

INO AUGSBERG

Theorien der Grund- und Menschenrechte

Mohr Siebeck



Ino Augsberg

Theorien der Grund- und Menschenrechte



Ino Augsberg

Theorien der Grund- und Menschenrechte

Eine Einführung

Mohr Siebeck

Ino Augsberg, geboren 1976, ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht sowie Co-Direktor des Hermann Kantorowicz-Instituts für juristische Grundlagenforschung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

ISBN 978-3-16-158285-1 / eISBN 978-3-16-158286-8
DOI 10.1628/978-3-16-158286-8

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Grundrechte sind weit mehr als eine akademische Spezialmaterie, mit der sich Jurastudierende zu einem bestimmten Zeitpunkt ihrer Ausbildung beschäftigen müssen. Als normative Grundlage unseres Gemeinwesens beeinflussen sie die Lebenswelt aller Bürgerinnen und Bürger. Kaum ein Tag vergeht, an dem wir nicht mit Nachrichten konfrontiert werden, denen entscheidende Grundrechtsprobleme zugrunde liegen: Darf der Staat auf Daten zugreifen, die durch elektronische Assistenzsysteme wie „Siri“ oder „Alexa“ erhoben und gespeichert werden? Ist es zulässig, dass eine Universität mit einem Niqab oder einer Burka bekleideten, also vollverschleierten Studentinnen verbietet, an den regulären Lehr- und Prüfungsveranstaltungen teilzunehmen? Darf der Staat die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche verbieten – oder muss er das sogar? Wo liegen dann wiederum die Grenzen von derartiger Werbung zu einer ihrerseits eventuell nicht nur zulässigen, sondern rechtlich gebotenen Information über eine solche Handlungsmöglichkeit? Umfasst die Autonomie des Menschen nicht nur die Entscheidung darüber, sein eigenes Leben zu beenden, sondern reicht sie möglicherweise so weit, dass der Staat die Möglichkeit zulassen muss, bei dieser Beendigung des eigenen Lebens professionelle Unterstützung durch sogenannte „Sterbehilfe-Vereine“ in Anspruch nehmen zu können? Dürfen zur Eindämmung einer Pandemie Ausgangssperren verhängt, Kindergärten, Schulen und andere öffentliche Einrichtungen geschlossen sowie Betätigungsverbote für private Gewerbetreibende angeordnet werden? All das sind Fragen, die fundamentale Bedeutung für das Zusammenleben in einer modernen Gesellschaft haben. Es sind zugleich Fragen, die so stark grundrechtsgeprägt sind, dass sie nicht ohne Rückgriff auf diese normativen Grundentscheidungen unserer Verfassung gelöst werden können.

Für die Beantwortung der genannten Fragen sind also juristisch geschulte Antworten erforderlich. Das führt allerdings zu einer neuen Schwierigkeit: Wie derartige grundrechtlich geprägte Fragen zu entscheiden sind, bildet nicht lediglich ein Problem der angemessenen Verfassungsinterpretation, die im Sinne eines spezifischen juristischen „Handwerkszeugs“ gelehrt und gelernt und dann nur noch *lege artis* angewendet werden muss. Die

Interpretation ist vielmehr in mannigfaltiger Weise vorgeprägt durch bestimmte Grundvorstellungen darüber, was Grundrechte überhaupt sind und was sie in der und für die Gesellschaft und die einzelnen Bürgerinnen und Bürger leisten können und leisten sollen, also welche Aufgaben, aber auch welche Grenzen ihnen im demokratischen Gemeinwesen gesetzt sind. Sichern Grundrechte etwa ausschließlich den jeweiligen Besitzstand jedes Einzelnen gegen Eingriffe des Staates? Oder erlauben sie es dem Individuum auch, Forderungen hinsichtlich bestimmter Leistungen – etwa in Form von finanzieller Unterstützung, sei es als Sozialhilfe oder als Subvention wirtschaftlicher Unternehmungen – an den Staat zu stellen? Schützen die Grundrechte zudem möglicherweise nicht nur die einzelnen Menschen, verstanden als autonome Individuen, sondern darüber hinaus auch abstraktere gesellschaftliche Prozesse, namentlich etwa die demokratische Organisation eines Staates?

Auf dieses Vorverständnis hinsichtlich des allgemeinen Charakters der Grundrechte bezieht sich die Rede von der Grundrechtstheorie. Weil die so verstandene Grundrechtstheorie unmittelbar vorentscheidend ist für die Frage, wie wir die konkreten Problemfälle zunächst einmal überhaupt in den Blick bekommen, um dann sukzessive zu versuchen, sie entsprechend verstehen und lösen zu können, geht es bei ihr ebenso wenig wie bei der Grundrechtsdogmatik um eine rein akademische Fragestellung. Als allgemeine Untersuchung und auf Basis dieser Untersuchung schließlich erfolgende Festsetzung, welche grundlegenden Zwecke wir den Grundrechten beimessen (und welche nicht), bestimmt diese Art der Theorie vielmehr maßgeblich mit über die Reichweite der individuellen Gewährleistungen in den konkreten Fallkonstellationen. Sie ist damit von größter Bedeutung auch für die Entscheidungen im Einzelfall.

