln zu verfolgen, wenn die grundrechtlichen Vorgaben dem entgegenstehen.¹⁸⁸ Der Blick auf die Zielrichtung des staatlichen Vorgehens kann deshalb die Erörterung der Frage, ob das Grundrecht gerade auch gegen ein solches Vorgehen schützt, nicht ersetzen. Ähnliche Einwände greifen beim Kriterium der Intensität der Betroffenheit. Wenn ein Grundrecht gegen ein staatliches Vorgehen keinen Schutz gewährt, greift der Schutz auch nicht dann und deswegen, weil die Belastung besonderes Gewicht hat. Zum Bei-

182 Z.B. *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S.1207).

183 Siehe etwa *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 67; *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln, S. 518; *Discher*, Mittelbarer Eingriff, S. 465 f.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 159 ff. Vgl. auch *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 90 ff. Kritisch *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 246 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 141 ff.

184 Etwa bei *Papier*, Art. 12 GG, S. 805; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 240, 246, *H.H. Klein*, Beginn, Rn 58.

185 Siehe *Robbers*, Behördliche Auskünfte, S. 86 ff. Kritisch zu solchen Lösungen z.B. *Bethge*, Grundrechtseingriff, S. 45 ff.; *Kloepfer*, Informationen, S.31 f.

186 Näher *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 235 f.

187 Vgl. auch *Ramsauer*, Bestimmung, S. 98. Kritik findet sich auch bei *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme, S. 2710. Vgl. außerdem *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Vor Art. 1 Rn 86.

188 *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 202.

spiel kann ein etwaiger Grundrechtsschutz gegen staatliche Warnungen vor Produkten nicht davon abhängen, welches Maß an Umsatzverlust die Warnung nach sich zieht. Anderenfalls wäre die Konsequenz, daß der Schutz um so eher gewährleistet wird, je schlechter das Produkt und je berechtigter und wirksamer die Warnung ist.¹⁸⁹

Insgesamt erscheint die Problembewältigung über die häufig zugrunde gelegte Differenzierung von rechtlichen und faktischen Beeinträchtigungen und über die darauf aufbauende Modifikation des traditionellen Eingriffs wenig tauglich. Der Begriff der rechtlichen Beeinträchtigung leitet schon sprachlich zur „Rechtsbeeinträchtigung“ hin und symbolisiert, daß es grundsätzlich der überkommene Eingriff als Rechtsakt ist, der zu einer Rechtsbeeinträchtigung führt. Der dem gegenübergestellte Begriff der faktischen Beeinträchtigung ist viel zu diffus, als daß er dogmatische Griffigkeit gewinnen könnte.¹⁹⁰ Eine solche Systematisierung leidet darunter, daß der feste Zusammenhang zwischen einer Grundrechtsbeeinträchtigung und der Form staatlichen Verhaltens, den die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption vorsieht, im Ansatz unterstellt bleibt. Wenn und da es darum geht, andere Formen staatlichen Vorgehens als Rechtsbeeinträchtigung rechtlich zu erfassen, muß dieser Zusammenhang aber gerade aufgelöst und reformuliert werden. Aus der dann entstehenden Perspektive gibt es auf seiten der gewährleisteten Individualrechtsposition nicht von vornherein entweder rechtliche oder faktische, sondern nur *Rechts-Beeinträchtigungen*.

Diese Überlegungen verweisen darauf, daß die Änderungen der Eingriffsbestimmung nicht isoliert, sondern *nur im Rahmen des Zusammenhanges zwischen grundrechtlichem Gewährleistungsbereich und Grundrechtsbeeinträchtigung* verstanden werden können. Grundrechtsverbürgung und Eingriff bilden schließlich ein dogmatisches Konzept aufeinander bezogener Komponenten. Von daher erschließt sich, daß es die abstrakter ansetzende Lesart des Gehalts der Grundrechtsgewährleistungen ist, die dazu zwingt und die es zugleich ermöglicht, die Beeinträchtigung in einer rechtlich geschützten Position und die diese Beeinträchtigung bewirkende staatliche Maßnahme zu entkoppeln. Diese Abstraktion führt von einer Determination (nur) einer ganz bestimmten staatlichen Verhaltensform hin zu Freiheitsgewährleistungen, aus denen die staatlichen Verpflichtungen noch zu ermitteln sind. Deshalb liegt die (oben bereits zugrunde gelegte) Annahme nahe, daß die Änderungen des Eingriffsverständnisses als stringente Auswirkung der gewandelten Grundrechtsinterpretation angesehen werden können. Nicht hinter allen, aber doch hinter einer Reihe von Konstellationen steht die Einführung von Sinnbezügen in die Normauslegung, die auf die Prämissen der überkommenen Eingriffsabwehrkonzeption durchgreifen. Wenn man den Gewährleistungsgehalt abstrakter versteht, sich durch diese Abstraktion aus dem traditionellen Eingriffsabwehrkonzept löst und bei der Konkretisierung der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen neue Sinnbezüge einführt, im Hinblick auf die sich der „klassische“ Eingriff nicht mehr nahtlos als Rechtsbeeinträchtigung anschließen läßt, dann setzt dies den Eingriffsbegriff – wegen der abzu-

189 So der zutreffende Einwand bei *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 139.

190 Vgl. auch *Erichsen*, Staatsrecht, S. 57 f.: Tatbestand und Rechtsfolgen der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung seien bis heute weitgehend diffus geblieben.

stimmenden Dogmatik von Gewährleistung und Eingriff nachgerade zwingend – unter Änderungsdruck. Insofern kann man hier an die bisherigen Ausführungen anschließen und die Entwicklung des Eingriffsbegriffs aus einem übergreifenden Zusammenhang heraus nachvollziehen.

