

Winfried Brugger

Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus

Studien zur Legitimation des Grundgesetzes



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

1. Aufl. 1999

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	15
Teil A: Integrationskonzepte für Verfassungstheorien: Anthropologie, Gemeinwohl, Menschenbild	23
§ 1 <i>Das anthropologische Kreuz der Entscheidung</i>	23
I. Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in der Lebensführung	23
II. Das anthropologische Kreuz der Entscheidung im Rechtsleben	30
1. Rechtsphilosophie	30
2. Juristische Methodenlehre	33
3. Theorie der Normen	37
4. Polizei- und Ordnungsrecht	39
III. Ideologie aus der Sicht des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung	42
§ 2 <i>Gemeinwohl, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze</i>	44
I. Gemeinwohl als Ziel des Rechts	44
1. Rechtssicherheit	45
2. Legitimität	46
3. Zweckmäßigkeit	48
II. Konkretisierungszuständigkeiten im Recht	52
III. Der Idealfall und der Realfall der Rechtskonkretisierung	55
1. Der Idealfall	55
2. Der Realfall	56
IV. Auslegungsziele	59
V. Auslegungsmethoden	61
1. Textauslegung	63
2. Kontextauslegung	64
3. Historische Auslegung	66
4. Teleologische Auslegung	67
VI. Schlußfolgerungen	71
§ 3 <i>Das Menschenbild der Menschenrechte</i>	74
I. Geschichte und Positivierung der Menschenrechte	74
II. Vom fundamentalen Interesse zum Menschenbild der Menschenrechte	77

III. Das Menschenbild der Menschenrechte	79
1. Eigenständigkeit	79
2. Sinnhaftigkeit	79
3. Verantwortlichkeit	80
4. Leben	81
5. Lebensführung	81
IV. Funktionsweisen der Menschenbildformel	82
Teil B: Menschenrechte: Geschichte, Begriff und Begründung	87
§ 4 <i>Menschenrechte im modernen Staat</i>	87
I. Der Staat als Bedroher und Garant der Menschenrechte	87
II. Die geschichtliche Entwicklung der Menschenrechte	89
III. Der Begriff der Menschenrechte	90
1. Menschenrechte als Recht	91
2. Menschenrechte als subjektive Rechte	97
3. Menschenrechte als Rechte eines jeden Menschen als Menschen	102
IV. Zur Begründung der Menschenrechte	106
1. Positivität und Überpositivität der Menschenrechte	106
2. Strategien der Menschenrechtsbegründung	114
V. Die Verwirklichung der Menschenrechte	119
VI. Gerechtigkeit und Friede als Ziel der Menschenrechte	123
§ 5 <i>Stufen der Begründung von Menschenrechten</i>	127
I. Zur Geschichte der Menschenrechte	127
II. Menschenrechte als Antworten auf exemplarische Unrechtserfahrungen	129
III. Stufen der Begründung von Menschenrechten	130
IV. Probleme der Begründung von Menschenrechten	139
Teil C: Verfassungstheoretische Grundpositionen: Liberalismus, Utilitarismus, Pluralismus, Kommunitarismus	143
§ 6 <i>Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie</i>	143
I. Normative Rechtsphilosophie und positive Rechtsordnung	143
II. Wahlfreiheit und der Begriff des Rechts	145
III. Eigentums- und Vertragsfreiheit	150
IV. Der Rechtsstaat als Repräsentant des Gemeinwillens und der Gerechtigkeit	152
V. Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit: Demokratie und Sozialstaat bei Kant	156

VI. Freiheit und Verfassung: Die Prinzipien des Grundgesetzes in Kantischer Sicht	160
§ 7 <i>Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie</i>	162
I. Der Streit der Grundrechtstheorien	162
II. Kriterien der besten Grundrechtstheorie	164
III. Wirtschaftsliberale (bürgerlich-rechtsstaatliche) Grundrechtstheorie	168
IV. Verfassungsliberale Grundrechtstheorie	172
V. Stufen grundrechtlicher Persönlichkeitsentfaltung	177
VI. Grenzen grundrechtstheoretischer Reflexion	179
§ 8 <i>Können Utilitaristen subjektive Rechte ernst nehmen?</i>	182
I. Subjektive Rechte in einer utilitaristischen Argumentation	183
II. Rechtsgefühl und Gerechtigkeitsidee	185
III. Das Utilitätsprinzip als Gerechtigkeitsmaßstab	186
IV. Schlichte Zuträglichkeit, moralische Pflichten und Rechte als Formen des Utilitätsprinzips	188
V. Fundamentale Interessen und moralische Rechte	189
VI. Die Begründung von subjektiven Rechten: eine Prioritätsfrage?	191
§ 9 <i>Radikaler und geläuterter Pluralismus</i>	197
I. Zur Entwicklung der Pluralismustheorie	197
II. Kernpunkte pluralistischer Theorie	199
III. Gemeinwohl und Gerechtigkeit im radikalen und geläuterten Pluralismus	202
IV. Staat, Demokratie und Politik im radikalen und geläuterten Pluralismus	208
V. Wahrheit und Richtigkeit im radikalen und geläuterten Pluralismus	211
VI. Das Menschenbild im radikalen und geläuterten Pluralismus	215
§ 10 <i>Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluß an Ernst Fraenkel</i>	220
I. Die Renaissance des Pluralismus	220
II. Zur Aktualität von Ernst Fraenkels Werk	221
III. Neopluralismus und Antipluralismus	224
IV. Vorgegebenes und aufgegebenes Gemeinwohl	226
V. Konkurrenzkampf und Naturrechtsdenken	229
VI. Der streitige und der unstreitige Sektor in der Gesellschaft	232
1. Merkmale des Streitigen und Unstreitigen	232
2. Funktion der Abgrenzung eines Streitigen und unstreitigen Sektors	233

3. Bestimmung und Gewichtung der Abgrenzung zwischen Streitigem und Unstreitigem	234
4. Der politische Streit um die Abgrenzung	235
5. Der Inhalt des Unstreitigen	235
VII. Rekonstruktion des streitigen und des unstreitigen Bereichs	236
VIII. Die Legitimation politischer Entscheidungen im pluralistischen Staat - dargestellt anhand des Grundgesetzes	238
IX. Laissez-faire-Pluralismus und Neopluralismus	250
§ 11 <i>Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes</i>	253
I. Entwicklung der Diskussion um den Kommunitarismus	253
II. Vier Kernpunkte des Kommunitarismus	255
III. Konservativer, liberaler und universalistischer Kommunitarismus	258
1. Konservativer oder substantialistischer Kommunitarismus	260
2. Der universalistische, egalitäre Kommunitarismus	262
3. Der liberale Kommunitarismus	266
IV. Kommunitaristische Verfassungstheorie - das Grundgesetz im Lichte des liberalen Kommunitarismus	270
1. Zur Bedeutung des Nationalstaats	270
2. Die Öffnung des Nationalstaats nach innen und außen	271
3. Vergemeinschaftung außerhalb des Bereichs der Politik	277
3. Politische und gesellschaftliche Vergemeinschaftung: Der Unterschied von Neutralitätsliberalismus und liberalem Kommunitarismus	282
§ 12 <i>Das Kreuz in der Schule aus kommunitaristischer Sicht</i>	285
I. Konstruktivismus und Kommunitarismus	285
II. Zur Neutralität des Staates in Religionsfragen	287
III. Das Kreuz in der Schule	289
§ 13 <i>Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht</i>	291
I. Exemplarische Unrechtserfahrung	291
II. Die universalistische Begründung der Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen	293
III. Die Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen aus kommunitaristischer Sicht	300
IV. Ein Vergleich universalistischer und kommunitaristischer Argumentation	306
V. Ein kommunitaristischer Vorschlag zum Verständnis der Pflichten gegenüber Flüchtlingen	309
§ 14 <i>Für Schutz der Flüchtlinge - gegen das Grundrecht auf Asyl!</i>	310

I.	Ausgangspunkt: Text und praktische Bedeutung des Artikels 16 Absatz 2 Satz 2 GG	310
II.	Asylgrundrecht und Naturrecht	310
	1. Begrenzter Altruismus	311
	2. Begrenzte Willensstärke	312
	3. Begrenzte Mittel	312
	4. Begrenztes Verstehen	315
III.	Asylgrundrecht und Gesellschaftsvertrag	316
IV.	Asylgrundrecht und Demokratieprinzip	317
	Teil D: Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Problemfälle	319
	§ 15 <i>Gesetz, Recht, Gerechtigkeit</i>	319
I.	Beispielfälle	319
II.	Gesetz	320
III.	Recht	322
	1. Der juristische Rechtsbegriff	322
	2. Der soziologische Rechtsbegriff	324
	3. Der ethische (naturrechtliche) und der rechtspositivistische Rechtsbegriff	325
IV.	Gerechtigkeit	328
	1. Anwendungsbereich des Gerechtigkeitsbegriffs	328
	2. Kriterien der Gerechtigkeit	329
	3. Die Verschränkung von unstreitiger Idee und streitiger Konzeption der Gerechtigkeit und ihre Umsetzung in der Verfassung	333
	4. Die Ausschaltung unstreitiger Unrechtsfälle	336
	5. Die Entscheidung streitiger Rechtsfälle	338
V.	Vier Problemklärungen	342
	1. Der Streit um die unstreitigen Unrechtsfälle	342
	2. Recht auf beiden Seiten	347
	3. Das Recht zwischen Politik und Gerechtigkeit	349
	4. Mensch und Politik zwischen Realismus und Idealismus	352
	§ 16 <i>Staatszwecke im Verfassungsstaat</i>	357
I.	Drei Wurzeln des modernen Verfassungsstaates	357
II.	Der Begriff des Staatszwecks	359
	1. Analyse des Finalnexus in menschlichem Handeln	359
	2. Staatszwecke in begrifflicher, praktischer und kompetentieller Sicht	360
III.	Funktionen von Staatszwecken	364
	1. Identifizierung	365
	2. Rechtfertigung	366
	3. Kontrolle	368
	4. Reduktion von Komplexität	370
IV.	Staatszwecke des modernen Staates	371

