The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | GRUNDRECHTE ALS PRINZIPIEN? |
| Author(s) | Schlink, Bernhard |
| Citation | Osaka University Law Review. 1992, 39, p. 41-58 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://hdl.handle.net/11094/8322 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

# GRUNDRECHTE ALS PRINZIPIEN?[1)]

*Bernhard Schlink*[*]

Die Titelfrage steht für mehrere Fragen: Sind Grundrechte Rechte, sind sie Prinzipien oder sind sie beides? In welchem Verhältnis stehen Recht und Prinzip zueinander? Welche Folgen haben Interpretation und Handhabung der Grundrechte als Rechte und als Prinzipien für die Rechtsordnung? Welche Folgen haben sie für Politik und Gesellschaft?

## I.

Vor allen anderen Fragen steht die, was Rechte und Prinzipien sind und was beide voneinander unterscheidet. In Rechtsprechung und Literatur finden sich zwei Antworten. Zum einen ist von subjektiven Rechten im Unterschied zu objektiven Prinzipien[2)] und zum anderen von Rechten als Festsetzungen im Unterschied zu Prinzipien als Optimierungsgeboten[3)] die Rede.

Grundrechte als subjektive Rechte – das meint Grundrechte als Ansprüche des individuellen Subjekts, des einzelnen Bürgers, vom Staat in seiner individuellen Freiheit respektiert, als Individuum an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt oder auch bei der Zuteilung von Positionen, Mitteln und Chancen bedacht zu werden. Als objektive Prinzipien sind Grundrechte demgegenüber Maximen, nach denen gesellschaftliche Verhältnisse wie auch das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft geordnet werden. Die Presse- und die Rundfunkfreiheit mögen den Unterschied illustrieren. Als subjektives Recht garantiert die Pressefreiheit dem einzelnen Bürger die Freiheit, Zeitungen zu drucken und zu verbreiten, die Rundfunkfreiheit, Radio- und

---

* Professor für öffentliches Recht an der Universität Frankfurt

1) Der folgende Beitrag ist der um die Fußnoten ergänzte Vortrag, den ich am 3. Oktober 1991 in der Juristischen Fakultät der Universität zu Osaka gehalten habe.

2) *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Staat 1990, S. 1; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 110 ff.; H. D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1985, S. 363; *A. Scherzberg*, "Objektiver" Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht, DVBl 1989, S. 1128.

3) *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985/1986, S. 71 ff.; *ders.*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Staat 1990, S. 49.

Fernsehstationen zu betreiben. Als objektives Prinzip verlangen Presse- und Rundfunkfreiheit vom Gesetzgeder eine Organisation des Zeitungs- bzw. Radio- und Fernsehwesens derart, daß möglichst viele Bürger ihre Meinungen und Neigungen ausdrücken oder ausgedrückt finden und ihre Informationsbedürfnisse befriedigen können, sie verlangen mit anderen Worten ein inhaltlich vielfältiges, durch ein vielfältiges Angebot gekennzeichnetes Presse- bzw. Radio- und Fernsehwesen.[4] Presse- und Rundfunkfreiheit als subjektives Recht und als objektives Prinzip können harmonisch zusammengehen; wenn viele von ihrem subjektiven Recht Gebrauch machen, kann von selbst die inhaltliche Vielfalt entstehen, die das Prinzip verlangt. Sie können aber auch konflikthaft gegeneinander stehen; so mag inhaltliche Vielfalt nur dadurch zu erreichen sein, daß der Presse- und Rundfunkmarkt reguliert und kontrolliert wird, daß Monopole zerschlagen werden und der Zugang den einen verschlossen und den anderen eröffnet, vielleicht sogar durch Subventionen erleichtert wird.

Die andere Antwort auf die Frage nach dem Unterschied zwischen Rechten und Prinzipien unterscheidet Grundrechte als Festsetzungen und Grndrechte als Optimierungsgebote und stellt dabei ein striktes und ein relatives Grundrechtsverständnis einander gegenüber.[5] Grundrechte als Festsetzungen - das bedeutet, daß der Bürger den grundrechtlich garantierten Anspruch auf Respektierung seiner Freiheit, Beteiligung an der Ausübung der Staatsgewalt oder Zuteilung von Positionen, Mitteln und Chancen solange hat, als er ihm nicht ausnahmsweise verwehrt ist. Die Regel ist, daß der Bürger den Anspruch hat, und die Ausnahme, daß der Anspruch dem Bürger verwehrt ist. Die Ausnahme muß ausdrücklich zugelassen sein und bedarf einer besonderen Rechtfertigung etwa derart, daß ein Konflikt eines grundrechtlichen Anspruchs mit anderen grundrechtlichen Ansprüchen oder auch mit staatlichen Interessen anders nicht gelöst werden kann. Als Optimierungsgebote garantieren Grundrechte dem Bürger demgegenüber von vornherein nur einen Anspruch nach Maßgabe des rechtlich und tatsächlich Möglichen. Weil Konflikte zwischen grundrechtlichen Ansprüchen und mit staatlichen Interessen unvermeidlich sind, kann der grundrechtliche Anspruch danach nur auf das gehen, was im Konflikt Bestand hat. Dies ist im einen Konflikt mehr, im anderen weniger, immer ist es möglichst viel und möglichst das Optimum. Auch diesen Unterschied soll ein Beispiel illustrieren. Die meisten Verfassungen und auch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

4) Vgl. zu diesem Verständnis der Rundfunkfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besonders BVerfGE 57, 295/322 ff.; 73, 118/152 ff.