Die Zusammenhänge lassen sich zunächst veranschaulichen, indem man einige Konstellationen herausgreift. Man kann dabei feststellen, daß der Thematisierung „faktischer“ oder „mittelbarer“ Beeinträchtigungen eine Erweiterung des Blickfelds auf seiten des Gewährleistungsbereichs korrespondiert. Das räumliche bzw. natürliche Umfeld oder die soziale Umwelt individueller Entfaltung fließen in die Erwägungen ein. So betont das Bundesverwaltungsgericht für den Schutz des Grundeigentums, daß der „über die Abwehr unmittelbarer Eingriffe hinausreichende und insofern erweiterte Eigentumschutz ... seine Rechtfertigung darin (findet), daß das Grundeigentum nicht isoliert als ‚Fläche‘ ... gesehen werden darf, sondern daß es durch die umgebende ‚Situation‘ geprägt wird“¹⁹¹. Für die Berufsausübung und den Gewerbebetrieb eines Fischers wird im Rahmen der Normauslegung aktualisiert, daß sie von der ökologischen Basis des jeweiligen Fanggebiets abhängen, die durch eine staatlich genehmigte Einleitung von Schadstoffen zerstört werden kann.¹⁹² In ähnlicher Weise kann die Berufsausübung bedingen, daß die Leistungen auf dem Markt angeboten und von anderen nachgefragt werden können. Bringt man dies in die Freiheitsgewährleistung ein, lassen sich die Einflüsse und Begrenzungen der beruflichen Möglichkeiten herausstellen, die zum Beispiel durch die rechtliche Absicherung eines staatlichen Nachfragemonopols entstehen.¹⁹³ Läßt sich die Freiheit der Religionsausübung (unter anderem) als kommunikative Tätigkeit oder als Wirken in der sozialen Umwelt verstehen und läßt sich weitergehend auch das dort entstehende „Bild“ oder der „Ruf“ erfassen, wird von der Norm her problematisierbar, daß staatliche Stellen einer bestimmten Religion Sektencharakter zuschreiben und Dritten negative Informationen vermitteln.¹⁹⁴

Da es das veränderte Verständnis grundrechtlicher Verbürgungen ist, das eine Anpassung des Eingriffsbegriffs bedingt, verschiebt sich die Aufmerksamkeit – zumindest für den ersten Schritt – vom Eingriff auf den Gewährleistungsbereich. Darin liegt der zutreffende Kern der Ansicht, daß es jeweils darauf ankomme, ob die Grundrechtsnorm gerade gegen die in Streit stehenden Beeinträchtigungen Schutz gewährt.¹⁹⁵ Diese Frage ist dann jedoch *nicht in isolierter Betrachtung der Beeinträchtigungsmechanismen* zu beantworten. Statt dessen kommt es zunächst auf die *Konkretisierung des Gewährleistungsbereichs* an. Im weiteren würde der Sinn dieses Ansatzes jedenfalls bei den hier interessie-

191 BVerwGE 50, 282 (288).

192 BVerwGE 66, 307.

193 BVerfGE 46, 120.

194 Hierzu auch unter Rückgriff auf die Neutralitätspflicht des Staates: BVerfGE 105, 279; BVerfG, NJW 1989, 3269 – Kammerbeschluß –; vgl. näher *Albers*, Doctrinal System, Rn 35 f. Außerdem BVerwGE 82, 76; 90, 112. Zu ähnlichen Konstellationen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 105, 252; BVerwGE 71, 183; 87, 37.

195 *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, bes. S. 128 ff.; *ders.*, Bestimmung, S. 89 ff. Im Anschluß daran *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme, S. 2710 ff.; *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln, S. 517. Siehe auch BVerwG, NVwZ 1984, 514 (515).

renden Konstellationen in seinem zentralen Punkt verkannt, falls man den Schutzgehalt erst wie gewohnt anlegte und dann „funktional“ mit Blick auf den jeweiligen Beeinträchtigungsmechanismus zu relativieren versuchte. Genau in dieser Weise geht man allerdings nicht selten vor. Etwa will man von den herkömmlichen Individualgütern aus mit Hilfe des Topos „Schutzzweck der Norm“ die Relevanz vermittelter Beeinträchtigungen bestimmen¹⁹⁶ oder einen „thematisch-konzeptionellen“ und einen „funktionalen“ Schutzgehalt unterscheiden¹⁹⁷.

Entscheidend ist dagegen die Überlegung, daß die *Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte nicht den auf den „klassischen“ Eingriff abgestimmten Beschreibungsformen verhaftet* bleiben darf. So muß es erstens zu Schwierigkeiten führen, die grundrechtlichen Verbürgungen im Sinne einer *möglichst unbestimmt belassenen „Freiheitssphäre“* zu verstehen. Diese Vorstellung – die ganz dem traditionellen Grundrechtsverständnis entgegenkommt – lebt von einem bestimmten Eingriffsbegriff. Es kennzeichnet den „klassischen“ Eingriff, daß er aus sich heraus mit einer Individualisierung verbunden ist und dabei zugleich die Wirkungen, die als rechtlich relevant anerkannt werden, selektiert und begrenzt.¹⁹⁸ Eben diese dogmatisch erzeugte Selektivität und Begrenzung entfällt, wenn man die Gewährleistung als „Freiheitsraum“ umreißt und die Rechtsbeeinträchtigung im Sinne eines „Nachteils (in bezug auf diesen Freiheitsraum)“ faßt. Man wird auf die komplexen Wirkungszusammenhänge der Realität verwiesen. Wirkungszusammenhänge, die man allein über die Realität ermittelt, sind aber in Abhängigkeit von Ansatz und Perspektive so herstellbar, daß man eine staatliche Maßnahme regelmäßig irgendwie als Ursache eines bestimmten Effekts bezeichnen kann. Nahezu jede staatliche Maßnahme ließe sich dann in vielfältiger Weise als Grundrechtseingriff beschreiben. Das würde den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, der einen der Schutzmechanismen darstellt, die sich an eine Grundrechtsbeeinträchtigung knüpfen, restlos überfordern.¹⁹⁹ Im übrigen blieben die Differenz von grundrechtlichen Determinanten und einfachem Recht sowie das grundrechtliche Individualrechtsschutzsystem (in Abgrenzung gegen ein System objektiver Rechtmäßigkeitskontrolle) nicht mehr gewahrt.²⁰⁰ Man kann also nicht beide Komponenten zugleich ins Unbestimmte führen.²⁰¹ Wird der Eingriffsbegriff variabel und versteht er sich nicht mehr allein aus sich heraus, muß im Gegenzug die Freiheitsgewährleistung an Bestimmtheit gewinnen.

196 Als Beispiel siehe BVerwGE 71, 183 (192 ff.).

197 *Sodan*, Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit, S. 860 ff.

198 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

199 Selbst wenn man den Einsatzbereich des Gesetzesvorbehalts restringierte, könnte dieses Problem nicht allein dadurch aufgefangen werden. Unabhängig davon ist eine solche Restriktion – vgl. dazu die Nw in Erster Teil Fn 96 – weniger überzeugend als andere Lösungen.

200 Vgl. auch *Pietzcker*, „Grundrechtsbetroffenheit“, S. 138 ff.; *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz, S. 205; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1129 ff., jeweils m.w.N.

