HANS H. KLEIN

Der demokratische Grundrechtsstaat

I.

1. Man könnte ins Spekulieren kommen! Da präsentiert uns die Regie eine Tagesordnung, auf der zwar – getreu der Selbstgenügsamkeit unseres Verfassungspatriotismus – „Deutschlands Verfassung" den Reigen der Referate eröffnet, dann jedoch für bundesdeutsche Verhältnisse überraschend schnell die Frage nach der Organisation der Bundesrepublik Deutschland gestellt, also der Staat zum Thema wird. Und erst dann, am 2. Tag dieser 30. Bitburger Gespräche, kommen die Grundrechte zum Zug! Sind wir etwa Zeugen, ja Instrumente eines revolutionären Geschehens? Soll nicht mehr gelten, daß – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts[1] – die Grundrechte den eigentlichen Kern der freiheitlichen demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz bilden (eine Formulierung, die man sich auf der Zunge zergehen lassen muß)? Sollen hier erste – und wie von den Bitburger Gesprächen gewohnt: entscheidende – Schritte von der Rechtsstaatswissenschaft zurück zur Staatsrechtswissenschaft getan, der introvertierte Rechtsstaat endlich wieder vom Kopf auf die Füße gestellt werden?[2]

Man wird solch besorgte Fragen getrost verneinen dürfen. *Klaus Sterns* Harmonisierungskonzept wird auch nach Bitburg '95 Bestand haben: Herrschafts- und Freiheitsordnung sind keine Gegensätze, sie sind vielmehr „zu einer Synthese gefügt".[3] Richtig bleibt: Obgleich das Grundgesetz in mannigfacher Weise deutschen Verfassungstraditionen verhaftet ist, weicht es von ihnen – 1848 gescheiterte Ansätze aufnehmend – doch in einem entscheidenden Punkte ab. Denn es konzipiert den Verfassungsstaat nicht mehr vom Staate her, der als ein Vorgegebenes, in seiner Macht um der Rechte der einzelnen willen bloß zu Beschränkendes gedacht wird, sondern als ein Boll- und Bauwerk, das sein Fundament und seinen Zweck in den Rechten des Individuums hat. Dabei erfüllen diese Rechte eine doppelte Funktion: sie gewährleisten dem einzelnen einen Raum der Freiheit von staatlichem Zugriff und machen ihn zugleich zum Subjekt des politischen Prozesses. Das letzte gilt mitnichten nur für das klassische Recht des

---

[1] BVerfGE 31, 58 (73).

[2] Vgl. *Ernst Forsthoffs* berühmt gewordene Titel: „Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft" sowie „Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung" in: ders., Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954–1973, 2. Aufl., 1976, S. 188ff., 175ff.

[3] *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 61 I 3 (S. 181ff.); *ders.*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, HStR V, 1992, § 108 Rdnr. 31.

status activus, das Wahlrecht, sondern für alle Grundrechte, vermittels deren der einzelne auf das politische Geschehen Einfluß nehmen kann. „Dementsprechend", schreibt *Burkhard Wehner,* „werden Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit" – ergänzend wäre auf die Vereinigungsfreiheit, auch auf die Freiheit der Kunst hinzuweisen – „für manche Aspekte der politischen Gestaltung wichtiger als das demokratische Wahlrecht. Sie gewährleisten einen politischen Einfluß, der sachlich und zeitlich viel gezielter eingesetzt werden kann als das Wahlvotum".[4] Der demokratische Verfassungsstaat will Bürgerstaat sein: Staat seiner Bürger und für seine Bürger.

2. Regieren die Grundrechte den Staat? So hat es *Carlo Schmid,* der ein guter Kenner *Machiavellis* war, freilich nicht gesagt. Vielmehr lautet das berühmte Zitat aus seiner während der 2. Sitzung des Parlamentarischen Rats am 8. September 1948 gehaltenen Rede: „Die Grundrechte müssen das *Grundgesetz* regieren ...".[5] Damit war gemeint, was später Art. 1 Abs. 3 GG auf die bündige Formel brachte: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht". Die Frage, der wir uns zuwenden wollen, lautet, welchen Inhalt diese Bindung hat und wer ihn definiert.

Die Herausforderungen, denen der demokratische Rechtsstaat zu begegnen hat, sind in aller Munde: die Bevölkerungsexplosion und die sich nicht zuletzt in ihrem Gefolge einstellenden Migrationsprobleme; der wachsende Energiebedarf einerseits, die begrenzten Ressourcen und die durch ihn ausgelöste Klimakatastrophe andererseits: schlösse die gesamte Weltbevölkerung zu den Lebensgewohnheiten der Industrienationen auf, wäre die globale ökologische Katastrophe unvermeidlich; aber auch die Teilung der Erde in Regionen des Reichtums und der Armut ist schwerlich eine Lösung auf Dauer; Staatsverschuldung und Geldentwertung taugen auf längere Sicht nicht zur Behebung der Verteilungsprobleme, im nationalen Rahmen sowenig wie im internationalen; die technische Entwicklung beschert Bedrohungen unterschiedlichster Art von der potentiellen Aufhebung der Privatsphäre bis zur weltweiten Freizügigkeit des organisierten Verbrechens. Die Staaten und die von ihnen gebildeten „zwischenstaatlichen Einrichtungen" bedürfen eines Höchstmaßes an Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit, um diesen (und weiteren) Herausforderungen begegnen zu können.

Daraus ein politisches Konzept abzuleiten, welches die Grundrechte aus der Mitte der Gemeinschaftsordnung wieder an deren Peripherie zu rücken und den Staat – oder eine die Staaten überwölbende Superstruktur – als bloße Herrschaftsorganisation zu restaurieren unternähme, wäre allerdings nicht nur ein fataler historischer Rückschritt sondern auch ein zum Scheitern verurteiltes Mißverständnis. Nicht nur die historische Erfahrung lehrt, daß Machtgebilde, die die Rechte der ihnen Unterworfenen nicht achten und auf ihre Stimme nicht hören, am wenigsten geeignet sind, die bezeichneten Probleme in den Griff zu bekommen. Sie können vielmehr, wenn überhaupt, nur dann mit einiger Aussicht auf Erfolg angegangen werden, wenn es gelingt, die Menschen für ihre Lösung zu gewinnen. Zumal im demokratischen Verfassungsstaat kommt es pri-

---

[4] Die Katastrophen der Demokratie, 1992, S. 38.
[5] Prot., S. 14.

mär nicht auf einen funktionierenden Mechanismus von Befehl und Gehorsam an, sondern auf den Nachweis von Problemlösungskompetenz und auf die Überzeugungskraft der politischen Führung.