Der folgende Text unternimmt es, diese spezifische Relevanz der Grundrechtstheorie genauer zu erläutern. Er möchte dabei vor allem darauf hinweisen, dass es sich bei dem skizzierten Vorverständnis tatsächlich um eine Entscheidung im Sinne einer möglichen Auswahl aus einer Vielfalt bestehender Grund- und Menschenrechtstheorien handelt.

Zweierlei kann und soll daher im Folgenden nicht erreicht werden:

Zum einen geht es mir nicht, wie es einem berühmten Vorbild entprochen hätte, um die Darstellung einer eigenen „Theorie der Grundrechte“ im Singular. Der Plural im Titel soll in dieser Hinsicht die bescheidenere Zielsetzung meines Vorhabens verdeutlichen: Ich möchte lediglich einen strukturierten Überblick über einen bestimmten Stand der in sich überaus vielfältigen Debatte geben.

Zum anderen erhebt dieser Überblick nicht den Anspruch, auch nur ansatzweise vollständig alle bestehenden Theoriemodelle aufzuführen. Er setzt

vielmehr bereits eine gewisse Auswahl, also eine Entscheidung über die im Einzelnen näher zu besprechenden und in ihrem Zusammenhang zu erläuterten Theorien voraus.

Dass diese beiden Punkte zusammenhängen und dabei zugleich in einer gewissen Spannung zueinander stehen, ist nicht zu verkennen. Denn natürlich muss der Auswahlentscheidung, wenn sie nicht einfach aufs Geratewohl erfolgen soll, doch bereits eine gewisse „eigene“ Theorie zugrunde liegen, die über die Auswahlkriterien bestimmt und deren Konturen in dieser Auswahl damit zumindest mittelbar, in bestimmten Hervorhebungen einerseits, gewissen Auslassungen andererseits, erkennbar werden.

Meine primäre Intention im Folgenden ist aber nicht, diese Theorie aus dem Status einer impliziten Grundlage zu lösen und in eine explizite eigene Konzeption zu überführen. Deutlich werden soll bei dem gewählten Verfahren stattdessen vor allem eines: Die verschiedenen vorzustellenden Theorien stehen nicht einfach schieflich-friedlich nebeneinander. Zwischen ihnen können vielfältige Konkurrenzen und Konflikte existieren. Positiver formuliert: Von den unterschiedlichen Theorien können ebenso unterschiedliche Problemlösungsanstöße ausgehen, die sich an konkreten, im Einzelnen exemplarisch zu nennenden Fallkonstellationen näher aufzeigen lassen. Gerade vor diesem Hintergrund der Pluralität der Ansätze und ihrer jeweiligen praktischen Funktion erhält die Frage nach der Grundrechtstheorie respektive nach den Grundrechtstheorien ihre spezifische Brisanz und Bedeutung.

Der Text beruht auf einer Vorlesung, die ich zunächst im Herbstsemester 2018 im Rahmen einer Gastlehrveranstaltung an der Universität Luzern und dann im Jahr darauf noch einmal an meiner Heimatuniversität in Kiel gehalten habe. Bereits einige Jahre zuvor hatten mein damaliger Assistentenkollege Sebastian Unger und ich gemeinsam in München ein zweisemestriges Lektüreseminar zur Grundrechtstheorie veranstaltet, aus dem dann ein Band mit den im Seminar besprochenen Primärtexten hervorgegangen ist (vgl. Augsburg/Unger [Hrsg.], *Basistexte Grundrechtstheorie*, Baden-Baden 2012). Die meisten der Texte, mit denen sich auch die folgenden Ausführungen näher auseinandersetzen, sind in diesem Band gut greifbar versammelt.

Meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Kiel, Marie Friese, Charlotte Henkel, Luca Knuth, Mansoor Koshan, Maximilian Petras, Nikolai Schumann, Greta Thamm und Christian van Bürk, haben einen ersten Entwurf des Textes mit mir diskutiert und dabei eine Vielzahl äußerst hilfreicher Hinweise und Anregungen gegeben, von denen die gesamte Dar-

stellung – insbesondere in der für einen als „Einführung“ konzipierten Text entscheidenden Frage der ausreichenden Zugänglichkeit und Verständlichkeit – stark profitiert hat. Dafür auch an dieser Stelle noch einmal: herzlichen Dank!