1. Kriterien zur Bestimmung der Staatszwecke	371
2. Skizze einiger Staats(zweck)lehren	374
3. Der Endzweck des modernen Verfassungsstaates: Sicherung einer eigenständigen, sinnhaften und verantwortlichen Lebensführung	377
§ 17 <i>Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte</i>	381
I. Verfassungslegitimation	381
II. Art. 1 GG aus Sicht der herrschenden Meinung	383
III. Eine alternative Sicht des Art. 1 GG	385
1. Das Verhältnis des Art. 1 Abs. 3 zu Abs. 2 GG	385
2. Das Verhältnis von Art. 1 Abs. 2 und 3 zu Abs. 1 GG	389
IV. Der Rechtsbegriff der Menschenwürde	397
1. Die unantastbare, gleiche Würde aller Menschen als Basis	398
2. Menschenwürde und konkrete Persönlichkeitsentfaltung als Ziel	402
V. Der Rechtsbegriff der Menschenrechte	408
1. Zum rechtlichen Charakter des Art. 1 Abs. 2 GG	408
2. Das Menschenbild der Menschenrechte	409
§ 18 <i>Darf der Staat ausnahmsweise foltern?</i>	411
I. Allgemeines zur Folter und ein besonderer Fall	411
II. Das Folterverbot im positiven Recht	413
1. Polizei- und Ordnungsrecht	413
2. Verfassungsrecht	415
3. Supranationales Recht	415
III. Ausnahmen vom Folterverbot im positiven Recht?	417
1. Zur Besonderheit des Ausgangsfalles	417
2. Polizei- und Ordnungsrecht	418
3. Verfassungsrecht	421
4. Supranationales Recht	424
5. Überprüfung des Ergebnisses	427
IV. Das Folterverbot in der Rechtsphilosophie Kants	429
V. Absolute Gebote und Verbote und der Gerechtigkeitsutilitarismus	433
VI. Der Nahhorizont und der Fernhorizont der Reflexion	438
§ 19 <i>Der Kampf der Meinungen</i>	440
I. Geschichtliche Voraussetzungen des Kampfes der Meinungen	440
II. Kampf auf Leben und Tod	442
III. Die aufklärerisch-optimistische Auffassung des Kampfes der Meinungen	442
IV. Die nihilistische Auffassung des Kampfes der Meinungen	445
V. Die skeptische Auffassung des Kampfes der Meinungen	446

VI. Die krud-utilitaristische und die aufgeklärt-utilitaristische Sicht des Kampfes der Meinungen	448
VII. Wissen, Wollen, Meinen	451
VIII. Der Gemeinsinn bei Kant	455
IX. Streitige Rechtsfälle und unstrittige Unrechtsfälle	458
 Drucknachweise	 463
 Register	 465
 Verzeichnis der Grundgesetzvorschriften	 470
 Schaubilder	
Schaubild 1: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung im persönlichen Bereich	28
Schaubild 2: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Rechtsphilosophie und Methodenlehre	36
Schaubild 3: Gemeinwohl als Ziel des Rechts	49
Schaubild 4: Die Methoden der Auslegung	70
Schaubild 5: Das Menschenbild der Menschenrechte	82
Schaubild 6: Drei Versionen des Kommunitarismus	259
Schaubild 7: Zwei Sichtweisen des Art. 1 Abs. 1 und 2 GG	395
Schaubild 8: Das System des Art. 1 GG	406

§ 7 Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie

I. *Der Streit der Grundrechtstheorien*

Die Auseinandersetzung mit grundrechtstheoretischen Fragen führt viele Juristen zu zwei Folgerungen, die zusammengenommen eine prekäre Situation indizieren.

Grundrechtstheorie ist zum einen *unvermeidlich*: Jedes Mal, wenn der Verfassungstext und die Verfassungsrechtsdogmatik nicht zu klaren und einsichtigen Ergebnissen führen, ist auf „Sinn und Zweck“ und die „Funktionen“ der einschlägigen Grundrechte sowie auf die „Werte“ der Verfassung zu rekurrieren. Damit steht der Interpret - ob er nun will oder nicht, sich dies eingesteht oder nicht - schon mitten in der grundrechtstheoretischen Reflexion.

Grundrechtstheorie scheint zum anderen offenbar *beliebig*¹ zu sein: Überblickt man das Spektrum der wichtigsten Grundrechtstheorien², so streiten die liberale (bürgerlich-rechtsstaatliche) und die institutionelle Grundrechtstheorie, die Werttheorie der Grundrechte, die demokratisch-funktionale und die sozialstaatliche Grundrechtstheorie sowie die Lehre von den Grundrechten als Organisations- und Verfahrensgarantien um den Anspruch, die verbindlichen Maximen für die Auslegung des Grundrechtsteils des Grundgesetzes bereitzustellen. Jede dieser Theorien setzt andere Akzente zur Verwirklichung der grundgesetzlichen Freiheit; jede kann auf eine beträchtliche Anhängerschaft in der Rechtswissenschaft zählen; zu jeder der Grundrechtstheorien lassen sich Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zitieren, in denen der betreffende Interpretationsansatz Unterstützung findet.

Angesichts dieser Lage hängt die Einschätzung der Relevanz grundrechtstheoretischer Reflexion stark von der intellektuellen Prädisposition des mit grundrechtlichen Auslegungsfragen konfrontierten Juristen ab. Ein praktisch ausgerichteter Grundgesetzinterpret wird eher zu der Maxime „Mehr Dogmatik, weniger Theorie!“ neigen, eben weil es in der Theorieebene offenbar nur noch um beliebige, also letztlich politische und nicht wissenschaftliche Entscheidungen für oder gegen eine oder mehrere der genannten Interpretationsansätze geht. Ein eher verfassungstheoretisch interessierter Jurist wird dagegen darauf hinweisen, daß grundrechtstheoretische und grundrechtsdogmatische Positionen untrennbar

- 1 Vgl. zu den Gesichtspunkten der Unvermeidlichkeit und Beliebigkeit grundrechtstheoretischer Reflexion *E.-W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *ders.*, Staat - Gesellschaft - Freiheit, 1976, S. 221 ff., 241; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, Taschenbuchausgabe 1986, S. 29 ff.
- 2 Repräsentative Zusammenfassungen bei *Böckenförde* (Fn. 1); *K. Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427 ff.; *F. Ossenbühl*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 ff.

zusammenhängen: Falls Grundrechtstheorie wirklich „beliebig“ und „politisch“ ist, gilt dies letztlich auch für die Grundrechtsdogmatik; deswegen kommt es darauf an, eine nicht-beliebige, wissenschaftlich ausgewiesene, objektive Grundrechtstheorie des Grundgesetzes zu entwerfen, die der Grundrechtsdogmatik zumindest ein verbindliches Argumentationsgerüst zur Verfügung stellt.

Wie könnte ein solches Vorhaben gelingen? Einen ersten Lösungsansatz bietet die Unterscheidung von *grundgesetzlich möglicher/legitimer* und *grundgesetzlich ausgeschlossener/illegitimer Grundrechtstheorie*. Vom Vorrang der Verfassung aus ist nur diejenige Grundrechtstheorie legitim, die im Grundgesetz selbst verankerte Regeln, Prinzipien, Funktionen und Werte zur Systematisierung und Hierarchisierung ihrer Theorieelemente verwendet. Das anknüpfungsrelevante „Verfassungsmaterial“ geht über den rechtssatzmäßig ausformulierten Text hinaus. Auch die Grundsätze, die Struktur, die Genese der Verfassung und die verfassungsgerichtlichen Judikate können Beachtung verlangen. Eine Grundrechtstheorie kann ferner an verfassungstextlich nicht spezifizierte Positionen anknüpfen, die plausiblerweise als „implizit“ im Grundgesetz verankert angesehen werden können³.

Von diesem *Minimalkriterium der grundgesetzgemäßen Grundrechtstheorie* ausgehend, wäre keiner der in Konkurrenz stehenden Interpretationsansätze als illegitim anzusehen. Text und Geschichte des Grundgesetzes geben unzweideutig zu erkennen, daß dem Menschen und Bürger Freiheitsräume gegen staatlichen Zwang und staatliche Bevormundung zustehen sollen⁴. Das Grundgesetz schützt auch Institutionen wie Religionsgemeinschaften, Presse und Rundfunk, Wissenschaft, Forschung und Lehre, Ehe und Familie, Eigentum und Erbrecht (Art. 4, 5, 6, 14 GG). Daß in den Grundrechten nicht nur staatsabwehrgerichtete Freiheitsrechte, sondern auch objektiv schutzwürdige Werte verankert sind, läßt sich aus der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), aus Art. 1 Abs. 3, aus einigen objektiv-rechtlichen Formulierungen des Grundrechtsteils sowie aus den Staatsstrukturbestimmungen der Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG erschließen, die subjektive Abwehrrechtspositionen und objektive Staatszielbestimmungen zusammenführen. Die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie kann an der unbestrittenen Bedeutung der politisch relevanten Grundrechte der Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit (Art. 5, 8, 9 GG) sowie an den Wahlrechts- und Parteibestimmungen (Art. 38, 21 GG) ansetzen. Im Rahmen der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie läßt sich vertretbarerweise für eine Subjektivierung des Sozialstaatsprinzips streiten, um reale, materiale, gleiche Freiheit und grundrechtliche Chancengleichheit

3 Ungeschriebene Verfassungsgrundsätze werden im Grundgesetz allerdings nur selten relevant werden, da die wichtigsten politischen Legitimationskriterien verfassungstextlich inkorporiert sind. Anders ist dies etwa in der US-Verfassung, wo die Begriffe Menschenwürde und Sozialstaat im Verfassungstext nicht, dafür aber teilweise in der Rechtsprechung des Supreme Court auftauchen.

4 Vgl. z.B. BVerfGE, 1, 97, 104; 50, 290, 337.

durchzusetzen⁵. Schließlich ist der Hinweis gerechtfertigt, viele Grundrechte bedürften zu ihrer Verwirklichung organistorisch-verfahrensrechtlicher Vorkehrungen des Staates; ohne diese stünden die Grundrechtsgarantien in Gefahr zu verkümmern oder gar leerzulaufen⁶.

II. Kriterien der besten Grundrechtstheorie

Vom Vorrang der Verfassung ausgehend, läßt sich aber noch ein anspruchsvolles Programm als die Minimalkonzeption der grundgesetzlich möglichen Grundrechtstheorie formulieren. Verfassungsvorrang ernstgenommen führt zur Aufgabe des Entwurfs der im Rahmen der Grundgesetzes *besten Grundrechtstheorie*⁷. Darunter ist diejenige Grundrechtstheorie zu verstehen, die nicht nur überhaupt grundgesetzliche Anknüpfungspunkte aufweist, sondern die (1) *möglichst viele* der grundgesetzlichen Regeln, Prinzipien, Funktionen und Werte (2) *möglichst treffend* charakterisiert, integriert und systematisiert und dadurch gleichzeitig die (3) *größtmögliche Kontrastwirkung* gegenüber konkurrierenden Grundrechts- und Verfassungstheorien entfaltet. (4) Im Rahmen dieser Kriterien ist, wie Punkt (2) schon andeutet, diejenige Grundrechtstheorie vorzuziehen, die das Grundrechtsprofil des Grundgesetzes möglichst *kurz und prägnant* zum Ausdruck bringt⁸. Die Orientierung an den vier Kriterien führt zu einer Objektivierung, Konkretisierung und Konstitutionalisierung des Interpretationsprozesses, reduziert also das Beliebighkeits- und Subjektivitätspotential grundrechtstheoretischer Anknüpfung.