3. Trotz alledem ist offenkundig, daß die Notwendigkeit wirkungsvollen Staatshandelns – und Gleiches gilt für die Ebene der zwischenstaatlichen Einrichtungen, also etwa der Europäischen Union – in einer gewissen Spannung steht zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes. Denn dieses bedeutet ja, daß sich der demokratisch gebildete Gemeinwille, wenn er denn in jenem mühseligen Prozeß politischer Entscheidungsfindung schließlich zustande gekommen ist, den die Gewinnung öffentlicher Zustimmung erfordert, von einem jeden, der sich in seinen Rechten betroffen glaubt, herausfordern und auf die Probe richterlicher Überprüfung stellen lassen muß. Selbst wenn er diese Probe besteht, ist oft ein Zeitverlust entstanden, der unter Umständen seine Wirkung beeinträchtigt. Von daher erklärt sich, daß der Gesetzgeber etwa im Bereich des Planungs- oder auch auf dem Gebiet des Asylrechts verfahrensverkürzende Regelungen trifft, bei denen es mitunter ohne Rechtsverkürzungen nicht abgeht.

Deshalb eben sind Grundrechtsfragen auch Machtfragen.[6] Aber Grundrechte verteilen nicht nur Macht in dem „ewig hin- und herflutenden Prozeß the man versus the state" sondern auch zwischen den Organen des Staates. „Der Umfang der Grundrechtsgeltung entscheidet über den Gestaltungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers, aber auch über den Entscheidungsspielraum der Exekutive im Verhältnis zu den Gerichten und der Gerichte im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht".[7]

Die Bindung aller Staatsgewalt einschließlich der gesetzgebenden an das Recht, und zwar gerade auch an das Verfassungsrecht, gehört zur Staatsraison des Verfassungsstaats. Aber man muß das Lähmungspotential vor Augen haben, das sie dem Inhaber verfassungskräftiger subjektiver Rechte mit deren gerichtlicher Durchsetzbarkeit verleiht, und das Entscheidungspotential, das sie den politsch nicht verantwortlichen Richtern überträgt. Zu Recht hat Ernst Forsthoff bemerkt, nirgendwo präge sich die spezifische Struktur eines Staates deutlicher aus als in der Stellung der Aufgabe, die er der Rechtsprechung zuweise.[8] Stellung und Aufgabe der Rechtsprechung sind in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nun in der Tat in einer das Bild der Bundesrepublik Deutschland maßgeblich prägenden Weise ausgebaut: durch die Fülle der von ihr gewährleisteten Individualrechte; durch deren unmittelbar alle staatliche Gewalt bindende Kraft; durch eine umfassende Rechtsschutzgarantie und schließlich durch eine mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattete Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Wirkungsmächtigkeit auf die Fachgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis vor allem zur Exekutive ausstrahlt, ungeachtet der Tatsache, daß sie selbst vom Verfassungsgericht mitunter hart an die Kandare genommen wird. Kraft ihrer Zuständigkeit zur verbindlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit die Grundrechte berührender staatlicher Rechtsakte und der ihr vorausliegenden Kompetenz zur Grundrechtsauslegung ist es

---

[6] *Martin Kriele,* in: Isensee/Kirchhof (Fn. 3), § 110 Rdnr. 1; s. a. *Klaus Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 95 I 1 (S. 1636).

[7] *Kriele,* a. a. O.

[8] Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 126.

die Gerichtsbarkeit, die in Deutschland die Grenzen der Wirksamkeit des Staates bestimmt. Aber nicht nur sie: durch ihre Interpretation der Grundrechte grenzen die Gerichte auch die Rechtssphären der Individuen zueinander ab, je nachdem etwa, wie sie bestimmte Positionen dem Schutzbereich eines Grundrechts zuordnen oder wie sie die Schutzrichtung eines Grundrechts – beispielsweise liberal oder demokratisch-funktional – definieren.

Eine emanzipierte sei notwendig eine expandierende Gerichtsbarkeit, stellte *Forsthoff* fest.[9] Das bleibt richtig, auch wenn seine Sorge vor allem einer zu Spekulationen einladenden Hypostasierung der Grundrechte zu einem geschlossenen System von Werten galt, die sich in dieser Form nicht bewahrheitet hat. Und so ist es denn auch kein Zufall, daß die Besorgnis, der parlamentarische Gesetzgebungsstaat könne sich unter den Händen des Bundesverfassungsgerichts durch dessen expandierende Grundrechtsinterpretation zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat wandeln, seit einiger Zeit wieder lauter wird. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hat sie eindrucksvoll artikuliert[10] und dreierlei Folgewirkungen der Auslegung der Grundrechte als objektiver Grundsatznormen ausgemacht: eine Ausdehnung der Grundrechtsgeltung nach Umfang und Reichweite; die subjektiv-rechtliche Einforderbarkeit der in die Grundrechte hineingenommenen Staatszwecke und Staatsaufgaben; schließlich eine nachhaltige Veränderung des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit zu Lasten der Legislative. Seine Schlußfolgerung: die Beibehaltung der vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagenen Marschroute führe zur Entmächtigung des demokratischen politischen Prozesses, anders gewendet: die Grundrechtsdogmatik, über die letztlich das Bundesverfassungsgericht entscheidet, bestimme, ob die Verfassung und besonders die durch sie verbürgten Grundrechte als bloße Rahmenordnung oder als „juristisches Weltenei" *(Ernst Forsthoff)*, als „Superkodifikation" *(Ulrich Scheuner)* zu begreifen seien.

Das hier aufgeworfene Problem ist unbestreitbar, die Schärfe der angebotenen Alternative erhellend. Indessen ist nach meiner Überzeugung die Rückkehr zu einem auf die interpretative Erhebung objektiver Grundrechtsgehalte Verzicht leistenden Grundrechtsverständnis weder praktisch möglich noch nötig, um die notwendige Bestimmungsmacht des demokratischen Gesetzgebers über die konkreten Inhalte der Rechtsordnung in dem gebotenen Umfang zu bewahren. In dem gebotenen Umfang! Denn die Bestimmung des Verhältnisses von Gesetzgeber und (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit läßt sich ja keineswegs in der Weise gewinnen, daß jenem die Politik und dieser die Erkenntnis des Rechts zugewiesen sei. Ein solches Unterfangen scheiterte notwendig schon daran, daß das Verfassungsrecht, wie *Kurt Eichenberger* treffend sagt, das „Recht für die Politik" ist.[11]

Das Verfassungsrecht organisiert und bindet politische Macht. Es weist ihr aber auch Ziele. Die Verfassung, so *Peter Badura*, wirkt als „Gewährleistung, Auftrag und

---

[9] Ebenda, S. 144f.

[10] Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1ff.; zuvor schon ders., Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989; s.a. *Werner Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992.

[11] Sinn und Bedeutung einer Verfassung in: Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag, 1991, S. 143 (229).

Plan",[12] betraut die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Kontrolle ihrer Bindungskraft und stattet den einzelnen Grundrechtsträger mit der Befugnis aus, solche Kontrolle auszulösen. Dadurch erhält gewiß die Struktur der Verfassung eine neue Qualität. Der verfassungsgerichtlich sanktionierte Vorrang der Verfassung macht den Verfassungsstaat. Im Verfassungsstaat gibt es sowenig eine rechtsfreie Politik wie politikfreies (Verfassungs-)Recht.[13] Aber dadurch wird weder der Gesetzgeber notwendigerweise zum bloßen Vollzugsorgan der Verfassung oder gar der Verfassungsgerichtsbarkeit noch diese zwingend zur Oberlegislative; eine „Juridifizierung der Politik" findet zwar – gewolltermaßen! – statt, aber in Grenzen.