201 Die grundrechtlichen Schutzmechanismen des Gesetzesvorbehalts und der weiteren vielfältigen verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers werden verschüttet, wenn man mit dem Begriff der „*verfassungsrechtlichen Rechtfertigung*“ arbeitet und damit im wesentlichen Abwägungsmechanismen verbindet. Vgl. etwa bei *Kahl*, Schutzbereich, bes. S. 167, 184 ff., der die Konsequenzen unbestimmt weiter Schutzbereiche bei gleichzeitig erweitertem Eingriffsbegriff deswegen unterschätzt.

Jedenfalls bei den hier herausgestellten Konstellationen greift zweitens eine inhaltliche Präzisierung der Grundrechtsgarantie zu kurz, die aus einer *ausschließlich auf das Individuum konzentrierten Perspektive* heraus erfolgt und Schutzgüter wie die der individuellen Selbstbestimmung oder der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit im Sinne einer Willensautonomie in den Mittelpunkt rückt. Diese Gewährleistungskonkretisierungen gehen mit der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption einher, deren Einsatzfähigkeit auf der Ausblendung sozialer Zusammenhänge und Sinnbezüge beruht.²⁰² Sie werden dennoch regelmäßig gewählt. Zum Beispiel hebt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung über die Veröffentlichung einer Liste diethylenglykolhaltiger Weine die „freie unternehmerische Betätigung“ und „das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb“ als Schutzgüter des Art. 12 Abs. 1 GG hervor.²⁰³ Mit solchen Beschreibungen kann der jeweilige Beeinträchtigungsmechanismus aber nicht richtig erfaßt werden.²⁰⁴ Im genannten Beispiel ist das Gericht sofort dem Einwand ausgesetzt, daß das Verhalten als solches, hier also die Möglichkeit, Wein zu produzieren und auf dem Markt anzubieten, durch die Listenveröffentlichung gar nicht betroffen ist. Betroffen sind vielmehr zunächst das Image des Produkts und der Ruf oder das Bild des Unternehmens in den Augen der Verbraucher. Deren erwartbare Reaktionen betreffen dann weiter die Absatzchancen oder den Absatz der Produkte. Das mag sich letztlich auch auf die Ertragslage des Unternehmens und auf seine Möglichkeiten auswirken, zukünftig Wein zu produzieren und anzubieten. Die Beeinträchtigung durch das staatliche Vorgehen läßt sich also erst darstellen, wenn man den Wirkungsmechanismen in dem jeweils relevanten sozialen Kontext nachgeht und die Umweltbezüge und Umweltabhängigkeiten individueller Freiheit aufschlüsselt. Will man solche Beeinträchtigungen als Rechtsbeeinträchtigungen erfassen, kommt es darauf an, das jeweils relevante natürliche Umfeld oder die soziale Umwelt im Rahmen der Norminterpretation mitzudenken.

Eine zentrale Bedeutung kommt demnach der Frage zu, ob und in welcher Reichweite sich die Grundrechtsaussagen in ihrem individualschützenden Gehalt so konkretisieren lassen, daß ihre Sinnbezüge den sozialen Kontext einschließen, über den die in Streit stehende Maßnahme auch den Einzelnen trifft.²⁰⁵ Auf diese Weise könnten sich individuelle Positionen *in* dem jeweiligen Kontext ergeben. Die Eingriffsabwehr trifft sich an dieser Stelle mit den Grundrechtsinterpretationen, die überindividuelle Ebenen und soziale Zusammenhänge in das Normverständnis einbeziehen.²⁰⁶ Normativ bedarf es konkretisierender Argumentationen, über die erstens die Bezüge zum Kontext normorientiert entwickelt und zweitens die von der Norm geschützten Positionen des Einzelnen bestimmt

202 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

203 BVerwGE 87, 37 (39).

204 Daß diese Schutzgüter im zu entscheidenden Fall nicht richtig passen, bemerkt das Bundesverwaltungsgericht selbst, sobald es den Eingriff thematisiert. Es legt dann zugrunde, daß in die „Wettbewerbsposition“ des Unternehmens eingegriffen werde, und geht so vor, als bestünde zwischen dem „Verhalten im Wettbewerb“ und der „Wettbewerbsposition“ kein Unterschied, vgl. BVerwGE 87, 37 (39 f.).

205 Zum Ansatz bereits *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 237 ff. Vgl. weiter *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 82 ff.

206 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

werden. Die erforderliche problembezogene und präzise Auslegung der Gewährleistungsinhalte ermöglicht die Aufschlüsselung und die rechtlich differenzierende Betrachtung der vielfältigen Umweltbezüge, die über die Kriterien des Eingriffs allenfalls begrenzt und nur sehr unzulänglich geleistet werden könnten.

Die durch Kontextbezüge gekennzeichneten Freiheitspositionen unterscheiden sich, wie sich bereits in der Analyse der neuartigen Grundrechtsinterpretationen gezeigt hat²⁰⁷, sowohl inhaltlich als auch dogmatisch notwendig von den individualistischen Fassungen. *Inhaltlich* werden sie auf der Grundlage einer übergreifenden Perspektive beschrieben, so daß sie erst im Mitdenken des jeweiligen Kontexts ihren Gehalt und Sinn gewinnen. Regelmäßig kommt hier vor allem sozialen Strukturen und Prozessen, die durch die Beteiligung Dritter oder auch staatlicher Stellen gekennzeichnet sind, Bedeutung zu. *Dogmatisch* gibt man die Prämissen der traditionellen Eingriffsabwehr auf. Das hat weitreichende Folgen. Vor allem paßt das mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip verbundene Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ nicht mehr. Sofern die Individualrechtspositionen im Mitdenken sozialer Strukturen und Prozesse entwickelt werden, werden die mit der Sozialität notwendig verbundenen Bedingungen und Grenzen der individuellen Stellung von den Aussagen der Grundrechtsnorm erfaßt und normativ mitverarbeitet. Dementsprechend können dem Einzelnen immer nur *über die Normaussagen bestimmte und zugleich begrenzte Schutzpositionen* gewährleistet sein. Deren Inhalt und Grenzen sind von den – ihrerseits normativ zu bestimmenden – überindividuellen Zusammenhängen und den Positionen Dritter geprägt. Das ist aber weder mit Schutz einschränkungen über „immanente Grenzen“ zu verwechseln, bei denen man eine individualistisch gefaßte Position aufgrund der ebenfalls individualistisch beschriebenen Rechtsstellung Dritter von vornherein begrenzt, noch als bloße Ableitung aus einem dem Grundrecht unterlegten überindividuellen Ordnungsmodell anzulegen. Der individuelle Freiheitsschutz wird im Ansatz keineswegs eingeschränkt. Er wird im Gegenteil erweitert. Denn man entwickelt neue „soziale“ Rechtspositionen, die der Grundrechtsträger vorher so nicht gehabt hätte.²⁰⁸ Da man soziale Zusammenhänge und Prozesse betrachtet und ein komplexeres Bild als bei der gewohnten Eingriffsabwehr zugrunde legt, kann sich in einer zu beurteilenden Konstellation ein *Bündel unterschiedlicher Rechte* ergeben. Man steht nicht vor der Alternative, den grundrechtlichen Schutz entweder bedingungslos zu bejahen oder vollständig zu verneinen. Der Grundrechtsträger kann vielmehr im Rahmen der herauszuarbeitenden sozialen Beziehungen an bestimmten Punkten und in bestimmten Hinsichten geschützt, in anderen Hinsichten nicht geschützt sein.