An diesen Kriterien der „besten Grundrechtstheorie“ gemessen, scheint die Skepsis der Theoriekritiker⁹ berechtigt zu sein. Ein solcher integrativer und

5 Vgl. etwa P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 57 Fn. 53, 84, 96; H. H. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status Quo, 1970, S. 12, 13.

6 Vgl. z.B. BVerfGE 53, 30, 72 und Hesse (Fn. 2), S. 434 f.

7 Die Konzeption der „besten (politischen, Rechts-, Verfassungs-, Grundrechts-) Theorie“ ist treffend von R. Dworkin beschrieben worden. Vgl. Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 122 ff., 142 f., 154 ff., 178, 182 ff., 199 f., 267 ff., 279, 284, 450, 501, 543; ders., „Natural“ Law Revisited, U.Fla.L.Rev. 34 (1982), S. 165 ff., 183 und die Nachweise in der folgenden Fußnote. Siehe zu Dworkins Interpretationstheorie W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, 1987, § 36 III, sowie die Besprechung von Bürgerrechte ernstgenommen in ARSP 71, 1985, S. 123, 125; ferner Alexy (Fn. 1), S. 28 ff. sowie vor allem in Kap. 3, 4.

8 Die vier Kriterien der „besten Theorie“ sind in Anschluß an R. Dworkin, Liberalism, in: ders., A Matter of Principle, 1985, S. 181, 186 f. formliert, der von „completeness, authenticity, distinction, frugality“ spricht. Annäherungen an diese Kriterien finden sich in der deutschen Grundrechtsdiskussion vor allem dort, wo vom Erfordernis einer grundgesetzgemäßen Grundrechtstheorie die Rede ist, die zur Integrierung möglichst vieler Grundrechtspositionen zwingt. Vgl. etwa Böckenförde (Fn. 1), S. 240 ff.; K. Stern, Verfassungsrechtliche wider ideologische Deutung der Grundrechte, in: Institut der deutschen Wirtschaft, Hrsg., Wirtschaftliche Entwicklungslinien und gesellschaftlicher Wandel, 1983, S. 61, 69; R. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozeß und Gefüge. FS H. Huber, 1981, S. 427, 430.

9 Vgl. z.B. J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 5: „Das Ausrichten konkreter Sachprobleme an allgemeinen Theorien führt unausweichlich die Gefahr des

gleichzeitig systematisch geordneter Interpretationsansatz wird zwar oft eingefordert, liegt aber offensichtlich in keiner konsensfähigen Gestalt vor¹⁰. Daß der Streit der Grundrechtstheorien kaum abklingen wird, liegt nicht zuletzt an zwei Charakteristika der verfassungsrechtlichen Diskussion der letzten zwanzig Jahre.

(1) Ausgangs- und Endpunkt fast jeder grundrechtstheoretischen Reflexion ist die These, der liberale, staatsabwehrgerichtete Schutzgedanke sei zwar nach wie vor *unverzichtbar*, aber zur Sicherung und Verwirklichung menschlicher Freiheit *unzulänglich*¹¹.

(2) An die Behauptung vom *Versagen der liberalen Grundrechtstheorie* schließt sich dann schlüssig die Forderung an, es bedürfe - in unterschiedlicher Auswahl und Gewichtung - auch¹² einer institutionellen, werthafter, demokratischen, sozialstaatlichen und verfahrensrechtlichen Ausdeutung der Grundrechte, um die vom Grundgesetz angezielte Freiheit des Menschen effektiv zu verwirklichen.

Die Diskussion ist also wesentlich geprägt durch die Prämisse, im Rahmen liberalen Grundrechtsdenkens könne den von den konkurrierenden Grundrechtstheorien angesprochenen Anliegen nicht oder nicht angemessen Rechnung getragen werden, liberales Grundrechtsdenken sei mit anderen Worten inhärent oder zumindest tendenziell isolationistisch und privatistisch¹³, unpolitisch und demokratieindifferent¹⁴, unsozial¹⁵, unorganisiert¹⁶ und ungeschichtlich.¹⁷

Einsatzes allgemeiner und abstrakter, gefällig klingender Schlagworte herbei.“ Skeptisch auch A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, S. VI; Ossenbühl (Fn. 2), S. 2100.

- 10 Robert Alexys eindrucksvolle „Theorie der Grundrechte“ (Fn. 1) hat gute Chancen, den begrifflichen Dissens im Hinblick auf das Verständnis der analytischen Struktur von Normen, Rechtsregeln, Rechtsprinzipien, Werten und Grundrechten zu verringern. Selbst wenn sich insoweit aber ein begrifflicher Konsens ergäbe, wäre immer noch zu klären, welche *materiale Grundrechtstheorie* die dem Grundgesetz angemessenste ist. Vgl. Alexy (Fn. 1), S. 508 ff. In diesem Zusammenhang wird der im folgenden dargestellte Streit um die Leistungsfähigkeit oder das Versagen liberaler Grundrechtstheorie virulent.
- 11 Vgl. z.B. Böckenförde (Fn. 1), S. 228, 244; E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, S. 37 f.; H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981, S. 43; J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. Aufl. 1981, S. 84 ff.; Häberle (Fn. 5), S. 45, 68, 83 Fn. 170; Bleckmann (Fn. 9), S. VI.
- 12 Wer die Auffassung vertritt, die liberale Grundrechtstheorie könne gänzlich durch einen anderen Interpretationsansatz ersetzt werden, betritt das Feld der vom Grundgesetz ausgeschlossenen Grundrechtstheorie.
- 13 Vgl. etwa E. R. Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, AöR 23, 1933, S. 1, 17: Die liberalen Rechte „tragen einen völlig auf die Vereinzelung des Individuums in seiner privaten Sphäre gerichteten Charakter“; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, S. 164: Grundrechte im eigentlichen Sinn sind nur die „Rechte des isolierten Einzelmenschen“.
- 14 Vgl. C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Text von 1923, 1963, S. 71 zum Kern des Liberalismus: Dieser zielt darauf ab, „Staat und Politik teils einer individuellen und daher privatrechtlichen Moral, teils ökonomischen Kriterien zu unterwerfen und daher ihres spezifischen Sinnes zu berauben“; R. Smend, *Bürger und Bourgeois*, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 309, 314: Von den liberalen Rechten aus gesehen „geht es den Staat nichts an, ob der Einzelne diesen Freiheitsraum ausfüllt mit der Flucht in des Herzens heilig stille Räume, mit einem Leberecht-Hühnchen-Dasein in Schlafrock und Pantoffeln, oder mit rücksichtslosem wirtschaftlichen Kampf.“

Konsequenterweise finden sich dann weniger integrierende als aggregierende Lösungsvorschläge, in denen die genannten Grundrechtstheorien teils fall-, teils grundrechts-, teils grundrechtsgruppenbezogen herangezogen und unterschiedliche Mischformen und Gewichtigkeiten¹⁸ empfohlen werden. Damit ist im Sinn der „besten Grundrechtstheorie“ zwar dem Erfordernis der Vollständigkeit, nicht aber dem der systematischen Integrierung Rechnung getragen. Die Lösungsansätze bleiben gebunden an die Prämisse der *Indifferenz* oder des *Gegeneinanders* von liberaler Grundrechtstheorie und neuerer ergänzender bzw. konkurrierender demokratischer, sozialstaatlicher etc. Theorie. Das dann sichtbar werdende Grundrechtssystem ist gekennzeichnet durch ein *Sowohl-Als-Auch*¹⁹ bzw. ein *Entweder-Oder*²⁰, führt also zumindest zu einer *dualistischen* und *nicht einheitlichen Grundrechtstheorie*. Das kann, an den Kriterien der „besten Grundrechtstheorie“ gemessen, nicht befriedigen. Der Dualismus und Pluralismus der Grundrechtstheorien führt im Hinblick auf die allseits in Anspruch genommene methodische Maxime der „Einheit der Verfassung“ zu Spannungen, da sich das methodische Konvergenzpostulat in der sachlichen Divergenz der inhaltlichen Verfassungswerte aufzulösen droht. Damit eröffnet sich doch wieder ein weiterer Spielraum für unterschiedliche interpretatorische Ansätze. Es verwundert deshalb

- 15 Vgl. etwa Häberle (Fn. 5), S. 83 Fn. 170, der die liberale Grundrechtstheorie im „Gegensatz zur Teilhabe“ sieht; M. Kittner, AK GG Art. 20 IV Rn. 1 zum Sozialstaat als „antiliberaler“ Bewältigung der Probleme des Kapitalismus; W. Weber, Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie, in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl. 1958, S. 139, 147; das Sozialstaatsdenken ist „dem liberalen Staatsverständnis entschieden entgegengesetzt.“
- 16 Nach E. R. Huber (Fn. 13), S. 80 sind die liberalen Grundrechte „notwendig negativ und unorganisiert.“
- 17 Vgl. Schmitt (Fn. 13), S. 226 zur für den Liberalismus wichtigen Idee der Menschengleichheit: Diese Idee „kann nur dazu beitragen, Unterscheidungen und Institutionen, die keine Kraft mehr in sich haben, aufzulösen und zu beseitigen“; F. H. Tenbruck, Die unbewältigten Sozialwissenschaften oder die Abschaffung des Menschen, 1984, S. 200: „Wo ‚Gesellschaft‘ zur Grundbefindlichkeit erklärt wird, da verlieren die konkreten Lebensverhältnisse ihr Eigenrecht, weil sie nur noch verständlich und wirklich sind, soweit sie nach einem allgemeinen Modell begriffen werden.“
- 18 Hierarchisierungstechniken sind (1) die *Intensivierung* des gewählten Aspekts - etwa politische Persönlichkeitsentfaltung als verfassungsrechtlicher Höchstwert oder Selbstwert - und (2) die *Extensivierung* der diesen Aspekt thematisierenden Grundrechte - z.B. die Auffassung vom Vorrang der politisch relevanten Grundrechte gegenüber allen anderen Grundrechtspositionen: soweit zum Kern der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie. Diese zwei Maximierungsstrategien lassen sich in allen „starken“ Versionen der genannten Grundrechtstheorien aufweisen.
- 19 Vgl. z.B. Häberle (Fn. 5), S. 73 (und schon oben Fn. 11): Die grundrechtlichen Schutzziele umfassen den status negativus, status activus, soziale Rechte im weiteren Sinn, Verfassungsziele, gestufte soziale Schutzaufträge, subjektive Leistungsrechte, Auslegungsmaximen; Böckenförde (Fn. 1), S. 243 ff.: Plädoyer für eine gegenseitige Ergänzung von staatsabwehrgerichteten Freiheitsrechten, Sozialstaatsauftrag und demokratischen Rechten; ähnlich Bleckmann (Fn. 9), S. VI.
- 20 Vgl. dazu unten bei Fn. 35 ff. zu Carl Schmitt und schon oben Fn. 13 bis 17.

nicht, daß grundrechtstheoretische Auseinandersetzungen bei einigen Juristen eine unübersehbare „Grundrechtsmüdigkeit“²¹ aufkommen lassen.