5) *Alexy* (Fußn. 3), S. 71 ff.

garantieren dem Bürger ein Wohnungsgrundrecht, d.h. daß die Wohnung nicht von staatlichen Organen betreten und durchsucht werden darf, wenn nicht bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, die von einer Anordnung des Richters bis zum Vorliegen bestimmter, näher bezeichneter Gafahren reichen. Als das Bundesverfassungsgericht vor der Frage stand, ob dem Schutz des Wohnungsgrundrechts neben der Wohnung auch die Betriebs- und Geschäftsräume unterfallen, hat es die Frage bejaht, zugleich aber staatliche Eingriffe in die Betriebs- und Geschäftsräume aus praktischen Erfordernissen unter geringeren als den im Grundgesetz für Eingriffe in die Wohnung statuierten Voraussetzungen zugelassen.[6] Mit dem strikten Verständnis des Wohnungsgrundrechts als Festsetzung ist dies nicht vereinbar. Wenn die Betriebs- und Geschäftsräume dem Begriff der Wohnung unterfallen, dann darf in sie, praktische Erfordernisse hin, praktische Erfordernisse her, auch nur unter den Voraussetzungen, die das Wohnungsgrundrecht ausdrücklich statuiert, ausnahmsweise eingegriffen werden; wenn sie aber dem Begriff der Wohnung nicht unterfallen, dann ist das Wohnungsgrundrecht gar nicht maßgeblich. Anders beim relativen Verständnis des Wohnungsgrundrechts als Optimierungsgebot: Optimierung des Wohnungsgrundrechts bedeutet möglichst weite Ausdehnung des Grundrechtsschutzes, also Erstreckung über die Wohnung hinaus auf Betriebs- und Geschäftsräume, zugleich aber Ausdehnung nach Maßgabe des Möglichen, also nicht weiter, als die praktischen Erfordernisse erlauben.[7]

Die beiden Antworten auf die Frage nach dem Unterschied zwischen dem Verständnis der Grundrechte als Rechte und als Prinzipien arbeiten mit verschiedenen Kriterien, das eine Mal mit dem Kriterienpaar subjektiv/objektiv und das andere Mal mit dem Kriterienpaar strikt/relativ. Aber sie sind miteinander sachlich verwandt. Wenn das Verständnis der Grundrechte als objektiver Prinzipien ihre Bedeutung als subjektive Rechte nicht völlig verdrängen will, wenn also im Rahmen der objektiv-prinzipiellen auch für eine subjektiv-rechtliche Bedeutung der Grundrechte Raum bleiben soll, dann paßt dazu das strikte Verständnis der Grundrechte als Festsetzungen schlecht, gut aber das relative Verständnis als Optimierungsgebote. Dieses versteht die Grundrechte nach Maßgabe des rechtlich und tatsächlich Möglichen und kann dabei das, was rechtlich möglich ist, i.S. der objektiv-prinzipiellen Bedeutung der Grundrechte bestimmen. Das strikte Verständnis der Grundrechte als Festsetzungen läßt der objektiv-prinzipiellen Bedeutung der Grundrechte dagegen nur den Raum, den die ausdrücklich zugelassenen, rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmen von der Garan-

6) BVerfGE 32, 54/68 ff.

7) *Alexy* (Fußn. 3), S. 115 ff., 256.

tie des grundrechtlichen Anspruchs eröffnen. Dies sei nochmal am Beispiel der Presse- und der Rundfunkfreiheit veranschaulicht. Wenn Presse- und Rundfunkfreiheit als objektives Prinzip um der inhaltlichen Vielfalt willen einschneidende Regulierungen und Kontrollen des Presse- und Rundfunkmarkts verlangen, dann bleibt doch allemal ein gewisses Maß an Freiheit des einzelnen übrig, Zeitungen zu drucken und zu verbreiten und Radio- und Fernsehstationen zu betreiben. Dieses gewisse Maß ist dann eben das relative Optimum. Als strikt verstandenes subjektives Recht verlangen Presse- und Rundfunkfreiheit dagegen, daß der einzelne Zeitungen solange drucken und verbreiten und Radio- und Fernsehstationen solange betreiben darf, als es ihm nicht ausnahmsweise verwehrt ist, wobei die Ausnahme ausdrücklich zugelassen sein muß und einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Wenn die Verfassung, die die Grundrechte der Presse- und der Rundfunkfreiheit verbürgt, Ausnahmen um der inhaltlichen Vielfalt des Presse- bzw. Radio- und Fernsehmarkts nicht zuläßt, dann kann das objektive Prinzip neben dem subjektiven Recht nicht zur Geltung kommen. Unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland stellt sich das Problem in ganzer Schärfe. In die Presse- und die Rundfunkfreiheit darf nur durch sog. allgemeine Gesetze ausnahmsweise eingegriffen werden, wobei allgemeine Gesetze solche sind, die nicht auf den inhaltlichen Wert und die inhaltliche Wirkung von Meinungen und Informationen abstellen, sondern auf gewissermaßen meinungs- und informationsneutrale Gesichtspunkte wie das Arbeits-, Bau-, Straßenverkehrs- oder Strafrecht.[8] Eingriffe in die individuelle Presse- und Rundfunkfreiheit um der Herstellung inhaltlicher Vielfalt willen wären danach nicht zu rechtfertigen. Sind Presse- und Rundfunkfreiheit dagegen gar nicht als subjektive Rechte der Individuen, sondern als objektive Prinzipien der Organisation der Gesellschaft verbürgt, dann ist die Herstellung inhaltlicher Vielfalt nicht ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Freiheit, sondern verwirklicht gerade das Prinzip Freiheit.

Ehe ich mich den Folgen zuwende, die Interpretation und Handhabung der Grundrechte als Rechte und als Prinzipien für die Rechtsordnung haben, bedarf es noch einer Klarstellung. Wenn von Grundrechten als Rechten im Unterschied zu Grundrechten als Prinzipien die Rede ist, dann bedeutet das nicht, daß die Interpretation der Grundrechte als Rechte ohne prinzipielle Überlegungen auskäme. Es bedeutet, daß Grundrechte nicht selbst Prinzipien *sind*. Darum sind aber für die Fragen, wie weit der Schutz eines Grundrechts reicht und wie ein Eingriff ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann, durchaus prinzipielle Überlegungen anzustel-

8) Vgl. zum Begriff des allgemeinen Gesetzes *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, 7. Aufl. 1991, Randnr. 667 ff. m.w.Nachw.

len. Nehmen wir nochmals das Wohnungsgrundrecht als Beispiel. Ob die Betriebs- und Geschäftsräume dem Begriff der Wohnung i.S. des Wohnungsgrundrechts und dessen Schutz unterfallen oder nicht, wirft prinzipielle Fragen nach der Funktion des Wohnungsgrundrechts, nach dem Zusammenhang von sozialer und räumlicher Privatheit und nach der Abgrenzung und Zuordnung von Privatheit und Öffentlichkeit auf.[9] Ob in das enger oder weiter definierte Wohnungsgrundrecht tatsächlich eingegriffen werden darf, hängt jedenfalls in der Tradition des deutschen öffentlichen Rechts nicht nur davon ab, daß die als Voraussetzung für einen Eingriff in der Verfassung aufgeführten Gefahren tatsächlich vorliegen, sondern auch davon, daß der Eingriff zur Abwehr der Gefahren geeignet und erforderlich ist. Er muß im rechten Verhältnis zu dem Zweck stehen, den er erfüllen soll – dieses Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist für die Interpretation und Handhabung der Grundrechte von entscheidender Bedeutung.[10] Aber darum können die Grundrechte selbst doch subjektive Rechte im strikten Sinn bleiben und müssen nicht Prinzipien werden.

