

# Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung

Herausgegeben von  
THOMAS VESTING, STEFAN KORIOTH  
und INO AUGSBERG

---

Mohr Siebeck

Grundrechte als Phänomene  
kollektiver Ordnung





# Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung

Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen  
in der Grundrechtstheorie  
und Grundrechtsdogmatik

Herausgegeben von

Thomas Vesting, Stefan Koriath  
und Ino Augsberg

Mohr Siebeck

*Ino Augsberg*, geboren 1976; Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

*Stefan Koriath*, geboren 1960; Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

*Thomas Vesting*, geboren 1958; Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung

ISBN 978-3-16-153505-5 / eISBN 978-3-16-161991-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2022

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen werden in der gegenwärtig dominierenden Lesart weitgehend mit individuellen Freiheiten gleichgesetzt. Leitbild ist die Autonomie des einzelnen Subjekts. Über die Individualdimension hinausweisende „kollektive“ oder „institutionelle“ Aspekte des Grundrechtsschutzes bilden in dieser Perspektive nur ein Sekundärphänomen, das sich von der primär einschlägigen Individualfreiheit ableitet. Paradigmatisch für eine solche Lesart steht die Interpretation des Art. 19 Abs. 3 GG, die einen gesonderten Schutz juristischer Personen nur dann gestatten will, wenn mittelbar – im „Durchgriff“ durch die juristische Person – doch wieder natürliche Personen als Grundrechtsträger gefährdet sind. Die nachfolgenden Beiträge stellen diese geläufige Sichtweise auf die Probe. Sie gehen aus von der Frage, inwieweit die überkommene Grundrechtstheorie und -dogmatik den transsubjektiven gesellschaftlichen Gehalt, der sich in den Grundrechten ausspricht, systematisch unterschätzt. Die unterschiedlichen Antworten, die dabei gefunden werden, beziehen sich zum einen auf die allgemeine Grundrechtstheorie, zum anderen auf klassisch dogmatische Fragen. Sie erfolgen ferner aus der Perspektive spezieller einzelner Grundrechte und nehmen schließlich die Ausdehnung des Grundrechtsschutzes im inter- und transnationalen Bereich in den Blick.

Die Beiträge beruhen auf Vorträgen, die im Rahmen einer mit Unterstützung der Fritz Thyssen-Stiftung und der Carl-Friedrich von Siemens-Stiftung durchgeführten Tagung im März 2013 in München stattfand. Die Thyssen-Stiftung hat zudem die Drucklegung dieses Bandes großzügig bezuschusst. Für diese Unterstützung danken wir herzlich. Ebenso herzlich möchten wir uns bei Isa Weyhnecht-Diehl bedanken, die die redaktionelle Arbeit übernommen und die Produktion des Bandes mit großer Sorgfalt betreut und vorangebracht hat.

München und Kiel, April 2014

Thomas Vesting  
Stefan Koriath  
Ino Augsberg



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
---------------	---

<i>Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg</i> Einleitung .....	1
---	---

## I. Grundlagen

<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Die transsubjektive Dimension der Grundrechte .....	17
---	----

<i>Ino Augsberg</i> Autonomie als soziale Konstruktion. Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik .....	39
--	----

<i>Thomas Vesting</i> Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke .....	57
---	----

## II. Dogmatik

<i>Benjamin Rusteberg</i> Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung .....	87
--	----

<i>Matthias Ruffert</i> Grundrechtliche Schutzpflichten: Einfallstor für ein etatistisches Grundrechtsverständnis? .....	109
--	-----

<i>Dan Wielsch</i> Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht .....	119
--	-----



### III. Handlungsfelder

<i>Steffen Augsberg</i> Das kollektive Moment der Wirtschaftsgrundrechte .....	161
<i>Friedhelm Hase</i> Grundrechtliche Freiheit und soziale Sicherheit .....	183
<i>Helge Rossen-Stadtfeld</i> Medienfreiheit: Mittel des Politischen .....	199
<i>Stefan Koriath</i> Religionsfreiheit – individuell, kollektiv, objektiv, institutionell .....	231
<i>Fabian Steinhauer</i> Das Grundrecht der Kunstfreiheit. Kommentar zu einem Grundlagentext von Helmut Ridder .....	247

### IV. Internationale Dimension

<i>Jochen von Bernstorff</i> Menschenwürde und Menschenrechte zwischen Autonomie und Sozialität	283
<i>Lars Viellechner</i> Die transnationale Dimension der Grundrechte .....	295
Verzeichnis der Autoren .....	317