Eine glatte, eindeutige Lösung dieser Auswahlprobleme²² ist im Rahmen der grundgesetzlichen Bestimmungen und der bundesrepublikanischen Gesellschaft nicht zu erwarten. Dazu ist das Verfassungstextmaterial selbst zu facettenreich angelegt - subjektive Abwehrrechte stehen neben objektivrechtlichen Verbürgungen und umfassenden Staatszielbestimmungen, ausformulierte Rechtsregeln stehen neben bloß richtungsweisenden Rechtsprinzipien. Ferner sind in einer pluralistischen Gesellschaft teilweise divergierende Ausdeutungen des Umfangs und des Gewichts vorhandener Grundrechtspositionen nicht zu vermeiden. Zu prüfen ist aber, ob es nicht doch im Rahmen *einer* der genannten Grundrechtstheorien möglich ist, die Anliegen *aller* oder doch *möglichst vieler* grundgesetzlicher Positionen und Interpretationsansätze einzufangen und aufeinander zu beziehen. Gäbe es einen solchen einheitlich-integrativen und nicht dualistisch-kompetitiven Argumentationsrahmen, so würde der Pluralismus der Grundrechtsdeutung im Rahmen *einer bestimmten Grundrechtstheorie* eingefangen, deren Grundelemente *für alle Grundrechtsinterpreten akzeptabel* sind.

Gibt es eine solche Grundrechtstheorie? Die Frage ist mit „ja“ zu beantworten. Der Aufforderung zu einer „grundrechtssichernden Geltungsfortbildung“²³ des liberalen Grundrechtsdenkens kann entgegen der vorherrschenden Ansicht²⁴ im Rahmen der liberalen Grundrechtstheorie Rechnung getragen werden. Damit ist allerdings nicht die überkommene bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie gemeint; diese stellt, wie im folgenden skizzenhaft dargestellt werden soll²⁵, eine einseitig *wirtschaftsliberale* Version liberalen Rechtsdenkens dar. Vielmehr läßt sich aus der Tradition und Moderne des Liberalismus²⁶ eine *verfassungsliberale Grundrechtstheorie* rekonstruieren, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion bisher nur in Ansätzen entfaltet ist.

21 So die vielleicht nicht ganz zufällige Seitenüberschrift in *Bleckmann* (Fn. 9), § 17: Die Grundrechtsmüdigkeit.

22 Die Auswahl ist groß, aber nicht beliebig, wie oben in Abschnitt I. zum Thema „grundgesetzlich legitime/illegitime Grundrechtstheorie“ ausgeführt wurde.

23 So *Häberle* (Fn. 5), S. 69.

24 Vgl. oben Fn. 11 ff. zur These vom Versagen der liberalen Grundrechtstheorie.

25 Eine „verfassungsliberale“ Rekonstruktion der amerikanischen Verfassung findet sich in: *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA (Fn. 7), § 37 III: Individualistische, geordnete und liberale Freiheit. Auch in der amerikanischen Rechtswissenschaft gibt es einen „Streit der Grundrechtstheorien“: dort konkurrieren einseitig wirtschaftsliberalistisch-utilitaristische und gemeinschaftsbezogene verfassungsrechtliche Menschenbilder um den Vorrang bei der Verfassungsauslegung. Vgl. ferner zur im folgenden dargestellten Sicht autonomer, liberaler Persönlichkeitsentfaltung *ders.*, Human Rights Norms in Ethical Perspective, *GYIL* 25, 1982, S. 113, 132 ff.

26 Vgl. die Nachweise unten Fn. 66.

III. Wirtschaftsliberale (bürgerlich-rechtsstaatliche) Grundrechtstheorie

Die Postulate der bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie²⁷ lassen sich wie folgt zusammenfassen: Ausgangs- und Endpunkt der Freiheitsproblematik ist die negative Freiheit des Menschen gegen den Staat. Von Freiheit ist nur dann sinnvoll die Rede, wenn sie auch den beliebigen und egoistischen Freiheitsgebrauch umfaßt. Die Aufgabe der Grundrechte ist es, wie Carl Schmitts rechtsstaatliches Verteilungsprinzip treffend ausdrückt²⁸, die negative Freiheit der Menschen gegen den Staat zu maximieren und staatliche Regelungskompetenzen zu minimieren. Die größtmögliche Freiheit der einzelnen (als „Gesellschaft“) vom Staat wird zu einem wohlhabenden Gemeinwesen führen, in dem auch allen Anforderungen der Gerechtigkeit Rechnung getragen sein wird²⁹.

Diese idealtypisch dargestellte „starke“, das heißt mit weitreichenden inhaltlichen Annahmen verbundene Version bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsdenkens gewinnt Sinn und Bedeutung nur vor dem Hintergrund klassisch-wirtschaftsliberaler Prämissen³⁰, die wiederum stark von Postulaten des Aufklärungsoptimismus³¹ beeinflusst sind. Beide Ideenstränge haben sich im deutschen Rechtsstaatsdenken³² prägend niedergeschlagen und den Strang des ethisch-politischen Verfassungsliberalismus im Laufe des 19. Jahrhunderts stark in den Hintergrund treten lassen; verfassungsliberales Denken wird bis heute, wie die gängige Gleichsetzung von bürgerlich-rechtsstaatlicher und (wirtschafts-)liberaler Grundrechtstheorie zeigt, weithin mit dem Wirtschaftsliberalismus gleichgesetzt oder als von ihm dominiert angesehen.

Die bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie versteht sich im Gegensatz zur religiösen Einbindung des Handelns, zur sozialen Schichtung und zur rechtlichen Privilegierung der alten, ständisch-feudalen Gesellschaft. Sie zielt statt dessen auf die rechtliche Gleichstellung und wirtschaftliche Emanzipation des gesellschaftlichen Lebens ab. Gleichzeitig beanspruchen aber die Leitideen der Konkurrenz, der Arbeitsteilung, der privatrechtlichen Vertragsfreiheit und der

27 Näher dazu die oben Fn. 1, 2 Genannten sowie *Schmitt* (Fn. 13), §§ 12 ff.

28 Vgl. *Schmitt* (Fn. 13), S. 126: „die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“

29 Vgl. zu diesen weitreichenden Unterstellungen des frühen Liberalismus und Rechtsstaatsdenkens etwa *E. Denninger*, *Freiheitsordnung, Wertordnung, Pflichtordnung*, JZ 1975, S. 545; *D. Grimm*, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, in: *W. Hassemer* u.a., Hrsg., *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, 1982, S. 39, 52 f.

30 Hierzu etwa *G. Gaus*, *The Modern Liberal Theory of Man*, 1984, S. 7, 235 ff.; *R. Walter*, *Art. Wirtschaftlicher Liberalismus*, in: *O. Brunner* u.a., *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3, 1982, S. 787 ff.

31 Zu diesem siehe *Tenbruck* (Fn. 17), S. 52 ff., 68; *G. Simmel*, *Das Individuum und die Freiheit*, in: *ders.*, *Das Individuum und die Freiheit*, 1984, S. 212 ff.; *ders.*, *Soziologie*, 1908, S. 726 ff., 754 ff.

32 Dazu etwa *E.-W. Böckenförde*, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: *ders.*, (Fn. 1), Kap. 3.

Nutzenmaximierung nicht nur Prinzipien effektiven Wirtschaftens zu sein, sondern den staatlichen Bereich und das Gemeinschaftsleben im ganzen sinnvoll zu ordnen, das heißt: Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlfahrt für jeden zu verbürgen. Der Staat (als potentieller Feind) wird so tendenziell auf die Aufgabe der Respektierung und Sicherung der Gesellschaft (als Hort der Freiheit) beschränkt, Gerechtigkeit wird auf Wohlfahrt und Persönlichkeitsentfaltung, Wohlfahrt auf Egoismus und Willkürfreiheit reduziert. Des näheren lauten die Prämissen dieses wirtschaftsliberalistischen Modells folgendermaßen:

(1) Das von feudalen, religiösen und ethischen Bindungen befreite *isolierte, rechtsgleiche Individuum* ist das Konstruktionsprinzip der Gesellschaft, letztere verstanden als das Gesamt der wirtschaftenden Subjekte. Aufgabe des Staates ist es, den Rechtsrahmen für gesellschaftliches Handeln bereitzustellen.

(2) Die individuelle Freiheit der/zur Beliebigkeit ist durch Rechte auf Leben, innere und äußere Sicherheit, Eigentumsschutz, Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit zu schützen. Diese Rechte versetzen das Wirtschaftssubjekt in die Lage, möglichst ungehindert von staatlicher Reglementierung seinen *eigenen, egoistischen Nutzen* zu suchen.

(3) Die Konkurrenz der Wirtschaftssubjekte führt automatisch zum Besten der Gesellschaft. Der Marktmechanismus garantiert den größtmöglichen *Wohlstand*, von dem auch die weniger Erfolgreichen profitieren werden.

(4) Die Konkurrenz der Wirtschaftssubjekte führt auch zu einer *wohlgeordneten, gerechten Gesellschaft*. In ihr wird sich der Talentierte, Fleißige, Investitionsbereite zu Recht gegenüber dem Dummen, Faulen und bloßen Konsumenten durchsetzen. Der Gerechtigkeitsgedanke enthält keine weiteren, sozialstaatlichen Elemente.

(5) *Gerechtigkeitsgedanken* sind also weitgehend *ökonomisiert und privatisiert*. Sie zentrieren sich um den Abschluß privatrechtlicher Verträge, die, soweit sie über die neutrale Instanz des Marktes vermittelt sind, auch als gerecht anzusehen sind, und zwar unabhängig von Faktoren wie Machtstellung, Verdienst oder Bedürftigkeit der Vertragspartner³³.

(6) Grundrechte auf *demokratische Mitwirkung* sind in diesem Denken entweder nicht thematisiert oder über wirtschaftlichen Erfolg vermittelt, auf jeden Fall aber auf die Sicherung der ökonomisch ausgerichteten Privatrechtsgesellschaft bezogen.

(7) *Soziale Rechte* sind nicht als Gerechtigkeitsanforderungen thematisiert, die die staatliche Gewalt zu beachten und zu gewährleisten hätte. Dagegen können pragmatische Gesichtspunkte (etwa Vermeidung von sozialen Spannungen und Aufruhr) durchaus zu sozialstaatlichen Maßnahmen führen. Private Wohltätigkeit kann bzw. soll an die Stelle staatlicher Sozialverantwortung treten.

