

Freiheitssicherung im Sozialstaat – von der Freiheit der Gesellschaft zur Freiheit des Individuums

Christoph Gusy

Die Garantie der Freiheit ist im Spannungsfeld „zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht“¹ unter den tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen des Sozialstaates zum Problem geworden. Sowohl der Staat als auch „gesellschaftliche“ Machtfaktoren beeinträchtigen die Möglichkeit des Einzelnen, seine Persönlichkeit frei zu entfalten. Warnungen vor „gesellschaftlichen Formierungstendenzen“, Auszehrungen des „individuell beherrschbaren Lebensraumes“ und „sozialer Nivellierung“ sind Ausdruck eines Problembewußtseins, das den Grundrechten, denen im Grundgesetz primär die Aufgabe der Freiheitssicherung zukommt, völlig neue Fragestellungen aufgibt. Ob und auf welche Weise die grundgesetzlichen Mechanismen zur Freiheitssicherung diesen Herausforderungen gerecht werden können, ist eine Zentralfrage nicht nur der Organisation der sozialen Ordnung in der Bundesrepublik, sondern zugleich etwa der Möglichkeiten und Grenzen verfassungsrechtlich gesteuerter Politik und damit der Kompetenzverteilung zwischen dem demokratischen Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht nach dem Grundgesetz. Politik- und Staatsrechtswissenschaft stehen hier vor einer Vielzahl ungelöster Aufgaben, deren Beantwortung – trotz ihres zunächst höchst theoretischen Ausgangspunktes – weitreichende Bedeutung für praktische Fragen der Ordnung des Gemeinwesens zukommt.²

Diese Fragestellungen finden ihren Ausdruck insbesondere in dem vielfach anzutreffenden Ruf nach einer Grundrechtstheorie³, die Sinn, Zweck und Inhalt des Freiheitsschutzes im Gemeinwesen definieren und zugleich prägen soll. Keine Grundrechtsdiskussion kann gegenwärtig noch auf einen solchen Ansatz verzichten; auch das Postulat jeglichen Verzichts auf eine Grundrechtstheorie⁴ bedeutet kein Absehen von der Zugrundelegung eines theoretischen Erklärungsmodells, sondern nur das Fehlen der expliziten Darstellung der eigenen Grundposition und somit das Desiderat einer Allgemeingültigkeit eigener Erkenntnisse. Da solche Erkenntnisse jedoch bei dem derzeitigen Erkenntnisstand ihrerseits regelmäßig theoriegebunden sind, kann ein solcher Anspruch nicht adäquat eingelöst werden.

Historischer Ausgangspunkt: Freiheit als Freiheit der Gesellschaft

1. Freiheit als Abwesenheit von Staat und Recht

Die Grundzüge der Freiheitssicherung durch Grundrechte in ihrer gegenwärtigen Form haben ihre Grundlage in den Emanzipationsbestrebungen des Bürgertums, die in Kontinentaleuropa seit dem 18. Jahrhundert an Bedeutung gewannen. Prägend für dessen politische Zielsetzungen war die Frontstellung gegen das damalige ökonomische und soziale System

1 W. Schmidt, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 1976, S. 24.

2 Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, pass., stellt die grundrechtsdogmatischen Konsequenzen unterschiedlicher Freiheits- und Grundrechtskonzeptionen – die ebd., S. 155 ff., thematisiert werden – dar, ohne jedoch die systematischen Zusammenhänge stets offenzulegen.

3 Etwa bei Böckenförde, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1974, S. 1529 ff., insbes. S. 1537 f.

4 Insbesondere bei Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 5–8 (vgl. Anm. 7).

des absolutistischen Polizeistaates, dessen aus dem Mittelalter überkommene feudale Grundlagen den gewandelten Realitäten einer entstehenden Marktgesellschaft entgegenstanden. Die abnehmende wirtschaftliche Bedeutung des agrarisch genutzten Bodens und die steigende Angewiesenheit auf eine geldwirtschaftlich geprägte Manufaktur- und Handelswirtschaft ließen die traditionellen Privilegien des Adels als weitgehend sinnlose Belastungen erscheinen, deren Kehrseite, die in der strikten Reglementierung des ökonomischen Lebens durch Polizei- und Landesordnungen ihren Ausdruck fand, den ökonomischen Bedürfnissen der Zeit entgegenstand.⁵ War somit der Staat diejenige Macht, die den Freiheitsbestrebungen im wirtschaftlichen Sektor – wie etwa auch im religiösen Bereich durch den Grundsatz „cuius regio, eius religio“ – reglementierend entgegenstand, so bestand die Aufgabe des nach Freiheit strebenden Bürgertums unter den gegebenen politischen Verhältnissen primär in der Entwicklung von „Ideen zu dem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“.⁶

Jürgen Schwabe knüpft als Voraussetzung seiner „Grundrechtsdogmatik“⁷ weitgehend an diese Ideen an. Ihren Ausgangspunkt finden sie in dem Bestreben, eine der staatlichen Wirksamkeit entzogene Sphäre zu bestimmen, in der Freiheit verwirklicht werden könnte.⁸ Eine solche Sphäre suchte und fand der Frühliberalismus in der „Gesellschaft“, die dem Staat gegenüberstehen sollte. Grundlage der Unterscheidung waren die jeweiligen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten: Kriterium für staatliches Handeln war die Über- bzw. Unterordnung, aufgrund welcher der Staat durch einseitiges Handeln reglementierend und beschränkend in die sozialen Abläufe eingriff und somit als Sphäre des Befehls und des Zwangs den Hort der Unfreiheit darstellte; dagegen waren in der Gesellschaft die Bürger rechtlich einander gleichgeordnet, einseitige Befehls- oder Zwangsbefugnisse waren gesetzlich ausgeschlossen, so daß sie als Residuum der Freiheit erschien. Je weiter der Bereich der Gesellschaft und je enger die Sphäre des Staates war, desto größer sollte das Maß an vorhandener Freiheit sein. Dementsprechend konnte freie Persönlichkeitsentfaltung nur im „möglichst wenig regiert werden“⁹ realisiert werden; Freiheitssicherung bedeutete so Schutz der „freien“ gesellschaftlichen Prozesse gegen staatliche Eingriffe. Dementsprechend sollten die neuen Freiheitsrechte zuvörderst „Negationen bisher in Kraft gewesener Beschränkungen“¹⁰ darstellen, die als Ausgrenzungen der Gesellschaft aus dem Staat Sphären errichteten, vor denen „die Staatsgewalt haltmacht“.¹¹ Als Normen zur Kompetenzverteilung zwischen der Gesellschaft der selbständigen „Freien und Gleichen“ und dem Staat sicherten sie danach dem Bürger einen staatsfreien Raum zu „freier“ Betätigung in der Gesellschaft, in dem sie primär Abwehrrechte gegen hoheitliche Eingriffe statuierten (sog. „status negativus“, Schwabe, S. 152–195).¹² Eine so verstandene Freiheit wird als dem Staat vorausliegend definiert; sie ist ausschließlich Staatsfreiheit, d. h. Freiheit vom Staat, die sich gerade dadurch

5 Vgl. dazu etwa die Darstellung bei H. Rittstieg, *Eigentum als Verfassungsproblem*, 2. Aufl., 1976, S. 21 ff.; krit. dazu etwa Adam Smith, *Der Wohlstand der Nationen* (1776), München 1976, S. 387 ff.

6 W. v. Humboldt, 1792.

7 Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 482 S., Selbstverlag, Darmstadt 1977.

8 Siehe zum folgenden die Darstellung bei Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, S. 15–23; W. Schmidt, a.a.O. (Anm. 1), S. 24 ff.

9 Robert von Mohl, *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, 1859, S. 319.

10 G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, S. 319.

11 E. Forsthoff, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 12, S. 18.

12 Daneben kannte die traditionelle Dogmatik noch Grundrechte, die Forderungen an den Staat sicherten (status positivus, dazu Schwabe, S. 201–277) und solche, die Leistungen für den Staat begründeten (status activus, ebd. S. 278–285).

auszeichnet, nicht rechtlich normiert zu sein. Auf dieser Grundlage entwickelt Schwabe die Grundrechtsdogmatik. Der Staat ist nicht zu positivem Tun, sondern nur zu Unterlassungen verpflichtet (S. 13–36); gesellschaftliche Freiheit ist die Regel, staatliche Gestaltung im Freiheitsbereich die Ausnahme (S. 60–75). Greift der Staat rechtswidrig in die Freiheits-sphäre ein, so steht dem Betroffenen ein „Störungsbeseitigungsanspruch“ zu (S. 196–200). Die gesellschaftliche, staatsferne Freiheit ist umfassend geschützt, so daß die durchaus differenzierenden Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte relativiert werden, indem eine unterschiedliche „Grundrechtsstärke“ abgelehnt wird (S. 304–319). Auf dieser Grundlage wird das Problem der Grundrechtskonkurrenzen abgehandelt (S. 324–435).