## Einleitung

Die Grundannahmen der gegenwärtig dominierenden Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie lassen sich in wenigen Sätzen zusammenfassen: Grundrechte sind danach subjektive Rechte des Einzelnen. Sie richten sich primär gegen den Staat, indem sie dessen mögliche „Eingriffe“ in die individuellen Freiheitssphären abzuwehren helfen und ihn zum aktiven Schutz dieser Sphären verpflichten.<sup>1</sup> Darüberhinausgehende gesellschaftliche Bedeutung kommt ihnen allenfalls mittelbar – vermittelt vor allem über die staatliche Zivilrechtssprechung – zu.<sup>2</sup> „Gesellschaft“ bildet also im grundrechtlichen Zusammenhang primär eine Kollektivbezeichnung für die Gesamtheit aller Individualrechte, die als solche gegen den Staat und seine Apparate in Stellung gebracht werden können. In diesem Sinne stehen Demokratie und Grundrechte nicht nur mit Blick auf das allgemeine Problemfeld Minderheitenschutz vs. Majoritätsprinzip, sondern auch hinsichtlich der unterschiedlichen Formen von Selbstbestimmung in einem Spannungsverhältnis: Während die Grundrechte die individuelle Autonomie gewährleisten, sichern die demokratischen Verfahren die kollektive Willensbildung im politischen Prozess.<sup>3</sup>

Auch die üblicherweise als Gegensatz zum „liberalen“ Grundrechtsverständnis postulierte „sozialstaatliche“ Deutung der Grundrechte, die den Staat nicht allein oder zumindest primär als Bedrohung der Individualfreiheiten versteht, sondern ihm mit Blick auf die grundrechtliche Freiheitsausübung eine positive Garantiefunktion zuschreibt, ergänzt diese Perspektive nur um eine zusätzliche Facette. Sie bleibt dabei ebenfalls ganz dem Individuum verpflichtet.<sup>4</sup> Entsprechendes gilt für die vom Bundesverfassungsgericht etablierte Figur einer „ob-

---

<sup>1</sup> Vgl. nur *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Staatsrecht II. Grundrechte, 2011, Rn. 45.

<sup>2</sup> Vgl. zusammenfassend zur Debatte nur *Wolfgang Riefner*, Grundrechtsadressaten, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 83 ff.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, S. 29 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zur Differenzierung nur *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *ders.* Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, 1976, S. 221 ff. (v.a. 238 ff.).

jektiven Dimension“ der Grundrechte,<sup>5</sup> die von der skizzierten Linie allenfalls auf den ersten Blick abweicht. Näher betrachtet geht es erneut vor allem um eine Verstärkungswirkung mit Blick auf den Individualschutz. Was als „objektive Dimension“ auftritt, betrifft vor allem „besondere Ausprägungen der Schutzpflicht“<sup>6</sup>, die ihrerseits individualistisch konzipiert ist. „Objektiv“ besagt demnach hier eigentlich: intersubjektiv, insofern es um Grundrechtsschutz in Situationen geht, an denen mehrere Bürger als Grundrechtssubjekte beteiligt sind.

Diese individualistische Lesart ist allerdings ebenso erfolg- wie voraussetzungsreich. Nicht nur das Erkenntnissubjekt hat eine Geschichte,<sup>7</sup> auch und erst recht die Rechtssubjektivität und ihre grundrechtliche Ausformung müssen als „evolutionäre Errungenschaft“ der Gesellschaft und ihres Rechts verstanden werden.<sup>8</sup> Erst die Aufklärung des sozialen Kontexts macht die Entwicklung nachvollziehbar. Sie erlaubt dann auch, den mittlerweile erreichten status quo als möglicherweise zu extreme Perspektivverengung zu kritisieren. Diese Kritik an der Loslösung des Grundrechtsdiskurses aus seinem gesellschaftlichen Kontext besagt allerdings nicht zwangsläufig, dass das Bedingungsverhältnis Individuum/Gesellschaft einfach umzukehren ist. Möglicherweise wirkt das Subjekt auf den Kontext, dem es entstammt, seinerseits wieder zurück und zwingt damit dazu, das Denken in linearen Bedingungsverhältnissen aufzugeben.

Diesem Problemzusammenhang möchten wir im Folgenden zunächst in seiner allgemeinen Struktur etwas näher nachgehen (I-IV).<sup>9</sup> Er lässt sich aber auch genauer in einzelne Themenschwerpunkte differenzieren. Diese Differenzierung liegt den nachfolgenden Beiträgen zugrunde, die aus unterschiedlichen Perspektiven und mit durchaus unterschiedlichen Ergebnissen das skizzierte Problemfeld näher ausmessen (V).

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu nur *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993, v.a. S. 41 ff.

<sup>6</sup> *Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 3. Aufl. 2002, S. 221 ff. (234).