Freilich bleibt die Balance prekär. Die Verfassungs- und im besonderen die Grundrechtsauslegung muß den Mittelweg suchen, der die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit zumal der Legislative wahrt und damit der Entfaltung demokratischer Freiheit Raum läßt; sie muß „den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung" offenhalten,[14] den „Bewegungsbedarf des politischen Lebens" respektieren.[15] Aber sie muß auf der anderen Seite auch denjenigen materiellen Gehalten der Verfassung, insbesondere den durch sie gewährleisteten Freiheiten, Geltung verschaffen, die in den Verfassungskonsens eingegangen und so zur Voraussetzung dafür geworden sind, daß die im politischen Prozeß unterlegene Minderheit sich den Entscheidungen der Mehrheit zu unterwerfen bereit ist.

Wie es dem Bundesverfassungsgericht als dem für die Verfassungsauslegung Letztverantwortlichen gelingen kann, von diesem schmalen Pfad weder in der einen noch in der anderen Richtung abzukommen, wird uns im zweiten Abschnitt meiner Darlegungen beschäftigen. In einem abschließenden dritten Abschnitt will ich die Kontrollfrage stellen, ob speziell die Grundrechtsauslegung des Bundesverfassungsgerichts der Vorwurf solcher Verirrung trifft.

4. Zuvor gestatten sie mir, gewissermaßen im Vorbeigehen, einen kurzen Blick auf ein zwar in seinem Ausgangspunkt viel-, in seinen Konsequenzen aber nur selten behandeltes Folgeproblem der fortschreitenden Überlagerung der deutschen durch die Rechtsordnung der Europäischen Union zu werfen. Die Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[16] fordert von den Organen der Gemeinschaft „einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt" derselben, „der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt".[17] Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich „auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards".[18] Der für abgeleitetes Gemeinschaftsrecht gebotene Grundrechtsstandard muß also mit dem des Grundgesetzes nicht identisch, er muß ihm nur „im wesentlichen gleichzuachten" sein. Wo deutsche Staatsgewalt solches Recht

---

[12] In: *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 163 Rdnr. 22.
[13] Vgl. *Josef Isensee*, ebenda, § 162 Rdnr. 19f.
[14] BVerfGE 36, 1 (14f.).
[15] *Isensee* (Fn. 13), Rdnr. 78.
[16] BVerfGE 37, 271; 73, 339.
[17] BVerfGE 73, 339 (387).
[18] BVerfGE 89, 155 (175).

ausführt, ist sie vorrangig daran gebunden.[19] Es ist eben nicht so (und kann so mit Rücksicht auf die Rechtseinheit der Europäischen Gemeinschaft auch nicht sein), daß „jeder europäische Bürger ... gegenüber dem europäischen Recht einen Anspruch auf den Grundrechtsschutz seines Heimatstaats" hat.[20] In Deutschland – wie in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – gelten also zweierlei Grundrechtsordnungen nebeneinander. Das Problem, welches sich daraus ergibt, ist nicht deren unterschiedliches Schutzniveau, da sie einander ja „im wesentlichen gleichzuachten" sind, sondern die daraus erwachsende Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit.

II.

1. Der Rechtsstaat gewährleistet die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie die Unabhängigkeit der Strafrechts- und Zivilrechtspflege, der Verfassungsstaat darüber hinaus die Verfassungsmäßigkeit von gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt. Wie im Rechtsstaat die Gerichte in fallbezogen schrittweiser Entwicklung den Inhalt der Gesetze im Wege der Auslegung näherhin bestimmen, so geschieht im Verfassungsstaat der Verfassung, insbesondere durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, ein Gleiches. Der Verfassungsstaat macht ernst mit der Verfassung als einem Gesetz, das gegenüber allen anderen Rechtsnormen vorrangige Geltung beansprucht. Die Kehrseite dieser Medaille ist, daß der überlegene Durchsetzungswille des Verfassungsgesetzes dem, der es letztverbindlich interpretiert, eine spezifische Überlegenheit über all diejenigen Institutionen verleiht, die mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattet sind.[21] „The supremacy of parliament", schreibt ein Kommentator der neuen Verfassung Südafrikas, „a cornerstone of the old regime, has been replaced by an opposing notion: the supremacy of the Constitution".[22] Und er fährt fort: „The supremacy of the Constitution rests on two legal pillars: a justiciable Bill of Rights and a Constitutional Court ... empowered to test laws against the Bill of Rights and to reject them if they are in contravention of it".

Diese Überlegenheit der Verfassungsgerichtsbarkeit ist mit deren Einrichtung unausweichlich gegeben. Sie ist selbst ein Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Ihr kann nicht mit dem Hinweis auf ein abstraktes Gewaltenteilungsschema begegnet werden. Denn ein solches liegt der Verfassung nicht voraus. Das Prinzip der Gewaltenteilung gilt in der Form, die ihm die Verfassung verleiht. Aber die Interpreten der Verfassung und ihnen allen voran das Verfassungsgericht, das die Aufgabe hat, das Verfassungsrecht bezogen auf den von ihm zu entscheidenden Fall letztverbindlich auszulegen, müssen

---

[19] Zum Problem: *Albrecht Randelzhofer* in: *Maunz/Dürig*, Das Grundgesetz, Art. 24 Abs. 1 Rdnr. 133 ff.

[20] So aber *Karl E. Heinz*, Europäische Zukunft – Bundesstaat oder Staatengemeinschaft, DÖV 1994, S. 994 (999).

[21] *Hans H. Klein*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur. Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat in: *P. Kirchhof/K. Offerhaus/H. Schöberle* (Hrg.), Steuerrecht – Verfassungsrecht – Finanzpolitik, Festschrift für Franz Klein, 1994, S. 511 ff. (514).

[22] *Patrick Laurence*, The Star vom 23. Mai 1994, S. 10.

sich bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe der Gefahren bewußt sein, die ihr immanent sind. In bezug auf eine expansive Grundrechtsinterpretation ist diese Gefahr, mit *Konrad Hesse*[23] zu reden, eine dreifache: die einer Überanstrengung der Verfassung, die eines Verlustes der Freiheit und Eigenverantwortlichkeit demokratischer Gesetzgebung und die einer Beeinträchtigung der Aufgaben der Fachgerichtsbarkeit.

Wie ist nun diesen Gefahren zu begegnen?