Gelingt eine solche Entfaltung der Grundrechtsnorm, wird – das ist in diesem Zusammenhang entscheidend – eine Basis für eine nahtlos anschließbare Argumentation zur Grundrechtsbeeinträchtigung geschaffen. Denn eine auf die Beziehung oder den jeweiligen sozialen Kontext gerichtete staatliche Einwirkung kann dann („unmittelbar“) eben

207 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

208 Dies wird von *Kahl*, Schutzbereich, S. 184 ff., bes. S. 200, hinsichtlich bestimmter Felder übersehen. Zutreffend *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung, S. 211, 216, mit dem Hinweis, daß die Eingriffsqualität etwa einer Datenspeicherung eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes voraussetzt, wie sie erst das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit sich gebracht hat.

diese Rechtsposition berühren.²⁰⁹ Man hat also nicht mehr mit einem Sprung zwischen Schutzbereich und Beeinträchtigungsmechanismus zu kämpfen.²¹⁰ Grundrechtspositionen und Grundrechtsbeeinträchtigungen werden durch eine konstellationsangepasste Auslegung der Norm aufeinander abgestimmt, so wie sie auch in der „klassischen“ Eingriffsabwehr aufeinander abgestimmt sind.

Dies läßt sich an einigen Beispielen veranschaulichen. Teilweise ergibt sich eine kontextbezogene Schutzgehaltsbestimmung schon über die textlichen Aussagen der einschlägigen Norm. Zum Beispiel enthält der Begriff des „Geheimnisses“ in Art. 10 GG soziale Sinnverweise, denn ein Geheimnis ist ein Sachverhalt immer erst und nur in bezug auf das Wissen anderer. Indem das Grundrecht das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleistet, sichert es den Grundrechtsträgern zu, daß staatliche Stellen die dem Schutz unterfallenden Mitteilungen oder Daten nicht lesen oder abhören und nicht verwerten. Aus dem Gewährleistungsinhalt folgt dann zwanglos und konsequent, daß „jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von kommunikativen Daten durch ... staatliche Stellen (ein) Grundrechtseingriff“²¹¹ ist, obwohl es sich erkennbar nicht um „klassische“ Eingriffe handelt. Den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG wird man dahin verstehen können, daß die einzelnen Ehepartner oder Familienangehörigen gerade auch als Mitglied einer Gemeinschaft geschützt werden. Eine staatliche Maßnahme, die auf die jeweilige Beziehung zugreift, kann dann zugleich die in der Beziehung bestehende Position des Einzelnen tangieren. So ist ein bereits im Bundesgebiet lebender Ehepartner in seiner aus Art. 6 GG folgenden Rechtsposition betroffen, wenn dem anderen Ehepartner der Aufenthalt im Bundesgebiet, der das Zusammenleben ermöglichen soll, versagt wird. Das gilt, obwohl die staatliche Maßnahme gar nicht an ihn selbst, sondern an den anderen gerichtet ist, und nicht seine, sondern die aufenthaltsrechtliche Stellung des anderen regelt.²¹²

Bei anderen Grundrechtsnormen sind soziale Bezüge über eine konkretisierende Auslegung herzustellen. So wie das Recht auf freie Meinungsäußerung in der Wechselbeziehung zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung als sozialem Zusammenhang bestimmte Schutzzinhalte gewinnt, könnte man etwa auch Beziehungen zwischen der in Art. 12 GG genannten Berufsausübung und dem Markt als sozialem System entwickeln und soziale Positionen wie die Teilnahme und Teilhabe am Markt oder den Ruf eines Unternehmens normativ erfassen. Indem das Grundrecht die Berufsausübung als Grundla-

209 Siehe auch *Ramsauer*, Bestimmung, S. 105, mit dem auf den Schutzbereich verweisenden Kriterium der „Grundrechtsbezogenheit“ einer Beeinträchtigung: „Wirkt eine staatliche Maßnahme auf einen Grundrechtsträger in der Weise ein, daß zunächst dessen soziales, wirtschaftliches, lokales oder sonstiges Umfeld verändert wird und erst von dieser Veränderung Nachteile für die freiheitliche Betätigungsmöglichkeit ausgehen, dann kommt es für die Grundrechtsrelevanz dieser Maßnahme neben der Dichte der Erfolgsbeziehung und der Intensität auf die Grundrechtsbezogenheit der Beeinträchtigung an. In dem Umfange, in dem das Grundrecht seinen Träger auch gegen bestimmte staatlich veranlaßte Veränderungen des Umfeldes schützen soll, besteht auch eine Grundrechtsbezogenheit der staatlichen Maßnahme.“ Ähnlich *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 378.