33 Vgl. ein klassisches Zitat von *Th. Hobbes*, *Leviathan*, ed. *I. Fetscher* 1966, Kap. 15, S. 110: „Wurde ... ein Vertrag abgeschlossen, so ist es ungerecht, ihn zu brechen, und die Definition der Ungerechtigkeit lautet nicht anders als ‚die Nichterfüllung eines Vertrages‘. Und alles, was nicht ungerecht ist, ist gerecht.“

(8) Die *werthafte Grundlage* eines solchen Gemeinwesens ist aufgesplittert: Die Wirtschaftsmoral ist egoistisch und aktivistisch, die Gesellschaftsmoral kann von indifferent bis altruistisch reichen. Die Rechtsmoral kreist um größtmögliche Freisetzung und Sicherung des Kampfes der Wirtschaftssubjekte, ist ansonsten aber passiv, an der Maxime der Enthaltensamkeit, orientiert. Tendenziell dominiert das *Menschenbild des aufgeklärten Egoisten*, der allein oder in Verbindung mit anderen größtmögliche Nutzenmaximierung anstrebt.

Dieses idealtypische wirtschaftsliberalistische Rechtsmodell, das sich (in unterschiedlichen Annäherungsgraden) etwa in der physiokratischen Schule, bei Bernard de Mandeville und Adam Smith wiederfindet, enthält schlüssig aufeinander bezogene Elemente, die letztlich auf ein privatrechtliches und privatwirtschaftliches Staats- und Gesellschaftsmodell zusteuern. In der wissenschaftlichen Diskussion ist auf die höchst unsichere Realisierungschance dieses Modells hingewiesen worden, insbesondere im Hinblick auf die notwendigen Voraussetzungen, unter denen der freigesetzte Markt tatsächlich zu allgemeinem Wohlstand führen könnte. So nennt R. Herzog fünf Voraussetzungen: annähernd gleich starke Gesellschaftsmitglieder; prinzipielle Bereitschaft zum Kompromiß; überschaubare Probleme; Überwiegen der gesellschaftlichen Zentripetalkräfte gegenüber den Zentrifugalkräften; und Vernunftgeleitetheit des Menschen³⁴.

Unter dem Gesichtspunkt der „besten Grundrechtstheorie“ ist eine weitere Kritik angebracht: Das bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtsdenken vermag zwar *einige*, aber *bei weitem nicht alle* Anliegen des grundgesetzlichen Verfassungsmaterials und der Grundrechtstheorien zu integrieren: Thematisiert ist in ihm der unverzichtbare, dogmatisch im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingefangene Abwehrgedanke und die verfassungsrechtliche Gleichwertigkeit von positiver und negativer bzw. politischer und un-/apolitischer Grundrechtsaktualisierung. Gleichzeitig ist in ihm aber der Abwehrgedanke maximiert und sind demokratische, sozialstaatliche und gemeinschaftsbezogene Aspekte minimiert bzw. nur derivativ eingebracht, was dem herrschenden Grundgesetzverständnis widerspricht. Die bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie ist deshalb nur eine im Rahmen des Grundgesetzes mögliche, legitime, aber nicht die beste Grundrechtstheorie.

Eine Überwindung dieser von den konkurrierenden Grundrechtstheorien zu Recht gerügten einseitigen Sicht des Grundgesetzes bietet zunächst nicht die von *Carl Schmitt* propagierte Lösung. Schmitt argumentiert in seiner Verfassungslehre im *Gegeneinander von rechtsstaatlichem (liberalem) Verteilungsprinzip und politischem Formprinzip*³⁵. Seine Verfassungs- und Grundrechtslehre ist *dualistisch* und *kompetitiv*³⁶: die rechtsstaatlich-idealistische bzw. liberalistisch-

34 R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 54 ff. unter Hinweis insbesondere auf J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962.

35 C. Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 13), II. und III. Abschnitt.

36 Vgl. aaO (Fn. 13), S. 168 zum „Dualismus“ von Rechtsstaat und politischem Formprinzip bzw. Freiheits- und demokratischen Rechten, S. 201 zum „Gegensatz liberaler und demo-

optimistische Konzeption der Maximierung des beliebigen Freiheitsgebrauchs steht gegen die realistische Heraufbeschwörung der politischen Homogenisierung der (gerade durch die Beliebigkeit des Freiheitsgebrauchs bedrohten) Gemeinschaft der Bürger. Das liberale Postulat des Einschlusses aller Interessen und Meinungen³⁷ konkurriert mit der Maxime des Ausschlusses aller wirklich pluralistischen Ansichten³⁸.

Eine Einheit der Verfassungswerte ist in dieser Konzeption nicht zu thematisieren, weil Idealismus, Optimismus und Realismus voneinander getrennt und gegeneinander ausgespielt werden: Als rechtsstaatlicher Idealist läuft man Gefahr, ein machtloses Recht auf seiner Seite zu haben³⁹; zählt man zu den wirtschaftsliberalistischen Optimisten, so widersprechen die Ergebnisse ungezügelter Marktkonkurrenz den Postulaten allgemeiner Wohlfahrt und Gerechtigkeit⁴⁰; stellt man sich in das Lager der entschlossenen Realisten, so darf die Macht letztlich keine Rücksicht auf das Recht nehmen⁴¹.

Es ist, als ob Art. 2 GG folgendermaßen zu lesen wäre: „Jeder hat das Recht auf größtmögliche individuelle und insbesondere wirtschaftliche Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses Recht findet seine Schranke an der Macht der politisch homogensten und schlagkräftigsten Gruppe.“ Schmitts antagonistische Verfassungs- und Grundrechtstheorie ist in ihrem jeweiligen „rechtsstaatlichen“ bzw. „politischen“ Bestandteil konsistent und schlüssig. Sie hat auch eminent kontrastive Wirkung, weil sie unterscheidbare Elemente des modernen liberalen Staates isoliert und radikalisiert. Von ihr ausgehend, ist aber das Grundgesetz nicht als einheitliche Ordnung zu verstehen, da sie Politik und Rechtsstaat, Realismus und Idealismus gegeneinander ausspielt. Die Einheit der Verfassung besteht aus der Zweiheit antipodischer Verfassungsbestandteile. Eine solche Verfassungssicht verzichtet ohne Not⁴² auf den integrativen Anspruch der grundgesetzlichen Ordnung und stellt nur ein grundgesetzlich mögliches, nicht aber gebotenes Interpretationsraster dar.

kratischer Prinzipien“, S. 237: „Der Demokratie als politischer Form ist (die rechtsstaatliche) Tendenz nicht wesentlich, vielleicht sogar fremd.“

37 Vgl. schon oben Fn. 17, 28.

38 Vgl. C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl. 1961, S. 14: Zur Demokratie gehört „notwendig erstens Homogenität und zweitens - nötigenfalls - die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen.“

39 Vgl. Verfassungslehre (Fn. 13), S. 87: „Die über Art und Form der staatlichen Existenz getroffene politische Entscheidung ... bedarf keiner Rechtfertigung an einer ethischen oder juristischen Norm, sondern hat ihren Sinn in der politischen Existenz.“

40 Vgl. aaO, S. 256.

41 Vgl. Fn. 38, 39 und Verfassungslehre (Fn. 13), S. 258: „Gegenüber diesem (Volks-)Willen gibt es aus demokratischen Prinzipien heraus keine Hemmungen.“

42 Schmitts Verfassungslehre wurde zwar in der Weimarer Zeit geboren, war vom Autor aber durchaus als systematischer Entwurf zum Verständnis des modernen liberalen Staates einschließlich des Grundgesetzes gedacht. Vgl. die Vorbemerkungen zur 1. und 5. Auflage der Verfassungslehre.

IV. *Verfassungsliberale Grundrechtstheorie*

Die im vorigen skizzierten Positionen des wirtschaftsliberalen Grundrechtsdenkens bzw. auch der bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie in der Schmittschen Umformung stellen *einseitige* und *starke, voraussetzungsvolle Versionen* liberalen Rechtsdenkens dar. Liberalismus in seinen klassischen und modernen Ausformungen läßt sich auch anders verstehen. Es ist insoweit hilfreich, zunächst eine *schwache*, dafür aber *nichtkontroverse Minimalkonzeption* des Rechtsliberalismus vorzustellen, die einerseits allen wesentlichen liberalen Entwürfen zugrundeliegt (oder sich aus ihnen entwickeln läßt)⁴³ und die andererseits doch schon so konturenreich ist, daß sich konkurrierende Staats- und Gesellschaftskonzeptionen ansatzweise abgrenzen lassen. Eine liberale Grundrechtstheorie umfaßt mindestens die folgenden Positionen:

(1) Individueller Persönlichkeitsentfaltung im Sinn eigenständiger Handlungswahl kommt eine starke (nicht: absolute oder generell maximierte) Wertigkeit zu.

(2) Individuelle Persönlichkeitsentfaltung ist auch (nicht: nur, und nicht notwendigerweise: vorrangig) durch grundrechtliche Abwehrrechte zu sichern.

(3) Institutionell weitergedacht führt dies in der Regel zur These: Es ist eine wesentliche (nicht notwendigerweise: die einzige) Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

Von dieser Minimalkonzeption ausgehend, die ganz offensichtlich auch dem Grundgesetz zugrundeliegt, lassen sich unterschiedliche (wenn auch nicht beliebige) „stärkere“, qualifiziertere liberale Verfassungs- und Grundrechtstheorien entwickeln. Zwei solcher entfalteter Konzeptionen, die klassisch-wirtschaftsliberalistische und die Schmittsche Variante, haben wir schon kurz skizziert⁴⁴. Geht man im Sinn der Kriterien der „besten Grundrechtstheorie“ von den grundgesetzlichen Positionen und grundrechtstheoretischen Ansätzen aus, so läßt sich eine weitere stärkere Form liberalen Rechtsdenkens entwickeln, die man als *verfassungsliberal* bezeichnen kann. Diese verfassungsliberale Position ist selbstverständlich schon oft angezielt, wenn auch selten⁴⁵ unter diesem Namen erörtert worden. Alle Autoren und Gerichte, die ein „Gesamt“, ein „Aggregat“ der

43 Das kann hier nur behauptet, aber nicht im einzelnen nachgewiesen werden. Vgl. oben Fn. 25 und zu einigen in Frage kommenden Ansätzen liberaler Autoren unten Fn. 67.

44 Eine weitere folgenreiche Variante ist die utilitaristische Konzeption des Liberalismus, die im anglo-amerikanischen Rechtskreis großen Einfluß ausübt.

