

nen Vorbringen des Klägers unbegründet. Denn Art. 28 WG, der als einzige Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, greift nicht ein. Zwar hat der Beklagte zu 1) den Wechsel angenommen. Aber er haftet dennoch nicht, weil er damals unstreitig minderjährig war und seine Eltern das Geschäft nicht genehmigt haben. Auch eine Rechtsscheinhaftung scheidet aus, weil der Beklagte zu 1) den Rechtsschein wegen seiner mangelnden Geschäftsfähigkeit nicht zurechenbar veranlaßt hat.

Demgegenüber war der Beklagte zu 2) durch Vorbehaltsurteil antragsgemäß zu verurteilen. Er haftet nämlich schon aus Art. 9 I WG als Aussteller. Selbst wenn der Kläger — wie der Beklagte zu 2) vorträgt — den Wechsel nicht vom Berechtigten erworben hat, so kommt doch ein Erwerb vom Nichtberechtigten gem. Art. 16 II WG in Betracht. Zwar scheidet ein solcher Erwerb bei Bösgläubigkeit des Erwerbers aus, und zwar hat der Beklagte zu 2) behauptet, der Kläger habe beim Erwerb des Wechsels gewußt, daß Dieber Nichtberechtigter gewesen sei. Aber für die Bösgläubigkeit ist der Beklagte zu 2) beweispflichtig. Allerdings hat er dafür Zeugenbeweis angetreten; aber dieses Beweismittel ist im Wechselprozeß nicht zulässig. Es bleibt dem Beklagten zu 2) vorbehalten, seine Rechte im Nachverfahren geltend zu machen.

5. Nachverfahren

Im Nachverfahren sind die vom Beklagten zu 2) benannten Zeugen zu vernehmen.

a) Gelangt der Richter aufgrund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung, daß der Kläger den Wechsel vom Nichtberechtigten erworben hat und beim Erwerb bösgläubig war, erläßt er folgendes *Schlußurteil*:

Das Vorbehaltsurteil vom . . . wird aufgehoben.
Die Klage gegen den Beklagten zu 2) wird abgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

b) Gelangt der Richter nicht zu der genannten Überzeugung, erläßt er folgendes *Schlußurteil*:

Das Vorbehaltsurteil vom . . . wird bestätigt.
Der Vorbehalt fällt weg.
Der Beklagte zu 2) trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Anmerkungen

- 1) Vgl. Brox, Handelsrecht und Wertpapierrecht, 1978, Rdnr. 640 f; Harms, Wertpapierrecht, 2. Aufl., 1978, 96; anders: Rehfeld-Zöllner, Wertpapierrecht, 12. Aufl., 1978, 118.
- 2) Brox (FN 1), Rdnr. 643.
- 3) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12. Aufl., 1978, Art. 17 WG, Rdnr. 4.
- 4) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl (FN 3), Art. 17, Rdnr. 5 ff; Rehfeldt-Zöllner (FN 1), 105.
- 5) Canaris, JuS 1971, 444; Hueck-Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., 1977, 138 ff.
- 6) Zur Verteidigung des Beklagten durch Klageleugnen, Einwendungen, Einreden vgl. Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1979, Rdnr. 607 ff.
- 7) Vgl. Sattelmacher-Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 27. Aufl., 1976, 51.
- 8) RGZ 142, 306; BGHZ 62, 289; ebenso: Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl., 1979, § 597, Anm. 2 B; Thomas-Putzo, ZPO, 10. Aufl., 1978, § 592, Anm. 3 b.
- 9) Anders etwa Bull, NJW 1974, 1514; Gloede, MDR 1966, 103; MDR 1974, 895; Jauernig, Zivilprozeßrecht, 18. Aufl., 1977, 281; Kollhosser, JuS 1977, 513; Stürner, NJW 1972, 1257; JZ 1974, 681.
- 10) BGH (FN 8).
- 11) Vgl. dazu Henrichs, JuS 1964, 487 f.

- 12) Das zeigt, daß es auf die angesprochene Streitfrage letztlich nicht ankommt. Deshalb hätte man auch wie folgt vorgehen können: Es fragt sich, ob I, Eigentümer des Wechsels geworden ist. Entweder war I, Eigentümer des Wechsels; dann hat I, vom Berechtigten erworben. Oder I, war nicht Eigentümer; dann hat I, kraft seines guten Glaubens erworben. Jedenfalls ist I, Eigentümer des Wechsels und damit Inhaber der Wechselforderung geworden.
- 13) Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine skizzenhafte Darstellung der zu bearbeitenden Probleme. Auf einen vollständigen gutachtlichen Aufbau wird aus Raumgründen verzichtet; insoweit kann auf die Gliederung zu A und B verwiesen werden.

Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes*

Von Wiss. Mitarbeiter Christoph Gusy, Hagen

Die Sicherung der Freiheit als Entfaltungschance menschlicher Persönlichkeit¹⁾ in Staat und Gesellschaft ist unter den Bedingungen des Sozialstaates frühzeitig als Problem erkannt worden. Die besorgte Frage: „Frißt der Sozialstaat die Freiheit?“ verleiht diesem Problembewußtsein Ausdruck.

Individuelle Freiheit sieht sich heute einer zweifachen Gefährdung ausgesetzt. Sowohl der Staat als auch gesellschaftliche Mächte gefährden die Möglichkeit der Menschen, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten, indem sie sie einer Fülle tatsächlicher und rechtlicher Zwänge unterwerfen. Diese Bedrohung stellt eine Herausforderung an die Grundrechte dar, denen nach dem GG die Freiheitssicherung primär zugewiesen ist. Ob und inwieweit die Grundrechte dieser Aufgabe gerecht werden können, oder zusätzliche Vorkehrungen erforderlich sind, ist in der Diskussion äußerst umstritten.

Inhaltsübersicht

- I. Die traditionelle Auffassung des Liberalismus: Freiheitssicherung durch Abwehrrechte
 1. Der „negative“ Freiheitsbegriff
 2. Kritik
- II. Die neuere Auffassung: Freiheitssicherung durch Leistungsrechte
 1. Der „positive“ Freiheitsbegriff
 2. Kritik
- III. Die Notwendigkeit der Freiheitssicherung durch grundrechtsergänzende Maßnahmen
 1. Freiheitssicherung durch das Sozialstaatsprinzip
 2. Freiheitssicherung durch das Prinzip der Freiheit

I. Die traditionelle Auffassung des Liberalismus: Freiheitssicherung durch Abwehrrechte

1. Der „negative“ Freiheitsbegriff

Das traditionelle Freiheitsverständnis des Liberalismus basiert auf der im 19. Jahrhundert formulierten Voraussetzung, das Individuum als weitgehend autonomes Wesen befriedige seine privaten Bedürfnisse in der Gesellschaft, in der keine einseitige Zwangsgewalt bestehe und die deshalb von Herrschaft frei sei²⁾. Auftretende Konflikte sollten durch die gesellschaftliche „Selbstregulierung“ geschlichtet werden, der die außerhalb der Gesellschaft stehende staatliche Fremdregulierung gegenübergestellt wurde. Erschien somit die Gesellschaft als Hort der Freiheit, so konnte die Persönlichkeitsentfaltung nur im „mög-

lichst wenig Regiert werden³⁾ durch den Staat verwirklicht werden. Freiheitssicherung bedeutet danach Schutz der „freien“ gesellschaftlichen Prozesse gegen staatliche Eingriffe. Dem entspricht der „negative“ Freiheitsbegriff als Voraussetzung des Grundrechtsschutzes.

Die Freiheitsrechte gehen danach von einem Zustand (status) aus, an den Ansprüche, die sich auf diesen Zustand gründen, nämlich die subjektiven öffentlichen Rechte, anknüpfen⁴⁾. Diese wirken zur Sicherung der Freiheit vom Staat (status negativus), zur Begründung von Forderungen an den Staat (status positivus) und von Leistungen für den Staat (status activus). Die Freiheitsrechte sollen primär „Negationen bisher in Kraft gewesener Beschänkungen“⁵⁾ darstellen, die in erster Linie als Ausgrenzungen der Sphäre der Gesellschaft aus dem Staat erscheinen und Bereiche aufrichten, vor denen „die Staatsgewalt halt macht“⁶⁾. In diesem aus dem Staat ausgegrenzten Bereich soll dem Einzelnen als gedachtes autonomes, sich selbst genügendes Individuum die „natürliche Freiheit zur Beliebigkeit“ eingeräumt sein⁷⁾. Zur Sicherung dieser staatsverneinenden Sphäre der Freiheit stellen die Grundrechte Unterlassungs- bzw. Reaktionsansprüche gegen staatliche Eingriffe dar⁸⁾. Als Normen zur Kompetenzverteilung zwischen dem selbständigen Bürger und dem Staat⁹⁾ bewahren sie so dem Einzelnen eine staatsfreie Sphäre autonomer Lebensgestaltung in der Gesellschaft¹⁰⁾.