210 Siehe dazu auch *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 148 ff.

211 BVerfGE 85, 386 (398). Weiter BVerfGE 100, 313 (366 f.).

212 Dazu BVerfGE 76, 1 (44 f.).

ge für den Erwerb des Lebensunterhalts schützt²¹³, erfaßt es (auch) soziales Handeln und die Rolle im Wettbewerb und am Markt. Läßt sich der Gewährleistungsinhalt in bestimmten Hinsichten zu einer Position der Teilnahme und Teilhabe am Markt spezifizieren, dann können auch marktbezogene staatliche Regelungen das Grundrecht beeinträchtigen. Bei der Konkretisierung der Rechtsposition hat man allerdings den sozialen Zusammenhang und die insoweit einschlägigen normativen Aussagen zu berücksichtigen, in dessen Rahmen sich die Verhaltens- und Kommunikationschancen des Grundrechtsträgers erst ergeben. So zeichnet sich der Markt dadurch aus, daß er durch zahlreiche Faktoren beeinflusst wird und stetig veränderte Bedingungen vorgibt. Positionen der Teilnahme am Markt ist diese Veränderlichkeit mitgegeben. Ihr Schutz richtet sich nicht darauf, den Grundrechtsträger vor den ihm nachteiligen Veränderungen der Rahmenbedingungen zu bewahren, die dem Markt eigen sind. Das gilt grundsätzlich sogar für staatlich herbeigeführte Veränderungen der Rahmenbedingungen, die dazu führen, daß sich für ein bis dahin absetzbares Produkt keine Abnehmer mehr finden.²¹⁴ Auch sind Markt und Wettbewerb, in deren Rahmen die Erwerbsmöglichkeiten ent- und bestehen, durch die Beteiligung von anderen Anbietern und von Nachfragern gekennzeichnet. Den am Wettbewerb beteiligten Konkurrenten gewährt Art. 12 GG, ohne daß dies die normative Verbürgung eines bestimmten Ordnungsmodells voraussetzte, jedenfalls gleiche Rechte. Hebt der Staat Beschränkungen der Wettbewerbschancen bestimmter Grundrechtsträger auf, mögen sich die beruflichen Erwerbsmöglichkeiten eines anderen Grundrechtsträgers zwar vermindern. Trotz dieser (faktischen) Beeinträchtigung bietet ihm das Grundrecht aber keinen Anspruch darauf, daß der Staat seine Maßnahme unterläßt.²¹⁵ Vermittelt der Staat anderen Marktteilnehmern nachteilige Informationen über ein Unternehmen oder über dessen Produkte, kann dies als Rechtsbeeinträchtigung problematisiert werden, soweit Art. 12 Abs. 1 GG dem Unternehmen Schutz hinsichtlich des eigenen Rufes oder des Images seiner Produkte in den Augen anderer gewährt. Bei der Konkretisierung eines solchen Schutzes muß man allerdings beachten, daß es eben nicht um die „unternehmerische Betätigungsfreiheit“ (also nicht um eine Handlungsfreiheit), sondern um Rechte hinsichtlich des staatlichen Vorgehens als Information anderer über das Unternehmen bzw. über die Unternehmensprodukte geht. Indem sich der Ruf oder das Image von Produkten in (überindividuellen) Kommunikationszusammenhängen bilden²¹⁶, sind sie dem Unternehmen nicht in einer Weise zuzuordnen, daß dieses über staatliche Stellungnahmen oder über die Informationen, die daraus resultieren und in den Ruf oder das Image einfließen, bestimmen könnte. Die Grundrechtsgewährleistung gibt somit kein individuelles Recht der ausschließlich eigenen Darstellung des Unternehmens oder der Produkte her, das gegen jede staatliche Stellungnahme oder gegen jede staatliche Information anderer Schutz bietet.²¹⁷

213 BVerfGE 81, 242 (254).

214 BVerfGE 98, 218 (259).

215 Dazu HessStGH, NVwZ 1983, S. 542 (543). Schon anders gelagert BVerwGE 65, 167 (169 ff.). Vgl. außerdem BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269). Zum Grundrechtseingriff bei Konkurrenznachteilen BVerfGE 82, 209 (222 ff.); 86, 28 (37 ff.).

216 Vgl. dazu auch *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 150 f. Instruktiv außerdem *Wolf*, Grundrechtseingriff, S. 348 ff.

217 Ausführlich dazu noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.

Daß die überindividuellen Bezüge zu berücksichtigen sind, heißt aber nicht, daß man gezwungen wäre, die individuellen Schutzpositionen aus einem überindividuellen Ordnungsmodell des Marktes abzuleiten, das Art. 12 Abs. 1 GG unterlegt wird.²¹⁸ Im Gegenteil liegt es nahe, komplexere Muster der Gewährleistungskonkretisierung zu entwickeln, die den Individualschutzcharakter der Grundrechte bewahren.²¹⁹

Im Rahmen der Konkretisierung der Schutzpositionen kann sich ähnlich wie bei funktionsgrundrechtlichen Interpretationen oder bei Leistungsrechten auch ein anderes – komplexeres – Verhältnis von Grundrecht und Gesetz ergeben. Denn vorhandene gesetzliche Regelungen, die in bestimmten Hinsichten bestimmte Vorgaben treffen, zählen zu den Faktoren, die die sozialen Bedingungen individueller Entfaltung mitbestimmen. Deshalb ist es richtig, wenn das Bundesverwaltungsgericht danach differenziert, ob eine Betätigung, die Anlaß staatlicher Informationen ist, erlaubt oder verboten ist.²²⁰ Es handelt sich dabei keineswegs um einen Grundrechtsschutz nach Maßgabe von Gesetzen, wie ein vorschneller Vorwurf lauten könnte.²²¹ Es geht vielmehr um eine Maßstabsentwicklung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Ebenen. Verbietet der Staat eine bestimmte Verhaltensweise im Rahmen des Berufs, ist dieses Verbot an Art. 12 GG zu messen. Wenn das Verbot verfassungsmäßig ist, kann man es als rechtmäßige Grundrechtseinschränkung zugrundelegen und auf dieser Basis die staatliche Information über eine das Verbot verletzende Betätigung beurteilen.²²²

Diese Überlegungen mögen genügen. Sie sollen hier nur zeigen, daß die Flexibilisierung des Eingriffsbegriff auch im abwehrrechtlichen Bereich zu einer Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt zwingt. Hinsichtlich der Ermittlung von Inhalt und Umfang der je einschlägigen Individualrechtsposition hat auch die Eingriffsabwehr eine Form und Kompliziertheit erreicht, die der Begründung grundrechtlicher Leistungsrechte gleichkommt. Grundrechtsdogmatisch wird der Eingriff der Gewährleistung *nachgeordnet*. Das heißt nicht, daß ihm keine eigenständige Bedeutung und keine eigenständigen Kriterien mehr zukommen. Seine Kriterien ergeben sich jedoch nicht daraus, daß der „klassische“ Eingriffsbegriff als Leitkategorie zu behandeln wäre. Sie sind vielmehr unter Berücksichtigung der Nachgeordnetheit und des daraus resultierenden Anpassungsbedarfs zu entwickeln. In diesem Rahmen ergeben sie sich aufgrund der Funktion, die der Eingriff grundrechtsdogmatisch erfüllt, und aufgrund damit zusammenhängender Anforderungen. Da ein als Eingriff qualifiziertes Verhalten die grundrechtlichen Schutzmechanismen sowie im Falle einer Rechtsverletzung grundrechtliche Reaktionsansprüche auslöst und den Staat insofern Bindungen unterwirft, müssen eine rechtliche Be-

218 In diese Richtung mit partiell zu kurz greifender Argumentation: BVerfGE 105, 252 (265 ff.); ähnlich in einer anderen Konstellation: BVerfGE 106, 275 (298 ff.). Erläuternd *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung, S. 217 f. Kritisch zu diesem Punkt *Albers*, Doctrinal System, Rn 21 f.