45 Vgl. aber *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, § 50: Verfassungsliberalismus und Wirtschaftsliberalismus. Terminologisch läßt sich der Verfassungsliberalismus auch als politisch-ethischer im Gegensatz zum ökonomisch-szientistischen Liberalismus bezeichnen. Adjektivisch könnte man die liberale (verfassungsliberale) von der liberalistischen (wirtschaftsliberalen und utilitaristischen) Haltung unterscheiden; teilweise wird diese Distinktion im Englischen getroffen (liberal - libertarian theory). Die weitgehende Einseitigkeit der grundrechtstheoretischen Diskussion liegt darin, daß sie Wirtschafts- und Verfassungsliberalismus nicht unterscheidet oder daß sie letzteren auf ersteren reduziert.

angeführten Grundrechtstheorien befürworten, vertreten der Sache nach ein verfassungsliberales Anliegen.

Um nur einige wenige, exemplarische Formulierungen anzuführen: G. Dürig sieht das Grundgesetz zwischen Individualismus und Kollektivismus angesiedelt; ihm liege ein Personalismus zugrunde⁴⁶. E. Grabitz spricht von der grundgesetzlichen Freiheit als „sozialer Chance der Persönlichkeitsentfaltung.“⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht benutzt vor allem eine Menschenbildformel, um den „hinter“ den Grundrechten liegenden Letztwert zu konturieren: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich ... aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG.“⁴⁸

All diese Formulierungen zielen auf eine stärkere und grundgesetzspezifischere Fassung der oben skizzierten liberalen Minimalkonzeption ab. Sie sind aber im Sinn der „besten Grundrechtstheorie“ entweder zu wenig kontrastierungsfähig, d.h. zu abstrakt („Personalismus“, „soziale Chance der Persönlichkeitsentfaltung“) oder lassen den systematischen Zusammenhang der einzelnen Elemente nicht ausreichend deutlich erkennen (Menschenbildformel des BVerfG).

Treffender läßt sich das verfassungsliberale Leitbild des Grundgesetzes als *eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebensführung* charakterisieren. Diese Formel enthält mehrere zusammenhängende, aber nicht aufeinander reduzierbare Elemente. *Eigenständigkeit* bezeichnet das (von der wirtschaftsliberalistischen Sicht abstrahierte, formalisierte und maximierte) Wahlmoment und Eigenverantwortlichkeitsmoment. *Sinnhaftigkeit* bezieht sich auf die sowohl konstituierende als auch limitierende Dimension von überkommener Tradition und Kultur. *Verantwortlichkeit* meint die Achtungsverpflichtung eines jeden Menschen für die Rechte anderer, das Einstehenmüssen für Rechtsverstöße, sowie gegenseitige, etwa sozialstaatliche Unterstützungspflichten. *Lebens-Führung* setzt Achtung und Schutz des Lebens voraus. Von *Lebens-Führung* kann nur die Rede sein, wenn dem Moment der Eigenständigkeit der Person ein starkes (aber nicht absolutes oder generell maximiertes) Gewicht zugesprochen wird.

(1) Diese verfassungsliberale Grundformel entfaltet *kontrastive Wirkung*: Bei Wegfall oder einseitiger Maximierung eines der Elemente führt der Weg in ein Staatswesen anderer Provenienz. So würde konservatives Rechtsdenken das Gewicht des Eigenständigkeitselements reduzieren und sich stärker auf die „Vernünftigkeit des Wirklichen“, Überkommenen, die Ebene kultureller Sinnhaftigkeit, stützen. Anarchistisches Denken würde das Verantwortlichkeitselement wegfallen lassen, das Wahlmoment maximieren und auf die dadurch erhoffte

46 G. Dürig, Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. I, Rn. 46, 47.

47 Grabitz (Fn. 11), S. 217 f.

48 BVerfGE 4, 7, 15 f.

Harmonie aller Lebenspläne setzen. Realistisch-existentialistisches Demokratiedenken im Sinn von Carl Schmitt räumt innerhalb der menschlichen Wahlmöglichkeiten im Ernstfall der politischen Entscheidung Priorität ein und vernachlässigt das Sinnhaftigkeitselement, zu dem geschichtliche Unrechtserfahrungen und damit negative Abwehrrechte gehören. Marxistisches Denken teleologisiert und instrumentalisiert letztlich alle genannten Elemente im Hinblick auf die Erreichung des Endziels der Geschichte: die klassenlose Gesellschaft. Klassisch-utilitaristische Rechtstheorie im Sinn von Jeremy Bentham maximiert und trivialisiert das Wahlmoment, indem es individuelle und politische Selbstbestimmung auf die Förderung größtmöglichen Lustgewinns verpflichtet. Wirtschaftsliberales Denken verabsolutiert, ökonomisiert und privatisiert das Wahlmoment von „Eigenständigkeit“ und reduziert die Verantwortlichkeitsebene um die staatsbürgerliche, soziale Verantwortlichkeit.

(2) Die verfassungsliberale Grundformel charakterisiert und integriert auch eine *Vielzahl grundgesetzlicher und grundrechtstheoretischer Positionen*:

(a) Das *Wahlmoment* als Unterfall von „Eigenständigkeit“ umfaßt politische Wahl (Art. 21, 38 GG), kommunikativen Ausdruck religiöser, privater, gesellschaftlicher und politischer Art (Art. 4, 5, 8, 9 GG), beruflich-wirtschaftliche Entscheidungen (Art. 9 Abs. 3, 12, 14, 19 Abs. 3 GG) und Entscheidungen im Hinblick auf die Gestaltung der Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 10, 13 GG) und der Wahl des Aufenthaltsorts (Art. 2 Abs. 2, Art. 11 GG).. Die Tatsache, daß es Grenzen des Grundrechtsverzichts gibt⁴⁹, weist darauf hin, daß das Moment der Eigenständigkeit der Person in Ausnahmefällen Vorrang vor souveräner Verfügung über die individuelle Persönlichkeit beanspruchen kann.

Selbstverantwortlichkeit stellt darauf ab, daß die Verantwortung für sich und seine Familie dem Menschen und Bürger primär selbst obliegt. Allgemeingesellschaftliche und staatliche Zuständigkeiten sollen nur subsidiär und als Hilfe zur Selbsthilfe zum Tragen kommen.

(b) Das Moment der *Sinnhaftigkeit* kommt zum Ausdruck im grundgesetzlichen Schutz der Ehe und Familie (Art. 6 GG), der Schule (Art. 7 GG), der Religionsgemeinschaften (Art. 4, 140 GG), der Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG). Es kommt auch dadurch zur Geltung, daß das Bundesverfassungsgericht diese Grundrechtspositionen als besonders schutzwürdige wertentscheidende Grundsatznormen ansieht⁵⁰: Besonders schutz- und förderungswürdig sind sie, weil sich in diesen Bereichen nicht nur „individuelle Wahl an sich“ verwirklicht, sondern weil vom Bestehen dieser Institutionen auch gesamtgesellschaftliche Stabilität und geordneter Fortschritt erwartet werden.

49 Hierzu J. Pietzcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 527 ff.

50 Vgl. H. D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 110 (1985), S. 363 ff.

Das Sinnhaftigkeitselement hat auch eine limitierende Funktion: Während z.B. im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG „alles denkbar“ ist, ist nur „fast alles vertretbar“ - rassenabwertende Meinungen etwa sind durch die Meinungsfreiheit nicht geschützt, weil sie im Rahmen unserer Rechtskultur unvertretbare Werturteile repräsentieren⁵¹. Art. 2 Abs. 1 GG setzt das „Sittengesetz“ als Schranke der Persönlichkeitsentfaltung fest; Art. 3 Abs. 2, 3 GG enthält weitere Kriterien, die verfassungsrechtlich verdächtig sind und staatlicherseits nur unter engsten Voraussetzungen für gesetzliche Klassifizierungen benutzt werden dürfen. Schließlich läßt sich im Rahmen der limitierenden Funktion des Sinnhaftigkeitselements auch begründen, daß die konkrete Kultur- und Rechtsgemeinschaft „Deutschland“ bestimmte besonders eng mit gerade diesem Gemeinwesen zusammenhängende Berechtigungen nur Deutschen zuspricht; diese Privilegierung darf allerdings nicht zur Bedrohung der Eigenständigkeit der Nicht-Deutschen führen.

(c) Die *rechtliche Verantwortlichkeit* des Menschen im Rahmen der grundgesetzlichen Gemeinschaft kommt in der Schranke der „Rechte anderer“ für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung zum Ausdruck (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie in der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für kriminelle Taten. Ferner realisiert sie sich durch die Steuerpflicht: Der umverteilende Sozialstaat nimmt von den finanziell „Stärkeren“, um den sozial „Schwächeren“ geben zu können. Es sind in Grenzen auch sonstige gesetzliche Handlungspflichten zugunsten anderer Gemeinschaftsmitglieder legitimierbar, sofern die grundsätzliche Stufung der Verantwortlichkeiten (primäre Verantwortlichkeit des Menschen für sich selbst) beachtet und auf die Dringlichkeit des gefährdeten Individualinteresses abgestellt wird⁵². Die Wehr- und Dienstpflicht (Art. 12 a GG) rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß sie notwendiges Mittel zur Verteidigung des Staates ist, der jedem Menschen und Bürger ein Recht auf eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebensführung einräumt.

Der Verantwortlichkeitsgedanke kommt auch in den Freiheitsminderungen zum Ausdruck, die das Grundgesetz für schlechthin nicht mehr rechtfertigbare Grundrechtsaktualisierungen vorsieht. Das Institut der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) antwortet auf Weisen der Inanspruchnahme von Grundrechten, die die Gemeinschaftsmaßstäbe erheblich verletzen. Parteien, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung kämpfen, müssen ebenfalls mit Freiheitsminderungen rechnen (Art. 21 GG).

(d) Der *Lebensschutz* als Vitalvoraussetzung individueller Persönlichkeitsentfaltung wird durch Art. 2 Abs. 2 GG und die Justizgrundrechte (Art. 19 Abs. 4, 101 ff. GG) gewährleistet; er umfaßt auch die körperliche Bewegungsfreiheit.

51 Vgl. z.B. § 131 StGB: Strafbarkeit der Verherrlichung von Gewalt und der Aufstachelung zum Rassenhaß, sowie §§ 86, 86 a StGB: Strafbarkeit der Propaganda für bestimmte verfassungswidrige Organisationen, ohne daß ein „Ansetzen zur Tat“ vorliegt.

52 Vgl. z.B. § 323 c StGB: Strafbarkeit unterlassener Hilfeleistung.

Ferner läßt sich der Schutz der ökologischen Grundlagen des Lebens als Realvoraussetzung sinnvoller Persönlichkeitsentfaltung ansehen.