Bedeutet demnach Freiheit nur Freiheit vom Staat, so können auch die Normen zur Freiheitssicherung nur im Staat-Bürger-Verhältnis Wirksamkeit erlangen. Innerhalb der Gesellschaft soll der Einzelne seine privaten Bedürfnisse als weitgehend autonomes Individuum von rechtlicher Herrschaft frei befriedigen können. Dabei auftretende Konflikte sollen im Wege der sozialen „Selbstregulierung“ geschlichtet werden¹³, die der staatlichen „Fremdgestaltung“ als freiheitliche Alternative entgegengesetzt wird. In der Gesellschaft realisiert sich Freiheit demnach als subjektive Willkür des sozialen Handelns, das staatlicher Einwirkung entzogen ist. Ob und inwieweit die Freiheit vom Staat die Entfaltung menschlicher Persönlichkeit in der sozialen Realität garantieren kann, hängt demnach nicht vom Staat, sondern von gesellschaftlichen Faktoren ab. Deren Relevanz für die Grundrechtsdiskussion wird jedoch von Schwabe bestritten mit dem Einwand, mögliche soziale Defizite der Freiheitsrechte seien schon zur Zeit des Frühliberalismus vorhanden und bekannt gewesen und hätten schon damals keinen Einfluß auf die Grundrechtsdiskussion gehabt (S. 247 f.), sie dürften daher auch in der Gegenwart nicht in die Grundrechtsdogmatik eingeführt werden. Hier wie auch in der die Arbeit abschließenden Forderung des Autors, anzugehen sei „gegen die Überschätzung der Spezialnormen und ihrer Gesetzesvorbehalte“ (S. 446), liegt die Problematik seines Ansatzes: Die Frage nach der Grundrechtsgeltung unter gewandelten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen – etwa dem Übergang vom konstitutionellen monarchischen „Nachtwächterstaat“ zum demokratischen Sozialstaat –, veränderten sozialen Realitäten und möglicherweise neuen Schutzbedürfnissen individueller Freiheit läßt sich mit den Mitteln der Grundrechtsdogmatik allein nicht zureichend beantworten¹⁴; hier ist vielmehr eine Auseinandersetzung auf der Ebene der Grundrechts- und Verfassungstheorie notwendig. Da deren Fehlen jedoch von Schwabe gerade als Vorzug seiner Arbeit angesehen wird, ist ihm eine adäquate Auseinandersetzung mit anderen vertretenen Auffassungen inso- weit unmöglich. Zudem enthält das Grundgesetz keine Norm, die allgemein Freiheit verbürgt; allgemeine Freiheitslehren als solche sind somit dogmatischer Erwägungen unzugänglich, sie können nur als gemeinsames Fundament der vielfachen Einzelgrundrechte entwickelt werden. Gerade daher ist jedoch ein induktives Vorgehen vom Besonderen zum Allgemeinen unumgänglich. Der besonders in Grundrechtsfragen vielfach anzutreffenden Überschätzung des Allgemeinen korrespondiert gegenwärtig nicht zufällig ein auffallender Mangel an Untersuchungen zu besonderen Problemen einzelner Freiheitsrechte. Bleibt Schwabes Ansatz somit theorieimmanent, so zeigt er zusammenfassend diejenigen Probleme der Grundrechtsdogmatik, die sich aus der Perspektive eines Vorverständnisses des Frühlibe-

13 Dieser Selbststeuerungsautomatismus bezog seine Gestaltungskraft aus ähnlichen Vorstellungen wie die „unsichtbare Hand“ des Adam Smith.

14 Das machen etwa die Ausführungen S. 133–143 zur Lehre zu den institutionellen Garantien deutlich.

ralismus darstellen. Darin erschöpft sich jedoch zugleich der Ertrag der Arbeit, die die selbstgesetzten dogmatischen Grenzen nicht theoretisch analysiert oder gar begründet.¹⁵

2. *Der Einzelne in der Gesellschaft*

Die Kritik an dem dargestellten System der Freiheitssicherung findet ihren Ansatz in dem zugrunde gelegten Sozialmodell. Stellt sich danach im gesellschaftlichen Prozeß Freiheit durch staatlich nicht beeinflusste Tätigkeit der rechtlich Freien und Gleichen von selbst ein, so bedarf sie des Schutzes ausschließlich gegen den Staat. Diese Grundlagen hat Eberhard Grabitz einer eingehenden Überprüfung unterzogen.¹⁶ Nach ausführlicher Erörterung der dargestellten Lehren des Frühliberalismus (S. 3–133)¹⁷ untersucht er die „staats- und sozialtheoretischen Voraussetzungen der Grundrechtstheorie“ (S. 139–207). Er verweist grundlegend darauf, daß die Lehre der Trennung von Staat und Gesellschaft, welche die Voraussetzung des Freiheitsmodells des Frühliberalismus war, eine Konsequenz der Verfassungstheorie des Konstitutionalismus darstellt (S. 158), während das Vor- und Frühstadium einer demokratischen Grundrechtstheorie, „insbesondere im anglo-amerikanischen Bereich, aber auch in Frankreich die Basis der Freiheit weniger in privaten als in politischen Freiheiten sah (S. 139–158). Dagegen basierte das konstitutionelle System gerade auf dem politischen Kompromiß zwischen dem hergebrachten monarchischen Staat und dem seine soziale Emanzipation anstrebenden Bürgertum (S. 158–174).¹⁸ Dieser soziale wie – in der Gegenüberstellung von Monarch und Volksvertretung – auch institutionelle Gegensatz bildete die Grundlage der konstitutionellen Grundrechtstheorie (S. 172), nach der Freiheitsrechte als Normen zur Kompetenzverteilung zwischen Staat und Gesellschaft Ausdruck des „fundamentalen Verteilungsprinzips des bürgerlichen Rechtsstaates“¹⁹ waren (S. 183–187).

Die Kritik an der Entgegensetzung vom Staat als Hort des Zwanges und der Gesellschaft als Residuum der Freiheit setzt bei Grabitz konsequent bei der Frage ein, ob zwischen Staat und Gesellschaft ein „struktureller Gegensatz“ besteht (S. 187). Ausgangspunkt seiner Kritik an dem Gesellschaftsmodell des Frühliberalismus ist die Tatsache, daß sich danach die Freiheit in der Gesellschaft von selbst einstellt. Das setzt, da rechtliche Gleichheit die Freiheit aller allein nicht herstellt, die Annahme von gleich intelligenten, gleich wohlhabenden und gleich einflußreichen Individuen voraus. Ein solches Sozialmodell entspricht jedoch weder der Realität des 19. Jahrhunderts noch der gegenwärtigen Wirklichkeit. Das autonome, seine Bedürfnisse selbständig befriedigende Individuum ist keineswegs mehr der Prototyp des Bürgers; vielmehr nimmt sowohl die Komplexität der Gesellschaft mit den daraus resultierenden unterschiedlichen Rollenanforderungen an den Einzelnen als auch die Technisierung der Umwelt ein Ausmaß an, das eine Funktionsdifferenzierung zwischen den Menschen nicht mehr nur im ökonomischen Produktions- und Verteilungsprozeß, sondern allge-

15 Aus dieser dogmatisch limitierten Perspektive resultiert manches Unverständnis des Autors für andere Ansätze, die dann als „Nebelbegriff“ (S. 286) oder „falsche Vorstellung“ (S. 257) abqualifiziert werden; der Grundrechtsdiskussion wie mancher Einsicht Schwabes ist größere Sachlichkeit zu wünschen, als der Verfasser sie anderen Auffassungen gelegentlich zubilligen möchte.

16 Eberhard Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik der Freiheitsrechte*, XII, 280 S., J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen 1976, insbes. S. 137 ff.

17 S. o.

18 Näher hierzu Angermann, *ZfP* 1974, S. 1 ff.; Böckenförde, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1974, Heft 49, S. 3 ff.; Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit*, 1973, pass.

19 Ausdruck nach C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 179.

mein als Konstitutionsprinzip allen sozialen Handelns Bedeutung erlangen läßt.²⁰ Der Einzelne ist so, um die differenzierten Probleme zu bewältigen, in zunehmendem Maße auf die Mitwirkung anderer, gleichfalls spezialisierter Menschen angewiesen. Diese Notwendigkeit verstärkten Zusammenwirkens erhöht die Komplexität und Kontingenz des Umfeldes jedes Beteiligten. Da zugleich diejenigen herkömmlichen Institutionen, die früher das soziale Leben prägten und den Einzelnen in feste Rollen einbanden, etwa Stand, Religion, Nachbarschaft oder Dorfgemeinschaft, sich in abnehmendem Maße als fähig erwiesen, die gewandelten Bedürfnisse ihrer Mitglieder zu befriedigen, wurde so der soziale Desintegrationsprozeß noch beschleunigt (S. 190). Das Individuum ist daher auf die eigenen Möglichkeiten zum Interessenausgleich angewiesen, statt wie früher gesellschaftlich prästabilisierte Interessen vorzufinden. Verlagert sich so der Interessenausgleich weg von dem sozial organisierten gemeinsamen Streben nach gemeinsamer Verwirklichung gemeinsamer Bedürfnisse hin zu einem Streben nach möglichst hoher, allseitig einlösbarer Gegenleistung für eigene Leistungen, so wird das Prinzip des freien Wettbewerbs Grundlage eines kommerzialisierten Güter- und Leistungsaustausches.

Diese Konkurrenzsituation setzt jedoch nicht nur die rechtliche Möglichkeit, sondern auch die soziale Chance der Verwirklichung eigener Interessen voraus. Hier jedoch gerät der „Freie und Gleiche“ gegenüber Verbänden und wirtschaftlichen Organisationen in einen uneinholbaren Nachteil.²¹ Erstickt so Monopol- oder Oligopolbildung den freien Wettbewerb, so schwand dieser vormals legitime soziale Ausgleichsmechanismus zugunsten einseitiger organisierter Interessenwahrnehmung der wirtschaftlich Mächtigen. Freiheit bleibt als reale Möglichkeit nur dem, der besondere Voraussetzungen mitbringt. Solange diese Voraussetzungen knapp oder in den Händen weniger monopolisiert sind, wandelt sich unter den Prämissen des Frühliberalismus die Unfreiheit lediglich von einer Fremdbestimmung durch den Staat zu einer Fremdbestimmung durch sonstige soziale Mächte.²² Gesellschaft ist somit kein herrschaftsfreier Raum²³; die Voraussetzung der Gesellschaft als Reservat der Freiheit erwies sich insoweit als unzutreffend, als der Einzelne seine vorausgesetzte „natürliche Freiheit“ als isoliertes Individuum mit dem Eintritt in die Gesellschaft einbüßt und nur noch soviel Freiheit ausüben kann, als ihm diese einräumt.²⁴ Damit wird die Disparität zwischen der Freiheit vom Staat und der Unfreiheit in der Gesellschaft zur Konsequenz des dargestellten Freiheitsmodells (S. 192).²⁵ Freiheit zur Beliebigkeit ist angesichts der Notwendigkeiten des menschlichen Zusammenlebens und der vielfachen sozialen Vorprägungen der Gesellschaft weder erwünscht noch erreichbar; Grabitz plädiert daher für eine Neudefinition von Freiheit als „Gewährleistung eines bestimmten Maßes sozialer Entfaltungschancen“ (S. 206). Die so verstandene Freiheit ist, soll sie nicht Illusion bleiben, gegen jede Bedrohung aus der Sphäre des „Staates“ wie der „Gesellschaft“ zu schützen. Nach einer sorgfältigen Analyse der hierzu in der Literatur vertretenen Auffassungen (S. 208–235), die

20 Dazu näher Udy in Bernsdorff, Wörterbuch der Sozialwissenschaften, 1969, S. 47, 48 ff. (Stichwort: „Arbeitsteilung“); René König in ders., Soziologie, 1967, S. 31 ff.