219 Dazu noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.d.

220 BVerwGE 87, 37 (40 f.), mit der nachfolgenden Überlegung, daß die Feststellung, daß eine bestimmte berufliche Betätigung verboten ist, nicht von der Prüfung entbindet, welche Maßnahmen der Staat gegen diese Tätigkeit von Verfassungen und Gesetzes wegen ergreifen darf.

221 Etwa bei *Ibler*, Grundrechtseingriff, S. 148.

222 Siehe dazu auch die Maßstabsetzungen auf zweiter Stufe in den bereits in Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V. Fn 153 und 154 zitierten BVerfGE 80, 124 (133 f.); 87, 181 (197 f.).

ziehung zwischen Grundrechtsposition und staatlichem Vorgehen hergestellt und die rechtlich relevanten (Ein)Wirkungen bestimmt werden. Die Eingriffskomponente wird genau davon in bestimmtem Umfang entlastet, wenn man die Grundrechtsgewährleistungen (auch) kontextbezogen auslegt und darüber Aussagen zu Schutzgehalt und -reichweite gewinnt. Das Erfordernis von Zurechnungs- und Verantwortlichkeitskriterien bleibt unberührt. Freilich ist denkbar, daß man keinen einheitlichen Eingriffsbegriff mehr formulieren kann, sondern zu konstellationsbezogen verschiedenen Kriterien für das Vorliegen eines Eingriffs gelangt.²²³

D. Ergebnisse: Die Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt

Die Erweiterungen grundrechtlicher Gehalte und ihre Folgen sollen an dieser Stelle nicht abschließend erörtert werden. Sie werden jeweils vertieft, wenn und soweit es für das Verständnis des Grundrechtsschutzes hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten erforderlich wird. Jedenfalls ist deutlich geworden, daß die dargelegten Erweiterungen keineswegs lediglich nebeneinander stehen. Sie versuchen, die an unterschiedlichen Punkten aufweisbaren Begrenzungen der traditionsorientierten Konzeption des Grundrechtsschutzes zu überwinden, und überlappen sich partiell, ergänzen sich oder setzen gegebenenfalls eine vorangegangene Erweiterung voraus. Hinweisen sei außerdem darauf, daß es die Konsequenz der Abstraktion der Grundrechtsnormen zu „objektivrechtlichen“ (Freiheits)Gewährleistungen ist, daß sich nicht nur andere und zusätzliche Inhalte erschließen, sondern daß sich auch eine Vorrangstellung bestimmter, also insbesondere abwehrrechtlich faßbarer Inhalte nicht begründen lassen wird. Ohnehin ist die Eingriffsabwehr ihrerseits in die Änderungen des Grundrechtsverständnisses eingeschlossen und längst nicht mehr das Sinngefüge, an dessen dogmatische Prägnanz gern erinnert wird.

Faßt man das Wesentliche zusammen, hat sich zunächst gezeigt, daß die „klassische“ *Eingriffsabwehrkonzeption* auf der Grenzlinie einer in einer bestimmten Form konstruierten und dann zugrunde gelegten *Unterscheidung von Gesellschaft und Staat* operiert. Im Rahmen der aufeinander abgestimmten Komponenten – Freiheitsgewährleistung, staatlicher Eingriff, Gesetzesvorbehalt – konzentriert sich der dogmatische Zugriff auf den „Eingriff“, der Freiheitssphäre und staatliche Regulierung relationiert, und auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs gestellt werden. Solange der Eingriff begrifflich präzise gefaßt ist und dabei in sich selbst eine Individualisierung enthält, braucht die rechtlich garantierte individuelle „Freiheit“ nicht genau beschrieben zu werden. Dies entspricht den Intentionen: Freiheit soll nicht, jedenfalls nicht durch staatliche Instanzen, Definitionen oder Wertungen unterzogen werden. Passendes dogmatisches Korrelat ist das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, das Freiheit als prinzipiell unbegrenzt, die staatliche Einschränkung als prinzipiell begrenzt ansetzt. Die Konzeption hat ihre Folgen. Sie bezieht sich auf Freiheitschancen, die dem Staat vorausliegen, die sich also in der Gesellschaft herausbilden und

223 Vgl. auch die Erwägungen bei *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 280.

dann als vorgefunden behandelt werden können. Sie setzt voraus, daß der soziale Kontext individueller Freiheit nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem wird. Die *originären Schutzgegenstände* abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen kennzeichnet, daß sie *in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar* sind. Zu den zentralen Begriffen, mit denen die Schutzbereiche und -güter konkretisiert werden, zählen die Willensautonomie, die Selbstbestimmung, Entscheidungschancen und Verhaltensmöglichkeiten.

Genau diese begrenzte Perspektive, in der Freiheit entfaltet wird, ist der Anknüpfungspunkt zahlreicher *Neukonzeptionen*. Frühzeitig begreift das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte als objektive Wertordnung und erreicht damit eine abstraktere Ebene als die Eingriffsabwehrbeziehung zwischen Bürger und Staat. Die Grundrechtssätze werden zu *Freiheitsegewährleistungen*, aus denen staatliche Pflichten in verschiedene Richtungen konkretisierbar sind. Diese Abstraktion ermöglicht eine *neue und differenziertere Handhabung des Verhältnisses von objektivrechtlichem Normgehalt und subjektiven Rechten*, die auf den objektiven Rechtssätzen beruhen. Damit werden die Voraussetzungen für grundlegend gewandelte Interpretationen der Grundrechtsverbürgungen geschaffen.