Kiel, im Dezember 2020

Ino Augsberg

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
§ 1 Wozu Grundrechtstheorie?	1
§ 2 Die klassische Idee: Grundrechte als „natürliche“ Abwehrrechte gegen den Staat	23
§ 3 Eine alternative Ursprungserzählung: Grundrechte als protestantisches Programm?	45
§ 4 Kritik der (Grund-)Rechte I. Das bürgerliche Programm eines possessiv-proprietären Grundrechtsverständnisses	73
§ 5 Perspektiverweiterungen. Die demokratische und sozialstaatliche Funktion der Grundrechte und die Idee der Grundrechte als Wertordnung	91
§ 6 Kritik der (Grund-)Rechte II. Die individualistische Verengung der Grundrechte und ihre systemtheoretisch reformulierte Alternative	111
§ 7 Zur Zukunft der Grundrechtstheorie	135
Literaturverzeichnis	155
Personen- und Sachregister	177

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
§ 1 Wozu Grundrechtstheorie?	1
I. Was heißt „Grundrechtstheorie“?	1
1. Ein berühmter Aufsatz als Ausgangspunkt	1
2. Böckenfördes Bestimmung von Grundrechtstheorie	3
3. Einzelaspekte der Begriffsbestimmung	4
II. Grundrechtstheorie im Rechtsstaat	7
1. Von der Theorie zur Praxis	7
2. Die bundesverfassungsgerichtliche Position	9
3. Ein Beispiel zur Veranschaulichung	10
4. Zusammenfassung: Zwei Bedeutungen der Grundrechtstheorie	13
III. Verfassungsgemäße Grundrechtstheorie?	14
1. Böckenfördes Antwort	14
2. Das Problem des hermeneutischen Zirkels	15
3. Konsequenzen für die Grundrechtstheorie	16
IV. Grundrechtstheorie(n) und Verfassungstheorie(n)	17
1. Verhältnis zur Verfassungstheorie	18
2. Verhältnis zur allgemeinen Rechtstheorie	19
3. Verhältnis zur Gesellschafts- und Kulturtheorie	20
V. Zum Gang der Darstellung	22
§ 2 Die klassische Idee: Grundrechte als „natürliche“ Abwehrrechte gegen den Staat	23
I. Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte	23
II. Locke und Rousseau als Väter dieser Idee?	25
1. Abgrenzung gegenüber Rousseau	25
2. Lockes Grundkonzeption	27
3. Die Frage nach dem Grund des Vertragsschlusses	30

III. Lockes Begründung für die Entstehung des Staates	31
IV. Die Konsequenzen dieses Verständnisses	34
V. Kritik des Modells: Locke als Advokat eines „Besitzindividualismus“	36
1. Liberales und soziales Grundrechtsverständnis	36
2. Individuum und politische Gemeinschaft	38
VI. Kritik der Kritik: zur fortdauernden Relevanz eines liberalen Grundrechtsverständnisses	40
§ 3 Eine alternative Ursprungserzählung: Grundrechte als protestantisches Programm?	45
I. Ein Ausgangsfall zur Einführung in das Grundproblem	45
1. Der Jewish-Free-School-Fall	46
2. Weiterführende Fragen	47
II. Georg Jellineks Idee von der Religionsfreiheit als Urgrundrecht ..	50
III. Das Verfahren der Abwägung als protestantisches Erbe?	55
1. Individualisierung der Religion und Grundrechtsverständnis ..	55
2. Folgen für die juristische Methodologie	58
3. Abwägung als protestantisches Modell?	62
IV. Mögliche Konsequenzen für die Idee universaler Menschenrechte	62
1. Menschenrechte als Religion	63
2. Kritische Selbstreflexion der religiösen Voraussetzungen der Menschenrechtsidee	65
3. Reflexive Relativierung	70
§ 4 Kritik der (Grund-)Rechte I. Das bürgerliche Programm eines possessiv-proprietären Grundrechtsverständnisses ...	73
I. Das Ausgangsproblem: von der religiösen und politischen zur menschlichen Emanzipation	73
II. Marx' grundlegende Kritik: die Grund- und Menschenrechte als egoistische Rechte des Einzelnen in der bürgerlichen Gesellschaft	77
1. Das Grundproblem	77
2. Die Ideen von <i>liberté</i> , <i>égalité</i> und <i>sûreté</i> als Verdeutlichung des Grundproblems	78
3. Der „wirkliche Mensch“ als „Gattungswesen“	80