<sup>7</sup> Vgl. *Michel Foucault*, Die Wahrheit und die juristischen Formen, in: *ders.*, Schriften in vier Bänden. Dits et Ecrits, Bd. II: 1970–1975, 2002, S. 669 ff. (672).

<sup>8</sup> Vgl. *Niklas Luhmann*, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2, 1981, S. 45 ff. Zum Begriff der „evolutionären Errungenschaft“ *ders.*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu bereits die grundlegenden Überlegungen bei *Karl-Heinz Ladeur*, Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, Der Staat 50 (2011), S. 493 ff.

## I. Personale Wende des Individualismus auch in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik?

Die Idee individueller Subjektivität (und mit ihr verknüpft: der Emotionen, der moralischen Gefühle und der innerpsychischen Ereignisketten der Einzelnen) prägt heute die ganze Gesellschaft. Sie hinterlässt damit auch im Rechtsdenken immer mehr Spuren. Auch hier artikuliert sich etwas, was als der dominierende neue Geist des Handelns und der Gesellschaft erscheint. Alles ist danach auf jenen höchsten Wert bezogen, den die individuelle Freiheit als Autonomie darstellen soll. Mit Alain Ehrenberg kann man diese Entwicklung als Manifestation einer „*personalen Wende* des Individualismus“ bezeichnen.<sup>10</sup> Gemeint ist damit eine Konzeption, die nicht länger die notwendigerweise kollektive Verankerung jeder Form von Individualismus,<sup>11</sup> auch des Individualismus einer individualistischen Gesellschaft, betont, sondern ihren Individualismus noch weiter radikalisiert hat.

Als ein deutliches Symptom für diese Entwicklung lässt sich aus dem Bereich der Sozialphilosophie Axel Honneths neuere Publikation *Das Recht der Freiheit* nennen. Recht und Gerechtigkeit werden dort von der Autonomie des Einzelnen her erschlossen und Freiheit als der einzige „ethische Wert“ bestimmt, der die institutionelle Ordnung der modernen Gesellschaft nachhaltig geprägt habe. Alle anderen Werte, etwa derjenige der „Gleichheit“, erfahren danach nur in Beziehung zum Wert der individuellen Freiheit eine Bedeutung oder sind längst in das Fahrwasser des Autonomiegedankens geraten, um der individuellen Autonomie am Ende nur „weitere Tiefenschichten“ zu verleihen.<sup>12</sup> Als individuelle Autonomie, so Honneth weiter, werde Autonomie heute aber zuallererst in der Münze der „rechtlichen Freiheit“ im Sinne der Einräumung eines staatlich geschützten Spielraums der „Privatautonomie“ gehandelt und zur Geltung gebracht. Davon wird eine „soziale Freiheit“ unterschieden, die sich rechtlich, insoweit in Übereinstimmung mit der dominierenden Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, im „Wir“ der demokratische Willensbildung artikuliert.<sup>13</sup>

Was hier aus rechtsexterner Sicht beschrieben wird, gilt weitgehend entsprechend auch für den rechtsinternen Diskurs. Auch in der engeren juristischen Fachdiskussion hat sich die selbstbestimmte Handlung als der am höchsten bewertete Handlungsstil durchgesetzt. Während man im Fall von Honneths sozialphilosophischer Rekonstruktion von Autonomie wenigstens noch auf die Grundannahme verweisen kann, dass in der modernen liberalen Gesellschaft

---

<sup>10</sup> Vgl. *Alain Ehrenberg*, *Das Unbehagen in der Gesellschaft*, 2011, S. 16 (Zitat), 21. Zu Ehrenbergs Ansatz auch den Beitrag von *Ino Augsberg*, i. d. Bd.

<sup>11</sup> Vgl. allg. *Louis Dumont*, *Individualismus. Zur Ideologie der Moderne*, 1991.

<sup>12</sup> *Axel Honneth*, *Das Recht der Freiheit*, 2011, S. 35, 232, 470 ff.

<sup>13</sup> *Honneth*, ebd., S. 129 ff.

neben das (abstrakte) staatliche Recht die (universalistische) Moral als institutioneller Komplex tritt (eine intersubjektiv gewährte „moralische Freiheit“, die seit den Tagen der Aufklärung in eine regelgeleitete subjektive gewissensförmige Selbstkontrolle des Handelns übersetzt werde), und Honneth von hier aus sogar eine Brücke zur „sozialen Freiheit“ und den mit ihr verknüpften kollektiven Praktiken, den bereits im Alltag herrschenden Gebräuchen, Gewohnheiten und eingegangenen Handlungsverpflichtungen, schlägt,<sup>14</sup> wird die engere juristische Fachdiskussion durch eine einseitige Vorstellung von rechtlicher Freiheit beherrscht. Sie entspricht im Ausgang ungefähr Honneths Typus „rechtlicher Freiheit“, nimmt diesen Typus aber als das Ganze.