2. Dem Richter, der das Gesetz, und also auch dem Richter, der das Verfassungsgesetz auslegt, obliegt mit der Interpretation auch die Wahl ihrer Methode. Die Verfassung äußert sich nicht – zumindest nicht ausdrücklich – über die „richtige" Methode der Verfassungs- und insbesondere der Grundrechtsinterpretation.[24] Die sogenannten klassischen Auslegungscanones bieten – unverzichtbare und jeweils mit großer Sorgfalt abzuarbeitende – Anhaltspunkte, aber keinen festen Halt, und zwar schon deshalb, weil die „klassische" Methodenlehre sie selbst als bloße Auslegungsgesichtspunkte qualifiziert, sie nicht in eine bestimmte Rangordnung stellt und ihre jeweilige Gewichtung der „schöpferischen Geistestätigkeit" des Interpreten anheimgibt.[25] Um so wichtiger ist, daß das Bundesverfassungsgericht bei seiner Auslegung der Verfassungsnormen die ratio decidendi offenlegt und dabei auf deren Wiederverwendbarkeit, also auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit, achtet, nach „neutral principles" im Sinne *Herbert Wechslers*[26] judiziert, und von ihnen nur abweicht, wenn dies aus zwingenden Gründen geboten erscheint. Zu Recht betont deshalb *Martin Kriele*,[27] daß das Bundesverfassungsgericht zwar nicht einer Bindung an seine eigenen Präjudizien unterliegt, wohl aber die Vermutung zu respektieren hat, daß es sich an sie halten werde, solange nicht überwiegende Gründe für ihre Preisgabe, für ein „overruling", sprechen. Die Kontinuität verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ist ein notwendiges Element der Verläßlichkeit des Verfassungsrechts im demokratischen Verfassungsstaat; mangelnde Verläßlichkeit des Verfassungsrechts, und d.h. im Verfassungsstaat: Sprunghaftigkeit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, schwächt die Entscheidungsfähigkeit des demokratischen Gesetzgebers, führt zur Unberechenbarkeit fachgerichtlicher Rechtsprechung und damit zu allgemeiner Rechtsunsicherheit und beschädigt die Ordnungs-, Stabilisierungs- und Intergrationsfunktion der Verfassung; sie schmälert ihre normative Kraft.[28] Ja, die Vernachlässigung dieses Prinzips der Präjudizienvermutung könnte sogar die für die Besetzung der Richterämter zuständigen Wahlorgane zu Spekulationen darüber veranlassen, welche Kandidaten Enttäuschungen der Politiker durch frühere Entscheidungen auszubügeln geeignet sein könnten. Richter, die solche in sie gesetzte

---

[23] In: *E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrg.)*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 5 Rdnr. 22 Fn. 27, 81.

[24] Zum Problem: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 53ff.; *Ralf Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation in: *ders./F. Schwegmann* (Hrg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 13ff.

[25] Dazu *Kriele* (Fn. 6), Rdnr. 27.

[26] S. *Kriele* (Fn. 6), Rdnr. 13, 29.

[27] Ebenda, Rdnr. 33ff.

[28] Vgl. *K. Stern* (Fn. 6), § 95 Abs. 2e (S. 1701f.); s.a. *H. Maurer* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrg.), HStR III, 1988, § 60 Rdnr. 100ff.

Erwartungen nicht zu widerlegen fähig oder willens sind, bringen die Verfassungsgerichtsbarkeit um ihren Sinn.

3. Seine Entscheidung über die Stationierung der Pershing-Raketen hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem darauf gestützt, daß eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf nichtvertragliche Akte der Bundesregierung gegenüber fremden Völkerrechtssubjekten in weitem Umfang politische Macht zu Lasten der Exekutive auf den Bundestag verlagern würde, und zwar in einem Handlungsbereich, der „funktionell betrachtet" (sic!) nicht Gesetzgebung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG darstelle.[29] Aus der Bezugnahme auf diese Norm folgt zweierlei: Erstens gilt der Auslegungsmaßstab der „funktionellen Richtigkeit", von dem *Konrad Hesse* spricht,[30] nicht nur für das Verhältnis von Exekutive und Legislative, von dem die erwähnte Entscheidung handelte; zweitens wird den in dieser Verfassungsstrukturnorm verwendeten Begriffen – Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung – erkennbar eine materielle Bedeutung beigemessen, für das Bundesverfassungsgericht der deutliche Fingerzeig, bei seinem Leisten, der Rechtsprechung, zu bleiben. Bei seiner Auslegung der Verfassungsnormen, zumal jener, die der Politik materielle Ziele weisen, wird es also die Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume von Gesetzgebung und vollziehender Gewalt sorgsam zu beachten haben, ohne daß ihm freilich die Erklärung einer Rechtsfrage zur „political question" eine zulässige Ausflucht böte. Bei jeder von ihm anzuwendenden Verfassungsnorm wird das Gericht sich aber fragen müssen, ob sie gerade ihm und nicht vielleicht einem anderen Staatsorgan die zu treffende Entscheidung zuweist. Die verfassungsrechtliche Verteilung der Staatsfunktionen auf die verschiedenen Staatsorgane beruht nicht zuletzt auf der Überlegung, welches von ihnen „institutionell und auf Dauer typischerweise ... in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt", eine bestimmte Aufgabe „bestmöglich zu erfüllen".[31]

Der „funktionell-rechtliche Ansatz"[32] ist zwar nicht sehr konkret, weist aber die Richtung. Aus ihm läßt sich etwa die Aussage ableiten, daß das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsexegetischen Gewinnung von Handlungsge- oder -verboten an die Adresse des Gesetzgebers oder der Regierung mit desto größerer Vorsicht verfahren, d.h. seine eigene fehlende Befugnis zu bloß politisch motivierten Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitsentscheidungen um so mehr in Rechnung zu stellen hat, je abstrakter die anzuwendende Verfassungsnorm sich darstellt. Denn eben darin, daß sie abstrakt formuliert ist, sich unter Umständen unbestimmter, mit juristischen Mitteln nur begrenzt konkretisierbarer Begriffe bedient, liegt eine Funktionszuweisung an andere als die zur Rechtsprechung berufenen Staatsorgane. Deshalb ist es nicht ungefähr-

---

[29] BVerfGE 68, 1 (87).

[30] Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991, Rdnr. 73.

[31] Vgl. BVerfGE 68, 1 (87).