III. Zur Rezeption der Kritik in der marxistischen Grundrechtstheorie und Grundrechtspraxis	82
1. Grundrechte im „real existierenden“ Sozialismus und Kommunismus	82
2. Menschenrechte in der marxistischen Rechtsphilosophie	83
IV. Zur gegenwärtigen Relevanz der Kritik	87
1. Das possessiv-proprietäre Grundrechtsverständnis	88
2. Die Formatierung des Menschen zum Rechtssubjekt	89
§ 5 Perspektiverweiterungen. Die demokratische und sozialstaatliche Funktion der Grundrechte und die Idee der Grundrechte als Wertordnung	91
I. „Dem Liberalismus die Totenmaske abnehmen“: zur Ambivalenz der Schmitt’schen „Verfassungslehre“	92
II. Liberales, demokratisches und sozialistisches Grundrechtsverständnis	97
1. Die Ambivalenz des „Grundrechte“-Kapitels	97
2. Das rechtsstaatliche „Verteilungsprinzip“ als Grundidee des liberalen Ansatzes	98
3. Die Erweiterung des liberalen Modells: „demokratische“ und „sozialistische“ Grundrechte	101
III. Grundrechte als Mittel sozialer Integration? Bedeutung und Problematik der Idee der Grundrechte als „objektive Wertordnung“	104
1. Smends Grundidee	104
2. Bedenken gegen die Konzeption	106
3. Positive Anknüpfungspunkte	108
§ 6 Kritik der (Grund-)Rechte II. Die individualistische Verengung der Grundrechte und ihre systemtheoretisch reformulierte Alternative	111
I. Die theoretische Ausgangssituation: Zum Verhältnis von Individuum und System	112
1. Theorieprämissen	112
2. Kritikpunkte	113

II. „Grundrechte als Institution“: Die systemtheoretische Reformulierung der Grundrechtsfunktion	118
1. Die Grundidee	118
2. Konsequenzen	121
3. Erweiterungen des Ansatzes	123
III. Praktische Konsequenzen des Perspektivwechsels	127
1. Inpersonale Grundrechte und der „Wiedereintritt“ des Individuellen	127
2. Drei exemplarische Felder: Wissenschaftsfreiheit – Kunstfreiheit – Datenschutz	130
§ 7 Zur Zukunft der Grundrechtstheorie	135
I. Erweiterungsperspektiven	135
1. Neue Grundrechte	136
2. Neue Grundrechtssubjekte?	139
3. Transnationaler Grundrechtsschutz in der globalisierten Weltgesellschaft?	141
II. Begrenzungserfordernisse: Kritik der (Grund-)Rechte III	145
1. Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte	146
2. Konsequenzen der Kritik	152
Literaturverzeichnis	155
Personen- und Sachregister	177

Wozu Grundrechtstheorie?

I. Was heißt „Grundrechtstheorie“?

1. Ein berühmter Aufsatz als Ausgangspunkt

Im Jahr 1974 veröffentlichte ein junger Professor für Öffentliches Recht an der erst wenige Jahre zuvor gegründeten „Reform-Universität“ Bielefeld einen Aufsatz in der (damals wie heute) vermutlich bekanntesten, sicherlich am weitesten verbreiteten, insbesondere von Rechtspraktikern vielgelesenen juristischen Fachzeitschrift „Neue Juristische Wochenschrift (NJW)“. Der Aufsatz trug den programmatischen Titel „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“.¹ Sein Verfasser Ernst-Wolfgang Böckenförde, der später einer der bekanntesten Richter am Bundesverfassungsgericht werden sollte,² versuchte in diesem Text nicht nur zu erläutern, was „Grundrechtstheorie“ bedeutet. Er erklärte dem vorwiegend an der Lösung praktischer Rechtsfragen interessierten Leserkreis der NJW zudem, warum derartige Diskussionen nicht ausschließlich in den Elfenbeinturm der akademischen Rechtstheorie gehören, sondern von weit darüber hinausgehendem, ganz allgemeinem Interesse sind. Die Begründung war ebenso schlicht wie schlagend: Diese Diskussionen, so zeigte der Aufsatz, haben ganz handfeste praktische Konsequenzen. Grundrechtstheorie bestimmt Grundrechtspraxis.³

¹ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff. (hier zitiert nach: *ders.*, Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, S. 221 ff.; auch wiederabgedruckt in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, Frankfurt a. M. 2011, S. 156 ff.; sowie in: Ino Augsberg / Sebastian Unger [Hrsg.], Basistexte Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012, S. 15 ff.).

² Vgl. zu Böckenförde als Person die instruktiven Selbstauskünfte in *Ernst-Wolfgang Böckenförde / Dieter Gosewinkel*, „Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung“, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht (Fn. 1), S. 307 ff. Zu seinem Wirken am Karlsruher Gericht *Andreas Voßkuhle*, Ernst-Wolfgang Böckenförde als Verfassungsrichter, Der Staat 58 (2019), S. 451 ff., sowie *Klaus Rennert*, Böckenförde als Verfassungsrichter – Ein Werkstattbericht, Der Staat 58 (2019), S. 475 ff.

³ Vgl. *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 221 f.