21 Zu den Gründen dafür etwa H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 379 ff.; zum Verbändestaat auch W. Schmidt, Der Staat, 1978, S. 244 ff.; Berg, Die Verwaltung, 1978, S. 71 ff.

22 Zu Recht diagnostiziert daher E. Schmidt, Juristenzeitung (JZ) 1980, S. 153 ff. (hierzu insbes. S. 154–159) einen Übergang „von der Privat- zur Sozialautonomie“.

23 Damit bestreitet Grabitz nicht, daß der Staat gegenüber anderen sozialen Systemen in der Gesellschaft charakteristische Unterschiede aufweist; zu Recht plädiert er jedoch lediglich für eine Unterscheidung in „funktionaler Sicht“ (S. 192–200, insbes. S. 200), die nicht Grundlage der Grundrechtstheorie sein könne.

24 Schnur, VVDStRL 22 S. 101, 102 f.

25 Ähnlich K. Hesse, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 1975, S. 437, 442.

durch methodische Klarheit und sozialwissenschaftlichen wie verfassungstheoretischen Erkenntnisreichtum hervorsteicht, stellt er sorgfältig abgewogene Thesen zur weiterführenden Diskussion auf.²⁶ Auch wenn der unmittelbar dogmatische Ertrag der Untersuchung gering bleiben mag, ist die vielfältige Einsichten vermittelnde Abhandlung von Grabitz wesentliche Grundlage jeder weiterführenden Grundrechtsdiskussion.

3. Freiheitssicherung unter den gewandelten Rahmenbedingungen in Realität und Recht

Die dargestellten sozialen Gestaltungsdefizite stellten sich dem Staat als Aufgabe dar. Er wandte sich schon im 19. Jahrhundert aktiv der Regelung sozialer Mangellagen zu: Der bürgerliche Staat wandelte sich zum Sozialstaat.²⁷ Dieser Prozeß „schleichender Verstaatlichung“ immer weiterer Aufgaben ließ den Staat in immer selteneren Fällen als ge- oder verbotenden „Grundrechtsgegner“ erscheinen, vielmehr stellt er sich vielfach als Förderer der Freiheit durch Leistungen, Beihilfen, Subventionen oder die Schaffung freiheitsfördernder Rahmenbedingungen dar. Die Einbindung individueller Freiheit in das gesellschaftliche Umfeld wird so reduziert und zugleich durch eine zunehmende Abhängigkeit vom Staat ergänzt oder gar – im Falle der Monopolisierung bestimmter Leistungen durch den Staat – abgelöst.²⁸ Damit gerät die Gesellschaft aus ihrer nach Auffassung des Frühliberalismus bestehenden Autonomie vom Staat zu diesem in ein durch Interdependenz geprägtes Verhältnis von Kommunikation und Kooperation, in dem die soziale Ordnung nicht mehr als vorgegeben angesehen, sondern aktiv geplant und gesteuert wird.²⁹ Die nach traditioneller Auffassung einander entgegengesetzten Sphären von Staat und Gesellschaft stehen in vielfachen Wechselbeziehungen, die Gesellschaft ist ebensowenig „staatsfrei“ wie der Staat „gesellschaftsfrei“. In einem solchen Gemeinwesen ist Freiheit keine „natürliche“ oder „vorstaatliche“, sondern oft erst durch den Staat konstituiert.

Das Problem der Freiheit bestand, legt man die Lehren des Frühliberalismus zugrunde, in der Blindheit jenes Sozialmodells für gesellschaftliche Vorgänge: Es stellte sich als Verteilungsproblem dar. Die extrem einseitige Verteilung realer Freiheitschancen zugunsten der ökonomisch wie sozial ohnehin Privilegierten konnte durch die Freiheitsrechte nicht abgewendet werden; für die Masse der Bevölkerung bedeutete die Erlangung der Freiheitsrechte so keine Erlangung der Freiheit. Vermochten die Grundrechte als Abwehrrechte die Freiheit nur gegenüber dem Staat, nicht aber gegen gesellschaftliche Mächte zu sichern, so beeinträchtigt die neuere Entwicklung der Staatsaufgaben auch die traditionell funktionierende Dimension der Freiheitsrechte: Wenn Ge- und Verbote nicht mehr die prägenden Handlungsformen des Staates darstellen, können Abwehrrechte allein auch dem Staat gegenüber Freiheit nur in abnehmendem Maße sichern.

Eine Übersicht über unterschiedliche Tendenzen einer Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Freiheit bietet Horst *Kratzmann*.³⁰ Ausgehend von der These, daß sich das Verhältnis zwischen Staat und Freiheit nicht mehr ausschließlich als Gegensatz begreifen läßt, Freiheit also nicht nur Staatsfreiheit bedeuten kann, stellt er Ansätze dar, Freiheitssi-

26 Dazu noch unten.

27 Hierzu am Beispiel der Wirtschaft Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 52 ff.; Badura, Verwaltung im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 12 ff.

28 Vgl. hierzu etwa Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (BVerfGE), 33, 303 ff. (numerus clausus); 35, 71 ff. (niedersächsisches Vorschaltgesetz).

29 Häberle, VVDStRL, S. 30, 43 ff., insbes. S. 58 f.

30 Horst Kratzmann, Grundrechte – Rechte auf Leistungen, 126 S., Peter Lang Verlag, Frankfurt/M.-Bern 1974.

cherung durch Grundrechte den gewandelten Rahmenbedingungen anzupassen. Grundlage dieser Ansätze ist die These, der Staat müsse nicht nur rechtliche³¹, sondern „reale“ Freiheit garantieren. Voraussetzung dieser realen Freiheit ist, daß der Bürger auch in den Genuß freiheitsfördernder Leistungen kommt: Grundrechte als Verbürgungen tatsächlicher Freiheit wären somit stets zugleich Rechte auf staatliche Leistungen.³² Zunächst werden Ansätze zu einer leistungrechtlichen Neuinterpretation einzelner Grundrechte vorgestellt (S. 3–60), die sodann auf die maßgeblichen „Interpretationsgesichtspunkte“ untersucht werden. Nachdem er dargelegt hat, daß der Wortlaut (S. 61–72) und die Entstehungsgeschichte der Freiheitsrechte des Grundgesetzes (S. 72–78) für eine solche Neubestimmung unergiebig sind, wendet er sich dem Gedanken der Grundrechtseffektivität zu (S. 78–107). Diese Variante einer teleologischen Interpretation geht davon aus, daß die Freiheitsrechte historisch stets Antworten auf jeweils spezifische Gefährdungslagen der Freiheit waren und sind. Ändert sich mit einem Wandel der sozialen Verhältnisse auch die jeweilige Gefährdung, so können Freiheitsrechte nur dann effektiv bleiben, wenn sie den nunmehr freiheitsgefährdenden Faktoren „elastisch“ entgegenwirken. Sollen sie so auf jeder Aggregationsstufe des Gesellschaftssystems den neu entstehenden Gefahren begegnen können³³, so müssen sie in ihrer Wirkungsweise vom „Eingriffsstaat“ auf den „Sozialstaat“ umgeschrieben werden. Daneben wird auch auf den systematischen Zusammenhang der Grundrechte mit dem im Grundgesetz niedergelegten Sozialstaatsgrundsatz (S. 118–124) und dem Demokratieprinzip³⁴ hingewiesen. Grundlage dieser Auffassung ist die aus der Integrationslehre³⁵ stammende Annahme, die Verfassung sei als „einheitliches Ganzes“ zwar spannungsvoll, aber frei von Widersprüchen; scheinbare Antinomien müßten im Wege der Harmonisierung abgestimmt werden, so daß das Einzelne stets als Ausdruck des Ganzen der „Sinntotalität der Verfassung“ erscheine. So seien auch die Grundrechte stets aus ihrem normativen Kontext, der durch die jeweilige Verfassung geprägt sei, auszulegen. Dementsprechend erfahren sie im demokratischen Sozialstaat eine Sinnänderung gegenüber ihrer früheren Geltung als Elemente der Verfassung einer konstitutionellen Monarchie. Erscheinen so die Freiheitsrechte gleichgerichtet mit Sozialstaatsprinzip und Demokratie in Richtung auf die Herstellung eines „freiheitlich-sozialen Rechtsstaates“³⁶, so ist staatliche Sozialgestaltung zugleich Ausprägung der Freiheitsrechte. Grundrechte begründen so einen Anspruch auf sozialstaatliche und demokratische Politik und garantieren zugleich dem Einzelnen ein Recht auf Teilhabe daran. Diese Ansätze werden von Kratzmann in seiner Untersuchung kritisch gewürdigt, wobei er dogmatische Erwägungen eindeutig in den Vordergrund stellt. Seine Arbeit erweist sich als weitgehend verlässlicher Überblick über die unterschiedlichen Ansätze einer Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Freiheit.

Ob und auf welche Weise diese gewandelten Rahmenbedingungen Auswirkungen auf die Grundrechtsinterpretation erlangen können, ist allerdings sehr umstritten.

31 Unter „rechtlicher“ Freiheit wird die Freiheit verstanden, Handlungen vorzunehmen, ohne daß diese zum Tatbestand einer staatlichen Sanktionsnorm gemacht werden dürfen.