## II.

Die Folgen, die Interpretation und Handhabung der Grundrechte als Rechte und als Prinzipien haben, werden im Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich. Es ist eine Entwicklung vom Verständnis der Grundrechte als Rechte zum Verständnis der Grundrechte als Prinzipien. Nicht daß die Grundrechte ihre Bedeutung als Rechte verloren hätten. Aber ihre Bedeutung als Prinzipien ist immer mehr in den Vordergrund getreten.[11]

Als Prinzipien – in der Rechtsprechung selbst wird in unterschiedlichen Wendungen von Grundrechten als Werten, Wertmaßstäben und Wertentscheidungen, als wertentscheidenden Grundsatznormen, objektiven Grundsatznormen, objektiv-rechtlichen Prinzipien und ähnlichem gesprochen, aber immer dasselbe gemeint: das objektive Prinzip im Unterschied zum subjektiven Recht.[12] Vom Prinzip i.S. des Optimierungsgebots spricht das Bundesverfassungsgericht nicht ausdrücklich. Aber in der Literatur wurde treffend beobachtet, daß das relative Verständnis der

---

9) Vgl. *U. Battis*, Schutz der Gewerberäume durch Art. 13 GG und Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht, JuS 1973, S. 25; *P. Dagtoglou*, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), JuS 1975, S. 753.

10) Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fußn. 8), Randnr. 310 ff., 318 ff.; *B. Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457/459 ff.

11) *Böckenförde* (Fußn. 2), S. 4 ff.; *Jarass* (Fußn. 2), S. 364 ff.

12) Die wechselnde Terminologie des Bundesverfassungsgerichts ist bei *Jarass* (Fußn. 2), S. 367 ff. nachgewiesen; vgl. auch *Alexy* (Fußn. 3), S. 33.

Grundrechte als Optimierungsgebote mit ihrem Verständnis als objektive Prinzipien besonders harmoniert; gerade um den Gehalt zu erfassen, den die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in ihrer Entwicklung vom Verständnis der Grundrechte als subjektive Rechte zu ihrem Verständnis als objektive Prinzipien den Grundrechten letztlich läßt, wurde der Begriff des Prinzips i.S. des Optimierungsgebots geprägt.[13)]

Vier Probleme haben die Entwicklung vorangetrieben. Das erste war das Problem der Relevanz der Grundrechte für das Privatrecht, das Problem der in der Bundesrepublik Deutschland sog. Drittwirkung der Grundrechte. Nach der aus dem Kaiserreich und der Weimarer Republik überkommenen Vorstellung wirken Grundrechte im Verhältnis des Bürgers zum Staat; sie schützen die Freiheit des Bürgers gegen staatliche Eingriffe, lassen aber das Verhältnis der Bürger untereinander unberührt. Wie Bürger als Vermieter und Mieter, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Käufer und Verkäufer miteinander umzugehen haben, entscheidet der Richter nach überkommener Vorstellung allein nach den einschlägigen privatrechtlichen Gesetzen und ohne Rücksicht auf die Grundrechte. Als in den fünfziger Jahren in einem spektakulären Fall in Anwendung der einschlägigen privatrechtlichen Gesetze ein unerträgliches Ergebnis gewonnen und vor das Bundesverfassungsgericht gebracht wurde – jemand hatte zum Boykott von Filmen eines berüchtigten Nazi-Regisseurs aufgerufen und dies als mit den privatrechtlichen Gesetzen unvereinbar verboten bekommen –, griff das Bundesverfassungsgericht erstmals zum Verständnis der Grundrechte als objektive Prinzipien.[14)] Weil die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern oberste Werte seien, regierten sie die gesamte Rechtsordnung einschließlich der privatrechtlichen Gesetze, die das Verhältnis der Bürger untereinander regeln. Der Aufruf zum Boykott sei vom Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt und sein Verbot bei richtiger, den Wert der Meinungsäußerungsfreiheit beachtender Interpretation der privatrechtlichen Gesetze nicht zu rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht hob das Verbot des Boykottaufrufs auf. Privatrechtliche Gesetze und das Verhältnis der Bürger untereinander

13) Dieses Anliegen bringt *Alexy* z.B. da zu deutlichem Ausdruck, wo er a.a.O. (Fußn. 3), S. 115 ff. in der Beschäftigung mit BVerfGE 32, 54 zeigt, wie die "Schwierigkeiten", zu denen ein striktes Grundrechtsverständnis führt, "durch Berücksichtigung des Prinzipiencharakters vermieden werden können". "Gestützt auf die Prinzipientheorie <kann> ohne konstruktive Probleme genau der Grundrechtsschutz erreicht werden, den das Gericht in seiner Entscheidung gewährt." Daß Grundrechte dazu da sind, staatliches Handeln vor Schwierigkeiten und Probleme zu stellen, gerät dabei freilich aus dem Blick.

14) BVerfGE 7, 198.

werden seitdem stets im Licht der Grundrechte gesehen.[15)]