Dass der Grundrechtsschutz sich nicht unmittelbar aus dem kargen Text des Grundgesetzes ergibt, sondern in vielfältiger Form von der Grundrechtsinterpretation der Rechtsanwender, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, abhängt, konnte Böckenförde dabei als ein bereits weitgehend bekanntes Phänomen voraussetzen. Mehr als zwei Jahrzehnte einer durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommenen durchaus aktiven Lesart der Verfassung im Allgemeinen und der Grundrechte im Besonderen hatten ein entsprechendes Bewusstsein sowohl auf der Seite des professionellen Juristenstandes als auch in der allgemeinen Öffentlichkeit geschärft.⁴ Schon 1962 konnte dementsprechend Rudolf Smend, einer der bekanntesten deutschen Staatsrechtslehrer im 20. Jahrhundert,⁵ in seinem Festvortrag zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts mit einem später vielzitierten Diktum feststellen: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“⁶ Bemerkenswerterweise war diese aus der Binnenperspektive jener „Literatur“, das heißt der Staatsrechtslehre, formulierte Feststellung weniger als Kritik denn als Anerkennung – und diese wiederum im vollen Sinne nicht nur einer fatalistischen, gewissermaßen zähneknirschenden Hinnahme, sondern einer tatsächlichen Billigung – gemeint.⁷

Das entsprach einerseits Smends Aufgabe in dem konkreten Moment, also dem festlichen Anlass, der eine schärfere Konfrontation nicht nahelegte. Es war andererseits aber durchaus typisch für ein bestimmtes in dieser Zeit entstehendes Selbstverständnis, dem zufolge sich die Wissenschaft des

4 Dass gleichzeitig doch auch noch ein gewisses Informationsbedürfnis gerade auf Seiten der juristischen Praxis bestand, zeigen etwa zwei weitere in zeitlicher Nähe zu Böckenfördes Aufsatz ebenfalls in der NJW publizierte Texte zur Interpretation des Grundgesetzes im Allgemeinen und der Grundrechte im Besonderen durch das Bundesverfassungsgericht *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2089 ff. (hier zitiert nach *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1991, S. 53 ff.; wiederabgedruckt auch in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht [Fn. 1], S. 120 ff.), und *Fritz Ossenbühl*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 ff.

5 Vgl. zu Smend nur *Helmuth Schulze-Fielitz*, Rudolf Smend (1882–1975), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts Berlin/Boston 2015, S. 255 ff. Zu Smends v. a. in den 1950er und 1960er Jahren sehr wirkmächtigen „Integrationslehre“ *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, München 2004, v. a. S. 159 ff.; näher dazu auch unten, § 5 III.

6 *Rudolf Smend*, Bundesverfassungsgericht, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin, 2. Aufl. 1968, S. 581 ff. (582).

7 Vgl. zum zeitgeschichtlichen Hintergrund näher *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 5), S. 57 ff., v. a. 93 ff.

öffentlichen Rechts zunehmend eher in einem symbiotischen Verhältnis mit dem dabei in seiner Vorrangstellung nicht systematisch herausgeforderten Bundesverfassungsgericht sah,⁸ also sich auf das verlegte, was später, schon in der Rückschau, nach Abschluss der Bewegung, als „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ bezeichnet (und damit nun doch zum Gegenstand der Kritik) wurde.⁹ Darin unterschied sich die damalige Staatsrechtswissenschaft von einer gewissen politischen Entrüstung über die angeblich allzu aktive und eigenständige Rolle, die sich das Bundesverfassungsgericht gerade in den ersten Jahren und Jahrzehnten seines Wirkens selbst erarbeitet hatte.¹⁰ Konrad Adenauers empörter Ausruf „Dat ham wir uns so nich vorjestellt!“ ist das berühmteste Zeugnis dieser kritischeren Sicht auf die Aktivitäten des jungen Gerichts.¹¹

2. Böckenfördes Bestimmung von Grundrechtstheorie

Böckenfördes entscheidender Schritt über den bisherigen Stand der Debatte hinaus lag aber in der Verknüpfung dieser Interpretationsproblematik, die auf den ersten Blick nur wie ein Sonderfall der allgemeinen juristischen Methoden- qua Auslegungslehre erscheinen mochte, mit dem Thema der Grundrechtstheorie. Die These des Textes war eine dreifache:

⁸ Vgl. zu früheren Abgrenzungsversuchen dagegen nur den Überblick bei *Andreas Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVbl. 2020, S. 577 ff.

⁹ Vgl. zu dieser grundlegenden Kritik *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 ff.; dazu näher *Stefan Koriath*, Der Befund eines „die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014, in: Jakob Nolte / Ralf Poscher / Henning Wolter (Hrsg.), *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit*. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 31 ff.; sowie *Christoph Schönberger*, Bundesverfassungsgerichtspositivismus: Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, a. a. O., S. 41 ff.

¹⁰ Vgl. zur Diskussion um die so genannte „Statusschrift“ näher etwa *Konstantin Chatziathanasiou*, Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts als informaler Beitrag zur Entstehung der Verfassungsordnung, *Rechtswissenschaft* 11 (2020), S. 145 ff.