32 Vgl. dazu in jüngerer Zeit die Übersicht bei Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S. 481 ff.; Breuer in Bachof u. a. (Hrsg.), Festschrift für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 89 ff.

33 H. Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 204 (vgl. unten).

34 Insbes. von Krüger, a. a. O. (Anm. 21), S. 542, m. w. N.

35 Dazu grundlegend R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; zum folgenden etwa Ehmke, VVDStRL 20, 53, 77 ff.; Pestalozza, Der Staat 1963, S. 425, 437 ff.

36 Ramm, JZ 1972, S. 137, 145.

Neue Wege der Grundrechtsinterpretation

1. Die Grundrechte als objektive Werte

Insbesondere das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechte bereits frühzeitig als „objektive Werte“ bezeichnet.³⁷ Diese Rechtsprechung entspricht seiner Deutung des Grundgesetzes als Wertordnung, die – zumindest zeitweilig – geradezu als die Verfassungstheorie des Bundesverfassungsgerichts angesehen werden muß. Danach hat das Grundgesetz aus der Gesamtheit aller Werte einzelne aufgenommen und positiviert, so daß ihnen gegenüber konkurrierenden Werten ein erhöhter Rang zukommt. Verfassungsrechtlich anerkannte Wertentscheidungen sind daher von allen anderen Staatsorganen bei ihrer Sozialgestaltung zu befolgen. Darstellung und Kritik dieser Lehre ist das Ziel einer Untersuchung von Helmut Goerlich.³⁸ Zunächst stellt er die Anfänge der Werterechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar (S. 29–63), wobei er deutlich macht, daß der Wertformel zunächst kein eigenständiger Gehalt in den Entscheidungen zukam: Sie vermittelte den Urteilen weder Inhalt noch Begründung (S. 33 f., 41 f., 47 f.). Erst in späteren Entscheidungen emanzipierte sich die Wertformel von ihrer anfangs nur „ornamentalen“ Bedeutung; Grundrechte als „Werte“ sollten neue, bis dahin verfassungsrechtlich nicht anerkannte Grundrechtswirkungen begründen (S. 53 ff.).³⁹ Diese Emanzipation der Wertordnung vom grundgesetzlich positivierten Verfassungsrecht verlieh den Werten normative Geltung: Sie gelten nicht nur, soweit den Normen, die sie positivieren, Geltung zukommt, vielmehr begründen alle Werte umfassende Wirkungen.⁴⁰ Da ihnen ein allseitiger Geltungsanspruch zukommt, prägen sie alle Bereiche des sozialen Lebens, Rechtskonflikte – nicht nur solche verfassungsrechtlicher Art – werden zu Wertkonflikten. Da das Grundgesetz gemäß Art. 1 III, 20 III GG alle Staatsorgane bindet, ist deren Handeln darauf verpflichtet, die vorgegebene verfassungsrechtliche Wertordnung zu verwirklichen mit dem Ziel der Realisierung und Effektivierung dieser Werte in sämtlichen Bereichen des Gemeinschaftswesens.⁴¹ Die Freiheitsrechte als Werte sind so nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern verpflichten die Staatsorgane zugleich zur Herstellung, Förderung und Sicherung der Freiheit gegenüber jeder Bedrohung durch Staat oder sonstige Mächte. Wird die Ausübung der Freiheit als Wert durch fehlende tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen erschwert oder unmöglich gemacht, so ist der Staat zu ihrem Schutz auch durch finanzielle oder organisatorische Maßnahmen verpflichtet. Der Grundrechtsträger hat auf die Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflichten ein subjektives Recht; im Falle von Freiheitsdefiziten hat er einen Anspruch auf förderndes Handeln in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung. Dabei wirken die Freiheitsrechte als Werte auf zweierlei Arten: Einerseits kommt ihnen eine „Auftragsfunktion“ zu, indem sie Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu freiheitsverwirklichenden Maßnahmen verpflichten⁴¹; daneben erhalten sie eine Ausstrahlungsfunktion, indem alles Recht „im Lichte der verfassungsrechtlichen

37 Seit E 7, 198 (Leitsatz 1), S. 205.

38 Helmut Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 214 S., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1973.

39 Die Eigenschaft eines Wertes kommt dabei keineswegs nur Grundrechten zu, auch andere verfassungsrechtlich anerkannte Einrichtungen können als Werte anerkannt werden: etwa die Existenz und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr (E 48, S. 127, 159 ff.).

40 Hierzu insbes. C. Schmitt in Erbacher Studien, 1967, S. 37 ff.

41 Etwa in BVerfGE 35, 71 ff.: Verwirklichung der Lehrtätigkeit der Hochschullehrer an Universitäten; E 36, 321, 331: Verwirklichung der Kunstfreiheit durch finanzielle Förderung; E 39, 1 ff.; Verwirklichung des Lebensrechts des Ungeborenen durch Strafnormen gegen Abtreibungen.

Wertordnung“ auszulegen ist.⁴² Goerlich zeigt in einer ausführlichen Übersicht, in welchen Fällen die einzelnen Grundrechte als „Werte“ qualifiziert werden und welche Bedeutung ihnen dabei zuerkannt wurde (S. 64–130).

Dabei wird deutlich, daß die Bezeichnung des Grundgesetzes als „Wertordnung“ oder „Wertsystem“ nicht bedeutet, daß das Bundesverfassungsgericht eine starre „Ordnung“ oder ein fixierbares „System“ der Werte annimmt. Vielmehr weist die Wertformel eine erhebliche Flexibilität auf: Eine nachprüfbare Kontinuität der Zuordnung einzelner Werte zueinander ist nicht erkennbar, auf derselben methodischen Basis kommen häufig Mehrheits- und abweichende Minderheitsmeinung zu unterschiedlichen Resultaten (S. 73 f., 131–135). Der Grund hierfür liegt darin, daß Werte als solche keine logische Begründung aufweisen, sondern ausschließlich im Rechtsgefühl des Entscheidenden wurzeln.⁴³ Sind sie daher interpersonal nicht diskutierbar, so vermag die Wertformel vielleicht einen Vorgang der Entscheidung zu beschreiben, mit dieser Beschreibung macht sie jedoch noch keine Begründung der getroffenen Wahl einsehbar (S. 170). Diese mangelnde Begründungsleistung der Werte hat ihren Grund in dem Fehlen einer vorgegebenen objektiven Wertordnung, die auch durch das Grundgesetz nicht geschaffen wird. So unterliegen Werte zeitbedingter Auf- und Abwertung im Zuge politischer oder wissenschaftlicher Erkenntnisse oder sich wandelnder Auffassungen und Strömungen in der Bevölkerung. Infolge dieser Relativität können Werte keine konsensfähige Begründung leisten, vielmehr unterliegt der Rückgriff auf angenommene Wertordnungen seinerseits der Begründungspflicht. Hierzu kann nur eine Folgendiskussion herangezogen werden, die somit rechtliche Entscheidungen stets in den Sog faktischer und daher außerrechtlicher Sachzwänge hineinzieht. Der urteilende Richter schafft sich so mangels normativer Vorgaben notwendig eine eigene Wertordnung zur Begründung seiner Entscheidung, entsprechend wird er vom verfassungsgebundenen Staatsorgan zum Herrn der Verfassung.⁴⁴

Zudem verdoppelt die Lehre von den Grundrechten als objektive Werte das Schutzgut der Freiheitsrechte: Mit der Zuerkennung der Wertqualität wird die Abwehrfunktion der Grundrechte keineswegs aufgegeben, vielmehr sollen beide Funktionen nebeneinander stehen bleiben.⁴⁵ Damit ist die garantierte Freiheit einerseits Freiheit vom Staat, der Staat darf daher im Freiheitsbereich nicht tätig werden; andererseits ist es aber verpflichtet, den Freiheitsschutz durch fördernde – und somit regelnde – Maßnahmen zu verwirklichen. Das ist jedoch nur auf die Weise möglich, indem er Normen im Freiheitsbereich erläßt, was ihm gerade durch die Abwehrkomponente des Grundrechts untersagt wird. Welche Möglichkeiten und Grenzen der Zuordnung von gestaltender und staatsferner Freiheit bestehen können, bleibt so unklar, beide Dimensionen des Freiheitsschutzes geraten in Kollision zueinander; der Norminhalt der Grundrechte wird widersprüchlich.⁴⁶

Die Qualifikation der Grundrechte als Wertordnung führt so zur Unterwerfung der Verfassung unter richterliche Wertungen: Weder ist dem Grundgesetz eine Wertordnung zu entnehmen, die eine Zuordnung verschiedener Werte erst ermöglicht, noch erlangt das einzelne Freiheitsrecht einen widerspruchsfreien Gehalt. Die Wertformel gilt daher zu Recht

42 Seit E 7, S. 198, 205; ausführlich dazu H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts, 1979.

43 Zum folgenden Podlech, AöR 1970, S. 185 ff.; Grabitz, a.a.O. (Anm. 16), S. 216–218.

44 Ablehnend auch Böckenförde a.a.O. (Fn 3), S. 1533 f.; Ossenbühl, NJW 1976, 2100, 2101 ff.; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 157 ff.; weitere Nachweise bei Görlich, S. 171 (Anm. 829).

45 So schon BVerfGE 7, S. 198, 204 f.

46 Grabitz a.a.O. (Anm. 16), S. 217; das gilt erst recht für das Verhältnis mehrerer Freiheitsrechte zueinander, s. etwa BVerfGE 39, 1 ff. (§ 218), wo das Lebensrecht des Kindes und die Privatsphäre der Frau kollidierten.

als „Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus“⁴⁷ bzw. „Arcanum der Verfassungsinterpretation“ (S. 140).