Dieser gesellschaftliche Freiheitsbereich wird somit als dem Staat vorausliegend angesehen, Freiheit soll ein Zustand sein, der sich dadurch auszeichnet, nicht rechtlich normiert zu sein¹¹⁾; Art und Umfang des Freiheitsgebrauchs liegen außerhalb der staatlichen Regelungskompetenz¹²⁾. Der „negative“ Freiheitsbegriff definiert demnach Freiheit ausschließlich als Staatsfreiheit, als Freiheit vom Staat¹³⁾. Der Freiheitsschutz gegen staatliche Eingriffe wird durch Abwehrklagen gesichert¹⁴⁾; die Effektivierung der Grundrechte erfolgt ausschließlich dadurch, daß dem Bürger die Möglichkeit zuerkannt wird, seinen Abwehranspruch gerichtlich durchzusetzen.

Die so verstandene Freiheit braucht keine Ausführungsgesetze¹⁵⁾, die dem Bürger rechtlich garantierte Freiheit zur Beliebigkeit unterliegt ausschließlich seiner eigenen Disposition.

2. Kritik

Ob und inwieweit Staatsfreiheit die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit gewährleisten kann, hängt danach nicht vom Staat, sondern von gesellschaftlichen Faktoren ab¹⁶⁾. Im gesellschaftlichen Prozeß realisiert sich nach traditioneller Auffassung des Liberalismus die Freiheit durch staatlich unbeflüßte Betätigung der rechtlich Freien, Freiheit zur rechtlich ungebundenen Beliebigkeit gewinnt im Zusammenwirken mit anderen Realität¹⁷⁾.

Die Gesellschaft ist jedoch keineswegs homogen im Sinne gleichgerichteter Interessen, vielmehr treten in ihr Konflikte auf, deren Zahl parallel zu der Verdichtung sozialer Beziehungen zunimmt. Im Zuge der fortschreitenden Spezialisierung des Einzelnen¹⁸⁾ im Hinblick auf die Möglichkeit der Erlangung von Informationen und der Erkenntnis der Eigenheiten der verschiedenen Lebensbereiche verengt sich zunehmend der vom isolierten Individuum beherrschbare Lebensraum¹⁹⁾. Um die differenzierten auftretenden Probleme zu bewältigen, ist er in immer größerem Maße auf die Mitwirkung gleichfalls spezialisierter anderer angewiesen²⁰⁾. Interaktion wird so in immer weiteren Bereichen zur Erlangung des Bewußtseins der eigenen Handlungsmöglichkeiten unentbehrlich²¹⁾. Die Notwendigkeit

des Zusammenwirkens und die Zahl der dadurch entstehenden Kontakte erhöhen sich so zwangsläufig, die Komplexität des Umfeldes jedes Individuums und damit dessen Angewiesenheit auf Kommunikation und Interaktion steigern sich wechselseitig.

Hierdurch bedingt und parallel dazu verloren herkömmliche Institutionen, die früher den Einzelnen in das gesellschaftliche Leben einbanden und ihm einen festen Platz zuwiesen, ihre Funktion²²⁾. Religion, Stand, Sippe, Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft erwiesen sich in abnehmendem Maße als fähig, die Bedürfnisse ihrer Mitglieder zu befriedigen. Die dadurch verminderte Abhängigkeit von ihnen beschleunigte den gesellschaftlichen Desintegrationsprozeß. An die Stelle der alten Ordnungsfaktoren mit ihren umfassenden Mechanismen sozialer Kontrolle tritt die zunehmende Orientierungslosigkeit des aus dem festen Verbund gelösten Einzelmenschen, der statt gesellschaftlich stabilisierter Interessenidentität bzw. -harmonie nunmehr selbst den Ausgleich mit anderen suchen muß. Dabei *schwindet die individuelle Gegenseitigkeitserwartung* bezüglich der Mitwirkung bei der eigenen Bedürfnisbefriedigung zugunsten einer jeweils auf die Gesellschaft als Ganze gerichteten Erwartung der Verfügbarmachung von Ressourcen. Der Interessenausgleich verlagert sich damit weg von dem gemeinsamen Streben nach gemeinsamer Verwirklichung gemeinsamer Ziele in Richtung auf die Erlangung einer möglichst allseits einlösbaren, möglichst hohen Gegenleistung für die eigene Tätigkeit²³⁾. Im Zuge dieser Kommerzialisierung von Leistungen und Gütern tritt an die Stelle des alten Ausgleichs durch stabile soziale Institutionen das Prinzip des freien Wettbewerbs (z. B. Vertragsfreiheit).

Primäres Handlungsziel wird demnach das Streben nach einer möglichst weitgehenden Durchsetzung eigener Interessen auf Kosten des jeweils anderen. Diese setzt die Möglichkeit einer effektiven Verfolgung eigener Ziele voraus²⁴⁾. Konsequentermaßen treten neben den weitgehend isoliert gedachten, mit einigermaßen gleicher Intelligenz und gleichen sozialen Chancen ausgestatteten „Freien und Gleichen“, der den Prototyp des Bürgers im Gesellschaftsmodell des Liberalismus darstellt²⁵⁾, bei der Realisierung von Ansprüchen in zunehmendem Maße Verbände²⁶⁾ und Einzelne, die kraft ihrer Beherrschung lebenswichtiger Güter eine überlegene gesellschaftliche Macht haben²⁷⁾. Diese gesellschaftlichen Mächte drängen den Einzelnen im Kampf um die für die Freiheitsbetätigung notwendigen Güter in einen uneinholbaren Nachteil. Die „Selbstregulierung“ der in etwa gleichen Kräfte, die der Liberalismus voraussetzte, schwand zugunsten gesellschaftlicher Machtausübung durch organisierte Interessenwahrnehmung in Großunternehmen oder sozialen Verbänden. Der freie Wettbewerb als vormals legitimer Interessenausgleich wird durch Oligopol- oder Monopolbildung unmöglich. Freiheit bleibt als reale Möglichkeit nur dem, der besondere materielle und geistige Voraussetzungen mitbringt, was angesichts der Anforderungen an die Voraussetzungen der Freiheit in Bezug auf Kapitaleinsatz (Pressefreiheit) oder die Mitwirkung anderer (Berufsfreiheit) nur unter Schwierigkeiten und mit erheblichen Risiken möglich ist²⁸⁾. Solange diese Voraussetzungen knapp oder in den Händen weniger monopolisiert sind, wäre demnach die Freiheit ein Privileg der wirtschaftlich Mächtigen²⁹⁾, die Möglichkeit zur Selbstbestimmung des Einzelnen frei von staatlicher Einwirkung gestaltet sich unter diesen Umständen lediglich von der Fremdbestimmung durch den Staat zu einer Fremdbestimmung durch gesellschaftliche Mächte um³⁰⁾.

Dieser Prozeß wird durch die vermehrten Auswirkungen vieler Arten der Freiheitsausübung für die Gesellschaft beschleunigt. Im Zuge der fortschreitenden Technisierung und des Zusammenrückens der Menschen verknappen sich die natürlichen Ressourcen³¹⁾, die elementare Voraussetzungen der Freiheitsausübung darstellen, das Zusammenleben wird störungsanfälliger. Freiheitsverwirklichung „in großem Stil“ mindert die Chancen der Freiheitsverwirklichung anderer nicht nur bei der Ausübung der gleichen Freiheit, sondern auch bei solchen, die zu der betätigten Freiheit sonst nicht in Konkurrenz stehen³²⁾. Durch Freiheitsbetätigung verursachte Umweltbelastung beeinträchtigt nicht nur die Möglichkeit anderer, die Umwelt zu verschmutzen, sondern auch deren körperliche Gesundheit; heranrückende Bebauung gefährdet nicht nur die eigene Möglichkeit zu bauen, sondern auch jede andere Nutzung des eigenen Bodens³³⁾.

Dieses Mißverhältnis zwischen der Freiheit vom Staat und der tatsächlichen gesellschaftlichen Unfreiheit ist eine logische Konsequenz des negativen Freiheitsbegriffs³⁴⁾. Das Postulat der Gesellschaft als Reservat der Freiheit gegenüber dem Staat erwies sich insoweit als trügerisch, als der Einzelne seine vorausgesetzte „natürliche“ Freiheit als Individuum mit dem Eintritt in die Gemeinschaft verliert und dort nur noch so viel an Beliebigkeit für sich in Anspruch nehmen kann, als ihm diese einräumt³⁵⁾. Öffentliche und private Freiheit sind untrennbar³⁶⁾.