Damit rückt in der juristischen Diskussion die Sorge um die individuelle Subjektivität ganz in den Vordergrund des Geschehens. Allerdings erfolgt zugleich eine entscheidende weitere Umakzentuierung: Grundrechte werden wenigstens primär, wenn nicht sogar ausschließlich staatsbezogen gedacht. Sie fungieren als „Abwehrrechte“ gegen den Staat bzw. als subjektive Rechte, die einen Raum des individuellen Entscheidens gegen den „punktuellen Eingriff“ des Staates sichern sollen.<sup>15</sup> Erläutert wird diese Vorstellung kaum noch. Ganz im Sinne der von Ehrenberg beobachteten personalen Wende des Individualismus scheint sich die entsprechende Grundrechtsdoktrin inzwischen von selbst zu verstehen.

## II. Individuelle Freiheit und kollektive Ordnung

Doch dieser Schein trägt. Das grundlegende Defizit der heute vorherrschenden individualistischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik liegt darin, dass sie das, was eine Gesellschaft ausmacht, nicht adäquat erfasst. Sie kann daher auch nicht beschreiben, was Individualität und individuelle Freiheit in der modernen liberalen Gesellschaft bedeuten. Die Zentralkategorie der Autonomie bleibt konturlos, solange nicht ebenso ihr Gegenbegriff der Heteronomie zum Thema wird. Beide Aspekte sind nicht voneinander zu trennen.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Honneth, ebd., S. 221 ff.; kritisch dazu etwa Robert Pippin, *Hegel's Practical Philosophy: Rational Agency as Ethical Life*, New York 2008, S. 257; vgl. auch Ehrenberg (Fn. 10), S. 388 ff., 396.

<sup>15</sup> Vgl. allg. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, 2003 (das Konzept des Abwehrrechts wird hier zu stark auf seine „nur“ dogmatische Konstruktion reduziert, die sich zu einer aus dem einfachen Recht „abstrahierten Freiheit“ wandelt); ähnlich schon Gertrude Lübke-Wolff, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, 1988; Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, EuGRZ 1984, S. 457; Horst Dreier, Vorb., in: ders. (Hrsg.), *GG*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 30, 43.

<sup>16</sup> Vgl. zur Diskussion über den Zusammenhang von Auto- und Heteronomie mit Bezug auf die Konzeptionen von Kant und Levinas Adriaan Theodoor Peperzak, *Beyond: The Philosophy of Emmanuel Levinas*, Evanston 1997, S. 198 ff.

Dieser Gegenbegriff kann in der modernen liberalen Gesellschaft nicht der Staat und sein sich in „Eingriffen“ in die Gesellschaft artikulierender Machtanspruch sein. Charakteristischerweise wird der Staat spätestens seit dem 19. Jahrhundert selbst als Rechtssubjekt mit eigenem „Willen“ gefasst.<sup>17</sup> Der Rahmen des subjektivistischen Modells wird damit nicht verlassen, sondern nur auf beide Pole des Eingriffsabwehrverhältnisses aufgespalten. Demgegenüber muss das Andere des Subjekts und seiner Autonomie heute in der diffusen Anonymität der symbolischen Ordnung gesucht werden, die ihrerseits an die Evolution einer unpersönlichen kulturellen Dynamik gebunden ist, die sich jeder Form von Selbst-Bestimmung und „Steuerung“ der Subjekte entzieht, weil sie eben das Andere der Autonomie – die Heteronomie der kollektiven Ordnung – in Anschlag bringt, das, wie man mit Maurice Merleau-Ponty formulieren könnte, „vom reflexiven Denken immer schon vorausgesetzte und den prädikativen Operationen vorausgehende Zur-Welt-Sein“.<sup>18</sup> Die Trennung der Gesellschaft von einem Ordnung stiftenden Anderen durchzieht auch das Individuum selbst. Seitdem der gesellschaftliche Zusammenhang nicht mehr durch die Vorgegebenheit einer göttlichen Ordnung, sondern durch die Ungewissheit der Zukunft bestimmt wird, muss man von der Unvollständigkeit der menschlichen Existenz ausgehen.