Goerlich gelangt zu diesem Resultat auf andere Weise. Er sucht seine Argumente in der „frühkonstitutionellen Theorie und ihren Vorläufern“ (S. 142), indem er die Lehre von Würde und Wert des Menschen bei Hobbes (S. 148–152), Locke (S. 152–157) und Kant (S. 157–172) untersucht. Dabei zeigt er auf, daß keiner dieser Philosophen eine monistische Wertordnung anerkannte und gerade Kant die Geltung einer außerökonomischen Wertordnung stets abgelehnt hat, da Deduktionen aus „ersten Prinzipien“ nicht mit Gewähr objektiver Richtigkeit durchgeführt werden könnten. Vor dem Hintergrund dieses „historischen Bezugsrahmens“ hält Goerlich die Wertformel als Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für untauglich (S. 172). Wenn dieses zutreffende Ergebnis auch begrüßenswert ist, so wird doch in der vorliegenden Untersuchung nicht deutlich, welche Gründe zu der Auswahl gerade dieses „historischen Bezugsrahmens“ geführt haben. Insbesondere die jüngere Wertphilosophie der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts sowie christlich-naturrechtliche Elemente, die die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mitgeprägt haben⁴⁸, finden keine Würdigung. Die Einschätzung der Wertformel als bloße „Argumentationsfigur“ des Bundesverfassungsgerichts wird auch dem verfassungstheoretischen Anspruch dieser Thesen nicht folgerecht. Die von Goerlich geleistete begrüßenswerte Vorarbeit bedarf hier dringend weiterer Vertiefung.

2. Die Grundrechte als institutionelle Garantien

Lag die entscheidende Schwäche der Ideen zur Freiheitssicherung im Frühliberalismus des 19. Jahrhunderts darin, daß sie ein aus rechtlichen Einordnungsgesichtspunkten entwickeltes Sozialmodell auf die Realität projizierten und so deren Bedürfnissen nach Freiheitssicherung nur partiell Rechnung tragen konnten, so beschreitet die Lehre von den institutionellen Garantien genau den umgekehrten Weg: Sie entwickelt ihre Interpretation der Freiheitsrechte an den realen Bedürfnissen nach Freiheitssicherung. Nach divergierenden Vorläufern⁴⁹ wurde diese Lehre von Peter Häberle begründet und seitdem in der Literatur häufig aufgenommen.⁵⁰ Sein primäres Anliegen ist es, den „Wesensgehalt“ der Grundrechte zu ermitteln, welcher nach Art. 19 II GG „unantastbar“ ist. Dieser soll aus einer „zusammenhängenden Gesamtsicht“ der Freiheitsgarantien entwickelt werden (S. 3). Nach einleitenden Ausführungen über „Wesen und Funktion der Grundrechte im Ganzen der verfassungsmäßigen Ordnung“ (S. 4–69) wendet er sich dem „Doppelcharakter der Grundrechte“ zu (S. 70–125). Dabei geht er – unter Zugrundelegung der institutionstheoretischen Untersuchungen von Maurice Hauriou – davon aus, daß Grundrechte Freiheit in unterschiedlichen, jeweils näher thematisierten „Lebensbereichen“ garantieren sollen. Diese Lebensbereiche zeichnen sich durch jeweils spezifische Eigengesetzlichkeiten aus, die vom Einzelnen nicht selbst geschaffen, sondern vorgefunden werden. Solche Gesetzmäßigkeiten können sowohl

47 Böckenförde, a.a.O. (Anm. 3), S. 1534.

48 Siehe etwa E 2, 1, 12, wo zur Bestimmung der Höchstwerte des Grundgesetzes auch die Stellung des Menschen in der „Schöpfungsordnung“ einbezogen wurde.

49 Dargestellt bei Abel, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien, 1967, pass.; Grabitz a.a.O. (Anm. 16), S. 218–224.

50 Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. II GG, 270 S. 2. Aufl., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1972; ihm folgen etwa Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1976 pass.; Liesegang, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft, 1977, S. 128 ff.; einen ähnlichen Ansatz verfolgt schon Ridder in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, 2. Aufl., 1968, S. 243 ff.

tatsächlicher Art im Sinne sozialer Erwartungen als auch rechtlicher Art im Sinne normativer Vorgaben sein. Da sie jedem Menschen vorgegeben sind, kann sich das Verhalten des Einzelnen und somit seine Freiheit nicht anders als in derart gestalteten Bereichen realisieren; das Individuum findet den gestalteten Lebensbereich vor und ist bei jeglicher Betätigung an deren Vorgaben gebunden.⁵¹ Freie Betätigung ist somit nur im Rahmen der durch die Prägung der Lebensbereiche vorgegebenen Handlungsmöglichkeiten eröffnet; sie ist in deren Eigenarten „eingebunden“ (S. 100). Die Institutionen als soziale Vorgaben menschlicher Betätigungsmöglichkeiten umfassen so tatsächliche wie rechtliche Phänomene, sie stellen einen „Kontaktbegriff“ zwischen Realität und Recht dar.⁵²

Die Grundrechte können diese Vorgaben nicht aus sich heraus ändern, Freiheit ist daher nur möglich, indem der Staat durch freiheitsherstellende, -fördernde und -sichernde Gestaltungsmaßnahmen auf die Lebensbereiche einwirkt und sie so „freiheitlich“ ausgestaltet. Freiheit ist somit nicht ohne Rechtsnormen möglich, sie wird gerade erst durch – in bestimmter Weise ausgestaltete – normative Vorgaben möglich. Insofern ist institutionelle Freiheit stets etwas „Eingerichtetes“, „Gegebenes“, „Ausgestaltetes“ (S. 102 f.). Die Aufgabe der Freiheitsherstellung durch entsprechende Ausgestaltung der einzelnen Lebensbereiche kommt nach Häberle primär dem Gesetzgeber zu. Dieser ist verpflichtet, die jeweiligen Eigengesetzlichkeiten dem „Leitbild“ der einschlägigen Grundrechte anzupassen, welches so Maß, Inhalt und Grenzen der jeweiligen Freiheit vorprägt (S. 192 f.). Der Staat ist danach zu freiheitskonformer Gestaltung der einzelnen Lebensbereiche verpflichtet; dem einzelnen Grundrechtsträger steht zugleich ein Anspruch auf Teilhabe an der institutionell geformten Freiheit zu.⁵³ Individuelle Freiheit besteht so primär in dem Recht auf Beteiligung an freiheitlich ausgeformten sozialen Prozessen. Auf dieser methodischen Grundlage bemüht sich Häberle um die Bestimmung des „Wesensgehalts der Freiheitsrechte“ (S. 234–238).

Dieser Ansatz vermittelt – anders als die Ideen des Frühliberalismus – eine zutreffende Realanalyse und zeigt die tatsächlichen Grundlagen auf, von denen jedes Bemühen um Freiheitssicherung ausgehen muß. Insofern entspricht er dem Erkenntnisstand der Sozialwissenschaften. Dennoch werden gegen ihn verschiedene Einwände geltend gemacht, die insbesondere darauf basieren, daß die institutionell ausgeformten Lebensverhältnisse Art und Maß der jeweiligen Freiheitsbetätigung determinieren und so soziale Verhaltensmuster institutionalisiert werden, Freiheit letztlich selbst zur Institution wird.⁵⁴ Individuelle Persönlichkeitsentfaltung wird auf durch Institutionen vorgegebene Aktionsfelder und das von ihnen jeweils vorgeprägte Rollenverhalten festgelegt. Ist dem Gesetzgeber aufgegeben, die einzelnen Lebensbereiche entsprechend den in ihnen jeweils bestehenden Eigengesetzlichkeiten verfassungskonform auszugestalten, so ist er dabei auf die vorgefundenen Sachstrukturen verwiesen. Diese institutionellen Ausprägungen können durch soziale, das heißt faktische Normen vorgegeben sein.⁵⁵ Indem diese den Lebensbereich mitprägen, ist der Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung auch an sie gebunden. Auf diese Weise nehmen tatsächliche Verhaltensweisen und -erwartungen am verfassungsrechtlichen Schutz der Institution teil und prägen somit die verfassungsrechtlich aufgegebene Freiheitsverwirklichung inhaltlich

51 So ist insbesondere die umstrittene Äußerung Häberles ebd., S. 99, zu verstehen, wonach individuelle Freiheit die Freiheit als Institut „vorfindet“.

52 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 12 (Anm. 14).

53 Hierzu vertiefend Häberle, VVDStRL 30, 43, 58 ff.

54 So insbes. Steiger in Schelsky, Theorie der Institution, 2. Aufl., 1973, S. 91 ff.

55 Zum folgenden Grabitz, a.a.O. (Anm. 16), S. 232 ff.

mit. So determiniert die Realität das Recht, was die Normativität des Grundgesetzes wesentlich schwächt. Solche Ansätze zu einer normativen Kraft des Faktischen auf der Ebene des Verfassungsrechts widersprechen dem Geltungsanspruch des Grundgesetzes als rechtliche Sollensordnung. Daneben können die Vorprägungen auch gesetzlicher Natur sein. Diese wurden oder werden erst vom Gesetzgeber geschaffen, so daß die einzelnen Lebensbereiche zunächst weitgehend zur Disposition der Legislative stehen, die den einzelnen Grundrechten beigefügten differenzierten Gesetzesvorbehalte erweisen sich als in erheblichem Umfang leerlaufend.⁵⁶ Ist somit zunächst dem Normgeber eine erhebliche Gestaltungsfreiheit eingeräumt, so verengt sich diese, je dichter die gesetzlichen Vorprägungen eines Lebensbereiches sind, die nunmehr die jeweiligen Ausformungen der Sachbereiche einzelner Grundrechte mitprägen und so zugleich am erhöhten verfassungsrechtlichen Schutz der institutionellen Garantie teilhaben. So determinieren die einfachen Gesetze den Inhalt der Freiheitsrechte, ein Zustand, der der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte gemäß Art. 1 III, 20 III GG widerspricht. Die Lehre von den institutionellen Garantien hat somit eine doppelte Wirkung: Während zunächst die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – nur durch faktische Vorgaben determiniert – relativ groß ist, der Grundrechtsschutz also zur Disposition der Legislative steht, so verdichtet zunehmende legislative Tätigkeit auch die institutionellen Vorprägungen, der Gestaltungsfreiraum der Gesetzgebung verengt sich wesentlich, das Grundrecht stabilisiert so den sozialen status quo.⁵⁷ Zudem erweist sich in vielen Fällen das grundrechtliche „Leitbild“ als zu unscharf, die Maßstäbe für eine freiheitsgerechte Ausgestaltung der einzelnen Lebensbereiche sind häufig kaum zu ermitteln. Trotz dieser Mängel der Häberles Buch zugrunde liegenden Auffassungen⁵⁸ stellt seine Arbeit einen bemerkenswerten Fortschritt der Lehre vom Freiheitsschutz dar: Sie lenkt den Blick auf die Realität, in der jede rechtliche Freiheitssicherung Wirksamkeit erlangen muß – oder sie ist nicht.