Dem gesellschaftlichen Freiheitsdefizit hat der Staat in der Realität längst Rechnung getragen. Infolge des sukzessiven Funktionsverlustes traditioneller gesellschaftlicher Ordnungsfaktoren und der hieraus resultierenden Mangellagen³⁷⁾ vollzog er eine verstärkte Hinwendung auf die Gesellschaft im Sinne aktiver Sozialgestaltung³⁸⁾. Der „Nachwächterstaat“ wandelte sich zum Leistungsstaat, der „bürgerliche“ zum „sozialen“ Rechtsstaat. Die Gesellschaft geriet damit vollends aus ihrer nach Auffassung des Liberalismus bestehenden Autonomie zu diesem in ein durch Interdependenz gekennzeichnetes Verhältnis von Kommunikation und Kooperation³⁹⁾, in dem die Sozialordnung nicht mehr als vorgegeben betrachtet, sondern zum Gegenstand planender Gestaltung gemacht wird. Die Verlagerung vormals gesellschaftlicher Aufgaben auf den Staat änderte die Abhängigkeit des Einzelnen von der gesellschaftlichen Betätigung teilweise in Richtung staatlicher Leistungsaktivitäten als Voraussetzung seiner Freiheit. Der Staat tritt nicht mehr ausschließlich in der Rolle des ge- oder verbietenden „Grundrechtsgegners“ auf, sondern erscheint zugleich oftmals als unentbehrlicher Förderer individueller Freiheit. Die Abhängigkeit der Freiheit vom gesellschaftlichen Umfeld wird dadurch reduziert und zugleich ergänzt durch die Abhängigkeit von staatlichen Leistungen. In den Bereichen, in denen der Staat die gesellschaftlichen Institutionen völlig verdrängt hat und die zur Freiheitsbetätigung notwendigen Voraussetzungen monopolisiert, wird seine Leistung zur notwendigen Voraussetzung der Freiheitsausübung⁴⁰⁾. Freiheit in der Gemeinschaft ist damit letztlich keine „natürliche“ oder „vorstaatliche“, sondern vielfach erst durch den Staat konstituiert.

Zugleich zeigt diese vielfache Verschränkung, daß entgegen der traditionell-liberalistischen Sicht Staat und Gesellschaft keineswegs isoliert nebeneinanderstehen. Der Staat als soziales System⁴¹⁾ erfaßt den Einzelnen in bestimmten Rollen, in anderen Rollen ist dieser in andere Subsysteme des Gemeinwesens integriert. Der Staat steht zu diesen Systemen in mannigfaltigen Wechselbeziehungen⁴²⁾; viele früher als „rein gesellschaftlich“ qualifizierte Handlungen sind auch Aktionen im System Staat (etwa die Ausübung der Parteifreiheit aus Art 21 GG)⁴³⁾.

Eine Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft ist daher undurchführbar, da es wegen der Interdependenz der verschiedenen Subsysteme des Gemeinwesens unmöglich ist, bestimmte Sphären als völlig staatsfrei anzusehen⁴⁴⁾. Die Gesellschaft ist nicht „staatsfrei“, ebensowenig wie der Staat als „gesellschaftsfrei“ angesehen werden kann⁴⁵⁾.

Der „negative“ Freiheitsbegriff ist daher weder von seinen Voraussetzungen noch von seinen Konsequenzen her in der Lage, Freiheit tatsächlich zu sichern. Freiheitssicherung kann nicht durch Herstellung von Staatsfreiheit allein erfolgen.

II. Die neuere Auffassung: Freiheitssicherung durch Leistungsrechte

1. Der „positive“ Freiheitsbegriff

a) Dementsprechend wird die Forderung erhoben, der Staat müsse die tatsächliche „reale“ Freiheit garantieren. Dazu müsse er die „Grundrechtsvoraussetzungen“⁴⁶⁾ sichern, indem er diejenigen Leistungen zur Verfügung stellt, die die Freiheitsbetätigung erst ermöglichen. Dazu sind folgende Vorkehrungen erforderlich: primär die Negation staatlicher Einwirkung auf die individuelle Persönlichkeitsentfaltung, ferner der Schutz vor freiheitsbedrohender gesellschaftlicher Herrschaft, die Gewährleistung der realen Vorbedingungen der Freiheit (etwa durch materielle Leistungen wie Bildungs- oder Ausbildungsstätten), die Ermöglichung der politischen Teilhabe am demokratischen Prozeß⁴⁷⁾ und die Mäßigung politischer Macht durch organisatorische Vorkehrungen⁴⁸⁾. Ein so verstandener Freiheitsbegriff geht über den eindimensionalen negativen Freiheitsbegriff im Sinne eines mehrdimensionalen positiven Freiheitsverständnisses hinaus. Freiheit ist nicht mehr ein quasi natürlicher vorstaatlicher Zustand, sondern muß vom Staat erst hergestellt werden⁴⁹⁾. Freiheitsherstellung wird so zur ständigen Aufgabe der staatlichen Sozialgestaltung.

b) Die so verstandene positive Freiheit wird unter den gewandelten Bedingungen des Zusammenlebens häufig als neu definiertes Schutzgut der Freiheitsrechte angesehen. Diese vermögen reale Freiheit jedoch nur zu garantieren, wenn sie den Bürgern ein Recht auf staatliche Leistungen zur Herstellung der erforderlichen Voraussetzungen der Freiheitsbetätigung gewähren⁵⁰⁾.

Zur Begründung für diese Neubestimmung des Schutzgutes der Grundrechte wird der Gedanke der Grundrechtseffektivität herangezogen. Grundrechte waren und sind danach stets Antworten auf besondere Gefährdungslagen für die Freiheit⁵¹⁾. Mit der Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse ändert sich stets auch diese Gefährdung. Die Grundrechte können daher Freiheit nur dann effektiv sichern, wenn sie elastisch den jeweils freiheitsbedrohenden Faktoren entgegenwirken. Da die Freiheitsverbürgungen als Abwehrrechte nicht mehr ausreichen, um effektive Freiheit zu sichern, werden sie im Lichte der Erkenntnisse der Wirklichkeitswissenschaften im Wege einer „grundrechtssichernden Geltungsfortbildung“ als allseitige Freiheitssicherungen gedeutet. Sie sollen auf jeder Aggregationsstufe des Gesellschaftssystems⁵²⁾ multifunktional⁵³⁾ den neu entstehenden Gefahren begegnen können. Dazu sollen sie von ihrer auf den „Eingriffsstaat“ abstellenden Wirkungsweise auf den Sozialstaat „umgeschrieben“ werden⁵⁴⁾. Da die effektive Freiheit oftmals von Leistungen des Staates abhängt⁵⁵⁾, werden diese zu (mit-)geschützten Garantieobjekten der Grundrechte und somit Freiheitsrechte zu Leistungsrechten⁵⁶⁾.

Daneben wird auf den systematischen Zusammenhang der Grundrechte mit dem im GG niedergelegten Sozialstaatsprinzip

hingewiesen. Ausgangspunkt dieser Lehre ist die Annahme, die Verfassung stelle ein in sich einheitliches Ganzes dar⁵⁷⁾, das zwar spannungsvoll, aber frei von inneren Widersprüchen eine Ordnung geformt habe, deren einzelne Elemente zueinander keineswegs in einem antinomischen Verhältnis stünden⁵⁸⁾. Scheinbare Widersprüche sollen durch „Harmonisierung“ abgestimmt⁵⁹⁾ werden, so daß in Übereinstimmung mit der „Sinn-totalität“ der Verfassung⁶⁰⁾ das Ganze im Einzelnen zum Ausdruck gebracht wird⁶¹⁾. Demzufolge erfuhren die Grundrechte mit dem Übergang vom bürgerlichen zum sozialen Rechtsstaat im Wege ihrer Zuordnung zu diesen Prinzipien⁶²⁾ eine Sinnänderung. Statt wie bisher staatlichen Eingriffen abwehrend gegenüberzustehen, erscheinen sie nunmehr als Elemente einer sozialstaatlichen Ordnung, die es sich zum Ziel gesetzt hat, auf die Gesellschaft gestaltend einzuwirken⁶³⁾. Grundrechte und Sozialstaatsprinzip erscheinen daher in ihrer Zielrichtung gleichgerichtet⁶⁴⁾, Grundrechte sind Konkretisierungen der sozialstaatlichen Ordnung⁶⁵⁾. Staatliche Sozialgestaltung erfolgt demnach nicht neben oder gegen die Grundrechte, sondern ist zugleich deren Ausprägung. Die Grundrechte als Elemente einer sozial gestalteten Ordnung begründen als Leistungsrechte Ansprüche auf deren Genuß⁶⁶⁾ und demnach ein Recht auf sozialstaatliche Politik, die ihrerseits den Grundrechten durch freiheitliche Normsetzung Rechnung tragen muß⁶⁷⁾. Die Freiheitsrechte sind so in den Sozialstaat integriert und gewähren Ansprüche auf die Beseitigung sozialstaatlicher Mangellagen, sofern ohne deren Beseitigung die Ausübung der grundrechtlich gesicherten Freiheit wesentlich erschwert ist⁶⁸⁾.