Schon bei Adam Smith findet sich der Gedanke, dass die Annahme der Möglichkeit, an einem zentralen Beobachtungspunkt all das Wissen zu kumulieren, das für die Lenkung einer Gesellschaft erforderlich wäre, die Natur der gesellschaftlichen Institutionen als das nicht leicht beobachtbare Produkt zahlloser individueller Handlungen verkennen würde.<sup>19</sup> Die Gesellschaft als solche ist nur durch Gesetze erreichbar, während die Menschen selbst häufig oder meistens nichts voneinander wissen und vor allem nicht wissen, was sie einander verdanken. Die Institutionen der modernen Gesellschaft orientieren sich nicht am *Handeln* der Individuen (das keinesfalls in der Anwendung von Regeln oder Modellen aufgeht), sondern an einer nicht hintergehbaren experimentellen Logik, die die Anwendung von Regeln und Modellen transzendiert und damit auf das etwa in Kafkas Prozess-Roman „gleichermaßen ethische wie poetologische Problem der Darstellbarkeit („Einlösbarkeit“) des Allgemeinen im Besonderen“ jenseits mehr oder weniger mechanischer Muster zu reagieren versucht.<sup>20</sup> Freiheit operiert nicht nach der Logik der Subsumierbarkeit des Besonderen unter das Allgemeine (wie noch in Kants kategorischem Imperativ), sondern nach einer „fuzzy logic“, die auf die Ungewissheit jenseits der (bekannten) Risiken situiert ist.

---

<sup>17</sup> Vgl. Carsten Kremer, Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber, 2008.

<sup>18</sup> Maurice Merleau-Ponty, Sinn und Nicht-Sinn, 2000, S. 183.

<sup>19</sup> James R. Otteson, Adam Smith's Marketplace of Life, Cambridge 2002, S. 214.

<sup>20</sup> Susanne Lüdemann, „Geltung ohne Bedeutung“. Zur Architektonik des Gesetzes bei Franz Kafka und Giorgio Agamben, Zeitschrift für deutsche Philologie 124 (2005), S. 499 ff., 509.

An dieser Stelle setzt die Relevanz der Grundrechte im erweiterten kollektiven Verständnis ein: Die unterschiedlichen Grundrechte tragen zur institutionellen Bewältigung (die nicht im Sinne von Beseitigung misszuverstehen ist) der die moderne Gesellschaft treibenden experimentellen Logik bei. Besonders deutlich wird das bei den Kommunikationsgrundrechten: In bildender Kunst, Literatur oder der Meinungsöffentlichkeit kann mit Formen und Auffassungen experimentiert werden, die von etablierten Regeln und Mustern abweichen.<sup>21</sup> Daneben besteht eine Vielzahl von praktischen Zwängen der Sozialität (in der Wirtschaft, in der Politik, in der Wissenschaft etc.), die eine stärker implizite Übereinstimmung der „Lebensformen“ verlangen, weil Kooperation sonst nicht möglich ist. Diese Lebensformen verweisen auf eine gemeinsame Kultur, in der festgelegt wird, was sich „von selbst versteht“, was weder Gegenstand des rationalen Diskurses noch der individuellen Vereinbarung sein kann. Ohne das Einrücken des Subjekts in einen übergreifenden sprachlichen und kulturellen Zusammenhang, ohne Normalitätsunterstellungen, ist kein Ich möglich.<sup>22</sup> „Persönliches und Subjektives gibt es nur“, so Alain Ehrenberg, „weil es zunächst eine Welt von kohärenten, unpersönlichen Bedeutungen gibt, ohne die die Subjektivität schlichtweg nicht artikulierbar wäre.“<sup>23</sup>

### III. Der Vorrang des Ganzen – als Regel und Institution

Eben diesen Aspekt verkennen die heute vorherrschende Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik. Statt anzuerkennen, dass vor aller (notwendigen) staatlichen Strukturierung der Grundrechtsausübung die Selbstorganisation der Gesellschaft durch eine Infrastruktur aus sozialen Normen, Institutionen, Praktiken, Konventionen und Lebensformen liegt,<sup>24</sup> die das Werden der Subjekte und die kollektive Ordnung zwischen den Subjekten konstituiert, das heißt die Regeln ihrer Ko-Existenz ausbildet, wird das Individuum als nicht weiter zu hinterfragende Realität genommen. Diese Sichtweise verdinglicht das Subjekt als Frei-

<sup>21</sup> Vgl. in historischer Perspektive, *Tim C. W. Blanning*, *Das Alte Europa 1660–1789. Kultur der Macht und Macht der Kultur*, 2006, S. 107 ff., 142 ff. Kant spricht in der *Kritik der Urteilskraft* vom „freien Spiel der Erkenntniskräfte“, um die Lösung des individuellen Bewusstseins, des Erlebens, des Lustgefühls, von der Gegebenheit der Objektivität der Sachverhalte auszudrücken und damit den prekären Status ästhetischer Urteile zu begründen.

<sup>22</sup> Vgl. *Jean-Claude Kaufmann*, *Wenn ICH ein anderer ist*, 2010, S. 11.

<sup>23</sup> *Alain Ehrenberg*, *Das Unbehagen in der Gesellschaft*, 2011, S. 20 f.