Das zweite Problem, das die gekennzeichnete Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip vorangetrieben hat, war das Problem der Relevanz der Grundrechte für die Gestaltung staatlicher Einrichtungen und Verfahren. Auch hier hat die aus Kaiserreich und Weimarer Republik überkommene Vorstellung den Grundrechten keine oder doch nur geringe Bedeutung zuerkannt; sie sah den Innenbereich des Staates mit seinen Einrichtungen und Verfahren von den das Außenverhältnis des Staates zum Bürger regelnden Grundrechten unberührt. Als die Universitätsreformen der späten sechziger und frühen siebziger Jahre die Stellung, Zusammensetzung und Verfahren der Universitätsgremien veränderten, hatte dies auf die Wissenschaftsfreiheit der Professoren, als subjektives Recht im überkommenen Sinn verstanden, keinen Einfluß. Wie auch immer Stellung, Zusammensetzung und Verfahren der Universitätsgremien sein mögen, ob z.B. der Senat der Universität nur aus Professoren, zu gleichen Teilen aus Professoren, Assistenten und Studenten oder auch noch aus Vertretern des technischen Personals besteht – unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftsfreiheit, als subjektives Recht im überkommenen Sinn verstanden, ist allein entscheidend, daß der einzelne Professor über Gegenstand, Methode und Ziel seiner Forschung und, im Rahmen seiner Lehrverpflichtung, auch seiner Lehre frei entscheiden kann. Wenn er es nicht kann, wenn in seine Wissenschaftsfreiheit eingegriffen wird, wird der Eingriff nicht dadurch besser, daß er von einem nicht drittel- oder viertelparitätisch, sondern allein aus Professoren zusammengesetzten Gremium verfügt wird. Aber dem Bundesverfassungsgericht[16)] erschien unerträglich, die organisatorische Gestalt der Universität völlig dem politischen Belieben und der Experimentierfreude des Gesetzgebers zu überlassen. Es erhob die Wissenschaftsfreiheit vom subjektiven Recht zur wertentscheidenden Grundsatznorm, zum objektiven Prinzip. Frei müsse nicht nur der individuelle Wissenschaftler sein, sondern die Wissenschaft als solche, und daher müsse die Organisation der Universitäten gewährleisten, daß die Wissenschaft von wissenschaftsfremden oder gar wissenschaftsfeindlichen Einflüssen nicht behindert werde. In den Gremien, so folgerte das Bundesverfassungsgericht daraus, müßten die Professoren das entscheidende Wort haben. Seitdem gibt es eine Fülle weiterer Entscheidungen, die staatliche Einrichtungen und Verfahren an den Grundrechten überprüfen – an den Grundrechten als objektiven Prinzipien.[17)]

---

15) Vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts neuestens besonders BVerfGE 73, 261; 81, 242.

16) BVerfGE 35, 79.

17) Besonders BVerfGE 53, 30; 63, 131; 78, 290.

Das dritte Problem, das der Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip Momentum gegeben hat, ist das Problem, ob die Grundrechte den Staat nur, wie dies wieder der überkommenen Vorstellung entspricht, zur freiheitsschonenden Untätigkeit oder ob sie ihn auch zu freiheitsschützender Tätigkeit verpflichten, das Problem der grundrechtlichen Schutzpflichten. Hier hat in den siebziger Jahren der Streit um die strafrechtliche Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs die Wende gebracht. Der Gesetzgeber hatte eine Fristenregelung geschaffen, die den Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Monate straflos ließ und während der folgenden Monate bei bestimmten Indikationen straflos stellte. Das Bundesverfassungsgericht[18] sah darin einen unzureichenden Schutz des ungeborenen Lebens; besser als durch die Fristenregelung werde das ungeborene Leben durch eine von Anfang an geltende Indikationenregelung geschützt. Dieser bessere Schutz sei grundrechtlich geboten; als wertentscheidende Grundsatznorm, als objektives Prinzip verlange das Lebensgrundrecht vom Staat nicht nur, daß er sich der Eingriffe enthält, sondern daß er sich fördernd und schützend vor das Leben stellt. Also verwarf das Bundesverfassungsgericht die Fristenregelung und verpflichtete den Gesetzgeber, die strafrechtlich härtere Indikationenregelung in Geltung zu setzen. Zwei dissentierende Richter haben das damals heftig kritisiert und die objektiv-rechtliche, prinzipielle Qualität der Grundrechte als Titel, unter dem die Grundrechte vom individuellen Freiheitsrecht zur staatlichen Strafpflicht werden, abgelehnt.[19] Das Bundesverfassungsgericht hat auch nie mehr eine Strafpflicht aus den Grundrechten abgeleitet; allerdings hatte es dazu auch keinen Anlaß, und ob es jetzt, wo als Folge der deutschen Einigung eine erneute Beschäftigung des Gesetzgebers mit dem Schwangerschaftsabbruch ansteht, die Strafpflicht des Gesetzgebers bekräftigen, lockern oder aufgeben wird, bleibt abzuwarten. Staatliche Schutzpflichten hat es aber immer wieder aus den Grundrechten abgeleitet und daraus Anforderungen an verwaltungsrechtliche Regelungen entwickelt.[20]

Das vierte Problem hat für die Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip nicht die gleiche Relevanz wie die anderen. Hier geht es darum, ob die Grundrechte nur die Abwehr staatlicher Eingriffe oder auch Ansprüche auf staatliche Leistungen verbürgen. Nach überkommener Vorstellung sind sie, soweit nicht ausdrücklich als Leistungsrechte statuiert, allein Abwehrrechte. Auch hier hat das Bundesverfassungsgericht unter dem Titel der objektiv-rechtlichen, prinzipiellen

18) BVerfGE 39, 1.

19) BVerfGE 39, 1/68 ff.

20) Besonders BVerfGE 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 78, 290; 79, 174.

Qualität der Grundrechte Abwehrrechte zu Leistungsrechten interpretiert und ihnen Ansprüche auf staatliche Förderung, auf Zuteilung von Positionen, Mitteln und Chancen entnommen.[21] Aber es hat sich im Ergebnis dann doch stets zurückgehalten. Es hat dem Staat nie abverlangt, zusätzliche Haushaltsmittel für die Befriedigung der Ansprüche bereitzustellen, sondern ihn nur zur gleichmäßigen Verteilung des Vorhandenen verpflichtet. Das aber ist nicht mehr und nicht weniger, als der Gleichheitssatz ohnehin verlangt.

Die vier Probleme stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander. Ob ein Bürger sich im Verhältnis zu einem anderen Bürger auf die Grundrechte berufen kann, ob z.B. der Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber einen rüstungsrelevanten Arbeitsauftrag bekommt, sich als Pazifist auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit berufen und den Arbeitsauftrag ablehnen kann,[22] ist zugleich Drittwirkungs- und Schutzpflichtproblem. Es ist Drittwirkungsproblem, weil es um die Relevanz der Gewissensfreiheit für das Privat-, hier das Arbeitsrecht und das privat- bzw. arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht. Es ist aber auch Schutzflichtproblem weil sich ebenso fragen läßt, ob den Staat die Pflicht trifft, sich schützend vor das Gewissen des Arbeitnehmers im Konflikt mit dem Arbeitgeber zu stellen. Auch die Fragen des Schutzes und der Förderung grundrechtlicher Betätigung einerseits und andererseits der Regelung grundrechtlicher Betätigung in staatlichen Einrichtungen und Verfahren sind oft nur verschiedene Seiten derselben Medaille. Nicht daß sich alle vier Probleme stets ineinander überführen ließen. Aber sie weisen stets Berührungspunkte auf. Sogar so verschiedene Probleme wie das der Organisation der Universität und der Behandlung des Boykottaufrufs berühren sich in der Frage, wie nicht nur das Verhältnis der Bürger zum Staat, sondern ihr Zusammenleben miteinander freiheitlich gestaltet werden kann.