[32] Grundlegend *Konrad Hesse,* Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 261ff.; *Gunnar F. Schuppert,* Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980; *W. Heun* (Fn. 10); *J. Isensee* (Fn. 13), Rdnr. 89; *K. Stern* (Fn. 6), § 95 IV (S. 1693ff.); *Klaus Schlaich,* Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1994, Rdnr. 470ff. m.N. (Fn. 24), 489ff.; *Christian Starck* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrg.), HStR VII, 1992, § 164 Rdnr. 13, 19, 30.

lich, z.B. „das" Gewaltenteilungs-, Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip unmittelbar auf konkrete Fallgestaltungen anwenden zu wollen. Diese Prinzipien liegen zwar als leitende Ideen dem Verfassungsrecht zugrunde, sie haben dort aber bestimmte Ausprägungen erfahren, die vorrangige Beachtung erheischen, ehe der Interpret auf sie unmittelbar durchgreift. Wo das nicht möglich ist, hat die Verfassungsinterpretation, nicht selten unter führender Beteiligung des Bundesverfassungsgerichts, zum Zwecke ihrer Selbstdisziplinierung aus einem sehr allgemeinen Prinzip speziellere, aber noch immer allgemeine Rechtsgrundsätze deduziert, die künftighin eine Leitlinie für die Rechtsprechung bildeten. Der Gleichheitssatz ist dafür ein Beispiel. Ebenso das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit,[33] aus dem etwa der Gedanke des Vertrauensschutzes, das Gebot der Normenklarheit, der Gesetzesvorbehalt oder das Übermaßverbot und manches andere mehr abgeleitet worden sind. Selten aber ist das Verfassungsgericht der Versuchung erlegen, Erwägungen der Gerechtigkeit, gewiß einer Leitidee des Rechtsstaatsgedankens, unvermittelt zur Grundlage einer Fallentscheidung zu machen, wohl wissend, daß Erwägungen dieser Art, soweit sie nicht die Gestalt verallgemeinerungsfähiger Rechtsgrundsätze angenommen haben, von solchen bloßer Zweckmäßigkeit kaum zu unterscheiden sind. In diesen Zusammenhang gehört auch, daß das Bundesverfassungsgericht sich einerseits zur Eingrenzung, andererseits aber auch zur Erhaltung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers immer wieder auf die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten zur hinreichend sicheren Urteilsbildung und die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter bezogen hat.

Das Gemeinte läßt sich zusammenfassend dahin formulieren: Je allgemeiner die einschlägige Verfassungsrechtsnorm ist, desto höher sind die Anforderungen an die Überzeugungskraft und juristische Stringenz der Argumente, mit denen Entscheidungen zumal des Gesetzgebers konterkariert oder direktiv bestimmt werden sollen.

Allerdings sollte der Verfassungsgesetzgeber bedenken, daß jede von ihm der Verfassung implantierte Norm eine Herausforderung an die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", vor allem aber auch an die „geschlossene Gesellschaft der Verfassungsrichter" darstellt, ihrer verpflichtenden Kraft Wirksamkeit zu verschaffen. Deshalb ist gegenüber der verbreiteten Mode, die Anreicherung der Verfassung mit materialen Politikzielen zu fordern, Zurückhaltung anzumahnen. Dieser Mode nachzugeben heißt, die Handlungsfreiheit von Legislative und Exekutive zu schmälern und die politische Entscheidungsmacht der Judikative zu stärken.

4. Während eine funktionsorientierte Verfassungsauslegung als ein taugliches Instrument erscheint, einer ausufernden Verrechtlichung der Politik entgegenzutreten, überzeugt mich die zu gleichem Zweck empfohlene Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm nicht. Diese zunächst von *Ernst Forsthoff*[34] in die Diskussion ge-

---

[33] Ausdrücklich ermahnt sich das Bundesverfassungsgericht sozusagen selbst zur Behutsamkeit im Umgang mit dem Rechtsstaatsprinzip: BVerfGE 57, 250 (275f.); 70, 297 (308f.); s.a. BVerfGE 86, 288 (347f. – Sondervotum *Mahrenholz*).

[34] Über Maßnahmegesetze in: Rechtsstaat im Wandel (Fn. 2), S. 105ff. (118) – *Forsthoff* spricht von „Funktions-" und „Kontrollnormen".

brachte, dann von *Konrad Hesse* und anderen[35] aufgegriffene These postuliert für die jeweils gleiche Norm einen unterschiedlichen Inhalt je nachdem, ob man sie als Handlungsmaxime für die politisch verantwortlichen Staatsorgane einschließlich des Parlaments liest oder als Kontrollmaßstab für die Justiz. Für eine derart unterschiedliche Wirkkraft ihrer Normen bietet der Wortlaut der Verfassung keinen Anhalt. Sie unterscheidet nicht zwischen normativen und nicht normativen Inhalten ihrer Normen. Der Versuch einer solchen Abschichtung ist bisher über die These nicht wesentlich hinausgelangt, es sei die Sache von Legislative und Exekutive, nicht aber die der Justiz, „die rechtspolitischen und rechtsethischen Impulse"[36] aufzunehmen, die das Verfassungsrecht enthalte. Das ist richtig – Art. 20 GG etwa zielt auf einen Staat der materialen und sozialen Gerechtigkeit. In welcher Weise dieses Ziel zu erreichen ist, wird normativ jedoch nur in zweierlei Hinsicht vorgegeben: einerseits durch punktuell bindende Aufgabennormen und allgemeine, insbesondere grundrechtliche Handlungsschranken, andererseits durch Kompetenznormen, die darüber Auskunft geben, welches Staatsorgan bei welchen Entscheidungen Gerechtigkeitsvorstellungen letztverbindlich definiert. Damit wird aber erkennbar, daß die Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm über den funktionell-rechtlichen Ansatz in Wahrheit nicht hinausführt, wohl aber Irritationen über den Verfassungsinhalt herbeizuführen geeignet ist.[37]

5. Die Begrenztheit verfassungsgerichtlicher Politikbeeinflussung ergibt sich aus einem weiteren Umstand, dem letzten, den ich (ohne hier das Thema erschöpfen zu können) in diesem Zusammenhang erwähnen will. Verfassungsrichterliche Verfassungsauslegung ist nicht in dem Sinne als authentische Interpretation zu verstehen, daß verfassungsgerichtliche Präjudizien und die ihnen zugrundeliegenden Auslegungsergebnisse („tragende Gründe") selbst in den Rang von Verfassungsrecht erwachsen. Der konkrete Streit- und Entscheidungsgegenstand begrenzt die durch § 31 Abs. 1 BVerfGG statuierte Bindungswirkung. Hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, ist die Antwort auf die entscheidungserhebliche Verfassungsfrage erneut offen.[38] Eine über den entschiedenen Fall hinausgehende strikte Präjudizienbindung erzeugen verfassungsgerichtliche Entscheidungen nicht.[39] Gleichwohl dürfen die in der genannten Vorschrift angesprochenen „Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden" die vom Bundesverfassungsgericht ermittelten Ergebnisse der Verfassungsauslegung nicht einfach mit Nichtachtung strafen. Nicht bloßer Trotz, nicht schiere Rechthaberei berechtigen schon dazu, sie außer acht zu lassen. Dazu bedarf es der Gründe: neue Tatsachen, ein grundlegender Wandel der Lebensverhältnisse oder auch der allgemeinen Rechtsauffassung (nicht eine geänderte Besetzung des

---

[35] Nachweise bei *Heun* (Fn. 10), S. 46ff.; ergänzend sei hingewiesen auf *Schlaich* (Fn. 32), Rdnrn. 474ff.; *Isensee* (Fn. 13), Rdnr. 63. – Kritisch: *Böckenförde,* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik (Fn. 10), S. 63ff.; *Heun,* a.a.O.; *Starck* (Fn. 32), Rdnr. 14.

[36] *Isensee* (wie Fn. 35).