3. Die Grundrechte als Verbürgung sozialer Differenzierung

Ebenso wie die Auffassung von den Grundrechten als institutionelle Garantien geht auch die Lehre von den Grundrechten als Verbürgung sozialer Differenzierung von einer wirklichkeitswissenschaftlichen Betrachtung der Realität aus, um so den Freiheitsrechten in der Wirklichkeit Effizienz zukommen zu lassen. Helmut Willke⁵⁹, der sozialwissenschaftliche Erkenntnisse für seine Grundrechtstheorie fruchtbar machen will, kann sich bei seinem Ansatz auf frühere Arbeiten insbesondere von Luhmann⁶⁰ berufen. Nach Darstellung und Kritik wertorientierter Freiheitslehren (S. 24–75) will er Wertdenken und Wertbegriff von ihrem wertphilosophischen „Ballast“ befreien und erfahrungswissenschaftliche Grundlagen neu durchdenken (S. 74). Dazu stellt er die Mechanismen der Wert- und Rechtsbildung nach der sozialwissenschaftlichen Systemtheorie dar, wobei insbesondere Parsons und Luhmann Berücksichtigung finden (S. 75–104). Darauf aufbauend plädiert er für ein Verständnis der Grundrechte als „symbolisches System“ (S. 104–110), dessen besondere Vorzüge in einer spezifischen Verbindung von Theorie und Realität (S. 105), den Möglichkeiten der Si-

⁵⁶ Dagegen zu Recht Schenke, *Der Staat* 1976, 553, 564 f.

⁵⁷ So auch Böckenförde a. a. O. (Anm. 3), S. 1533; ein exemplarischer Fall hierfür außerhalb des Grundrechtsbereichs ist die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums in Art. 33 V GG.

⁵⁸ Ablehnend auch Willke a. a. O. (Anm. 33), S. 111–133; Ossenbühl a. a. O. (Anm. 44), S. 2103 f.

⁵⁹ Helmut Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 261 S., Verlag Duncker u. Humblot, Berlin 1975.

⁶⁰ Vgl. Luhmann, a. a. O. (Anm. 52), pass.

cherung hoher Komplexität und vielfältiger Problemlösungsmechanismen sowie in seiner „wissenschaftsintegrativen Funktion“ liegen (S. 106 f.). Wie dieses System konkret freiheitssichernd wirken soll, wird im weiteren Verlauf der Abhandlung untersucht.

Nach einer Kritik der Lehre von den Grundrechten als institutionelle Garantien (S. 111–156) wendet er sich der „funktionalen“ Seite der Grundrechte zu. Willkes eigene Auffassung entsteht dabei in eingehender Auseinandersetzung mit Luhmann (S. 157–203). Dieser sieht Grundrechte als Institutionen zur Sicherung funktionaler Differenzierung der Gesellschaft gegen ihre immanenten regressiven Tendenzen zur Entdifferenzierung. Entsprechend seiner vielfältigen Betonung der primär „gesamtgesellschaftlichen Funktion“ der Grundrechte dienen diese danach insbesondere der Sicherung der Funktionsfähigkeit moderner Gesellschaften⁶¹, welche durch Differenzierung der sozialen Systeme erst ihre Handlungsfähigkeit erhalten soll. Dagegen setzt Willke die Akzente anders: Vorrangig ist für ihn nicht die Stabilisierung der Differenzierung der Gesellschaft durch Trennung der Subsysteme, sondern die rechtliche Steuerung der Subsysteme und ihrer Interaktion und damit die Gestaltungsfähigkeit des Rechts in der differenzierten Gesellschaft überhaupt (S. 183). Die Steuerung durch Recht soll durch die Grundrechte in der Weise geprägt werden, daß die rechtliche Entscheidung eine spezifische Legitimation aufweisen muß: „Legitimation durch Verfahren“⁶² genügt ihm dazu nicht, vielmehr fordert er zusätzlich die „Legitimation der Verfahren“ (S. 193).⁶³ Auf dieser Grundlage fordert er die „Demokratisierung der Gesellschaft“ (S. 207–216), die Ausgestaltung der Grundrechte als Teilhaberechte an „gesellschaftlich vermittelten Prozessen der materiellen und kulturellen Produktion und der zur Leitung dieser Prozesse notwendigen demokratischen Willensbildung“ (S. 216–224) sowie eine „Neugewichtung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit“ (S. 221–236) unter verstärkter Berücksichtigung der „Sozialität“ auf allen Ebenen der Gesellschaft (S. 236–240).

Die Problematik einer solchen Auffassung liegt bereits in ihrem Ansatz, der die gesamtgesellschaftliche Funktion der Grundrechte in den Mittelpunkt stellt. Freiheit realisiert sich jedoch stets nur als individuelle Möglichkeit zur Wahl unter mehreren vorhandenen Entfaltungschancen; dementsprechend ist Freiheit nur als Freiheit des Individuums denkbar. Gesamtgesellschaftliche Wirkungen kann nur der Versuch haben, soziale Rahmenbedingungen herzustellen, die individuelle Persönlichkeitsentfaltung und -verwirklichung erst ermöglichen. Frei ist eine Gesellschaft dann, wenn sie ihren Mitgliedern ein bestimmtes Maß an Entfaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt⁶⁴, wobei dem Einzelnen auch die Chance zum Anderssein oder Andershandeln offenstehen muß.⁶⁵ Existenz und Teilhabe an demokratisierten sozialen Leistungsprozessen vermehrt zwar die Teilhabe an der Ausübung von Herrschaft, jedoch noch keineswegs die individuelle Freiheit: Das Mehrheitsprinzip führt auch hier zu verbindlichen Verhaltensregeln, die alle Beteiligten unabhängig von ihren individuellen Votum binden. Zumindest dem Dissentierenden bleibt nur die Möglichkeit, diese Art der Fremdbestimmung hinzunehmen. Als Konsequenz der besonderen Betonung einer

61 Die Ablehnung jeder wertbezogenen Grundrechtsbetrachtung (i. S. der Wertphilosophie) durch Luhmann zeigt sich deutlich daran, daß er die „Diskussion mit der grundrechtslosen Welt des Ostens“ nicht auf der Grundlage von Werten, sondern mit dem Argument erhöhter Verarbeitungskapazität sozialer Probleme im Westen führen will, s. ebd., S. 198; krit. dazu Willke, a.a.O. (Anm. 59), S. 181.

62 Hierzu Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., 1978, pass.

63 So schon Häberle, ZfP 1974, S. 111, 115.

64 S. dazu Grabitz, a.a.O. (Anm. 16), S. 206.

65 Schutzbedürftig ist weniger die Freiheit der Konsentierenden, sondern vielmehr diejenige der Dissentierenden.

Notwendigkeit rechtlicher Steuerung durch Willke besteht die erhebliche Gefahr, daß immer mehr bislang der individuellen Gestaltung offene Freiräume der Selbstbestimmung entzogen und durch gesellschaftliche oder staatliche Zugriffe in Mitwirkungsrechte umgewandelt werden, zumal hierfür dann eine erhöhte „demokratische“ Legitimation bestehen würde. Das fördert eine gefährliche Tendenz der Entindividualisierung von Gestaltungsmöglichkeiten und Verantwortung, indem der Einzelne in ein zunehmend dichteres Netz sozialer Herrschaftssysteme eingebunden wird, welche Inhalt und seiner Persönlichkeitsentfaltung zunehmend abstimbar machen. Die Partizipationsforderungen Willkes sind demnach zumindest nicht im Interesse des Freiheitsschutzes geboten.⁶⁶

Welche Grenzen dieser Gefahr einer Zunahme und Verdichtung von Herrschaft über den Einzelnen durch die Grundrechte gesetzt werden sollen, bleibt offen; „Sozialität“ allein bietet hierfür keine zureichenden Maßstäbe.⁶⁷ Sicherlich stellt Systemdifferenzierung eine tatsächliche Voraussetzung der Freiheit dar; konkrete Rückschlüsse auf die Rechtsfolgen der Grundrechte müssen jedoch bei der Freiheit der Grundrechtsträger, d. h. primär der einzelnen Menschen, nicht hingegen bei den „gesamtgesellschaftlichen Funktionen“ ansetzen.