<sup>24</sup> Vgl. zur Pluralität gesellschaftlicher Normen, von denen der staatliche Typus der Rechtsnormen nur eine Schicht bestimmt (mit Hinweis auf Emile Durkheim) *Albert Ogién/Sandra Laugier*, *Pourquoi désobéir en démocratie?*, Paris 2010, S. 155 ff.; vgl. auch *Matthias Kötter/Kristina Kühl/Judit Y. Mengesha*, Einleitung, in: *Matthias Kötter/Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, 2009, S. 11 ff., 17 (zu Eugen Ehrlich).

heitsträger, um dieses sodann in eine Beziehung zur (ebenfalls verdinglichten) kollektiven Ordnung der Gesellschaft zu setzen, die als durch den Staat bzw. die Demokratie gestiftet begriffen wird.

Damit wird die immer schon existierende Abhängigkeit des Individuums von Regeln und Institutionen ausgeblendet. Diese Ausblendung führt zu einem Missverständnis der Institutionen, die dann lediglich als auf Dauer gestellte „institutionelle Komplexe“ im öffentlichen Raum erscheinen.<sup>25</sup> Statt den Begriff dergestalt zu verengen, ist er – im Anschluss an Paul Fauconnet und Marcel Mauss – in einem weiten Sinn als eine „Gesamtheit von Handlungen und Vorstellungen“ zu bestimmen, die sich „vollkommen eingebürgert haben“; Institution bezeichnet danach die Summe der „Handlungs- und Denkweisen, die das Individuum als schon bestehend vorfindet und deren Weitergabe sich ganz allgemein durch die Erziehung vollzieht“.<sup>26</sup> Gerade die moderne Gesellschaft muss als abhängig von einer Fülle zerstreuter Praktiken und Institutionen gedacht werden. Man könnte in der theoretischen Sprache der Institutionenanalyse auch von Normen als dezentralisierten gesellschaftlichen Mechanismen sprechen, die Verhalten regeln und damit gesellschaftliche Folgen haben.<sup>27</sup> Auch jenseits der Grundrechte ist dieser Bezug im Recht stets präsent. Im Zivilrecht etwa wären fast alle Rechtsbegriffe, die auf Handlungen bezogen sind (etwa: Rechtsgeschäfte und unerlaubte Handlungen), ohne Rekurs auf Konzepte wie die „Verkehrsauffassung“, auf die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ und ähnliche Verweisungsbegriffe weit unterhalb der offenen Verweisung auf soziale Normen („gute Sitten“, „Treu und Glauben“) in zentralen Konflikten nicht anwendbar.

Die Abhängigkeit jeder Form von Subjektivität und Individualität von einer kollektiven Ordnung wird besonders deutlich, wenn man akzentuiert, dass Individualität und Subjektivität eine „logische Dressur“ voraussetzen, die sich für jedes Individuum über die „Tatsache des Lernens von Wörtern vollzieht, von Wörtern, die gesellschaftliche Bedeutungen und Verwendungen sind.“<sup>28</sup> Nicht zuletzt Wittgenstein hat diese Abhängigkeit der Sprache von kollektiven Regeln, von „Gepflogenheiten (Gebräuche, Institutionen)“<sup>29</sup>, herausgestellt. Er hat damit in ähnlicher Weise wie Fauconnet und Mauss den Begriff der Institution weit ausgedehnt. Wer einen Eigentumsanspruch formuliert, ist immer schon in Sprache und Kommunikation verstrickt, und diese verweist als solche auf eine Ordnung sprachlich fundierter Bedeutungsbeziehungen, die das ausmachen, was

---

<sup>25</sup> Zu eng etwa Honneth (Fn. 12), S. 221; ähnlich auch Gunnar Folke Schuppert, Staat als Prozess. Eine staatsrechtliche Skizze in sieben Aufzügen, 2010, S. 49.

<sup>26</sup> Zitiert nach Ehrenberg (Fn. 10), S. 356.

<sup>27</sup> Thráinn Eggertsson, Imperfect Institutions and Limits of Reform, Ann Arbor (Mich.) 2005, S. 77.

<sup>28</sup> Ehrenberg (Fn. 10), S. 352.