[37] Auch für das Verfassungsrecht gilt: „Prüfstein für jede gesetzliche Regelung ist ihre Durchsetzbarkeit" – *Eva A. Büttner,* Die rechtliche Stellung des nicht-ehelichen Kindes im preußischen ALR von 1794, FamRZ 1994, S. 1499 (1501).

[38] Vgl. BVerfGE 77, 84 (103f.); *Heun* (Fn. 10), S. 58ff., 81f.; *H.H. Klein* (Fn. 21), S. 518f.

[39] Zu weitgehend m.E. *Kriele* (Fn. 6), Rdnr. 33f.

Gerichts!) müssen erwarten lassen, daß das Bundesverfassungsgericht von seiner bisherigen Auffassung abzuweichen bereit sein könnte. Dieses andererseits hat, wie dargelegt, auf die Kontinuität seiner Rechtsprechung als einen eigenständigen Rechtswert zu achten.

III.

Ich wende mich damit der abschließenden Frage zu, ob das Bundesverfassungsgericht mit seiner Grundrechtsauslegung, zumal mit der Herausarbeitung grundrechtlicher Schutzpflichten, den Pfad der Tugend verlassen, also verbindliche Regeln der Verfassungsinterpretation verletzt, insbesondere den als zutreffend erkannten „funktionell-rechtlichen Ansatz" verfehlt hat, denn dies wird im jüngeren Schrifttum gelegentlich mit Nachdruck behauptet.[40] Meine Antwort auf diese Frage ist ein klares Nein. Ich habe das in einem im vergangenen Jahr erschienenen Aufsatz näherhin zu begründen versucht[41] und beschränke mich deshalb hier auf einige zusammenfassende und ergänzende Bemerkungen.

1. Von der schon in der Weimarer Zeit erfolgten Entdeckung der Einrichtungs-, insbesondere der sogenannten Institutsgarantien über die seit dem Lüth-Urteil[42] praktizierte Lehre von der „Ausstrahlungswirkung" der Grundrechte auf alle Teile der Rechtsordnung und die Erkenntnis, daß „die Grundrechte nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts beeinflussen, sondern zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften setzen",[43] zur Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten führt ein gerader Weg, der Weg der Entfaltung des den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechtsnormen zugrundeliegenden einheitlichen Prinzips. Dieses Prinzip besagt, daß der Staat den Inhabern der den Grundrechtsnormen entfließenden Rechte die Bereitstellung derjenigen *rechtlichen* Voraussetzungen schuldet, auf die sie angewiesen sind, wenn sie von den ihnen garantierten Rechten in rechtswirksamer Weise Gebrauch machen wollen. Grundrechte bedürfen in der Regel der normativen Umhegung durch im Range unter der Verfassung stehendes Recht, in den Worten *Konrad Hesses:* „der rechtlichen Ausgestaltung der Lebensverhältnisse und Lebensbereiche, die sie gewährleisten sollen".[44] Grundgesetzlich gewährleistete Freiheit ist im durchnormierten Rechtsstaat – jedenfalls überwiegend – gesetzlich gestaltete Freiheit.[45] Bei der Ausgestaltung der Freiheit ist der Gesetzgeber allerdings keineswegs völlig frei sondern an das Verfassungsrecht, genauer: an die verfassungsrechtliche Prägung der auszugestaltenden Freiheit, gebunden.

---

[40] Hervorzuheben sind vor allem *Heun* (Fn. 10) und *Starck,* Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46ff.

[41] Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489ff. – Zur Schutzpflicht bei den staatsbürgerlichen Rechten des status activus s. *W. Höfling,* Demokratische Grundrechte – Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie, Der Staat 33 (1994), S. 493 (504f.).

[42] BVerfGE 7, 198 (205).

[43] BVerfGE 69, 315 (355).

[44] Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991, Rdnr. 303.

[45] Vgl. *Hans-Uwe Erichsen* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrg.), HStR VI, 1989, § 152 Rdnr. 6.

In rechtssystematischer Hinsicht ist deshalb zu Recht gesagt worden, daß „die Schutzpflicht, ungeachtet ihrer relativ späten Hervorkehrung ... den zentralen Begriff der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte darstellt",[46] und *Klaus Stern* stellt zutreffend fest, das Drittwirkungsproblem sei nurmehr ein „Unterfall der allgemeinen Grundrechtsfunktion staatlicher Schutzpflichten".[47] Denn aus der Schutzpflicht folgt die Verpflichtung des Staates, einerseits durch seine rechtssetzenden Organe, andererseits durch die Gerichte die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr einander in der Weise zuzuordnen, daß ihnen allen in der gebotenen, die Freiheit prinzipiell bewahrenden Weise Rechnung getragen wird.

Der Entwicklung grundrechtlicher Schutzpflichten liegt kein interpretatorischer Exzeß zugrunde, kein Ausbrechen aus den überkommenen Methoden der Gesetzesauslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung. Ein Indiz dafür ist, daß „die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten"[48] keine Besonderheit der deutschen Rechtsordnung ist, worauf *Claus Dieter Classen* und jüngst *Hubertus Gersdorf*[49] hingewiesen haben. Man mag der Meinung sein, daß die – vornehmlich prätorische – Entfaltung der objektiven Grundrechtsgehalte mit den Mitteln der „klassischen" Auslegungsmethoden allein nicht möglich gewesen wäre, daß es sich vielmehr um einen Vorgang der „Konkretisierung" handele.[50] Eine verläßliche Unterscheidung zwischen Auslegung und Konkretisierung ist indes schwierig, ja sie scheint kaum möglich – und im übrigen besteht der lapidar-lakonische Charakter der Grundrechtsnormen unabhängig von ihren Inhalten: Auch im Abwehrbereich bedarf der Grundrechtsinterpret nicht selten jener schöpferischen Phantasie, die jeder Rechtsanwender braucht, der es mit Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffen zu tun hat. Auch ist der Einwand nicht tragfähig, die Anerkennung von Schutzpflichten – warum nicht auch der sonstigen objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte? – führe zu einer Erosion der Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG.[51] Sie gilt mit gleicher Strenge für die Schutzpflicht wie für das Abwehrrecht, allerdings nur, soweit sie inhaltlich reicht.

2. Den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte korrespondieren subjektive Rechte ihrer Träger. „Den – grundrechtlichen – Schutzpflichten entsprechen ... Grundrechte auf Schutz", formuliert präzise *Eckart Klein*.[52] Es ist mit der Logik unvereinbar, diese Entsprechung nur einigen der objektiven Grundrechtsgehalte vorzubehalten, ihrer Ausstrahlungs- und verfahrensprägenden Wirkung etwa, und sie anderen, insonderheit der Schutzpflicht, zu versagen. Das ist vor allem von *Robert Alexy* sorgfäl-

---

[46] *Böckenförde*, Zur Lage (Fn. 10), S. 38.

[47] (Fn. 3), § 76 III 4b, IV 5 (S. 1560, 1572ff.).