¹¹ Vgl. *Konrad Adenauer*, in: ders., *Rhöndorfer Ausgabe*, hrsg. v. Rudolf Morsey und Hans-Peter Schwarz, Bd. 1: Teegespräche 1950–1954, bearbeitet von Hanns Jürgen Küsters, Berlin 1984, S. 389. Allg. zu der – teilweise in der Wortwahl noch deutlich drastischeren – Kritik am Bundesverfassungsgericht von Seiten der Politik *Rolf Lamprecht*, *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts. Beweissicherung und Bestandsaufnahme*, Baden-Baden 1996; ferner *Justin Collings*, *Phasen der öffentlichen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, in: Florian Meinel (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 2019, S. 63 ff.

Erstens gebe es nicht nur eine einzige, sondern mehrere verschiedene Grundrechtstheorien.¹²

Zweitens bestimme die Wahl der jeweils für einschlägig erachteten Grundrechtstheorie maßgeblich über die Grundrechtsinterpretation. Die Theorie beeinflusst danach entscheidend das jeweilige Vorverständnis, in dessen Horizont schließlich die konkrete Auslegung erfolgt.¹³

Drittens schließlich sei es möglich, eine dem Grundgesetz angemessene, das heißt die von dessen normativem Programm selbst geforderte Grundrechtstheorie zu bestimmen. Diese Bestimmung sollte dabei nicht durch die Auswahl einer einzigen Variante aus dem zuvor skizzierten vielfältigen Theorieangebot geschehen. Erforderlich sei vielmehr eine spezifische Kombination einiger der bekanntesten Theorieperspektiven.¹⁴

Entsprechend dieser breiten Zielrichtung des Textes fiel dann die Definition des zentralen Phänomens aus, dem sich der für die Thematik bahnbrechende Aufsatz widmete. Böckenförde bestimmte Grundrechtstheorie nicht nur als einen Unterfall der allgemeinen Rechtstheorie, jedenfalls nicht im Sinne des bedeutendsten deutschsprachigen Rechtstheoretikers des 20. Jahrhunderts, Hans Kelsen, für den Rechtstheorie als eine bloße Strukturlehre des Rechts galt, ohne Rücksicht auf inhaltliche Fragen, die vielmehr weitgehend politisch (und das hieß für Kelsen: demokratisch) zu entscheiden seien.¹⁵ Böckenfördes programmatischer Begriffsbestimmung zufolge meint Grundrechtstheorie dagegen mehr; sie umfasst „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte.“¹⁶

3. Einzelaspekte der Begriffsbestimmung

Mit dieser Definition ist ersichtlich sowohl eine substanzielle als auch eine funktionale Gegenstandsbestimmung verknüpft: Die Betonung des systematischen und allgemeinen Charakters der hier einzunehmenden Perspektive verweist zunächst auf eine grundsätzliche Eigenart von Theorie,

¹² Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 222 ff.

¹³ Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 221 f.

¹⁴ Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 224 f., 240 ff.

¹⁵ Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960. Zur demokratischen Aufgabe ders., Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 2. Aufl. 1929 (2. Neudruck Aalen 1981).

¹⁶ Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 221 f.

die sich offenbar durch ein bestimmtes erhöhtes Abstraktionsniveau von anderen, konkreteren Einzelproblemen und den auf sie unmittelbar bezogenen Lösungsansätzen unterscheidet. Grundrechtstheorie, so lässt sich demnach vermuten, hat es nicht (nur) mit der Behandlung konkreter Einzelfälle, aber auch nicht nur mit der Lösung bestimmter Auslegungsfragen bei einzelnen Grundrechten zu tun. Ihr geht es um die Bestimmung von solchen Problemen und sodann auf diese Probleme reagierenden Lösungsansätzen, die allen oder zumindest mehreren Grundrechten gemeinsam sind und dementsprechend immer wieder in einer Vielzahl unterschiedlicher Fallkonstellationen auftauchen können.

Eine solche Bestimmung würde die Grundrechtstheorie aber noch nicht entscheidend von der Grundrechtsdogmatik absetzen.¹⁷ Denn auch die Dogmatik ist dem herkömmlichen Verständnis zufolge auf einer gegenüber den Einzelfallentscheidungen abstrakteren Ebene verortet. Ihre Relevanz liegt gerade darin, eine Art Vorrat an vorkonzipierten allgemeineren Figuren und Denkmustern zu bieten, auf den bei der Anwendung des Rechts in den konkreten Einzelfällen zurückgegriffen werden kann.¹⁸