4. Kritik der Neuinterpretation der Grundrechte

Da individuelle Freiheit sowohl gegen Eingriffe des Staates als auch gegen Beschränkungen durch sonstige soziale Mächte geschützt werden muß, ist ein Schutz durch Abwehrrechte gegen den Staat allein nicht ausreichend, um effektive Freiheit zu garantieren. Gegen soziale Mächte kann nur der Staat wirksamen Schutz bieten. Das bedeutet jedoch nicht, daß dadurch staatliches Handeln stets freiheitsfördernd oder -sichernd sei; keineswegs ist damit der Staat vom „Gegner“ zum Schützer der Freiheit geworden, gegen den kein Schutz mehr notwendig ist. Vielmehr sind Freiheitseinschränkungen durch den Staat genau so real wie früher, Freiheitsschutz gegen den Staat ist daher ebenso notwendig wie gegen andere Einschränkungen. Effektive Freiheitssicherung impliziert somit einerseits die Dimension der Abwehr staatlicher Eingriffe, andererseits zugleich die Notwendigkeit staatlicher Maßnahmen zum Schutz der Freiheit der Schwächeren gegen die Übermacht gesellschaftlicher Organisationen. Freiheit kann erst dann real sein, wenn weder der Staat noch Dritte den Einzelnen bevormunden; insofern sind öffentliche und private Freiheit unteilbar.⁶⁸ Die Mittel zu ihrer Verwirklichung stehen jedoch in einem Spannungsverhältnis zueinander; die Abwehrkomponente der Freiheit tritt zwangsläufig in Widerspruch zu den sozialgestaltenden Dimensionen. Diese Spannung wird durch die Umdeutung des Schutzgutes der Grundrechte nicht harmonisiert, sondern nur in die Freiheitsverbürgungen hineinverlagert, ohne daß konkrete Maßstäbe für ihre Zuordnung erkennbar werden. So besteht die Gefahr, daß individuelle Freiheit durch staatliche Förderungs- und Gestaltungsmaßnahmen „unterwandert“ und ausgehöhlt wird.⁶⁹ Letztlich schaffen solche Grundrechte nicht nur die Voraussetzungen der Freiheit, sondern auch eine Freiheit gemäß diesen Voraussetzungen.⁷⁰

Schließlich führen die Grundrechte als Aufträge an den Staat, freiheitsfördernd tätig zu werden, zu Konsequenzen bei der Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen. Obliegt im demokratischen Staat die Verteilungszuständigkeit bei knappen Ressourcen der Ge-

66 Kritisch zu Partizipationsthese als Dimension des Freiheitsschutzes auch Rupp, AöR 1976, S. 161, 185 ff.

67 „Mangelnde Maßstäblichkeit“ in den Ausführungen Willkes kritisiert auch Schlink, Der Staat 1979, S. 622, 625 f.

68 K. Hesse, Festschrift für R. Smend, 1962, S. 71, 86.

69 Kritisch dagegen H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 57 ff.

70 Steiger, Mensch und Umwelt, 1975, S. 51.

setzung im politischen Prozeß, nicht hingegen der Rechtsprechung, so würde die neue Interpretation der Grundrechte zu einer Zunahme der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts führen.⁷¹ So erscheint mancher Versuch, durch die Grundrechtsinterpretation neue Pflichten des Gesetzgebers zu schaffen, weitgehend darauf zu zielen, auf rechtlichem Wege das durchzusetzen, was im politischen Prozeß nicht zu realisieren war. Der gegenwärtig vielfach beklagte Kompetenzzuwachs des Bundesverfassungsgerichts ist durch diese Entwicklung mitbedingt. Grundrechte als Leistungsrechte sind somit nicht geeignet, die Defizite der Freiheit in adäquater Weise zu beseitigen.

Bedingungen individueller Freiheit

Das Maß an Freiheit in einer Gesellschaft läßt sich auf zweifache Art bestimmen: Die vorhandene Freiheit kann so verteilt sein, daß dem Einzelnen ein möglichst großer potentieller Freiraum zur Verfügung steht, den er unter Einsatz seiner sozialen Stellung auch auf Kosten anderer erlangen kann, oder aber die Freiheit kann so verteilt sein, daß möglichst viele an ihr einen gewissen Anteil erhalten. Während sich in der Realität nach dem ersten Modell die Freiheit weniger groß, diejenige der Mehrheit dagegen minimal gestaltet, schafft die Alternative einen möglichen Ausgleich, der Freiheit für viele Realität werden lassen kann. Die Konsequenz des Frühliberalismus lag in der Monopolisierung der Freiheit bei wenigen; die neueren Tendenzen hingegen dahin, Bedingungen dafür zu schaffen, daß Freiheit für viele real wird. Ausgangspunkt kann bei diesem Bemühen nur eine Analyse der sozialen Wirklichkeit sein: Herstellung und Sicherung von Freiheit sind nur möglich, wenn sie in der Realität Konsequenzen zeitigen.

Auf einige der wesentlichen Voraussetzungen hat Dieter Suhr aufmerksam gemacht.⁷² Er begreift „Verfassungsrechtstechnik als Sozialtechnik“ (S. 27–50), deren Mittel den Herausforderungen moderner Psycho- und Sozialtechniken, welche den Menschen bedrohen, adäquat sein müßten (S. 39 f.). Auf dieser Basis entwickelt er sein Freiheitsverständnis handlungstheoretisch, nicht – wie insbesondere der Frühliberalismus – von einem bestimmten Menschenbild her (S. 78 ff.). Dazu kritisiert er das ausschließlich auf Abwehr äußerer Einflüsse basierende Grundrechtsmodell des Frühliberalismus, dem er „Ungeselligkeit“ vorwirft (S. 83).⁷³ Diese Sicht schärft den Blick dafür, daß Freiheit sich zumeist nicht in einseitigen Handlungen, sondern erst in zwischenmenschlichen Interaktionen verwirklicht; der Mitmensch sei damit nicht notwendig Grenze oder Einschränkung eigener Freiheit, sondern vielfach umgekehrt erst das Medium zur eigenen Persönlichkeitsentfaltung: Kommunikationsvorgänge, Vertragsschlüsse, Arbeit in der arbeitsteiligen Gesellschaft sind hierfür exemplarisch. So gelangt Suhr zu dem Bild der „Entfaltung des einen durch den andern“ (S. 83), indem der andere als Bedingung der eigenen Entfaltung (s. 88–92) den Blick für ein Interaktionsmodell schärft, wonach „die Entfaltung der anderen als Erweiterung der eigenen Freiheit“ anzusehen ist (S. 93–95).

Dagegen ist die gesellschaftsferne „Entfaltung im Alleingang“ (dazu S. 95–105) vielfach eine Freiheit durch den Staat, der erst eine Individualssphäre schafft und schützt, welche dem Eindringen Dritter entzogen ist (S. 97). So wird der „homo homini ad hominem

71 Martens, VVDStRL 30, S. 7, 36; entsprechend hat der Parlamentarische Rat keine sozialen Grundrechte geschaffen, s. W. Weber, Der Staat 1963, S. 409, 412 ff.

72 Dieter Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 233 S., Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1976.

73 Im Anschluß an H. Krüger, Rechtsstaat – Sozialstaat – Staat, 1975, S. 14 ff.; Krüger in Festschrift für T. Mainz, 1971, S. 249, 258 ff.

medium“ (S. 113). „Frei“ muß demnach die Verfassung der Kommunikations- und Interaktionsvorgänge sein. Ein so konzipierter „liberaler Interaktionismus“ (S. 117) kann nur „eingeschränkte Freiheit“ sein, die Regeln bereitstellt, nach denen sich die sozialen Beziehungen ohne „Zersetzung der Freiheit von innen her und Freiheitsstörung von außen“ (S. 127) realisieren können. Gehört zum interaktionistischen Freiheitsverständnis auch die Verantwortung der Freien als konstituierendes Element (S. 131–151), so ist der Staat verpflichtet, Mechanismen zur Verfügung zu stellen, um die Durchsetzung dieser Verantwortung zu erzwingen. Die so zu sichernde „Handlungsethik und Verfahrensethik“ (S. 151) verdeutlicht Suhr exemplarisch an den Grundrechten der allgemeinen Handlungsfreiheit (S. 51–105), des Eigentums (S. 187–214) und der „gemeinschaftlichen Grundrechtsausübung“ in sozialen Organisationen (S. 165–187).⁷⁴ Mit seinem Übergang vom Schrankendenken zum Denken in Verkehrsregeln und Verantwortlichkeiten (S. 129) zieht Suhr eigentlich nur Konsequenzen aus der „Trivialerkenntnis“, daß die Menschen auch als „freie“ Grundrechtsträger nicht in jeweils räumlich isolierten Sphären leben, sondern Freiheit im Sinne von Handlungsfreiheit an die vom menschlichen Zusammenleben geprägte Wirklichkeit anknüpfen muß. Daß die vorliegende Arbeit derart viele neue Perspektiven und Erkenntnisse freilegt, zeigt nur, wie lange diese Selbstverständlichkeiten durch das Bild des autonomen „Freien und Gleichen“ verstellt waren. Auf der Suche nach den Existenzbedingungen der Freiheit in der Gesellschaft vermittelt die vorliegende Untersuchung so wertvolle Erkenntnisse. Insbesondere schärft sie den Blick für die Tatsache, daß nicht „die Gesellschaft“ als rechtlich möglichst wenig strukturierte Vielzahl von Personen frei sein soll; frei sein kann nur der Einzelne in ihr, seine Freiheit ist stets der Maßstab für die Freiheit der Gesellschaft. Nicht mehr die Autonomie der Gesellschaft vom Staat steht somit im Mittelpunkt der Freiheitssicherung⁷⁵, sondern die Entfaltungschancen des Individuums in Staat und Gesellschaft. Dieser Ansatz ist in jüngerer Zeit für einzelne Freiheitsrechte fortgeführt worden.⁷⁶

Dabei darf jedoch nicht aus dem Blickfeld geraten, daß damit nur eine Dimension der Problematik der Freiheitssicherung im Staat der Gegenwart angesprochen ist. Das Grundgesetz umreißt nicht nur Freiheit als Zielvorstellung, sondern will zugleich Mechanismen bereitstellen, diese Freiheit zu sichern. Das kann, wie Suhr zutreffend feststellt, nicht dadurch geschehen, daß man die Grundrechte „als eine Art von Abwehrkanone gegen den Staat nun in die Horizontale schwenken und auf den armen Mitbürger richten“ müßte (S. 148). Andererseits kann es aber auch nicht bedeuten, daß die Wirkungen der Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegen den Staat aufgegeben würden. Gerade die Grundrechte beziehen stets die Perspektive zum Staat in die Dimensionen der Freiheitssicherung ein: Diese kann stets nur gegen den und durch den Staat mit seinem Handlungsinstrumentarium erfolgen. Gerade die Diskussion um die Neuinterpretation der Grundrechte⁷⁷ hat auf diese Fragestellung aufmerksam gemacht. Schärft so aus der Makro-Perspektive das von Suhr bezeichnete Freiheitsmodell den Blick für die Bedingungen und Erfordernisse der Freiheitssicherung, so ist aus der Mikro-Perspektive des Einzelnen die Frage nach den Mechanismen der Verwirklichung von Freiheit weiterhin offen⁷⁸, wenn die Uminterpretation der Grundrechte diesem

74 Weiterführend hierzu Suhr, *Der Staat* 1979, S. 369 ff.; Suhr, *NJW* 1978, S. 2361 ff.

75 Damit hat der Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft keine prägende Bedeutung für die Mechanismen der Freiheitssicherung mehr (s. sch. o. Anm. 23).