Eine ähnliche Harmonisierung wird auch zwischen den Grundrechten und dem Demokratieprinzip vorgenommen⁶⁹⁾. Danach sind *Freiheitsrechte zugleich Ausprägungen der demokratischen Ordnung*, Freiheitsausübung ist Konkretisierung des demokratischen Prozesses⁷⁰⁾. Dabei schützen die Grundrechte nicht nur die jeweilige Minderheit vor der Radikalität des demokratischen Mehrheitsprinzips⁷¹⁾, sondern garantieren zugleich das Recht auf Mitwirkung an der demokratischen Herrschaftsausübung⁷²⁾, indem der Einzelne einen Anspruch darauf haben soll, Rechte zu erhalten, die ihm die Teilnahme am staatlichen Leben ermöglichen. Grundrechte werden so zu Leistungsrechten bezüglich der Teilhabe am demokratischen Prozeß.

c) Methodisch geht diese Umdeutung des Schutzgutes der Freiheitsrechte derart vor sich, daß die Grundrechte teilweise als „institutionelle Garantien“ oder als „Institutsgarantien“ gedeutet werden. Die Institution ist danach als Kontaktbegriff zwischen Rechtsnorm und sozialer Realität⁷³⁾ eine Idee, die im gesellschaftlichen Leben verwirklicht wird⁷⁴⁾. Grundrechte als Institution umfassen so die zur Verwirklichung der jeweiligen Freiheit ergangenen unterverfassungsrechtlichen Normen und die durch diese regulierte soziale Wirklichkeit⁷⁵⁾. Die durch die Grundrechte geschützten Bereiche erscheinen damit als „eingegerichtet“, „institutionell“⁷⁶⁾. In sie ist die Freiheit entsprechend den Eigenarten des jeweiligen Lebensbereiches „eingebunden“. Institutionelle Freiheit ist demnach etwas „Eingegerichtetes“, „Gegebenes“, „Ausgestaltetes“, ein „Institut“. Damit wird die individuelle Persönlichkeitsentfaltung auf durch Institutionen vorgegebene Aktionsfelder und das von ihren Verhaltensmustern jeweils vorgeprägte Rollenverhalten festgelegt⁷⁷⁾.

Diese Deutung der Grundrechte setzt voraus, daß die Funktionsabläufe des jeweiligen Lebensbereiches gestaltet sind, was insbesondere durch eine rechtliche Ausformung der Institutionen geschehen soll⁷⁸⁾. Diese Ausgestaltungsfunktion kommt

damit vorrangig dem Staat im Wege der Gesetzgebung zu, der durch Art 1 III GG verpflichtet wird, diese Ausformung gemäß dem jeweils von der Verfassung vorgegebenen „Leitbild“ vorzunehmen⁷⁹⁾. Institutionelle Freiheit kann sich somit oftmals ausschließlich aufgrund staatlicher Rechtsetzung entfalten. Rechtlich ausgeformte Lebensverhältnisse determinieren Art und Maß individueller Freiheitsbetätigung, soziale Verhaltensmuster werden institutionalisiert, Freiheit selbst wird zur Institution⁸⁰⁾.

Der Staat ist durch seine Pflicht zur Ausformung der Institution gehalten, *dem Bürger die Teilhabe an der institutionellen Freiheit zu sichern*⁸¹⁾. Steht die Ausformung eines Bereichs nicht in Übereinstimmung mit den Anforderungen eines grundrechtlichen „Leitbildes“, so muß der Staat geeignete Einrichtungen schaffen bzw. funktionsgerecht aus- und umgestalten⁸²⁾. Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes sind die Grundrechte Leistungsrechte⁸²⁾, da sie im Falle von Mängeln der Institution im Hinblick auf die jeweilige Freiheitsgarantie im Grundrecht neu auszuformen sind, um sie in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu setzen.

Eine andere Auffassung interpretiert die Grundrechte als objektive „Werte“⁸³⁾, denen in der Rechtsordnung ein besonderer Rang eingeräumt ist und die bei allen staatlichen Maßnahmen in Relation zu konkurrierenden Werten zu berücksichtigen sind⁸⁴⁾. Die Grundrechte sind so nicht nur Schutznormen zugunsten bestimmter Werte gegenüber dem Staat, sondern zugleich mit dem Anspruch auf Verwirklichung durch staatliche Maßnahmen ausgestattet. Alles Staatshandeln ist mithin darauf verpflichtet, die verfassungsrechtlich vorgegebene Wertordnung zu verwirklichen; es dient der Verwirklichung und Effektivierung dieser Werte in sämtlichen Bereichen des Gemeinschaftslebens⁸⁵⁾ und ist stets im Lichte der Werte zu beurteilen. Wird deren Auftrags- oder Ausstrahlungsfunktion im Gemeinwesen einmal nicht hinreichend Rechnung getragen, so ist der Staat wegen des allseitigen Geltungsanspruchs der Werte verpflichtet, sie zu schützen⁸⁶⁾. Wird also die Ausübung der Freiheit als Wert durch fehlende tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht, so ist der Staat zu ihrer Förderung durch finanzielle oder organisatorische Maßnahmen verpflichtet⁸⁷⁾. Auf die Ausübung dieser staatlichen Schutzpflicht hat der Bürger ein subjektives Recht. Er hat daher im Falle von Mangellagen der Freiheit einen Anspruch auf förderndes staatliches Handeln⁸⁸⁾ in Konformität mit der dem Staat vorgegebenen Wertordnung.

d) *Die Grundrechte als Leistungsrechte* sollen jedoch unmittelbar keinen Anspruch auf eine konkrete Leistung begründen, diese soll vielmehr erst nach einer „Konkretisierung“ des Anspruchs durch den Gesetzgeber beansprucht werden können⁸⁹⁾. Die Freiheitsrechte enthalten nur den Auftrag an den Staat, die für den Leistungsanspruch notwendigen Gesetze zu erlassen. Ansprüche auf Einzelmaßnahmen bestehen erst „mediatisiert“ aufgrund der einfach-gesetzlichen Regelungen.

2. Kritik

Gegen die Interpretation der Grundrechte als Leistungsrechte zur Verbürgung positiver Freiheit bestehen jedoch Bedenken.

a) Der „positive“ Freiheitsbegriff beinhaltet nebeneinander *abwehrende und leistungsrechtliche Komponenten*. Zwischen diesen besteht insofern Harmonie, als alle dazu dienen sollen, dem Einzelnen die Chance der Selbstbestimmung zu sichern. Die dazu angewandten Mittel sind jedoch keineswegs harmo-

nisch⁹⁰). Die Abwehrkomponente gerät zwangsläufig in Konflikt mit den sozialgestaltenden Komponenten; sie enthalten selbst jedoch keine Aussage darüber, inwieweit die einzelnen Dimensionen der Freiheit bei der staatlichen Sozialgestaltung verwirklicht bzw. berücksichtigt werden müssen. Die Spannungen zwischen den Leistungsaktivitäten des Staates und den Grundrechten als Abwehrrechte, die durch die Umdeutung des Schutzgutes der Freiheitsrechte harmonisiert werden sollen, werden so nicht gelöst, sondern nur in die Grundrechte hineinverlagert. Diese sind jedoch nicht in der Lage, die einer „freiheitlichen Gesamtordnung“ immanenten Konflikte zwischen deren verschiedenen Elementen rechtlich zu bewältigen⁹¹). So besteht die Gefahr, daß die individuelle Möglichkeit der Selbstgestaltung durch staatliche Förderungs- und Gestaltungsmaßnahmen „unterwandert“ und ausgehöhlt wird, ohne daß die Abwehrdimension der Grundrechte effektiven Schutz bietet.