(e) Das Moment der *Lebensführung* faßt die bisherigen Bestandteile autonomer Persönlichkeitsentfaltung noch einmal zusammen. Lebensführung meint weder rücksichtslose Selbstbehauptung noch passive Hinnahme gesellschaftlich-staatlicher Bevormundung oder Beglückung. Vielmehr soll der Mensch *prima facie* das Recht haben, seinen eigenen Weg zu gehen. Er soll Achtung für seinen Lebensplan verlangen dürfen, weil und insofern dieser höchstpersönlicher Ausdruck gerade seiner individuellen Persönlichkeit ist⁵³.

Wenn das Bundesverfassungsgericht betont, die individuelle Persönlichkeitsentfaltung müsse um der *Würde des Menschen willen* geschützt und gefördert werden⁵⁴, so entspricht diese Sicht ganz der liberalen Haltung: Würde kommt dem Menschen nicht zu, weil er im Sinn des Hobbesschen „Recht auf alles“⁵⁵ beliebige Lebenspläne egoistisch durchsetzen kann, sondern weil er seiner Individualität angemessene und im sozialen Zusammenhang vertretbare Lebensführungsmöglichkeiten eigenverantwortlich ergreifen kann.

Diese Verantwortlichkeit des Menschen für sein Verhalten im Sozialzusammenhang ist im Rahmen des ethisch-politischen Verfassungsliberalismus nicht von vornherein heteronom auferlegter Zwang, sondern eine der Freiheit immanente und deswegen für jeden vernünftig und gerecht Denkenden einsichtige Schranke individueller Handlungsmacht. Natürlich kann jeder Mensch zwischen der selbstsüchtigen und der moralisch reflektierten Haltung hin- und herwechseln, doch erlaubt es die verfassungsliberale Theorie - anders als die wirtschaftsliberale - , den Schritt vom „rational actor“ zum „reasonable man“ noch theorieimmanent einzufangen: Der liberale Staat muß Freiheitssicherungen selbst für ein „Volk von Teufeln“⁵⁶ bereitstellen, aber er muß auch offen sein für und hinzielen auf ein Gemeinwesen, in dem sich jedes Mitglied als eigenständiges und verantwortliches Subjekt einbringen kann. Genau diesem Ziel dient der grundgesetzliche Schutz religiöser und familiärer Vergemeinschaftungen: Ihre Aufgabe ist es primär, dafür zu sorgen, daß sich das liberale Gemeinwesen nicht (nur) aus isolierten Individuen, egoistischen Motiven und beliebigen Lebenszielen rekrutiert und daß Gemeinschaft nicht nur aus der Idee willkürlicher Assoziation begriffen wird.

In der *Gerechtigkeitsfrage* spielen alle Momente liberaler Persönlichkeitsentfaltung zusammen. In welcher Weise die staatliche Gemeinschaft auf Handlungen und Situationen der Mitglieder zu reagieren hat, wird je nach dem betreffenden

53 Das ist nicht der Fall bei Grundrechtsunmündigen.

54 Vgl. BVerfGE 5, 85, 204 f.

55 Vgl. *Hobbes* (Fn. 33), Kap. 14, S. 99.

56 Vgl. *I. Kant*, Zum ewigen Frieden, Werke, Akademie-Ausgabe, VIII, S. 366. Kants Rechtslehre inkorporiert den Hobbesschen Ansatz, zielt aber auf einen vernunftrechtlichen Staat mit verantwortlichen Bürgern ab. Vgl. *H. Böckerstette*, Aporien der Freiheit und ihre Auflösung durch Kant, 1982, S. 161 ff., 349 ff. Eine vergleichbare Struktur enthalten (was je nach Interpretation freilich streitig ist) die Rechtslehren der unten Fn. 67 zitierten liberalen Denker.

Lebens- und Regelungsbereich unterschiedlich sein⁵⁷. Für den Bereich sozialstaatlicher Umverteilung ist ein Rahmen gesteckt durch das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit der Person, diese ist vom Staat zu achten und, soweit möglich und zumutbar, zu fördern: Im einzelnen ist hier eine Abwägung von Leistung, Einsatz, Talent, Investitionsverhalten und Marktglück auf der einen Seite und Bedürftigkeit auf der anderen Seite erforderlich. Im verfassungsrechtlichen Rahmen ist diese Abwägung durch die Menschenwürde-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsausagen des Grundgesetzes⁵⁸ zumindest insoweit strukturiert, als der Staat eine subsidiäre Hilfspflicht für Personen hat, die in Not geraten sind. Je nach der Gewichtung der einzelnen Elemente kann die Idee einer eigenständigen, sinnhaften und verantwortlichen Lebensführung für jeden bis zum Postulat einer (gedachten ursprünglichen⁵⁹) effektiven Chancengleichheit führen.

V. Stufen grundrechtlicher Persönlichkeitsentfaltung

Autonome Persönlichkeitsentfaltung im angeführten Sinn kann sich in unterschiedlichen Graden grundrechtlich zur Geltung bringen und verdichten⁶⁰:

(1) Eine erste Stufe ist die *grundrechtliche Gewährleistung* einer Freiheit. Sie erlaubt es dem Individuum, sich nach eigener Wahl in das Gemeinschaftsleben einzubringen, zwingt ihn aber dazu nicht. Verfassungsrechtlich sind positive und negative Grundrechtsfreiheit gleichwertig, wenngleich das politische Gemeinwesen auf Bürger bauen muß, die fähig und willens sind, sich aktiv zu engagieren.

(2) Eine *Grundrechtsaktualisierung* liegt vor, soweit der Mensch und Bürger seine grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten und Rechte in eigenständiger Wahl nutzt. Auf dieser Ebene geht es um den Bereich des ungehinderten Aus-

57 Vgl. M. Walzer, *Spheres of Justice*, 1983 und schon oben zu den Elementen „Eigenständigkeit“ und „Verantwortlichkeit“.

58 Vgl. insoweit die treffende Analyse von O. Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, VVDStRL 12 (1954), Nachdruck in: *ders., Wege zum Rechtsstaat*, 1979, S. 80, 86 f., die sich der Sache nach mit dem verfassungsliberalen Anliegen deckt: „der Rechtsstaat als Staat materieller Gerechtigkeit (muß) auch ein Staat sozialer Gerechtigkeit sein ... Der soziale Rechtsstaat beruht ... auf einem *System des Ausgleichs und des Gleichgewichts*. Er bedeutet sowohl eine Absage an die Allmacht des Staates, auch auf sozialgestaltendem Gebiet, wie an die Bindungslosigkeit des Individuums und an die Autonomie der Gesellschaftsordnung. Die oft aufgeworfene Frage nach dem *Rangverhältnis* zwischen Freiheit und Sozialität ist m.E. schon in der Fragestellung verfehlt, da die Sozialbindung keine äußere Begrenzung der Freiheit, sondern ihr immanent ist. Ein Rangverhältnis kann nicht zwischen Freiheit, Sozialbindung, sondern nur zwischen *eigenverantwortlicher Entscheidung* zu sozialverpflichtetem Verhalten und staatlichem *Zwang* hierzu aufgestellt werden. Bei diesem Rangverhältnis liegt der grundgesetzliche Akzent eindeutig auf der *Eigenverantwortlichkeit*.“

59 Vgl. dazu die unten Fn. 67 genannten liberalen Autoren Kant, Rawls, Dworkin und Ackerman sowie schon oben Fn. 5 zur „grundrechtlichen Chancengleichheit“ im Sinn von P. Häberle.

60 Wann immer der Mensch sich in das soziale Leben einbringt, ist eine „Stufenleiter der Entwicklung von der Gelegenheitsvergesellschaftung“ bis zum „perennierenden Gebilde“ möglich: M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4. Aufl. 1973, S. 451.

tauschs von Gütern, Leistungen und Meinungen⁶¹. Grundgesetzlich sind diese Anliegen vor allem durch die Art. 2 Abs. 1, Art. 4, 5, 8, 9, 12, 14 und 19 Abs. 3 GG geschützt. Der Sinn der letztgenannten Vorschrift liegt darin, „daß sie nicht etwa individuelle Freiheitsrechte zu einem überindividuellen Kollektivgrundrecht sublimiert, sondern lediglich die existent und unverändert bleibenden Individualgrundrechte gleichsam bündelt, so daß die juristische Person als ‚Sachwalterin gebündelter Individualrechte‘, anders ausgesprochen als ‚Trägerin zusammengefaßter individueller Rechte‘ erscheint.“⁶²

(3) Zu einer *Grundrechtsobjektivierung* kommt es, soweit die frei gewählten Grundrechtsaktualisierungen auf staatliche Rechtsformen wie etwa eine Eigentumsordnung, ein Vertrags-, Vereins- und Gesellschaftsrecht angewiesen sind. Diese Objektivierungen sind aber nur Korrelate individueller Persönlichkeitsentfaltung. Sie haben Daseinswert für, aber keinen Eigenwert gegenüber individueller Handlungswahl⁶³. In einer auf Austausch beruhenden Gesellschaft sind diese Rechtsinstitutionen notwendige Mittel zur Verwirklichung der materiellen und ideellen Interessen der Gemeinschaftsmitglieder.

(4) Ein liberales Gemeinwesen kann und muß aber auch *grundrechtliche Institutionalisierungen* menschlicher Entfaltungsweisen schützen. Damit sind nicht die eben erwähnten objektiv-rechtlichen Korrelate individueller Handlungswahl gemeint, die (nur) *individualistisch-assoziative Institutionen* darstellen. Gemeint sind diejenigen „sinnhaften“ Kulturobjektivierungen, in denen und aus denen eine konkrete Gemeinschaft ihr beständiges und unverwechselbares Lebensprofil gewinnt. Zu denken ist vor allem an den grundrechtlichen Schutz der überkommenen Gehalte von Ehe und Familie, an den institutionellen Schutz von Religionsgemeinschaften sowie generell an die Achtung von Traditionen, in denen menschliche Freiheit und Wahl „Richtung und Maß, Sicherheit und Geborgenheit, Inhalt und Aufgabe“⁶⁴ finden kann. *Anthropologisch-sittliches Institutionendenken*⁶⁵ geht von der zutreffenden Einsicht aus, daß die achtlose Maximierung individueller Wahl im Sinn des „alles möglich“ und „beliebig wählbar“ den Menschen vor Alternativen stellen kann, in denen „nichts mehr wirklich“ ist⁶⁶.

61 Vgl. *Max Webers* treffende Beschreibung einiger solcher Vergesellschaftungsformen in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 22: „Die reinsten Typen der Vergesellschaftung sind a) der reine, frei paktierte Tausch auf dem Markt ...; - b) der reine, frei paktierte Zweckverein, eine nach Absicht und Mitteln rein auf Verfolgung sachlicher (ökonomischer und anderer) Interessen der Mitglieder abgestellte Vereinbarung kontinuierlichen Handelns; - c) der wertrational motivierte Gesinnungsverein: die rationale Sekte, insoweit, als sie von der Pflege emotionaler und affektiver Interessen absieht und nur der ‚Sache‘ dienen will ...“.