Insbesondere Böckenfördes Wendung von der „normativen Zielrichtung“ präzisiert dann jedoch, in welcher Richtung bei der Grundrechtstheorie die genannten gemeinsamen Probleme und Problemlösungen zu suchen sind: Offenbar geht es der Grundrechtstheorie um eine Beschreibung davon, was Grundrechte im Rahmen eines bestehenden Rechts- und Gesellschafts-systems, namentlich dem der Bundesrepublik Deutschland, leisten sollen. Im Zentrum steht damit weniger eine Art ontologische Wesensbestimmung, die erläutert, was Grundrechte eigentlich sind. Entscheidend ist vielmehr die Frage, worin ihre allgemeine soziale Aufgabe liegt, das heißt, welche konkreten Problemkonstellationen sie in der modernen, pluralen Gesellschaft zu bewältigen helfen können – und auf welche Weise ihnen das möglicherweise gelingt.¹⁹

¹⁷ Vgl. dazu in ebenso theoretisch wie historisch interessierter Sicht näher *Christian Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AÖR 144 (2019), S. 1 ff.

¹⁸ Vgl. zur Funktion der Dogmatik etwa *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Gregor Kirchhof / Stefan Magen / Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 17 ff.; ausführlich *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017. Allg. zur „Bereitstellungsfunktion“ des Rechts für die Gesellschaft ferner *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 67 ff. (96 ff.).

¹⁹ Vgl. *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (Fn. 1), S. 222:

Durch die so bestimmte Frage werden die Grundrechte in Böckenfördes Text von Anfang an nicht als eine bloße soziale Gegebenheit, im Sinne eines feststehenden, in dieser Statik näher zu beschreibenden Phänomens, eingeordnet. Böckenförde versteht sie vielmehr als operative Verfahren, das heißt als einen Teil der sich dynamisch fortentwickelnden modernen Gesellschaft, der von dieser Dynamik ebenso sehr selbst erfasst ist wie er umgekehrt an ihr teilhat und auf sie zurückwirkt.

Es liegt auf der Hand, dass dieser Ansatz der Definition bereits eine erste, durchaus folgenreiche Theorieentscheidung bildet. Zugleich ist damit schon mitgedacht, dass auch jene gesellschaftlichen Problemlagen, für deren Lösung grundrechtliche Mechanismen herangezogen werden sollen, typischerweise nichts Statisches sind. Auch sie wandeln sich kontinuierlich. Geht man von einem solchen permanenten Wandel aus, müssen sich dementsprechend auch die Funktionen der Grundrechte fortlaufend ändern, um weiterhin soziale Relevanz zu behalten.²⁰

Für die Grundrechtstheorie besagt ein derartiger als erforderlich bestimmter Gegenwartsbezug, dass sie keine ewigen Wahrheiten über ‚das Wesen‘ der Grundrechte aufstellen kann. Sie muss ihre Aussagen vielmehr jeweils vor dem Hintergrund einer konkreten historischen Situation und der dazugehörigen normativen Selbstvergewisserung einer Gesellschaft treffen.

Diese nicht-essentialistische, vielmehr über die Verknüpfung mit dem Zeitindex sich immer schon selbst relativierende Eigenart des Ansatzes hat als solche dann eine weitere Konsequenz, die die theoriegeschichtliche Kontextualisierung des Phänomens betrifft. Eine von vornherein auf die dynamischen Probleme einer modernen Gesellschaft eingestellte Theorie schließt zwar eine Verknüpfung ihrer Grundannahmen mit klassischen philosophischen Positionen nicht völlig aus. Eine solche Einbettung in die Tradition bleibt möglich und ist sogar zu erwarten, weil selbstverständlich viele der grundlegenden Konzepte auf diese Tradition zurückverweisen. Gleichzeitig darf eine entsprechend bestimmte Grundrechtstheorie aber auf jene bekannten klassischen Perspektiven nicht reduziert werden, wenn sie ihre spezifische Funktion in der und für die Gegenwart adäquat erfüllen

„Anknüpfungspunkte für [...] Grundrechtstheorien sind nicht selten Problemlösungsversuche für bestimmte Ordnungsaufgaben, die von gewandelten politisch-sozialen Gegebenheiten her neu oder in veränderter Akzentuierung an die Verfassung herangetragen werden.“

²⁰ Vgl. zu einer entsprechend (rechts-)historisch kontextualisierten Sicht auf die Entwicklung der Grundrechte etwa *Hasso Hofmann*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, JuS 1988, S. 841 ff.; *Dieter Grimm*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M., 2. Aufl. 1994, S. 67 ff.; *Klaus Kröger*, Grundrechtstheorie in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, Tübingen 1998.

soll. Ein Testfall für die so verstandene Grundrechtstheorie kann demnach darin liegen, einmal bewusst die traditionell zur Stützung herangezogenen philosophischen und gelegentlich auch theologischen Figuren beiseite zu lassen, um zu fragen, ob auf diese Weise einige grundrechtliche Funktionen nicht sogar genauer erläutert werden können.²¹ Selbstverständlich setzt allerdings auch und gerade ein solches Verfahren eine zureichende Kenntnis jener philosophischen und theologischen Figuren voraus.²²

II. Grundrechtstheorie im Rechtsstaat

Näher zu erörtern bleibt, wie die zunächst noch weitgehend abstrakt bestimmte Funktion der Grundrechtstheorie sich aus Sicht der Praxis präsentiert. Lässt sich die skizzierte allgemeine Vorstellung von der Bedeutung und der Funktion der Grundrechte auch außerhalb des akademischen Bereiches nachweisen? Wird sie auch in konkreten Entscheidungen umgesetzt?