[48] So der Titel von *Claus D. Classens* Abhandlung in JöR N.F. 36 (1987), S. 29ff.

[49] Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 119 (1994) S. 400ff. (403).

[50] So *Stern* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrg.), HStR V, § 109 Rdnr. 55 m.N.; v.a. aber *Böckenförde*, Zur Lage (Fn. 10), S. 22.

[51] So *Starck* (Fn. 40), S. 74f.

[52] Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S. 1633ff. (1637).

tig herausgearbeitet worden.[53] Es überzeugt deshalb nicht, wenn gerade gegenüber den Schutzpflichten die Sorge um die Entscheidungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers mit so großem Nachdruck artikuliert wird. In jeder ihrer objektiv-rechtlichen Ausprägungen zielen die Grundrechte auf die Verwirklichung bestimmter normativer Gehalte, sind sie auf staatliches Handeln angelegt.[54] Die Versagung subjektiv-rechtlicher Einforderbarkeit grundrechtlicher Schutzpflichten macht auch für das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Gesetzgeber keinen Unterschied, da die Beachtung der Schutzpflicht, wenn sie denn einen Bestandteil der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte bildet, sowohl im Normenkontrollverfahren als auch in jedem – aus anderen Gründen – zulässigen Verfassungsbeschwerde-Verfahren zu prüfen ist.

3. Grundrechtliche Schutzpflichten – verstanden als systematischer Oberbegriff der der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte zuzuordnenden Rechtsgehalte – und die ihnen entsprechenden Rechte auf Schutz bedürfen allerdings in zweierlei Hinsicht der Eingrenzung: einerseits im Blick auf die Grundrechtsträger, andererseits im Blick auf den Grundrechtsadressaten, den Staat und hier vor allem den Gesetzgeber.

Zum ersten: Es bedarf immer wieder der Hervorhebung – die objektive Bedeutungsschicht der Grundrechte hat die ausschließliche Funktion, ihre Geltungskraft als subjektive Rechte zu verstärken, wie es im Mitbestimmungsurteil in unübertroffener Präzision gesagt worden ist.[55] Sie steht den durch die Grundrechte verbürgten Individualrechten „schützend und fördernd" zur Seite. Falsch ist, daß „subjektiv- und objektivrechtliche Elemente (scil.: der Grundrechte) *einander* bedingen und stützen" wie es im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Saarländischen Rundfunkgesetz heißt.[56] Das Stützungsverhältnis ist einseitig: Nur die funktionale Orientierung der objektiv-rechtlichen Elemente auf das subjektive Grundrecht läßt dieses als Gewährleistung individueller Freiheit bestehen.

Sodann: die Wahrnehmung einer grundrechtlichen Schutzpflicht entbindet nicht von der Beachtung sei es von Kompetenz- sei es von materiellen Verfassungsnormen. Soweit die Schutzpflicht auf ein Handeln des Gesetzgebers gerichtet ist, ist er und kein anderes Staatsorgan zum Handeln befugt. Erfordert grundrechtsgebotener Schutz ein Eingreifen in die Rechtssphäre Dritter, gelten Gesetzesvorbehalt und Übermaßverbot. Hier setzt die Kritik sowohl an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[57] zur Zulässigkeit einer von der Bundesregierung ausgesprochenen Warnung vor Jugendsek-

---

[53] Theorie der Grundrechte, 1985, S. 410ff.; *ders.*, Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen, Der Staat 29 (1990), S. 49ff.

[54] Vgl. *Gersdorf* (Fn. 49), S. 402. – Deshalb überzeugt auch *Heuns* (Fn. 10, S. 66ff.) These nicht, mit der Ableitung von Schutzpflichten werde eine neue Dimension erreicht.

[55] BVerfGE 50, 29 (337); zuletzt wieder *Hesse* (Fn. 23), Rdnr. 82.

[56] BVerfGE 57, 295 (320) – Hervorhebung nicht im Original.

[57] BVerwGE 82, 76. – Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat einer gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gerichteten Verfassungsbeschwerde nicht stattgegeben (NJW 1989, S. 3269ff.). Soweit die Kammer vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs ausgeht (bezüglich Art. 4 Abs. 1 GG), sah sie die rechtliche Grundlage für das Vorgehen der Bundesregierung in den dieser von der Verfassung selbst übertragenen Aufgaben „zur Beobachtung, Vorsorge und Lenkung in besonderen gesellschaftlichen Teilbereichen", zu Stellungnahmen in der Öffentlichkeit sowie dazu, „Empfehlungen und Warnungen auszusprechen". Dazu *Stern* (Fn. 6), § 96 II 6a m.N. (S. 1773).

ten als auch am Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zur Unzulässigkeit gentechnischer Anlagen[58] ein, da es in beiden Fällen an einer gesetzlichen Grundlage für den erfolgten Grundrechtseingriff fehlte. In Wahrnehmung der ihm obliegenden Schutzpflicht darf der Staat – dürfen alle seine Organe – nur das rechtlich Mögliche tun. Anders gewendet: Um das verfassungsrechtlich Gebotene tun zu können, muß der Staat die ihrerseits aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlichen gesetzlichen Grundlagen gegebenenfalls allererst bereitstellen.

Die aus der objektiven Bedeutungsschicht der Grundrechte abzuleitenden Handlungspflichten haben den Charakter von Prinzipien, von Optimierungs- (nicht: Maximierungs-)geboten.[59] Der Gesetzgeber, nicht alleiniger, aber häufiger Adressat der Schutzpflichten, muß tun, was zu einem wirksamen Schutz der Grundrechte notwendig ist. Zwischen dem, was notwendig, und dem, was tatsächlich und rechtlich möglich ist, spannt sich regelmäßig ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, der sich nur „unter ganz besonderen Umständen ... in der Weise verengen (läßt), daß allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann".[60] Das Bundesverfassungsgericht wird sich bei der Bewertung der sich insoweit einstellenden Erkenntnis- und Prognoseprobleme, bei der Beurteilung der Abwägungen des Gesetzgebers erhebliche Zurückhaltung aufzuerlegen und mehr auf deren sorgfältige Vorbereitung als auf ihr Ergebnis zu schauen haben. Die (verfassungs-)gerichtliche „Kontrolldichte" gegenüber Grundrechtseingriffen einerseits und der unterlassenen Wahrnehmung von Schutzpflichten andererseits ist nur deshalb unterschiedlich, weil im ersten Fall – gewissermaßen retrospektiv – sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahme zuverlässiger beurteilen läßt als im zweiten, wo es um die vorausschauende Einschätzung einer oder mehrerer möglicher Maßnahmen geht. Hier wie da handelt es sich, maßstäblich gesehen, um dasselbe, um die Frage nämlich, in welchem Grade sich grundrechtliche Berechtigungen, seien sie auf ein Tun oder ein Unterlassen gerichtet, gegenüber dem zuständigen Staatsorgan unter Berücksichtigung, d.h. Abwägung, konkurrierender und konfligierender öffentlicher und privater Interessen zu definitiven Grundrechtspositionen verdichten lassen.[61] Aber funktionell-rechtliche Erwägungen gebieten es, im zweiten Fall einer prognostischen Beurteilung demjenigen Staatsorgan den Vortritt zu lassen, das nicht nur über die besseren Erkenntnismöglichkeiten verfügt, sondern auch vorrangig mit den in einen solchen Abwägungsvorgang notwendig einfließenden Folgenabschätzungen und Wertungen betraut ist.