Eine zentrale Entwicklungslinie, die auf die Prämissen der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption durchgreift, zielt darauf, den *sozialen Kontext individueller Freiheit als Grundrechtsthema* einzuführen. Die grundrechtlichen Garantien werden inhaltlich mit weiterführenden Sinnbezügen angereichert, indem man bei der Auslegung der *objektivrechtlichen Aussagen* der Grundrechtsnormen *überindividuelle Ebenen* und die *sozialen Zusammenhänge* mitthematisiert, in denen sich individuelle Freiheit bildet und entfaltet. Je nach Gewährleistung kann man dies unmittelbar auf den Normtext stützen oder über normgeleitete Konkretisierungen zu begründen versuchen. Durch solche Norminterpretationen lassen sich auf übergeordneter Ebene neuartige Perspektiven und entsprechend neuartige Grundrechtsbindungen des Staates entwickeln. Zugleich schließt dessen Rolle unterschiedliche Funktionen ein. Grundrechtsdogmatisch wird man darauf verwiesen, die Gewährleistungsgehalte und Rechtsbindungen über die textlich umschriebenen Aussagen der Norm herzuleiten. Dabei kann man sich nicht mehr auf die Implikationen der traditionellen Eingriffsabwehr stützen, weil man deren Prämissen, nämlich insbesondere die individualistische Perspektive, mit der Einflechtung sozialer Bezüge in die Grundrechtsverbürgung aufhebt. Derartige Änderungen in der Auslegung des objektivrechtlichen Grundrechtsgehalts wirken sich notwendig auch auf den *Individualschutz* aus. Das betrifft zum einen den abwehrrechtlich erfaßbaren Bereich. Sofern in die Norminterpretation Sinnbezüge auf das Soziale einfließen, gewinnt man Sehweisen, im Rahmen derer man individuelle Freiheitspositionen von überindividuellen Ebenen her erfassen und beschreiben kann. Das modifiziert gewohnte Schutzgegenstände wie etwa die Verhaltensfreiheit. Es ermöglicht außerdem, Positionen und Rechte zu formulieren, die ihrer Struktur nach erst aus der Sozialität heraus verstehbar und begründbar sind. Bei solchen Positionen sind allerdings die Prämissen nicht gegeben, unter denen das dogmatische Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ einsatzfähig ist. Die Position ergibt sich immer nur als eine *über die objektivrechtlichen Aussagen der einschlägigen Gewährleistung vermittelte und über die Norm zugleich begrenzte Position*. Indem die Interpretation der

Gewährleistungen abstrakter und die Rolle des Staates unterschiedliche Funktionen einschließt, wird es zum anderen denkbar, über die Norm Rechte herzuleiten, die auf eine staatliche Leistung gerichtet sind.

Eine zweite Entwicklungslinie, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausweist, ist die *Herleitung von Grundrechtsbindungen für die staatliche Organisation und das staatliche Verfahren*. Grundrechtsnormen liegen schon im Ansatz quer über den staatlichen Entscheidungsprozessen, die den Einzelnen betreffen, wenn sie unabhängig von einer sachlichen Abschlußentscheidung als Maßstäbe eingesetzt werden, an denen bestimmte, mit den staatlichen Entscheidungsverfahren verbundene Wirkungen gemessen werden, die keinen „klassischen“ Eingriff darstellen. Etwas aufwendiger ist die Norminterpretation in den Fällen, in denen man dem mit einer sachlichen Abschlußentscheidung berührten Grundrecht Rechtsbindungen für die Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung entnimmt. Zwischen Freiheitsgewährleistung und der staatlichen Organisation oder dem staatlichen Verfahren muß eine rechtliche Beziehung hergestellt werden. Dabei genügt es nicht, mit einer „Ausstrahlungswirkung“ der mit der Endentscheidung betroffenen Grundrechtsnorm zu argumentieren. Will man eine tendenzielle Auflösung der gesamten gegebenen Strukturierungen von Organisation und Verfahren, also eine weitgehend kontingente Situation vermeiden, benötigt man präzisere Angaben, in bezug worauf das Grundrecht überhaupt Maßstäbe enthält. Rechtsbindungen aus dem mit der Endentscheidung betroffenen Grundrecht lassen sich über eine engere rechtliche Verknüpfung von Endentscheidung und Organisation bzw. Verfahren der Entscheidungsfindung begründen, indem man den Verlauf des Verfahrens aufschlüsselt und dann darauf abstellt, daß Rechte des Betroffenen bestimmte Wirkungen, die für das mit der Endentscheidung betroffene Rechtsgut absehbar werden, an genau dem Punkt des Entscheidungsfindungsprozesses steuern sollen, an dem die Wirkungen abzusehen und (noch) zu beeinflussen sind. Damit ergibt sich ein *die Norm konkretisierender Argumentationszusammenhang*, der eine *Beziehung* zwischen der *Endentscheidung*, dem *Ablauf des Entscheidungsverfahrens*, insbesondere den darin entstehenden Wirkungen und Bindungen, und dem mit der Entscheidungsfindung *beeinträchtigten Grundrecht* herstellt. Insofern wird der Grundrechtsgehalt in immer schon spezifizierter Weise so erstreckt, daß er *quer über den Entscheidungsprozessen* liegt. Die organisations- und verfahrensbezogenen Rechte des Einzelnen werden über die jeweils einschlägige Norm vermittelt und sind immer nur als sachlich begrenzte Positionen begründbar.

Der *Individualschutz und die individuellen Rechte* bleiben, da sie auf den objektivrechtlichen Aussagen beruhen, von der veränderten Gewährleistungsinterpretation nicht unberührt. Zum einen werden Verpflichtungen und Individualrechte konkretisiert, die sich auf eine staatliche *Leistung* richten. Hinsichtlich derer inhaltlichen Präzisierung wird man auf die Aussagen der jeweiligen Grundrechtsnorm verwiesen. Teilweise orientiert man sich dabei – parallel zu dem im Eingriffsabwehrbereich eingesetzten Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ – an „formalen“ Prinzipien wie der Vorstellung eines Minimalstandards oder der eines Optimums, um die Bestimmung der Gewährleistungsinhalte und der individuellen Rechte zu erleichtern. Dies könnte aber nur dann greifen, wenn sich die Formeln auf eine dogmatische Konzeption stützen könnten, die aus mehr

Komponenten als der Norm selbst besteht. Die mit dem Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ erreichte dogmatische Leistung ist nicht transferierbar, weil sie aus einer dogmatischen Gesamtkonzeption resultiert, deren Schwerpunkt nicht auf den Grundrechtssätzen liegt. Muß man sich auf die Norm konzentrieren, kann man nur auf der normtheoretischen Überlegung aufbauen, daß sich die grundrechtlichen Maßgaben zu konkreten staatsgerichteten Geboten *verdichten* müssen, um gegebenenfalls individualrechtlich durchsetzbar zu sein. Im Ergebnis ist man darauf angewiesen, *neue und angemessene Argumentationsmuster zur Konkretisierung der Norm und deren individualschützenden Gehalts* zu entwickeln. Im näheren können sich spezifiziertere Rechtsbindungen in differenzierter Weise auf unterschiedlichen Ebenen und hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte ergeben, so daß ein vielfältiges Bild leistungsrechtlicher Gehalte und Positionen entsteht.