<sup>29</sup> Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (1945), 2003, § 199; Ehrenberg (Fn. 10), S. 357; in rechtlicher Perspektive Thomas Vesting, Rechtstheorie, Ein Studienbuch, 2007, Rn. 59.



wir eine Gesellschaft nennen. Ohne die sprachliche Konditionierung des Individuums, ohne „logische Dressur“, gibt es kein Individuum. In diesem Sinn muss das Ganze, als Regel und Institution, als vor der individuellen Subjektivität gegeben hingenommen werden.<sup>30</sup> Mit Stanley Cavell kann man das auch so ausdrücken: „Im ‚Lernen von Sprache‘ lernt man nicht bloß, wie die Namen der Dinge lauten, sondern was ein Name ist; nicht nur, in welcher Form ein Wunsch ausgedrückt wird, sondern was es heißt, einen Wunsch auszudrücken; nicht nur, was das Wort für ‚Vater‘ ist, sondern was ein Vater ist; nicht nur, was das Wort für ‚Liebe‘ ist, sondern was Liebe ist. Beim Erlernen von Sprache lernt man nicht bloß die Aussprache von Lauten und ihre grammatischen Ordnungen, sondern die ‚Lebensformen‘, die solche Laute zu Wörtern machen, die sie sind, die dafür sorgen, daß sie leisten, was sie leisten“<sup>31</sup>.

Überträgt man diese Gedanken auf die Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, so sollte deutlich sein, dass diese nicht einfach mit der Unterstellung einsetzen können, die Individuen bildeten stabile Einheiten, aus denen sich die Gesellschaft sukzessive zusammensetzt. Die Funktion der Grundrechte kann nicht allein darin liegen, primär die Handlungsräume stabiler Subjekte vor Eingriffen des Staates zu schützen. Will man an der subjektivistischen Beschreibung als solcher überhaupt festhalten, dann ließe sich vor diesem Hintergrund eher formulieren, dass das eigentliche Subjekt der Freiheit *die* Gesellschaft und das permanente spielerische Prozessieren ihrer Beziehungs- und Kommunikationsnetzwerke ist.<sup>32</sup>

#### IV. „Juristenverfassung“ und gesellschaftliche Selbstorganisation

Der Verlust der kollektiven Dimension der Grundrechte wird in der personalistisch-individualistischen Grundrechtsdoktrin dadurch verschärft, dass die Gemeinschaftsbindung den Individuen erst durch den Staat und das staatliche

<sup>30</sup> Ehrenberg (Fn. 10), S. 353; Vincent Descombes, *Les institutions du sens*, Paris 1996, S. 256.

<sup>31</sup> Stanley Cavell, *Der Anspruch der Vernunft*, 2006, S. 302; Ehrenberg (Fn. 10), S. 351; zur Psychologie des Eigennamens vgl. auch Peter Widmer, *Der Eigename und seine Buchstaben*, 2010.

<sup>32</sup> Eine solche Perspektive kann an Gedanken anknüpfen, die sich bereits bei Hume finden; vgl. dazu Lucien Jaume, *La liberté et la loi – les origines philosophiques du libéralisme*, Paris 2000, S. 209 („Le vrai sujet de la liberté est donc selon Hume le corps social conçu comme jeu d’interactions permanentes, qui se régule indépendamment de l’État par une logique à la fois naturelle et artificielle, l’artifice n’étant qu’un prolongement de la nature et non ce qui s’en sépare.“); Ladeur (Fn. 9), S. 511 („Im Anschluss an Hume kann man sogar zu der Überlegung gelangen, dass das eigentliche Subjekt der Freiheit die Gesellschaft und das Prozessieren ihrer Beziehungsnetzwerke seien“).

Recht auferlegt wird. Weit verbreitet ist ein Verständnis, demzufolge die Gemeinschaftsbindung der subjektiven Rechte nicht mehr durch die (gesetzlichen) Schranken begründet wird, sondern einer Erweiterung der „Abwehrdimension“ um eine „Schutzdimension“ bedarf, deren Handhabung durch den Staat, seine Verfassung und die diese Verfassung auslegenden Verfassungsjuristen bestimmt wird.<sup>33</sup> Deutlich wird dieser Zusammenhang etwa an der Tatsache, dass heute kein Grundrecht so weiträumig geschützt wird wie das vom Bundesverfassungsgericht selbst geschaffene „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“.<sup>34</sup> Demgegenüber droht die Eigenrationalität der kollektiven Ordnungsbildung der Gesellschaft, die sich über die Selbstorganisation sozialer Normen, Prozeduren und Handlungsmuster vollzieht, hinter einer über den Staat prozessierten Justizialisierung von Grundrechten verlorenzugehen.