Hier liegt m.E. auch ein durchaus greifbarer qualitativer Unterschied zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen, jedenfalls dann, wenn man jene strikt auf ihre das subjektive Abwehrrecht stützende

---

[58] JZ 1990, S. 87ff.

[59] *Alexy*, Theorie (Fn. 53), S. 75f., 420f.; s.a. *Rüdiger Breuer*, Staatsrecht und Gerechtigkeit in: *B. Bender* u.a. (Hrg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 11ff. (52f.); *Starck* (Fn. 40), S. 80f.

[60] BVerfGE 77, 170 (214f.).

[61] Dazu *Alexy*, Theorie (Fn. 53), S. 425ff.

Funktion beschränkt.[62] Staatszielbestimmungen begründen eine prinzipielle Dominanz der Zielvorgabe über das geschützte subjektive Recht. Mit Recht hat jüngst *Erhard Denninger* mit Blick auf manche Formulierung in den neuen Landesverfassungen, aber auch auf etliche Vorschläge in der Verfassungsdebatte auf Bundesebene diesen Paradigmenwechsel hervorgehoben: „Nicht mehr die Grenzziehung ist das Entscheidende, sondern das Erreichen des Ziels." Die „Finalisierung der Verfassung" komme hier voll zur Geltung.[63] Etwas überspitzt ließe sich sagen: träte auf der Ebene des Verfassungsrechts neben den Grundrechtskatalog ein auf die Herstellung von Sicherheit, Gleichwertigkeit der Lebensbedingungen, mitmenschlicher Solidarität und Gemeinsinn zielender Katalog von Staatszielbestimmungen, sozialen Grundrechten und Grundpflichten, wäre jener entscheidende Schritt getan, der die jakobinische Menschenrechtserklärung von 1793 von derjenigen des Jahres 1789 trennt,[64] allerdings mit dem maßgeblichen Unterschied, daß „le but de la société", nämlich „le bonheur commun",[65] nun vom Verfassungsgericht zu definieren wäre.

4. Nur vollständigkeits- und klarstellungshalber sei daran erinnert, daß von den auf die normative Umhegung der Grundrechte zielenden objektiv-rechtlichen Gehalten der grundrechtsgewährleistenden Normen des Grundgesetzes auf materielle, insbesondere finanzielle Leistungen gerichtete Ansprüche auf „Realisierungshilfe"[66] wohl zu unterscheiden sind. Sie lassen sich nur ganz ausnahmsweise aus den Grundrechtsnormen gewinnen.[67]

5. Mit der Anerkennung der Multifunktionalität, Mehrdimensionalität oder Multivalenz der Grundrechte, wie die wechselnden Bezeichnungen lauten, ist die verfassungsrechtliche und (vor allem: verfassungs-)gerichtlich sanktionierte Bindung von gesetzgebender und vollziehender Gewalt ohne Zweifel signifikant erweitert worden. In Wahrnehmung seiner Garantenstellung gegenüber grundrechtlichen Schutzgütern[68] ist der Staat nicht mehr nur zu Unterlassungen, sondern auch zu positivem Tun verpflichtet. Der Schutz, den der Staat seinen Bürgern als Gegenleistung für den ihm geschuldeten Gehorsam zu gewähren hat,[69] ist mit der Herausarbeitung der grundrechtlichen Schutzpflichten konstitutionell verortet. Indem der Staat seiner Schutzaufgabe genügt, ist er zugleich in der Gefahr, das, was er zu schützen sich anschickt, zu gefährden.[70] Die Grundrechtskollision werde dadurch, so die Analyse von *Rainer Wahl* und *Johannes Masing,* zur Dauerfigur des öffentlichen Rechts.[71] Richtig, aber kein durchgreifender Einwand, solange daraus nicht die radikale Konsequenz gezogen wird, daß zum bloß

---

[62] Nicht unproblematisch die Formulierung *Hesses* (Fn. 23), Rdnr. 50, die Grundrechte als objektive Prinzipien geböten es dem Staat, „*alles* zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen" (Hervorhebung nicht im Original).

[63] Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, S. 50.

[64] Dazu *H.H. Klein,* Französische Revolution in: *R. Herzog* u.a. (Hrg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., 1987, Sp. 924ff. (930).

[65] Art. 1 der Erklärung von 1793 lautete: „Le but de la société est la bonheur commun".

[66] Michael *Sachs* in: Stern (Fn. 3), § 67 V 3 (S. 745ff.).

[67] Näher *H.H. Klein* (Fn. 41), S. 497; s.a. *Hesse* (Fn. 23), Rdnr. 30.

[68] *J. Dietlein,* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 161ff.

[69] Zur dogmengeschichtlichen Grundlegung s. *Josef Isensee,* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3ff.

[70] Wie hier *Stern* (Fn. 6), § 96 II 6a m.N. (S. 1773f.).

[71] Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553ff. (556).

abwehrrechtlichen Verständnis der Grundrechte zurückzukehren sei! Damit würde aber nicht nur die Wirklichkeit verfehlt, wie sie nun einmal geworden ist, sondern auch die Normstruktur des Verfassungsstaats, der die – allerdings stets einzelfallbezogene! – Auslegung und Anwendung des mit bindender Wirkung ausgestatteten Verfassungsrechts in die Zuständigkeit der Judikative verweist und – in diesen Grenzen – der Souveränität der Legislative ein Ende setzt.

Wir halten fest: Der grundrechtliche Diskurs ist offener geworden, aber er ist nicht unsicherer, als es der juristische Diskurs im allgemeinen ist. Im Streitfall bedarf er der autoritativen, nach den Regeln juristischer Textanalyse rational strukturierten und begründeten Entscheidung,[72] die im Rechts- und Verfassungsstaat letztlich in die Zuständigkeit der Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit fällt. Dadurch wird indes der parlamentarische Gesetzgebungsstaat noch nicht zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, sofern man darunter einen Staat versteht, in dem Parlament und Regierung darauf verwiesen sind, die Entscheidungen einer Richteroligarchie zu vollziehen. Mag es kritikwürdige Ausrutscher geben: daß der Herr Bundeskanzler, wie es Frau *Limbach* bei ihrer Einführung in das Amt der Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts formulierte, das Bundesverfassungsgericht bei der Bestimmung der Richtlinien seiner Politik als Konkurrenz empfindet, ist bisher nicht bekannt geworden – da sitzen ihm ganz andere im Nacken!

[72] Vgl. *Alexy*, Theorie (Fn. 53), S. 520f.; zust. *Stern* (Fn. 6), § 96 II 5 a y (S. 1768).