Zum anderen gerät der *Eingriffsbegriff* unter Änderungsdruck. Dies kann man zumindest zum Teil als Auswirkung der gewandelten Grundrechtsinterpretation begreifen, die Sinnbezüge in die Norm einführt, im Hinblick auf die sich der „klassische“ Eingriff nicht mehr nahtlos als Rechtsbeeinträchtigung anschließen läßt. Wegen des Zusammenhanges zwischen grundrechtlichem Gewährleistungsbereich und Grundrechtsbeeinträchtigung wäre es verfehlt, Lösungen über eine isolierte Betrachtung und Umformung der Eingriffskriterien zu suchen. Vielmehr muß die Aufmerksamkeit zunächst dem Gewährleistungsbereich gelten. Dabei darf man nicht den auf den „klassischen“ Eingriff abgestimmten Beschreibungsformen verhaftet bleiben. Es kommt – entsprechend der veränderten Interpretation der Gewährleistungen – vielmehr darauf an, ob und in welcher Reichweite sich die Grundrechtsaussagen in ihrem individualschützenden Gehalt so konkretisieren lassen, daß ihre Sinnbezüge den sozialen Kontext einschließen, über den die in Streit stehende Maßnahme auch den Einzelnen trifft. Eine solche Normauslegung schafft die Basis für eine nahtlos anschließbare Argumentation zur Grundrechtsbeeinträchtigung. Die jeweilige Schutzposition kann dann allerdings, da man sie aus überindividuellen Bezügen heraus zu verstehen hat, immer nur einen individuellen Anteil (an etwas Überindividuellem) umschreiben; sie ist deshalb eine über die Norm vermittelte und darüber immer auch begrenzte Position. Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, daß sich – jedenfalls im hier diskutierten Spektrum – die dogmatischen Anforderungen des leistungsrechtlichen und des abwehrrechtlichen Bereichs gar nicht so krass unterscheiden. Der zentrale Punkt ist insofern nicht die Frage, ob sich das Begehren des Einzelnen gegen einen Eingriff oder auf eine Leistung des Staates richtet. Der zentrale Punkt und die Schwierigkeiten liegen vielmehr in der Ermittlung dessen, ob die Grundrechtsnorm in ihrem individualschützenden Gehalt den Einzelnen gerade hinsichtlich des jeweiligen Begehrens schützt.

Im Ergebnis erzwingen die Änderungen des Grundrechtsverständnisses also eine *Konzentration auf die Aussagen der Gewährleistungen*. Der Schutzgehalt wird zum Kernelement dogmatischer Strukturierung; andere Komponenten werden in ihrem Bezug darauf neu zugeschnitten. Dabei ist absehbar, daß man bei problematischen Punkten in der Frage, was Grundrechte eigentlich schützen, von traditionellen Ausarbeitungen wenig Hilfe erwarten kann. Denn gerade diese Frage ist von der tiefgreifenden Neubestimmung

der Grundrechte betroffen: „Ihr Sinngehalt kann nicht mehr vom Eingriff her verstanden werden.“²²⁴ Daß die Umstellung auf den Gewährleistungsgehalt und auf normkonkretisierende Argumentationen, die notwendig mit Wertungen verbunden sind, die Grundrechtsdogmatik strapazieren, braucht nicht betont zu werden. Insbesondere die Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen Judikative, Legislative und Exekutive sind Gegenstand einer breitgefächerten Diskussion über die Ausdehnung der Grundrechtsgehalte.²²⁵ In der Tat ist es ein zentrales und nur noch schwer zu lösendes Problem, wie das „Anything goes“ der Perspektiven und Konstruktionsmöglichkeiten, das mit dem Verweis auf komplexe Zusammenhänge unaufhaltsam in Gang gesetzt wird, dogmatisch handhabbare Formen gewinnen und mit rechtsstaatlichen Ausgestaltungen und Sicherungen in Einklang gebracht werden kann.

All dies soll eine erste Folie zur Annäherung an den Gegenstand bieten, um den es hier geht. Oben ist bereits angeklungen, daß der Umgang staatlicher Stellen oder, soweit die Drittwirkung greift, privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten als unmittelbares Bezugsobjekt grundrechtlichen Individualschutzes in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erst mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingeführt wird. Man wird im folgenden sehen, daß ein solcher Schutz strukturelle Eigenarten besitzt, die die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik voraussetzen, die in den bisherigen Ausführungen umrissen worden ist. Der trotz der erkennbaren Bedeutung dieses Schutzgegenstandes relativ spät erfolgende Schritt, ihn der dogmatischen Aufarbeitung zuzumuten, wird dadurch erklärbar. Wie kaum ein anderer Gegenstand zeigt er Interdependenzen zu den originären Schutzgütern des gewohnten Eingriffsabwehrdenkens – zur Selbstbestimmung, zur Entscheidungsfreiheit, zur Verhaltensfreiheit –, wie kaum ein anderer Gegenstand symbolisiert er grundlegende Bedingungen derer Möglichkeit, und wie kaum ein anderer Gegenstand spricht er einen Gewährleistungsgehalt an, der die Leistungskraft des gewohnten Eingriffsabwehrdenkens weit übersteigt.

224 Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaat, S. 392 (dies zu den Konsequenzen, wenn Grundrechte den Charakter absoluter Wertsetzungen gewinnen).

225 Dazu etwa Wahl, Vorrang, S. 487; Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen; Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rn 48 ff.; Böckenförde, Grundrechte, S. 24 ff.; Dreier, Dimensionen, S. 60 ff.; Scherzberg, Wertkonflikte, S. 356 ff. Siehe auch Kloepfer, Verfassungsausweitung, S. 199 ff., bes. S. 201 ff., zum wechselwirksam werdenden Verhältnis von Verfassungs- und Unterverfassungsrecht.