Dies ist überhaupt ein Nenner, auf den die verschiedenen Probleme und die gekennzeichnete Entwicklung gebracht werden können. Grundrechte schützen nicht mehr, wie dies überkommener Vorstellung entspricht, spezifische Freiheiten des Bürgers gegen spezifische staatliche Eingriffe, sondern den Bürger in seiner gesamten Existenz gegenüber einem omnipotenten und omnipräsenten Staat. Alles Recht ist staatliches Recht, alle Verhältnisse zwischen Bürgern sind staatlich geregelte Verhältnisse, alles, was ein Bürger vom anderen Bürger verlangen darf oder hinnehmen muß, darf er dank staatlicher Ermächtigung verlangen und muß er dank staatlicher Ermächtigung hin-

21) Vgl. besonders die Numerus-clausus-Rechtsprechung BVerfGE 33, 303/330 ff.; 43, 291/317 ff.; 59, 1/21 ff.

22) BAG, NJW 1990, 203; vgl. auch BAG, JZ 1985, 1108.

nehmen. Ebenso sind alle Lebensäußerungen des Bürgers für seine freie Entfaltung relevant, grundrechtlichen Schutzes fähig und bedürftig. In dieser Welt, in der alle Freiräume grundrechtlich geschützte Freiräume und alle Begrenzungen von Freiräumen staatlich sanktionierte Begrenzungen sind, ist prinzipiell jedes Problem des gesellschaftlichen Zusammenlebens ein Grundrechtsproblem. Diese prinzipielle Omnirelevanz der Grundrechte entfaltet sich in der Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip.

Aber das ist nur ein Befund. Es erklärt noch nicht, was die Entwicklung angestoßen und vorangetrieben hat.

## III.

Die Erklärung deutet sich in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an, die soeben als Stationen der Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip berichtet wurden. In den fünfziger Jahren war der Aufruf zum Boykott von Filmen eines berüchtigten Nazi-Regisseurs Anlaß, den Grundrechten als Prinzipien die Aufgabe zuzuweisen, die überkommene Rechtsordnung von den ideologischen Resten des Kaiserreichs und des Dritten Reichs interpretatorisch zu reinigen. Was immer Wortlaut, Geschichte, Systematik und vom Gesetzgeber ursprünglich intendierter Sinn und Zweck einer Norm gewesen sein mochten – unter Berufung auf die prinzipielle Bedeutung der Grundrechte als Werte konnte es interpretatorisch korrigiert werden. Was Interpretation nicht mehr korrigieren und retten konnte, konnte unter Berufung auf die Grundrechte als nichtig verworfen werden. So haben die Grundrechte als Prinzipien Veränderungen des Rechtssystems bewirkt und legitimiert. Auch bei den beiden anderen Entscheidungen, der zur Universitätsreform und der zur Reform der strafrechtlichen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs, geht es um einen Zusammenhang von Prinzipien und Veränderungen. Als subjektive Rechte wären sowohl die Wissenschaftsfreiheit bei der Universitätsreform als auch das Lebensrecht bei der Reform der strafrechtlichen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs ohne entscheidende Bedeutung gewesen. Ihr Verständnis als objektive Prinzipien eröffnete beidemal die Möglichkeit, Veränderungen in bestimmte Richtungen zu lenken.

Daß Grundrechte als Prinzipien Veränderungen bewirken und legitimieren, als Rechte dagegen auf dem status quo aufruhen und diesen absichern, lehrt auch der Blick weiter zurück in die deutsche Geschichte. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts ging die Grundrechtsforderung des aufstrebenden Bürgertums dahin, die Gesellschafts- und Rechtsordnung zu verändern, ihrer hierarchischen, feudalistischen Strukturen zu entkleiden und in eine Verkehrs- und Erwerbsgesellschaft Freier und Gleicher zu überführen; sie war dabei vom Verständnis der Grundrechte als objektive Prinzipien

getragen.[23] Im Kaiserreich, als die Verkehrs- und Erwerbsgesellschaft hergestellt war und das Bürgertum seinen Frieden mit Monarch, Adel und Militär gemacht hatte, verstand die bürgerliche Staatsrechtswissenschaft die Grundrechte als subjektive Rechte, die den status quo gegen Veränderungen schützen.[24] In der Weimarer Republik standen, dem unterschwelligen Gegensatz des Weimarer Klassenkompromisses und der Inhomogenität der Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung entsprechend, die Forderung, der Gesetzgeber solle die Gesellschaftsordnung nach Maßgabe der Grundrechte verändern, und die Forderung, er solle sie als grundrechtlich gesicherte unangetastet lassen, mit unterschiedlichen, das eine Mal objektiv-prinzipiellen und das andere Mal subjektiv-rechtlichen Grundrechtskonzeptionen gegeneinander.[25]

Noch etwas anderes zeigt der Blick zurück in die deutsche Geschichte. War das Bürgertum als die die Grundrechte fordernde und wissenschaftlich bearbeitende Schicht an der Gesetzgebung maßgeblich beteiligt, dann verstand es die Grundrechte eher als subjektive Rechte, fehlte die maßgebliche Beteiligung oder mußte das Bürgertum um sie bangen, dann verstand es die Grundrechte eher als objektive Prinzipien. Denn als objektive Prinzipien bieten Grundrechte mehr Stoff, den Gesetzgeber zu kritisieren und zu kontrollieren, ihm Vorschriften zu machen und Richtungen vorzugeben.

Von *dem* Bürgertum kann heute nicht mehr gesprochen werden wie im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Aber es ist dabei geblieben, daß Grundrechte als Prinzipien mehr Stoff bieten, der kritisch gegen den Gesetzgeber gewandt werden kann, als als Rechte. Ist also der politische Kampf um ein Gesetz verloren, hat der politische Gegner sein Gesetz durchgesetzt, dann eröffnet das Verständnis der Grundrechte als Prinzpien dem Kampf eine neue Runde – dem rechtlichen Kampf vor dem Verfassungsgericht. Die wegweisenden bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Universitätsreform und zur Reform der strafrechtlichen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs ergingen denn auch im Anschluß an erbittert geführte politische Kämpfe.