Daneben erweist sich der Inhalt der Grundrechte als unzureichend, um die aus ihnen hergeleiteten Leistungsansprüche zu konkretisieren⁹²). Wesentliche Fragen in Bezug auf den Umfang dieser Ansprüche, ihre Kollision und die Prioritäten bei ihrer Erfüllung bleiben unbeantwortet⁹³). Als Leistungsrechte können die Grundrechte stets nur im Rahmen des dem Staat Möglichen gelten, das sich somit als allgemeiner, ungeschriebener Vorbehalt erweist⁹⁴). Letztlich werden sie zu nicht einklagbaren Verfassungsaufträgen zurückgenommen⁹⁵), die den Staat verpflichten sollen, freiheitsbegünstigende Lagen herzustellen⁹⁶). Damit ist ihre in Art I III GG angeordnete zwingende Bindungswirkung weitgehend relativiert.

Daneben führen die Grundrechte als Aufträge an den Gesetzgeber bei der Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu einer Verrechtlichung des politischen Prozesses mit negativen Folgen für das Verhältnis der Staatsgewalten zueinander. Im demokratischen Staat obliegt die Verteilungszuständigkeit bei Knappheit der Ressourcen nicht der Rechtsprechung, sondern dem Gesetzgeber im politischen Prozeß⁹⁷). Eine Auslegung der Grundrechte als Leistungsrechte würde zu einer Usurpation der politischen Führungsrolle durch die Rechtsprechung führen⁹⁸). In Erkenntnis dieser Schwierigkeiten hat der Parlamentarische Rat bewußt von der Schaffung sozialer Grundrechte abgesehen⁹⁹).

b) An diesen Schwierigkeiten vermag auch die dargestellte Umdeutung der Grundrechte als „institutionelle Garantien“ der „Institutsgarantien“ nichts zu ändern. Sie ist zudem darauf angewiesen, die Ausgestaltung der grundrechtlich geschützten Bereiche dem Gesetzgeber zu überantworten, der diese Aufgabe „leitbildgerecht“ erfüllen soll. Da die Freiheit nur im Rahmen der Eigengesetzlichkeiten institutionell ausgeformter Lebensbereiche möglich sein soll¹⁰⁰), müssen diese Eigengesetzlichkeiten stets zugleich Teil des grundrechtlichen Leitbildes sein¹⁰¹).

Diese Eigengesetzlichkeiten der objektiven Lebensverhältnisse stellen sich jedoch keineswegs von selbst ein, sondern werden oft erst durch Normenkomplexe geschaffen¹⁰²). Damit steht die Ausgestaltung der Lebensbereiche weitgehend zur Disposition des Gesetzgebers; die Freiheitsrechte verlieren so ihre Verbindlichkeit gegenüber den einfachen Gesetzen, ein Zustand, der angesichts der entgegenstehenden Regelung des Art I III GG bedenklich ist¹⁰³). Letztlich unterliegen damit alle Grundrechte einem geschriebenen oder ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt, der *grundrechtsausgestaltende Maßnahmen* im Schutzbereich gestattet. Die differenzierte Gestaltung der den einzelnen Grundrechten beigefügten Gesetzesvorbehalte erweist sich damit als sinnlos¹⁰⁴).

Neben den rechtlich konstituierten Eigengesetzlichkeiten finden sich in den einzelnen „Lebensbereichen“ jedoch auch Verhaltensstrukturen, die durch faktische Gewohnheiten und Erwartungen festgefügte Verhaltensmuster bilden¹⁰⁵). Diese können einen solchen Bereich ebenso prägen wie Rechtsnormen. Indem sie so deren Eigengesetzlichkeiten mitformen, sind sie bei der Gestaltung der Institution durch den Gesetzgeber als Teil des jeweiligen „Leitbildes“ zu berücksichtigen, der Gesetzgeber ist somit an sie teilweise gebunden¹⁰⁶). Tatsächliche Verhaltensstrukturen werden so Teil bestimmter „Lebensbereiche“ und nehmen somit am verfassungsrechtlichen Schutz der Institution teil¹⁰⁷). Sie haben somit den gleichen Rang wie verfassungsrechtlich oder oesetzlich geschützte Rechtsgüter und determinieren so die Ausgestaltung der institutionellen Freiheit durch den Gesetzgeber mit. Das Recht determiniert damit nicht mehr die Wirklichkeit, vielmehr bedingen umgekehrt teilweise tatsächliche Verhaltensmuster die Normen der Verfassung, wodurch deren Normativität als Sollensordnung wesentlich beeinträchtigt wird¹⁰⁸). Diese Auffassung ist daher unvereinbar mit dem System des Grundgesetzes als Instrument zur Herstellung einer rechtlichen Rahmenordnung des politischen Prozesses¹⁰⁹).

Die Grundrechte können daher ihrer Struktur nach nicht als institutionelle oder Institutsgarantien angesehen werden; dieser methodische Weg vermag ihre Deutung als Leistungsrechte nicht zu begründen.

c) Die Deutung der Grundrechte als objektive „Werte“ sieht diese einerseits als *Verbürgungen negativer Freiheit* im Sinne eines Abwehrrechts gegen den Staat, andererseits die in ihnen enthaltenen „Werte“ als *Handlungsauftrag zur Begründung staatlicher Leistungspflichten* mit dem Ziel der Verwirklichung des „Wertes“ Freiheit. Werte weisen jedoch als solche keine logische Begründung auf, sondern gründen ausschließlich im Wertgefühl des Entscheidenden¹¹⁰). Aus diesem Grunde sind sie interpersonal nicht diskutierbar¹¹¹). Es fehlt an einer objektiven Wertordnung, diese unterliegt vielmehr den Wandlungen der Zeitumstände, die so eine völlige Änderung des geltenden Verfassungsrechts bewirken können¹¹²), ohne daß hierzu eine Verfassungsänderung notwendig wäre. Diese Subjektivität und Relativität der Wertordnung läßt das Verfassungsrecht beliebig änderbar erscheinen. Werte können somit keine konsensfähige Begründung einer Entscheidung leisten, vielmehr muß stets der Rückgriff auf sie begründet werden¹¹³), was nur im Rahmen einer Folgendiskussion geschehen kann¹¹⁴). Damit gerät der Rekurs auf eine Wertordnung in den Sog außerverfassungsrechtlicher Sachzwänge. Auch dadurch mindert sich die rechtliche Verbindlichkeit der Verfassung. Das Verständnis der Grundrechte als Werte läßt somit den jeweils entscheidenden Richter über seine subjektive Wertung vom verfassungsgebundenen Staatsorgan zum Herrn der Verfassung werden¹¹⁵). Eine solche Deutung der Grundrechte ist jedoch mit dem Zweck des GG nicht vereinbar und daher abzulehnen.

d) Grundsätzliche Einwände gegen die dargestellte Umdeutung der Grundrechte ergeben sich schließlich daraus, daß die gesellschaftlichen Wandlungen den Staat keineswegs zwangsläufig vom „Gegner“ zum Schützer der Freiheit werden lassen, gegen den kein Schutz mehr notwendig ist¹¹⁶). Vielmehr sind Freiheitsbedrohungen durch den Staat ebenso real wie früher. *Freiheitsschutz gegen den Staat* ist also weder unnötig noch überflüssig, sondern zumindest ebenso notwendig wie gegenüber Freiheitsbedrohungen aus der Gesellschaft. Daß nicht nur staatliche Eingriffe im traditionellen Sinn, sondern auch sozialgestaltende Maßnahmen zu einer Verringerung der Möglichkei-

ten des Bürgers zur Selbstbestimmung führen können¹¹⁷), zeigt deutlich, daß Freiheit erst dann real sein kann, wenn weder der Staat noch gesellschaftliche Kräfte den Einzelnen bevormunden¹¹⁸). Ob und inwieweit der Staat zum Schutz der Freiheit selbst freiheitsbeschränkend tätig werden darf, ergibt sich bei der Auslegung der Grundrechte als Leistungsrechte aus diesen nicht. Soll die „Staatsfreiheit“ in der unfreien Gesellschaft, die die Konsequenz des „negativen“ Freiheitsverständnisses ist, nicht zur „Gesellschaftsfreiheit“ im unfreien Staat werden, muß ein effektiver Schutz gegen beide Arten der Freiheitsbedrohung gefunden werden. Die Grundrechte als Leistungsrechte sind jedenfalls nicht geeignet, die Mangellagen der Freiheit effektiv zu beseitigen.

III. Die Notwendigkeit der Freiheitssicherung durch grundrechtsergänzende Maßnahmen

Das dargestellte Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit als Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung einerseits und den sie ermöglichenden staatlichen Leistungen andererseits, das das Dilemma der Deutung der Grundrechte als Leistungsrechte darstellt, indem in den Grundrechtsschutz unvereinbare Komponenten aufgenommen werden, ändert jedoch an der Notwendigkeit staatlicher Leistungsvergabe als Voraussetzung realer Freiheit nichts. Es zeigt jedoch, daß Freiheit einerseits durch staatliche Leistungsvergabe ermöglicht bzw. ergänzt werden kann und muß, die Leistungsvergabe jedoch andererseits nicht vom Grundrechtsschutz umfaßt werden darf. Der Leistungsauftrag an den Staat muß daher, um Freiheit und Sozialgestaltung auf der Ebene des Verfassungsrechts gleichermaßen zur Geltung bringen zu können, vom Grundrechtsschutz gelöst werden¹¹⁹).