62 *F. Ossenbühl*, Rundfunkprogramm - Leistung in treuhänderischer Freiheit, DÖV 1977, S. 381, 383 f. unter Hinweis auf *G. Dürig* und *O. Bachof*.

63 Diese Kategorien sind *A. Gehlen*, *Urmensch und Spätkultur*, 4. Aufl. 1977, Kap. 4 entnommen.

64 *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 98.

65 Etwa im Sinn der Anthropologie *Arnold Gehlens* oder der Philosophie *G.W.F. Hegels*.

66 Vgl. *E. Denninger*, *Staatsrecht II*, 1979, S. 183 und die glänzende Analyse dieser Problematik bei *R. Nisbet*, *Community and Power*, 1962 (überarbeitete Fassung von: *The Quest*

Umgekehrt darf natürlich auch das Moment kultureller Vorgeprägtheit nicht verabsolutiert werden: Eine solche Sicht ist mit der Eigenständigkeit der Person nicht zu vereinbaren. Selbst in Ehe und Familie und Religionsgemeinschaft muß individuelle Wahl Berücksichtigung finden, darf zumindest nicht gänzlich entfallen.

Wie diese kurze Skizze veranschaulicht, ist das Prinzip eigenständiger, sinnhafter und verantwortlicher Lebensführung in der Lage, alle wesentlichen grundrechtlichen Positionen und grundrechtstheoretischen Anliegen zu integrieren. Seine einzelnen Elemente beschreiben treffend konkrete Ausformungen des grundgesetzlichen Ethos. Jede kürzere Formel müßte erhebliche Verluste an konkreter Aussagekraft und Trennschärfe hinnehmen, jede längere tendiert zu einer aggregativen Sehweise. Damit kann dieses Prinzip in Anspruch nehmen, annäherungsweise die Kriterien der „besten Grundrechtstheorie“ zu erfüllen. Die Formel selbst ist als „liberal“ zu charakterisieren, weil sie eine grundgesetzbezogene Fortentwicklung des schon skizzierten liberalen Kernansatzes der Achtung individueller Persönlichkeitsentfaltung ist, die auch von der Verbürgung grundrechtlicher Abwehrrechte abhängt⁶⁷.

VI. Grenzen grundrechtstheoretischer Reflexion

Im Hinblick auf die *Systematisierung und Hierarchisierung* der Elemente autonomer Selbstbestimmung ist, gerade weil es sich um eine „liberale“ Konzeption handelt, auf unvermeidliche Grenzen hinzuweisen. Im Rahmen dieser wenn auch grundgesetzbezogenen, so doch die einzelnen Grundrechte übergreifenden Grundrechtstheorie lassen sich nur relativ überschlägige Aussagen machen.

for Community, 1953). Auch *G. Jellinek* hat diesen Punkt gesehen: Der lediglich auf negative Zwecke ausgerichtete (wirtschaftsliberale) Staat „soll nur abwehren und strafen, nichts geben. Die Negation bleibt aber dem Herzen fremd, das Nichts ist kein Objekt für das Gefühl“: Die Entstehung der modernen Staatsidee, in: *ders.*, *Ausgewählte Schriften und Reden*, 1911, Bd. 2, S. 45, 57.

67 „Zwischen“ der liberalen Minimalkonzeption und der hier entwickelten verfassungsliberalen Grundgesetzsicht ließe sich als verbindendes Glied noch eine ideengeschichtliche Argumentation einschieben. Sowohl bei Klassikern der liberalen politischen Philosophie als auch bei modernen liberalen Theoretikern finden sich systematische Erörterungen, die auf die hier vorgelegte Liberalismuskonzeption zusteuern, ohne sie explizit auszuformulieren. Zu denken ist insbesondere an die Rechtslehren von *I. Kant* - dazu die Interpretationen bei *J. Schwartländer*, *Demokratie – Verwirklichung oder Gefährdung der Menschenrechte?*, und *W. Schild*, *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit (Kant) - Strukturmomente der Freiheit*, beide in: *J. Schwartländer*, Hrsg., *Menschenrechte und Demokratie*, 1981, S. 189 ff., 135 ff. - ; *J. Locke* - dazu *R. Smith*, *Liberalism and American Constitutional Law*, 1985 -; und *J. St. Mill* - in der Interpretation von *Dworkin*, *Bürgerrechte* (Fn. 7), Kap. 11. Vgl. auch die modernen Entwürfe von *J. Rawls*, *A Theory of Justice*, 1971, deutsch: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975; *Dworkin*, *Liberalism* (Fn. 8); *Bürgerrechte ernstgenommen* (Fn. 7); *A Matter of Principle* (Fn. 8), Part III: *Liberalism and Justice*; *B. A. Ackerman*, *Social Justice in the Liberal State*, 1980; *Gaus*, *The Modern Liberal Theory of Man* (Fn. 30). Siehe zu *Dworkin*, *Ackerman* und *Gaus* *meine* Besprechungen in *ARSP* 71 (1985), S. 123 ff.; *Philos. Rundschau* 30 (1982), S. 282 ff.; *ARSP* 72 (1986), S. 407 ff.

Individuelle Persönlichkeitsentfaltung ist ein „gewichtiger“ Wert, doch darf keines der anderen Elemente gänzlich wegfallen: Dieser Gedanke ist grundgesetzlich in der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 ausgedrückt. Keines der genannten Momente darf die anderen gänzlich dominieren. Die Generalität dieser Aussagen erlaubt es und gebietet es, konkretere und bereichsspezifischere Grundrechtslehren und -dogmatiken zu entwickeln und Interpretations- und Entscheidungskompetenzen abzugrenzen⁶⁸. Der Weg von der hier in Umrissen vorgelegten liberalen (nicht liberalistischen) Grundrechtstheorie zur praktisch handhabbaren Grundrechtsdogmatik führt über verschiedene Vermittlungsstufen: (1) den verfassungsliberalen Grundwert, das Menschenbild des Grundgesetzes, (2) die Strukturanalyse des begrifflichen Instrumentariums des Grundgesetzes und der Verfassungsrechtsprechung, (3) grundrechtliche Funktionsüberlegungen, (4) allgemeine und besondere Grundrechtsdogmatiken und (5) die Prüfung der Kompatibilitäts- und Affinitätsverhältnisse zwischen dem Grundrechts- und dem Organisationsteil der Verfassung. Insgesamt gilt es also, eine Optimierung der verfassungsrechtlichen Substanz-, Form-, Institutions- und demokratischen Prozeßwerte anzustreben oder, noch einmal anders gesagt: das vom Grundgesetz Gesagte, Gewollte und Intendierte gleichermaßen zu verwirklichen.

Auf jeder Stufe sind Urteile zu fällen, Entscheidungen zu treffen, für die konkrete Kriterien *nicht eindeutig vorgegeben* sind. Doch stellt der bezeichnete verfassungsliberale Ansatz einen *verbindlichen Argumentationsrahmen* bereit, in dem *nicht Beliebiges* behauptet werden kann. Die Verbindlichkeit des verfassungsliberalen Menschenbildes gründet methodisch im Postulat des Vorrangs der Verfassung und sachlich in seiner Leistung, die grundgesetzlichen Regeln, Funktionen und Prinzipien integrativ zu erfassen und einander zuzuordnen. Wäre eine konkurrierende Grundrechtstheorie in der Lage, mehr Grundgesetzpositionen zu thematisieren und besser zu systematisieren, so müßte sie als „beste Grundrechtstheorie“ angesehen und als Interpretationsraster herangezogen werden⁶⁹.

68 Vgl. J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972, S. 169 f.: „Versteht man das Sprechen in Werten als Ausdruck intendierten sozialen Konsenses über das Bevorzugen oder Zurückstellen von typisierten und entscheidungsmäßig gegeneinander abgewogenen Interessen, dann ist es völlig legitim, von einer ‚Wertordnung‘ als Basis des gemeinsamen Übereinstimmens in Recht und Verfassung zu sprechen. Man muß nur zwei Dinge ernst nehmen: daß aus dieser konvenierten Rechtsordnung heraus noch keine positive Rechtsentscheidung getroffen werden kann, die etwa auf normative und dogmatische Bindung verzichten könnte, und daß das Entscheiden seinerseits je neue Voraussetzungen für die Herstellung dieses Wertkonsenses macht.“ - Wenn in der Kritik am (Grundrechts-)Wertdenken auf die von Carl Schmitt beschworene „Tyrannei der Werte“ hingewiesen wird - wie etwa bei Böckenförde (Fn. 1), S. 234 -, so geht diese Kritik fehl, wenn man am Vorrang und an der Einheit der Verfassung festhält: Die Werte der Verfassung sind insgesamt zu optimieren, jedes einseitige „Ausschalten“ von Werten und Wertträgern geht am Wesen verfassungsrechtlicher Wertargumentation vorbei. Dazu grundlegend die Untersuchung von Alexy (Fn. 1).

69 Meine Ausführungen sind primär ein Plädoyer für die verfassungsliberale Grundrechtstheorie und keine Kritik der Konkurrenten des (wirtschafts-)liberalen Ansatzes. Meine Vermutung geht allerdings dahin, daß die anderen Grundrechtstheorien das Ethos des Grundgesetzes unvollständiger und einseitiger charakterisieren.

Umgekehrt verliert jede Grundrechtstheorie in dem Maß an Überzeugungskraft und Verbindlichkeit, in dem sie grundgesetzliche Positionen wegfallen läßt⁷⁰ oder Wertigkeiten festsetzt, die das grundgesetzliche Profil verzeichnen. Der durch diese methodischen Standards und die hier vorgetragenen verfassungsliberalen Überlegungen zugestandenermaßen nicht ausgeschlossenen Rahmen möglicher anderer „bester Grundrechtstheorien“ und der Vertretbarkeitsrahmen eventueller unterschiedlicher „bester Verhältnisbestimmungen“ im Rahmen des verfassungsliberalen Grundwerts indizieren kein Versagen grundrechtstheoretischer Reflexion. Grundrechtstheorie ist auf Konkretisierungen in rechtswissenschaftlicher Dogmatik und Entscheidungen in gestufter Kompetenz angewiesen. Umgekehrt bedarf aber auch jede Rechtsentscheidung, um sich als solche zu qualifizieren, einer gelungenen Rückbindung auf diejenigen Leitbilder, anhand derer das grundgesetzliche Gemeinwesen Maßstäblichkeit und Konsensfähigkeit gewinnt.

70 Zu diesem Gesichtspunkt vgl. näher *Dworkin*, Bürgerrechte (Fn. 7), S. 206 ff., 543 f., *ders.*, *Natural Law Revisited* (Fn. 7), S. 168 ff.