Damit ist der dritte für die Frage nach dem Antrieb der Entwichlung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip relevante Punkt angesprochen: das aktive Bundes-

---

23) Vgl. *H. Brandt*, Urrechte und Bürgerrechte im politischen System vor 1848, in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 460/466 f.; *B. Pieroth*, Geschichte der Grundrechte, Jura 1984, S. 568/574; *R. Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, Staat 1979, S. 321/333.

24) *Pieroth* (Fußn. 23), S. 576 f.

25) *Schlink* (Fußn. 10), S. 458.

verfassungsgericht. Daß Grundrechte als Prinzipien Veränderungen des Rechtssystems oder sogar der Gesellschaftsordnung bewirken und legitimieren können und daß sie den politischen Konflikt auf einer neuen, nicht mehr parlamentarischen, sondern gerichtlichen Ebene fortzusetzen gestatten, führt solange nicht zur Anerkennung der Grundrechte als Prinzipien, als nicht ein aktives Verfassungsgericht sich darauf einläßt, die ihm angesonnene Rolle bei der Fortsetzung des politischen, parlamentarischen Kampfs zu übernehmen, Veränderungen des Rechtssystems oder sogar der Gesellschaftsordnung zu bewirken und zu legitimieren und dabei die Bedeutung der Grundrechte als Prinzipien zu aktualisieren. Das Bundesverfassungsgericht hat sich darauf voll eingelassen.[26)]

Warum? Warum diese aktive und nicht eine passive Rolle, wie sie andere Verfassungsgerichte spielen? Bestand und besteht in der Bundesrepublik Deutschland ein besonderes Bedürfnis danach, Veränderungen des Rechtssystems oder sogar der Gesellschaftsordnung, die die Politik nicht leistet, über Recht und Gericht, über die Grundrechte und das Bundesverfassungsgericht zu erreichen? Bestand und besteht auch ein besonderes Bedürfnis danach, politische Konflikte, wenn sie auf der parlamentarischen Ebene ausgetragen sind, auf der gerichtlichen fortzusetzen? Reagiert das Bundesverfassungsgericht mit seinem Aktivismus auf diese besonderen Bedürfnisse?

Ich meine, verantwortlich für die gekennzeichnete Entwicklung sind weniger besondere Bedürfnisse, die in sozialen, ökonomischen oder politischen Besonderheiten der heutigen Lage in der Bundesrepublik Deutschland wurzelten, als vielmehr die Bedingungen, unter denen das politische Leben in der Bundesrepublik Deutschland nach 1949 begann. Politik war durch die Weimarer Republik und das Dritte Reich diskreditiert, und der alte deutsche Glaube, Politik sei wesentlich ein schmutziges und Recht ein sauberes Geschäft, sah sich erneut und nachhaltig bestätigt. Gewiß, das Dritte Reich hat zahllose furchtbare Gerichtsentscheidungen hervorgebracht. Aber der deutsche Glaube an die Sauberkeit des Rechts hat immer schon zwischen dem Recht, wie es eigentlich ist, und dem, was Advokaten und Richter daraus machen, unterschieden und sich daher vom Dritten Reich nicht erschüttern, sondern zu einer Wiederbesinnung auf das Recht, wie es eigentlich ist, zu einer Rechtsrenaissance motivieren lassen. Diese Rechtsrenaissance repräsentierte das Bundesverfassungsgericht besonders überzeugend, weil es neu war – anders als der Bundesgerichtshof, der im Reichsgericht seinen belasteten Vorgänger hatte.

---

26) Vgl. zur aktiven Rolle des Bundesverfassungsgerichts zuletzt *K. Schlaich*, Das Bundesverfasungsgericht, 2. Aufl. 1991, Randnr. 465 ff. m.w. Nachw.

Legitimationsdefizit der schmutzigen Politik, Legitimationsüberschuß des sauberen Rechts und des Bundesverfassungsgerichts als seines Repräsentanten – das waren Bedingungen, die das Bundesverfassungsgericht geradezu aufgefordert haben, eine aktive Rolle zu übernehmen.

Dies ist nicht nur als historische Reminiszenz interessant. Es weist auch auf das hin, was in den entstehenden demokratischen Rechtsstaaten Osteuropas zu erwarten ist. Auch hier ist Politik diskreditiert und begegnet weithin Verachtung und Teilnahmslosigkeit. Auch hier wird ein Verfassungsgericht, besetzt mit den wenigen Integeren, den wenigen Weisen, die es dafür bedarf, ein Legitimationsvakuum vorfinden, und auf Erwartungen und Hoffnungen stoßen, die es zu einer aktiven Rolle führen und in ihr tragen. Einen Eindruck hiervon vermittelt die Gläubigkeit, mit der die Bürger der ehemaligen DDR auf das Bundesverfassungsgericht blicken.

## IV.

Um seine aktive Rolle auszufüllen, hat das Bundesverfassungsgericht die Entwicklung vom Verständnis der Grundrechte als subjektiver Rechte zu ihrem Verständnis als objektiver Prinzipien vorangetrieben. Eine Fehlentwicklung? Was sind die Grundrechte des Grundgesetzes eigentlich: subjektive Rechte oder objektive Prinzipien?

Daß sie nach der ursprünglichen Absicht ihrer Autoren subjektive Rechte sind, und zwar Freiheitsrechte, Rechte zum Schutz persönlicher Freiheit durch Abwehr staatlicher Eingriffe, steht außer Frage. Nach den als unglücklich empfundenen Erfahrungen, die unter der Weimarer Reichsverfassung mit programmatisch ausgreifenden Grundrechten gemacht wurden, die nicht nur der Freiheitssicherung durch Eingriffsabwehr, sondern auch der Verbürgung staatlicher Leistungen und Gestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse dienten, hatte man sich bei Schaffung des Grundgesetzes bewußt auf sparsame Grundrechtsgarantien beschränkt. Natürlich ließ man sich dabei von Prinzipien, d.h. Maximen für die Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse und des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft leiten. Aber man verstand die Grundrechte doch nicht selbst als Prinzipien, sondern als Garantien spezifischer Freiheiten des Bürgers gegen spezifische staatliche Eingriffe, als notwendige, nicht aber hinreichende Bedingungen für eine prinzipiell befriedigende Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse.[27)]

Ginge es also nach der ursprünglichen Absicht der Autoren,[28)] dann wäre die oben

27) Vgl. *H. Hofmann*, Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989, NJW 1989, S. 3177/3184.