76 Insbes. von Rittstieg, a. a. O. (Anm. 5), pass.; Rüpke, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit*, 1976, pass.; E. E. Hirsch, *Zur juristischen Dimension der Gewissensfreiheit*, 1979, pass.

77 S. o.

78 Ähnlich Schlink, *Der Staat* 1979, S. 615, 618 f.

Ziel in seiner Vielschichtigkeit nicht gerecht wird. Eine effektive Freiheitssicherung kann nur dadurch erreicht werden, daß andere verfassungsrechtliche Gebote zur Beseitigung der Freiheitsdefizite, die durch die herkömmliche Grundrechtsinterpretation entstehen, herangezogen werden.

1. *Freiheitssicherung und Sozialstaatsprinzip*

Der Sozialstaatsauftrag des Grundgesetzes, der den Staat zu aktiver gestaltender Einwirkung auf das Gemeinwesen verpflichtet, zeigt am deutlichsten die Wendung des Grundgesetzes gegen den frühliberalen „Nachtwächterstaat“, der die Gesellschaft sich selbst überließ. Die Staatsorgane sollen vielmehr in die sozialen Prozesse steuernd und regulierend eingreifen, um die in der Gesellschaft bestehenden und stets neu auftretenden Ungleichheiten sowie die dadurch bedingten Machtgefälle zu mildern.⁷⁹ Gestützt auf diesen Handlungsauftrag können die Staatsorgane Freiheitssphären der Bürger ausgrenzen, ohne daß die Geltungsrichtung der Freiheitsrechte danach von ihrer primär staatsgerichteten Wirkung auf die Beziehungen zwischen den Bürgern umgeschrieben würde. Dienen so die Maßnahmen zur Freiheitsherstellung und -sicherung der Bürger untereinander nicht zur Ausgestaltung des Grundrechtsschutzbereiches, sondern zu ihrer Abgrenzung in der Horizontalen, so stellen sie damit „Schrankengesetzgebung“ dar, welche jedoch insofern ambivalent wirkt, als sie nicht ausschließlich zur Wahrung öffentlicher Interessen ge- oder verbotend auftritt, sondern durch die Begrenzung der Freiheit einiger die Freiheit anderer erst garantiert. Gegen übermäßige Beschränkungen individueller Persönlichkeitsentfaltung schützen die als Abwehrrechte definierten Freiheitsrechte, das Sozialstaatsprinzip determiniert dagegen Ziel und Inhalt der Maßnahmen zugunsten Unterprivilegierter. Grundrechtsschutz und Sozialstaat fallen so nicht zusammen, sondern beschränken einander wechselseitig.⁸⁰ Aufgabe leistungsstaatlicher Gesetzgebung ist danach ein steter Ausgleich des stets neu entstehenden Spannungsverhältnisses.

Diese Zuordnung von Abwehrrechten und Sozialstaatsprinzip wirft jedoch das Problem auf, daß vielfach Sozialgestaltung sich für den von ihr Betroffenen nicht als Eingriff im traditionellen Sinne darstellt, sondern grundrechtsneutral wirkt. Insoweit vermögen die Freiheitsrechte als Abwehrrechte keinen Schutz zu bieten, vielmehr stellt sich gerade das Problem, unter welchen Voraussetzungen die staatlichen Regelungsmechanismen als „frei“ zu qualifizieren sind. Die negative Staatsfreiheit bietet hierfür keinen Anhaltspunkt, auch das Sozialstaatsprinzip, dessen primäre Aufgabe die Abwehr sozialer Spannungen und Ungleichheiten ist, vermag hier keine Maßstäbe zu liefern. Notwendig sind daher positive Kriterien, nach deren Maßgabe soziale Regelungen als frei anzusehen wären.

2. *Das „Prinzip der Freiheit“*

Freiheit als verfassungsrechtliches Prinzip⁸¹ soll reale Freiheit durch eine Zusammenschau mehrerer Normen des Grundgesetzes herstellen. Dazu zählen primär die Negation staatlicher Einwirkungen auf die individuelle Persönlichkeitsentfaltung, ferner der Schutz vor frei-

79 Böckenförde a.a.O. (Anm. 3), S. 1538; Martens a.a.O. (Anm. 71), S. 31 m.w.N.; H. H. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, 1970, S. 281 ff.; m.w.N.

80 Ossenbühl a.a.O. (Anm. 44), S. 2105.

81 Grundlegend dazu Grabitz a.a.O. (Anm. 16), S. 137 ff., insbes. S. 235 ff.; vgl. auch Weber a.a.O. (Anm. 71), S. 436 ff.; Klein, a.a.O. (Fn 69), S. 33 ff.

heitsbedrohender gesellschaftlicher Herrschaft, die Gewährleistung der realen Vorbedingungen der Freiheit durch materielle und organisatorische Vorkehrungen, die Ermöglichung der politischen Teilhabe am demokratischen Prozeß und die Mäßigung politischer Macht durch organisatorische Vorkehrungen. Ein so verstandenes Freiheitsprinzip gilt über den eindimensionalen Freiheitsbegriff des Frühliberalismus im Sinne eines mehrdimensionalen positiven Freiheitsverständnisses hinaus. Freiheit ist kein vorstaatlicher „natürlicher“ Zustand mehr, sondern muß erst durch den Staat hergestellt werden; Freiheitsherstellung wird so zur ständigen Aufgabe staatlicher Sozialgestaltung. Die Freiheitsrechte sind danach nur Konkretisierungen einer oder mehrerer Dimensionen des Freiheitsprinzips, die im übrigen dem Gesetzgeber im Rahmen der jeweiligen Gesetzesvorbehalte zur weiteren Ergänzung und Vervollkommnung aufgegeben sind. Ziel dieser Sozialgestaltung soll die Verwirklichung aller Komponenten positiver Freiheit und damit die Herstellung realer Freiheit sein.

Die so vorgenommene Zuordnung von abwehrenden Freiheitsschutz gegen den Staat durch die Grundrechte einerseits und gestaltender Freiheitssicherung durch staatliche Förderungsmaßnahmen aus verfassungsrechtlichen Prinzipien andererseits vermag in ihrer jeweiligen Konkretisierung einen effektiven Schutz gegen beide dargestellten Gefahren der freien Persönlichkeitsentfaltung zu bieten. Einerseits hat die staatliche Sozialgestaltung eine legitime verfassungsrechtliche Grundlage; Freiheit und Leistungsaktivitäten schließen einander nicht aus, die Herstellung der Freiheit aller unter Vermeidung gesellschaftlicher Fremdbestimmung läßt die Freiheit nicht zum Privileg werden; jedermann ist zumindest die Mindestchance eingeräumt, einen gewissen Freiraum in Anspruch nehmen zu können. Zugleich zeigen die dargestellten Dimensionen Maßstäbe für die Freiheitlichkeit von Sozialgestaltung auf, insbesondere die Grundrechte als Abwehrrechte verhindern eine durch Leistungsaktivitäten zunehmend formierte Gesellschaft, in der Eigeninitiative erstickt und soziale Uniformität entsteht. Auf diese Weise wird Freiheit als die Möglichkeit des Andersseins oder Andershandelns erst ermöglicht, indem jede Aushöhlung individueller Persönlichkeitsentfaltung verhindert wird. Auch der Freiheitsbedrohung durch den Staat ist so vorgebeugt. Als Abwehrrechte wirken die Freiheitsrechte unmittelbar zugunsten des Einzelnen; die übrigen Dimensionen des Freiheitsprinzips wirken als Verfassungsaufträge, welche den Gesetzgeber zu freiheitsfördernden Aktivitäten verpflichten. Infolge der Weitmaschigkeit des Freiheitsprinzips sind ihm nicht bei jeder Einzelmaßnahme konkrete verfassungsrechtliche Vorgaben zu entnehmen; vielmehr wird nur ein allgemeines Ziel umschrieben. Die Wege und Modalitäten seiner Verwirklichung sind den jeweiligen politischen Kräften bei ihrem Bemühen um einen Ausgleich der einem freien Gemeinwesen immanenten Spannungen freigestellt.⁸² Daher ist das Freiheitsprinzip insoweit auch keiner verfassungsgerichtlichen Nachprüfung zugänglich, vielmehr besteht hier für den Bürger Freiheit nach Maßgabe der Gesetze.⁸³ Hier ist der Raum des politischen Prozesses, für den das Grundgesetz nur eine Rahmenordnung darstellen kann, welche Ziele und äußerste Grenzen aufzeigt. Eine Optimierung der Freiheit im Gemeinwesen kann nur durch eine Politik geschehen, die die Freiheit aller herstellt und sichert. Dabei ist jedoch stets zu berücksichtigen: Frei sein kann stets nur der Mensch, Politik und Recht können hierfür allein die Rahmenbedingungen herstellen.

82 Zu diesem Aspekt kritisch gegen Suhr Schlink, a.a.O. (Anm. 78), S. 620; das ist kein Problem der Normativität der Verfassung, sondern eine Frage der Regelungsdichte ihrer Vorschriften.

83 Dogmatisch sehr dicht sind schon die Ausführungen von Grabitz, Deutsches Verwaltungsblatt 1973, S. 675 ff.

Anschrift des Verfassers: Christoph Gusy, Fernuniversität Hagen, Feithstr. 140, 5800 Hagen.