Diese Justizialisierung der Grundrechte bedingt eine Verengung der Perspektive auf die Bestimmung der Freiheit durch den „verfassungsjuristischen Diskurs“, der einen „Interpretationsvorsprung des Verfassungsrechtssystems unter Führung des BVerfG“ begründen soll.<sup>35</sup> Die „bürgerliche Kernverfassung“ werde auf diese Weise von der „ausdifferenzierten Juristenverfassung“ überlagert. Dabei wird dem Staat vielfach sogar die Möglichkeit zugeschrieben, „Grundrechtspolitik“ zu treiben und z.B. seinerseits Mittel an die Individuen verteilen zu können, die erforderlich sind, um ein Grundrecht auch „verwirklichen zu können“. Danach gewährleistet etwa Art. 12 GG, dass „der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensperspektive ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“.<sup>36</sup> In dieser Perspektive werden die spezifisch gerichtlichen Aufgaben der Fallkonstruktion und der Verknüpfung zwischen den einzelnen Entscheidungen stark vernachlässigt. Diese Aufgabe zu reflektieren, hieße jede adäquate Bestimmung der „gesellschaftlichen Gesamtleistung“ durch ein Gericht von selbst auszuschließen und sich auf die Konturierung und Transparenz der Regeln zu konzentrieren, deren Erhaltung die eigentliche Aufgabe der Rechtsprechung ist.

---

<sup>33</sup> Vgl. nur *Horst Dreier*, Dimension der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993.

<sup>34</sup> Kritisch *Hans Peter Bull*, Informationelle Selbstbestimmung. Vision oder Illusion? Datenschutz im Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit, 2009; *Karl-Heinz Ladeur*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S. 45 ff.

<sup>35</sup> *Brun-Otto Bryde*, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Detlef Mer ten/Hans Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 17, Rn. 64 ff.; kritisch dazu wohl auch *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 96, 167.

<sup>36</sup> BVerfGE 7, 377, 397; noch weitergehend BVerfGE 103, 293, 307 (Bundesurlaubsgesetz): Der Staat soll danach verpflichtet sein, dafür zu sorgen, dass der Bürger von der Berufsfreiheit auch Gebrauch machen kann. Hier zeigt sich die Kehrseite des unterbestimmt bleibenden unternehmerischen „Abwehrrechts“. Es wird geradezu zu einem delegierten Recht, das unter staatlichem Gewährleistungsvorbehalt steht.

Hier zeigt sich noch einmal in aller Deutlichkeit die Konsequenz der Ablösung eines Grundrechtsverständnisses von der Rückbindung an die Beobachtung der Selbstorganisation der Gesellschaft in ausdifferenzierten Teilsystemen, ihren Praktiken, sozialen Normen, Handlungsmustern und ihre Ersetzung durch eine bloße Staats- und Gerichtsideologie. Wenn eine berufliche Tätigkeit „die Persönlichkeit des Menschen erst voll ausformt und vollendet“,<sup>37</sup> so wird der Staat dadurch zu einem Handeln verpflichtet, dessen Kompatibilität mit den Funktionsnetzwerken der Wirtschaft selbst allenfalls wieder zum Abwägungsproblem werden kann. Die Gesellschaft hat sich der Verfassung zu fügen, wie sie im „verfassungsjuristischen Diskurs“ definiert wird. Auch nach unserer Auffassung ist das Grundgesetz offen für Neues, für Irritationen, für den Einbau von Zwängen zur Selbstbeobachtung, wenn die Rechtsverhältnisse durch große Organisationen oder lange Handlungsketten und komplexe Kausalitäten für die Beteiligten undurchschaubar werden, um nur einige Ansätze zur Weiterentwicklung der Grundrechte über die klassische Abwehrdimension hinaus zu nennen. Aber das Grundgesetz kann dem Einzelnen nicht unmittelbar eine „Lebensperspektive“ eröffnen.

Alternativen zur vorherrschenden Dogmatik können heute immer schwerer diskutiert werden: Nicht mehr ein notwendigerweise kontrovers bleibendes allgemeines „Textverständnis“ geht der Anwendung von Grundrechtsnormen voraus,<sup>38</sup> wie es selbstverständlich auch für die hier verfolgte Perspektive auf die Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung gilt. Der Transformationsvorgang vom Text zur Norm wird durch das bestehende dogmatische Geflecht und die sich dazu entwickelnde Verfassungspraxis gelenkt.<sup>39</sup> Umgekehrt wird der „Verfassungsgerichtspositivismus“<sup>40</sup> in einer weiteren Drehung des Zirkels auch auf die Methode erstreckt: Das „dogmatische Geflecht der Praxis“ kann dann allenfalls noch verfassungstheoretisch beobachtet werden,<sup>41</sup> weist aber jeden dogmatischen Korrekturversuch ab, der sich nicht auf immanente Kritik beschränkt.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 377, 397.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Friedrich Müller/Ralph C. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 2004, Rn. 233.

<sup>39</sup> Vgl. *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998, 26.

<sup>40</sup> Vgl. *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: *Hommage an Josef Isensee*, 2002, 183 ff.; kritisch auch *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161 ff. (163).

<sup>41</sup> Auf eine genauere Bestimmung des Verhältnisses von Grundrechtstheorie und -dogmatik kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu die Darstellung bei *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, 124 ff.