28) Vgl. *W. Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers, AöR 1991, S. 185.

gestellte Frage einfach zu beantworten: Eigentlich sind Grundrechte nicht objektive Prinzipien, sondern subjektive Rechte. Aber die ursprüngliche Absicht der Autoren ist stets nur von relativer Bedeutung – die Autoren selbst wissen es. Sie wissen, daß sie ihre Rechtstexte nur in einen Prozeß geben können, in dem Interpretationen und Dekonstruktionen einander ablösen – mit offenem, immer wieder neuem, immer nur vorläufigem Ausgang. Mit diesem Wissen ist die ursprüngliche Absicht der Autoren immer gebrochen; sie kann den Interpretationsproblemen nicht entgegengestellt werden, sondern hat sie antizipatorisch in sich aufgenommen. Anders ausgedrückt: die Autoren wissen zwar, was sie beabsichtigen, aber sie wissen auch, daß sie ihrer ursprünglichen Absicht nur die beschränkte Maßgeblichkeit geben können, die der Text transportiert.

Was also transportiert der Text der Grundrechte? Der Befund ist, wie sollte es auch anders sein, nicht eindeutig. Nahezu alle Grundrechte sind in einer an traditionelle Formulierungen anknüpfenden Weise so formuliert, daß sie staatliche Eingriffe in die Freiheit abwehren. Aber dabei finden sich Formulierungen, die nicht von den Individuen als den Subjekten ihrer Freiheit handeln, sondern von der Freiheit als solchen. "Jeder hat das Recht, seine Meinung ... frei zu äußern und zu verbreiten" – das ist subjektiv-rechtlich formuliert. "Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk ... werden gewährleistet" – das kann als objektiv-prinzipielle Formulierung verstanden werden. Beidemal und auch bei nahezu allen anderen Grundrechten wird Freiheit gegen staatliche Eingriffe und Beschränkungen geschützt. Aber diese Gemeinsamkeit ändert nichts daran, daß die Formulierungen mal mehr subjektiv-rechtlich und mal mehr objektiv-prinzipiell gehalten sind, man kann sogar sagen: geraten sind, denn die wechselnden Formulierungen wirken einigermaßen zufällig. So lädt der Text der Grundrechte zu ihrem Verständnis als Prinzipien mal mehr und mal weniger ein, er weist es aber keinesfalls schlechthin ab.

Für die Frage, was die Grundrechte eigentlich sind, hilft also wie der Blick auf die ursprüngliche Absicht der Autoren auch der Blick auf den Text nicht entscheidend weiter. Die Antwort hängt letztlich von der Funktion ab, die den Grundrechten und auch dem zu ihrer Verteidigung berufenen Bundesverfassungsgericht zuerkannt wird.

Als Prinzipien, d.h. als Maximen für die Ordnung gesellschaftlicher Vefhältnisse und als Optimierungsgebote sind die Grundrechte offen für die verschiedensten Interpretationen. Möglichst viel individuelle Freiheit nach Maßgabe des rechtlich und tatsächlich Möglichen – das Optimierungsgebot ist ein so offenes Konzept, daß es jeden nicht völlig unsinnigen staatlichen Eingriff in die Freiheit zu rechtfertigen gestattet.[29] Nicht daß das Bundesverfassungsgericht tatsächlich jeden staatlichen

29) Vgl. schon oben Fußn. 13.

Eingriff rechtfertigen würde. Aber ob es den Eingriff bestätigt oder ihn aufhebt, kommt als Überraschung, je nach Standpunkt als glückliche oder unglückliche. Auch die Maxime der freien Ordnung gesellschaftlicher Verhältnisses und des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft ist ein so offenes Konzept, daß in den politischen und rechtlichen Kontroversen, die in der Bundesrepublik Deutschland um die Reform der Universitäten, die Gestaltung betrieblicher Mitbestimmung oder die Ordnung des Presse- und des Rundfunkwesens ausgetragen wurden, jede Seite sich auf Grundrechte als Prinzipien berufen konnte.[30] Wieder war dem einen Standpunkt die eine Position politisch sympathisch und dem anderen die andere. Was aber das Juristische angeht, waren bei den verschiedenen prinzipiell argumentierenden Positionen Unterschiede der Eleganz, nicht der Stringenz sichtbar. Die Probleme waren keine spezifisch juristischen mehr.

Ich halte das für einen Verlust. Was die Grundrechte an Freiheit schützen und was das Bundesverfassungsgericht an grundrechtlicher Freiheit verteidigt, ist beim Verständnis der Grundrechte als Prinzipien keine Frage methodischer Operationen. Es ist methodisch nicht berechenbar, erwartbar und kritisierbar. Es kann nur noch in Kenntnis von Rechtsprechungstrends, Richterpersönlichkeiten und -befindlichkeiten und politischem Ambiente im Gericht und um es herum gemutmaßt werden.

Ich halte es nicht nur für einen Verlust. Ich meine auch, daß Grundrechte, die einfach subjektive Rechte garantieren und staatliche Eingriffe in die persönliche Freiheit abwehren, den Problemen, vor denen sich die heutige Gesellschaft sieht und die überhaupt von Gerichten gelöst werden können, durchaus gewachsen ist.[31] Lassen Sie mich nochmal zu den Problemen zurückkehren, die die Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip vorangetrieben haben. Es versteht sich, daß die privatrechtlichen Gesetze unter den Grundrechten des Grundgesetzes nicht mehr ebenso ausgelegt und angewendet werden können wie im Kaiserreich und im Dritten Reich. Aber um die Grundrechte im Privatrecht zur Geltung zu bringen, bedurfte und bedarf es nicht ihrer Deutung als Prinzipien, sondern der Einsicht, daß der Staat auch bei der Gestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse zwischen den Bürgern immer wieder in die persönliche Freiheit eingreift und sich dabei an den Grundrechten messen lassen muß. Schon der berichtete Ausgangsfall belegt dies; der staatliche Richter, der dem einen Bürger den Aufruf zum Boykott von Filmen eines anderen Bürgers verbietet, wendet nicht freiheits- und eingriffsirrelevante privatrechtliche Gesetze an, sondern

30) Instruktiv sind die in BVerfGE 37, 79/89 ff. (Hochschule); 50, 290/302 ff. (Mitbestimmung); 73, 118/139 ff. und 74, 297/306 ff. (Rundfunk) berichteten, den Entscheidungen vorausgehenden Streitstände.