Definiert man demnach die Grundrechte entsprechend der traditionellen Auffassung des Liberalismus als Abwehrrechte, die einen individuellen Freiheitsraum sichern, so ist nach weiteren Mechanismen zur Freiheitsförderung durch Leistungen in GG zu suchen.

1. Freiheitssicherung durch das Sozialstaatsprinzip

Als Verfassungsauftrag an den Staat zur Freiheitssicherung durch Leistungsvergabe kann das Sozialstaatsprinzip herangezogen werden. Dieses steht im GG ergänzend neben den Grundrechten und verpflichtet den Staat, in die gesellschaftlichen Prozesse steuernd einzugreifen¹²⁰), indem er durch gestaltende Aktivitäten die in der Gesellschaft bestehende und stets neu auftretenden Ungleichheiten derart reguliert, daß er das Zusammenleben im Interesse der Freiheit des Einzelnen gestaltet¹²¹). Dabei dienen seine Aktivitäten nicht der Ausgestaltung des Schutzbereichs der Grundrechte, sondern der Abgrenzung von Freiheitsräumen und stellen damit „Schrankengesetzgebung“ dar, die jedoch keineswegs ausschließlich als ge- oder verbotender Eingriff erscheint, sondern Freiheit erst ermöglicht bzw. sichert, indem sie Freiheitsräume schafft bzw. erhält. Das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nach dieser Vorstellung nicht zu einer beliebigen Sozialgestaltung, vielmehr hat diese die Grundrechte als verbindlichen Rahmen aller Staatstätigkeit zu achten und ihrerseits freiheitsfördernd zu wirken. Gegen übermäßige Beschränkungen individueller Persönlichkeitsentfaltung durch sozialgestaltende Maßnahmen schützen die als Abwehrrecht verstandenen Grundrechte. Damit fällt der Grundrechtsschutz nicht mit dem Sozialstaatsprinzip zusammen, vielmehr stehen beide in einem Verhältnis wechselseitiger Spannung und Ergänzung. Der Sozialstaat dient unter den Bedingungen des Rechtsstaates zur Sicherung der Freiheit, indem

er ihre Voraussetzungen garantiert, wohingegen die Grundrechte eine Begrenzung und Steuerung sozialstaatlicher Aktivitäten darstellen¹²²). Aufgabe der leistungsstaatlichen Gesetzgebung ist das stete Bemühen um einen Ausgleich dieses Spannungsverhältnisses.

Die Lösung der sozialstaatlichen Aktivitäten aus dem Grundrechtsschutz bedeutet keine Verkürzung des Freiheitsschutzes. Auch als Leistungsrechte sollen die Grundrechte individuelle Ansprüche auf einzelne Förderungsmaßnahmen nur nach Maßgabe der Gesetzgebung einräumen¹²³), so daß sich der Leistungsanspruch in der Regel auf Teilhabe an sozialstaatlichen Aktivitäten beschränkt.

2. Freiheitssicherung durch das Prinzip der Freiheit

Das Sozialstaatsprinzip als Verfassungsauftrag zu aktiver Sozialgestaltung wirft jedoch im Zusammenhang mit den Grundrechten als Abwehrrechte das Problem auf, unter welchen Voraussetzungen die Ausgestaltung der staatlichen Leistungsaktivitäten, die sich nicht als traditioneller Eingriff darstellen, als freiheitlich anzusehen ist. Die „negative“ Freiheit als Staatsfreiheit, die durch die Grundrechte als Abwehrrechte garantiert wird, bietet dafür keinen Anhaltspunkt. Auch das Sozialstaatsprinzip, dem im GG zumindest auch die Aufgabe zukommt, soziale Spannungen durch gleichheitsfördernde Gesetzgebung abzubauen, gibt hierfür nur einen äußerst weitmaschigen Kontrollrahmen ab.

Daher wird teilweise statt des Sozialstaatsprinzips das verfassungsrechtliche Prinzip der Freiheit als Auftrag an den Staat herangezogen, die Herstellung einer Ordnung des Zusammenlebens anzustreben, die allen Freiheitserfordernissen des GG genügt¹²⁴). Dieses Prinzip soll alle Dimensionen des positiven Freiheitsbegriffs umfassen¹²⁵). Es verpflichtet alles Handeln des Staates darauf, den verfassungsrechtlich intendierten Zustand Freiheit zu verwirklichen¹²⁶). Grundlage dieses Prinzips ist eine Zusammenschau verschiedener Normen des GG, als deren gemeinsame Basis die Herstellung positiver Freiheit anzusehen ist¹²⁷). Die Grundrechte sind danach nur Konkretisierungen einer oder mehrerer Dimensionen des Freiheitsprinzips¹²⁸), garantieren also nur bestimmte „Unterprinzipien“ des allgemeinen Prinzips, das durch die Freiheitsrechte nur unvollkommen konkretisiert wird und im Rahmen der ihnen jeweils beigefügten Gesetzesvorbehalte dem Gesetzgeber zur weiteren Konkretisierung aufgegeben ist. Gesetze und sonstige Maßnahmen des Staates haben stets zur Vervollkommnung dieses Prinzips zu dienen, indem sie den Lebensraum des Einzelnen zu „freiheitsfreundlichen Bedingungen“ ausformen¹²⁹). Ziel staatlichen Handelns soll die Verwirklichung aller Komponenten der positiven Freiheit und damit die Herstellung realer Freiheit sein.

Auch dieses Verfassungsprinzip gewährt dem Einzelnen keinen Anspruch auf leistende staatliche Aktivitäten; gegenüber der Herleitung leistungsstaatlicher Pflichten aus dem Sozialstaatsprinzip ändert sich die Rechtsstellung des Einzelnen insoweit kaum; modifiziert sind jedoch Ziel und Bindungen der Pflichten des Staates.

Das so definierte Verhältnis zwischen *abwehrendem* Freiheitsschutz gegen den Staat durch die Grundrechte einerseits und *gestaltendem* Freiheitsschutz durch staatliche Förderungsmaßnahmen aus verfassungsrechtlichen Grundprinzipien andererseits vermag in seiner jeweiligen Konkretisierung einen effektiven Freiheitsschutz zu leisten, da beiden dargestellten Gefahren für die freie Persönlichkeitsentfaltung vorgebeugt werden kann¹³⁰).

Einerseits erhält die staatliche Sozialgestaltung gegenüber dem Freiheitsschutz ihre legitime verfassungsrechtliche Grundlage; Freiheit und Leistungsaktivitäten schließen einander nicht aus, die Herstellung der Freiheit aller unter Vermeidung gesellschaftlicher Fremdbestimmung durch soziale Mächte läßt die tatsächliche Freiheit nicht zum Privileg werden. Zugleich führt die Verpflichtung der Gestaltungsmaßnahmen des Staates auf die Freiheitlichkeit durch die gezeigten Dimensionen des „positiven“ Freiheitsbegriffs zusammen mit der Abwehrfunktion der Grundrechte zu einem Individualschutz, der keine Aushöhlung individueller Persönlichkeitsentfaltung durch staatliche Aktivitäten zuläßt. Auch der Freiheitsbedrohung durch den Staat ist somit vorgebeugt.

Die Weitmaschigkeit des Freiheits- wie des Sozialstaatsprinzips binden zudem die Staatsorgane nicht bei jeder Einzelmaßnahme an exakte verfassungsrechtliche Vorgaben. Vorgeschrieben ist nur ein recht allgemein umrissenes Ziel; die Wege und Modalitäten zu seiner Verwirklichung sind den im Staat wirkenden Kräften bei ihrem Bemühen um einen Ausgleich der einem freiheitlich gestalteten Gemeinwesen immanenten Spannungen freigestellt. Dieses ist der Raum für den politischen Prozeß, für den das GG nur eine Rahmenordnung darstellen kann, die Ziele und äußerste Grenzen aufzeigt. Eine Optimierung der Freiheit im Gemeinwesen kann nur durch eine Politik geschehen, die die Freiheit aller herstellt und sichert.