31) Näher *Schlink* (Fußn. 10).

greift in die Meinungsäußerungsfreiheit des einen Bürgers ein, ohne daß dafür eine Rechtfertigung bestünde. Auch für die Relevanz der Grundrechte für die Gestaltung staatlicher Verfahren und Einrichtungen bedarf es nicht ihrer Deutung als Prinzipien. So muß z.B. ein staatliches Verfahren immer dann, wenn an seinem Ende ein irreparabler Eingriff stehen kann, Vorsorge treffen, daß der Eingriff, der nachträglich nicht mehr korrigiert werden kann, vorher hinreichend kontrolliert wird. Beim Asylverfahren, an dessen Ende die Abschiebung stehen kann, verlangt entsprechend das Asylrecht und beim Zwangsversteigerungsverfahren, an dessen Ende das Grundstück unwiederbringlich an den Ersteigerer fällt, das Eigentumsrecht einen besonders behutsamen Ablauf, in dem der Betroffene seine Belange umfassend vortragen kann.[32] Hier läßt sich auch von einer staatlichen Schutzpflicht sprechen: Wo der Staat Grundrechtsverletzungen, wenn sie erst einmal eingetreten sind, nicht mehr beseitigen kann, muß er gegen ihren Eintritt schützen. Die Situationen, in denen dies der Fall ist, mehren sich in der technisierten, technischen Risiken ausgesetzten Welt, und so stellen Rechtsprechung und Literatur an die Verfahren, die zur Errichtung atomarer, chemischer, bio- und gentechnischer Anlagen mit den dabei drohenden unbeherrschbaren, irreparablen Schadensverläufen führen, unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht zu Recht die höchsten Anforderungen.[33]

Die Beispiele lassen sich fortführen. Sie belegen, daß von den Problemen, die die Entwicklung vom subjektiven Recht zum objektiven Prinzip vorangetrieben haben, viele auch vom strikten Verständnis der Grundrechte als subjektive Rechte her gelöst werden können. Viele, nicht alle – erst das Verständnis der Grundrechte als Prinzipien erlaubt, jedes gesellschaftliche und politische Problem als Grundrechtsproblem zu rekonstruieren.

Wenn die Funktion der Grundrechte und des Bundesverfassungsgerichts ist, der Behandlung gesellschaftlicher und politischer Probleme ein zusätzliches Forum zu eröffnen, vor dem sie nicht so sehr mit anderen Inhalten als vielmehr in anderen Formen, vom politischen Getümmel abgehoben und dadurch vielleicht beruhigend und

---

32) Vgl. zum Asylrecht BVerfGE 56, 216/242 f.; 60, 348/358; zum Eigentumsrecht BVerfGE 46, 325/334 f.; 49, 220/235 ff.; 51, 150/156 ff.

33) Vgl. neben der oben Fußn. 20 nachgewiesenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts neuestens besonders VGH Kassel, NVwZ 1990, S. 276 und aus der dadurch ausgelösten umfangreichen Diskussion besonders *C. Enders*, Neubegründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes aus der grundrechtlichen Schutzpflicht?, AöR 1990, S. 610; *G. Hirsch*, Keine Gentechnik ohne Gesetz?, NJW 1990, S. 1445; *P. Preu*, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991, S. 265; *H. Sendler*, Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, NVwZ 1990, S. 231; *R. Wahl/J. Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1991, S. 553; ferner *J. Schwab*, Gentechnologie und Immissionsschutzrecht, NVwZ 1989, S. 1012.

befriedend nochmal behandelt und entschieden werden, dann sind die Grundrechte Prinzipien. Wenn die Funktion der Grundrechte und des Bundesverfassungsgerichts die Sicherung individueller Freiheit ist, dann ist das Verständnis der Grundrechte als Prinzipien verfehlt.

Der Grundrechtsdiskussion der letzten Jahrzehnte liegt die Kontroverse dieser beiden Funktionsbestimmungen zugrunde. Sie schlägt sich grundrechtstheoretisch und grundrechtsdogmatisch nieder. Sie reicht auch hinüber in die rechtssoziologische Diskussion; die Vorstellung vom Rechtssystem als geschlossenem, autopoietischen System[34)] steht in deutlichem Gegensatz zur Vorstellung von dem zusätzlichen Forum, das zu eröffnen die Funktion der Grundrechte und des Bundesverfassungsgerichts sei und vor dem die gesellschaftlichen und politischen Probleme weniger mit anderen Inhalten als vielmehr in anderen Formen nochmal behandelt werden.

In der Tat zeigt die andauernde Kontroverse, in der die subjektiv-rechtliche, freiheitssichernde Funktionsbestimmung gegenüber der objektiv-prinzipiellen zunehmend an Boden verliert, eine Veränderung des Rechtssystems an. Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ist auf dem Weg vom kodifizierungsorientierten, systematisierten Recht zum Fallrecht. Es hat jenes noch nicht ganz verlassen und ist bei diesem noch nicht ganz angelangt. Aber die Richtung der Bewegung ist deutlich. Das aktive Bundesverfassungsgericht hat, gefolgt von der Verfassungsrechtswissenschaft, die Fülle der gesellschaftlichen und politischen Probleme als seine Domäne besetzt. Es beherrscht sie nicht kraft einer besonderen juristischen Methode und nicht so, daß darin eine systematische verfassungsrechtliche Konzeption sichtbar würde. Neben den methodisch überzeugenden Entscheidungen, die es immer wieder gibt, finden sich die vielen anderen, die einfach aus einem Gespür des Gerichts für das leben, was gesellschaftlich und politisch angezeigt ist, akzeptiert wird, in die gesellschaftliche und politische "Landschaft" paßt. Die Entscheidungen sind entsprechende Einzelereignisse und werden bezeichnenderweise auch als solche von den Studenten gelernt.

Grundrechte als Prinzipien? Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ist auf dem Weg dahin. Die Richtung ist, so glaube ich inzwischen, nicht umkehrbar. Aber wo etwas unterwegs, in Bewegung ist, ergeben sich selbst dann Gestaltungsmöglichkeiten, wenn die Richtung nicht mehr umgekehrt werden kann. Insofern ist die Rolle, die die Grundrechte und auch das Bundesverfassungsgericht künftig spielen werden, sowie der Einfluß, den die Verfassungsrechtswissenschaft

34) *N. Luhmann*, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 1986, S. 171; *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989.

darauf nehmen wird, noch offen. Es entsteht etwas Neues – zwischen der deutschen Tradition des kodifizierungsorientierten, systematisierten Rechts und dem amerikanischen Bild des Fallrechts.