Anmerkungen:

- * Hierzu unter dem Aspekt des Demokratie-Prinzips jüngst Schachtschneider, JA 1979, 568, 569 ff.
- 1) s. dazu E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 211, 213
- 2) seit Hegel, Grundlinien einer Philosophie des Rechts, §§ 182, 185; L. v. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 1, Nachdr. 1959, S. XIX ff; R. v. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 1855, S. 101
- 3) R. v. Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 1859, S. 319
- 4) s. dazu grundlegend G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 86 f; zum folgenden zusammenfassend W. Schmitt-Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 83 ff
- 5) Jellinek aaO (Fn 4), S. 85
- 6) E. Forsthoff, VVDStRL Bd 12, S. 8, 18; Grabitz aaO (Fn 1), S. 4 mwN, S. 19 (Fn 87)
- 7) R. Schnur, VVDStRL Bd 22, 101, 102
- 8) so schon O. Böhler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 63; ferner H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 171 f
- 9) diese Lehre wurde begründet von C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 179; weit. Nwe bei E. W. Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1530 mwN
- 10) F. Ossenbühl, NJW 1976, 2100
- 11) Grabitz aaO (Fn 17), S. 6
- 12) Böckenförde aaO (Fn 9)
- 13) so auch das BVerfG in den bei Ossenbühl aaO (Fn 10) nachgewiesenen Entscheidungen; eine Literaturübersicht bietet D. Wilke, Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot, 1964, S. 17; s. auch Roellecke, JZ 1969, 226
- 14) C. Starck in Starck u. a. (Hrsg.), BVerfG und GG II, 1976, S. 481, 484 f
- 15) G. Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 1964 ff, Art 2 Rn 1 (Fn 5); ähnlich Forsthoff aaO (Fn 6), S. 18, 20
- 16) s. zum folgenden eingehend W. Schmidt, AöR 1976, 24 ff
- 17) Jellinek aaO (Fn 4), S. 104; Grabitz aaO (Fn 1), S. 6 f
- 18) s. dazu Udy in Bernsdorf (Hrsg.), Wörterbuch der Sozialwissenschaften, 1969, S. 47, insbes. 48 ff (Stichwort, „Arbeitsteilung“)
- 19) E. Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 145 ff; s. auch R. König in ders., Soziologie, 1967, S. 31 ff
- 20) Bernsdorf aaO (Fn 18), S. 187 ff
- 21) N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 19; Grabitz aaO (Fn 1), S. 191 f
- 22) Grabitz aaO (Fn 1), S. 190 f mwN
- 23) s. zum Eigennutz in der differenzierten Gesellschaft König aaO (Fn 19), S. 32 f; zu den daraus resultierenden Konflikten R. Dahrendorf in W. Zapf, Theorien des sozialen Wandels, 2. Aufl., 1970, S. 108 ff
- 24) so schon G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1913, S. 97 f

- 25) vgl. dazu kritisch Grabitz aaO (Fn 1), S. 188 ff; R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 64 ff
- 26) s. dazu neuestens W. Schmidt, Der Staat 1978, 244 ff
- 27) eingehend hierzu H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 379 ff
- 28) dieses „Risiko der Freiheit“ beschreibt R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., 1978, S. 141 f, 166 ff
- 29) Böckenförde aaO (Fn 9), S. 1532; H. Steiger, Mensch und Umwelt, 1975, S. 64
- 30) kritisch auch E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 21 ff
- 31) s. Ch. Sailer, DVBl 1976, 521 f
- 32) eingehend dazu Steiger aaO (Fn 29), S. 21 ff
- 33) zum Ganzen auch H. Klein in Hans Schneider u. a. (Hrsg.), Festschrift für W. Weber, 1974, S. 645 ff
- 34) ähnlich auch K. Hesse, DöV 1975, 437, 442
- 35) Schnur aaO (Fn 7), S. 102 f
- 36) K. Hesse in ders. u. a. (Hrsg.), Festschrift für R. Smend, 1962, S. 71, 86
- 37) solche beschreibt Herzog aaO (Fn 25), S. 133 ff
- 38) das Nachrücken des Staates in von der Gesellschaft unbesetzte Ordnungsfunktionen beschreibt Krüger aaO (Fn 27), S. 526 ff
- 39) dazu und zum folgenden s. P. Häberle, VVDStRL Bd 30, 43, 58 f
- 40) das gilt etwa im Schul- und Hochschulbereich; s. dazu BVerfGE 33, 303 ff (zum numerus clausus)
- 41) s. zum Staat als System Luhmann aaO (Fn 21), S. 14 ff; Zippelius aaO (Fn 28), S. 19 ff, 33 f; zum Systembegriff vgl. N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975, S. 40 ff
- 42) s. dazu grundsätzlich N. Luhmann in H. Schelsky (Hrsg.), Zur Theorie der Institution, 2. Aufl., 1973, S. 27, 32
- 43) weitere Beispiele bei W. Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 63
- 44) dagegen E. W. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973 pass.; H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 38 f
- 45) Hesse aaO (Fn 34, S. 440 nennt dieses Phänomen „Nichtidentität“
- 46) diese Terminologie benutzt etwa Starck aaO (Fn 14), S. 481 ff
- 47) diese Dimensionen nennt Klein aaO (Fn 44), S. 53 ff
- 48) eingehend dazu Grabitz aaO (Fn 1), S. 243; ders., DVBl 1974, 675, 681 f; Krebs aaO (Fn 43), S. 58
- 49) Steiger aaO (Fn 29), S. 51 spricht in diesem Zusammenhang vom „ewig un erfüllten Grundgesetz“
- 50) die Entstehung dieser Auffassung schildert Klopfer, Die Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 2 ff
- 51) Häberle aaO (Fn 39), S. 70
- 52) H. Wilke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 204
- 53) Luhmann aaO (Fn 21), S. 80, 128 (Fn 53), 134
- 54) dafür plädiert insbes. Häberle aaO (Fn 39), S. 74; nach H. H. Rupp, AöR 1976, 161, 164 müssen die Grundrechte „in Beziehung zur jeweiligen Wirklichkeit gesetzt werden“
- 55) so schon Jellinek aaO (Fn 4), S. 104
- 56) dafür Häberle aaO (Fn 39), S. 69 ff, 86 ff; Wilke aaO (Fn 52), S. 204 ff Rupp aaO (Fn 54), S. 176 ff; w. N. bei Kratzmann, Die Grundrechte als Leistungsrechte, 1974, S. 79 ff
- 57) eingehend dazu H. Ehmke, VVDStRL Bd 20, 53, 77 ff; Ch. v. Pestalozza, Der Staat 1963, 425, 437 ff; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., 1978, S. 28 f; alle mwN
- 58) Achterberg, Der Staat 1969, 159, 174 ff
- 59) dafür auch U. Scheuner, DöV 1971, 505, 512
- 60) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 128
- 61) P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl. 1972, S. 6 f
- 62) vgl. W. Abendroth in Forsthoff aaO (Fn 19), S. 114 ff; Krebs aaO (Fn 43), S. 53 ff mwN
- 63) K. H. Friauf, DVBl 1971, 674, 676
- 64) in Richtung auf die Herstellung eines „freiheitlich-sozialen Rechtsstaates“ s. T. Ramm, JZ 1972, 137, 145; Krebs aaO (Fn 43), S. 54
- 65) Krebs aaO (Fn 43), S. 76 weist den Grundrechten die Funktion zu, die „Leerformel des Sozialstaats inhaltlich aufzufüllen und rechtsstaatlich meßbar zu machen“
- 66) Friauf aaO (Fn 63)
- 67) Krebs aaO (Fn 43), S. 93
- 68) so i. E. auch Friauf aaO (Fn 63), S. 677; einschränkend J. Schwabe, NJW 1969, 2274, 2275
- 69) so von Krüger aaO (Fn 27), S. 542 mwN; Krebs aaO (Fn 43), S. 59 ff
- 70) Krebs aaO (Fn 43), S. 60 ff
- 71) dazu H. H. Rupp, NJW 1972, 1537, 1541
- 72) Krüger aaO (Fn 69); Krebs aaO (Fn 43), S. 62
- 73) Lohmann aaO (Fn 21), S. 12 (Fn 14); diese Lehre geht zurück auf die A sätze von M. Hauriou, Die Theorie der Institution, herausgegeben von

Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Spezialgesetzen und im Verwaltungsverfahrensgesetz

Von Wiss. Ass. Dr. Rudolf Wendt, Köln

Der Geltungsanspruch spezialgesetzlicher Regeln über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten wirft eine Vielzahl von Fragen auf, deren Beantwortung auch zugleich den Inhalt der Regelung im VwVfG verdeutlicht: die Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit der Sonderregeln oder der allgemeinen Regeln, nach der Möglichkeit einer „harmonisierenden“ Auslegung, nach Art und Umfang der ergänzenden Anwendung der allgemeinen Regeln sowie die Frage nach der rechtspolitischen Berechtigung von Unterschiedlichkeiten unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit der Problemlösung und der Rechtfertigung durch Besonderheiten des jeweiligen Sachgebietes. Die generellen Aspekte dieser Problemstellung wurden bereits in einer früheren Darstellung (vgl. Wendt, Zustandekommen, Inhalt und Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten, JA 1980, 25 ff.), behandelt. Im Ergebnis zeigen die nachfolgenden Ausführungen, daß es dem Gesetzgeber auch bei der Regelung der Rücknahme und des Widerrufs trotz eigenständiger Entwicklungen im Geltungsbereich der Spezialgesetze gelungen ist, jedenfalls soweit es sich um gleichgelagerte Sachverhalte in den verschiedenen Gesetzen handelt, die Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu wahren.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
 1. Der Geltungsanspruch spezialgesetzlicher Regeln
 2. Die Neuordnung durch das Verwaltungsverfahrensgesetz
- II. Rücknahme von Verwaltungsakten
 1. Rücknahme belastender Verwaltungsakte
 2. Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte
- III. Widerruf von Verwaltungsakten
 1. Widerruf belastender Verwaltungsakte
 2. Widerruf begünstigender Verwaltungsakte
- IV. Schlußbetrachtung

I. Einführung

1. Der Geltungsanspruch spezialgesetzlicher Regeln

Die Vorschriften über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten bilden einen Schwerpunkt der Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253) – VwVfG – über den Verwaltungsakt. Mit ihnen wird versucht, eines der umstrittensten Probleme im Grenzbereich zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht einer Rechtssicherheit schaffenden gesetzlichen Lösung zuzuführen. Daß diese Lösung keine Allgemeingültigkeit beanspruchen kann, liegt weniger daran, daß die §§ 48 ff. VwVfG nach Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder für die Landesverwaltung keine Anwendung finden (§ 1 Abs. 3 VwVfG). Denn diese haben die §§ 48 bis 52 VwVfG entweder wörtlich übernommen oder verweisen auf sie. Die angestrebte Rechtsvereinheitlichung scheitert vielmehr an der generellen, insbesondere die Bereiche der Abgabenordnung und des Sozialrechts betreffenden Herausnahme bestimmter Verwaltungsgebiete aus dem Geltungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze gemäß § 2 VwVfG und den entsprechenden Vorschriften der Länder sowie an den globalen Subsidiaritätsklauseln des § 1 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 VwVfG und der meisten Landesverwaltungsverfahrensgesetze, nach denen die §§ 48 ff. VwVfG und die ihnen entsprechenden Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze keine Anwendung finden, soweit Rechtsvorschriften inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.

- Schnur, 1965; demgegenüber führen die traditionellen juristischen Lehren von den institutionellen Garantien hier nicht weiter; s. Grabitz aaO (Fn 1), S. 218 ff
- 74) Hauriou aaO (Fn 73), S. 34
- 75) Häberle aaO (Fn 61), S. 105 ff
- 76) s. hierzu und zum folgenden Häberle aaO (Fn 61), S. 96 ff
- 77) Grabitz aaO (Fn 1), S. 180 ff
- 78) ausführlich dazu Häberle aaO (Fn 61), S. 180 ff
- 79) s. zum „Leitbild“ Häberle aaO (Fn 61), S. 182 ff
- 80) Häberle aaO (Fn 61), S. 99; eine ähnliche Konzeption — allerdings beschränkt auf die Pressefreiheit — findet sich bei H. Ridder in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd 2, 2. Aufl., 1968, S. 243 ff, insbes. S. 250 ff
- 81) BVerfGE 20, 162, 175 f; s. auch U. Scheuner, VVDStRL Bd 22, 1, 71; beide für das Institut „freie Presse“
- 82) Häberle aaO (Fn 61), S. 183; weit. Nwe bei Kratzmann aaO (Fn 56), S. 107 ff
- 83) ständige Rspr. des BVerfG; s. die Nwe bei Ossenbühl aaO (Fn 13), S. 2101; Grabitz aaO (Fn 1), S. 209 (Fn 3)
- 84) grundlegend BVerfGE 7, 198 (Leitsatz 1), 205
- 85) BVerfGE 34, 269, 280
- 86) BVerfGE 39, 1, 41 f
- 87) BVerfGE 35, 79, 114 f, 120, 123 f; 39, 1, 41 f
- 88) BVerfGE 35, 79, 115 f; 36, 321, 334; vgl. auch die Darstellung von Schlink, DöV 1973, 541 ff
- 89) W. Martens, VVDStRL 30, 7, 30 f; Krebs aaO (Fn 43), S. 90 mwN (Fn 163)
- 90) Klein aaO (Fn 44), S. 62
- 91) dagegen wohl Krebs aaO (Fn 43), S. 59
- 92) Steiger aaO (Fn 29), S. 50
- 93) s. dazu eingehend H. Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 214 ff
- 94) s. dazu und zum folgenden Böckenförde aaO (Fn 9), S. 1537
- 95) so auch H. P. Ipsen, DöV 1974, 289, 296 ff
- 96) nach Steiger aaO (Fn 29), S. 51 schaffen die Grundrechte als Leistungsrechte nicht nur die Voraussetzungen der Freiheit, sondern auch Freiheit gemäß diesen Voraussetzungen
- 97) Martens aaO (Fn 89), S. 33 ff; Grabitz aaO (Fn 1), S. 42 f
- 98) Martens aaO (Fn 89), S. 36
- 99) W. Weber, Der Staat 1965, 409, 412 ff; Martens aaO (Fn 89), S. 29
- 100) Häberle aaO (Fn 61), S. 99: „Individuelle Freiheit findet die Freiheit als Institution vor“
- 101) H. Steiger in Schelsky aaO (Fn 42), S. 91, 112
- 102) Steiger aaO (Fn 101), S. 112 f; Grabitz aaO (Fn 1), S. 232
- 103) Grabitz aaO (Fn 102)
- 104) krit. dagegen insbes. W. Schenke, Der Staat 1976, 553, 564 f
- 105) s. dazu Grabitz aaO (Fn 1), S. 232 ff
- 106) Steiger aaO (Fn 101), S. 111 f; Grabitz aaO (Fn 1), S. 232 f
- 107) ähnlich Böckenförde aaO (Fn 9), S. 1533
- 108) Grabitz aaO (Fn 1), S. 233
- 109) ablehnend auch Steiger aaO (Fn 101); Grabitz aaO (Fn 105)
- 110) nach A. Podlech, AöR 1970, 185, 201 f fehlt „jede nachprüfbare Begründung für ihre Richtigkeit“; s. zum folgenden auch Grabitz aaO (Fn 1), S. 217
- 111) eingehend hierzu Podlech aaO (Fn 110), S. 198 ff
- 112) zur Beliebigkeit der Auf- und Abwertung Böckenförde aaO (Fn 9), S. 1534
- 113) Grabitz aaO (Fn 110)
- 114) Podlech aaO (Fn 110), S. 208
- 115) das zeigt deutlich die Analyse der Rspr des BVerfG durch H. Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, pass.; ablehnend daher auch Böckenförde aaO (Fn 112)
- 116) ausführlich dazu Klein aaO (Fn 44), S. 57 ff
- 117) Klein aaO (Fn 44), S. 72
- 118) allseitigen Freiheitsschutz fordert daher insbes. Hesse aaO (Fn 36), S. 85 ff
- 119) in diesem Sinne auch R. Schnur, DVBl 1965, 489 ff; Klein aaO (Fn 44), S. 62 mwN (Fn 56)
- 120) Böckenförde aaO (Fn 9), S. 1538; Martens aaO (Fn 89), S. 31 mwN aus der Rspr des BVerfG; H. H. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 1970, S. 281 ff mwN aus dem Schrifttum
- 121) s. zu den Anforderungen an die staatliche Steuerung R. Wahl, Der Staat 1972, 472 ff
- 122) s. dazu auch Ossenbühl aaO (Fn 10), S. 2105
- 123) vgl. o. II 1 d
- 124) Hesse aaO (Fn 36), S. 84 ff, 87; Weber aaO (Fn 99), S. 436 ff; Klein aaO (Fn 44), S. 53 ff; Grabitz aaO (Fn 1), S. 137 ff, insbes. S. 235 ff
- 125) vgl. dazu o. II 1 a
- 126) Grabitz aaO (Fn 1), S. 252 f
- 127) Grabitz aaO (Fn 1), S. 235 ff; ders. aaO (Fn 48), S. 681
- 128) s. dazu und zum folgenden näher Grabitz aaO (Fn 1), S. 256 ff
- 129) D. Suhr, Der Staat 1970, 67, 85
- 130) s. dazu o. vor I