1. Von der Theorie zur Praxis

Angesichts der gerade im Verfassungsrecht notwendigen Konkretisierung der typischerweise sehr knappen, bisweilen geradezu fragmentarisch erscheinenden Verfassungstexte ist das zu erwarten: Die häufig in nahezu poetischer oder gnomisch verkürzter Gestalt auftretenden, offenbar stärker metrischen als semantischen Kriterien folgenden Normen – etwa „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“, oder, als berühmtestes Beispiel, „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ – bedürfen einer inhaltlichen Ausfüllung, und es liegt nahe, dass diese Ausfüllung vor dem Hintergrund eines umfassenderen Rechts- und Gesellschaftsverständnisses

²¹ Vgl. zu einem solchen Verfahren mit Bezug auf die offenkundig mit einer besonderen Traditionslast verbundene Menschenwürdekonzepktion *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien, Tübingen 2008, S. 5 ff.

²² Vgl. dazu als Überblick *Christoph Menke/Arnd Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, Hamburg, 4. Aufl. 2017; ferner die Beiträge in *Stefan Gosepath/Georg Lohmann* (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1998; *Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004; sowie *Francesca Raimondi/Christoph Menke* (Hrsg.), Die Revolution der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 2011.

erfolgen muss.²³ Diesen vermittelnden Übergang von der konkreten Norm zum allgemeinen sozialen Kontext leistet die Grundrechtstheorie. Indem sie beispielsweise für die Meinungsfreiheit nicht nur eine subjektiv auf den einzelnen Grundrechtsträger bezogene, sondern ebenso eine objektiv-systemische, nämlich auf die Gewährleistung der für die Demokratie unerlässlichen Kommunikationsprozesse zielende Funktion ausmacht,²⁴ verändert sie den Raum, in dem Grundrechte überhaupt eine signifikante Rolle spielen können.²⁵

Die praktische Relevanz der Grundrechtstheorie gewinnt dann in dem Maße weitere Bedeutung, in dem der Bezug auf die Verfassung zugleich für die allgemeine Rechtspraxis auch außerhalb der spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit üblich und handlungsanleitend ist, also für diese nicht lediglich die Bedeutung einer feierlichen Sonntagsrede besitzt, deren Inhalt man kaum zur Kenntnis nimmt. Die Grundrechtstheorie ist in diesem Sinne einzubetten in eine allgemeine Verfassungstheorie, die ihrerseits die Funktion und Bedeutung eines solchen spezifischen Rechtstextes – wenn es denn eines Textes dafür überhaupt bedarf²⁶ – für das Gemeinwesen erläutert.²⁷ Die Spannweite reicht von einer bloß formalen Rahmenordnung über eine auch inhaltlich entscheidende Begründung wie Begrenzung staatlicher Herrschaft bis hin zu noch stärker material aufgeladenen Verfassungsverständnissen, denen zufolge die Verfassungen normative Grundentscheidungen nicht nur für spezifische Strukturfragen der politischen Organisation des Gemeinwesens beinhalten, sondern zugleich materiale Prinzipien vorgeben, auf denen die gesamte Rechtsordnung aufruht und

²³ Vgl. *Matthias Mahlmann*, Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, *Europarecht* 2011, S. 469 ff. (476 f.).

²⁴ Vgl. in diesem Sinn grundlegend bereits BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth (wiederabgedruckt in: *Augsberg/Unger* [Hrsg.], *Basistexte Grundrechtstheorie* [Fn. 1], S. 225 ff.); daran anschließend etwa BVerfGE 82, 272 (281) – Postmortale Schmähkritik.

²⁵ Vgl. näher zur von ihm so genannten „demokratisch-funktionalen“ Lesart der Grundrechte *Böckenförde*, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (Fn. 1), S. 235 ff.; sowie unten, § 5 II.

²⁶ Die beiden klassischen Beispiele für Staaten ohne geschriebene Verfassung bilden Großbritannien und Israel. Vgl. zur Relevanz von Verfassungsurkunden in historischer Perspektive aber auch *Dieter Grimm*, *Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung*, in: *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung* (Fn. 20), S. 101 ff. (v.a. S. 126 ff.); ferner in theoretischer Sicht *Ino Augsberg*, *Verfassung als Text und Versprechen*, *Rechtstheorie* 47 (2016), S. 183 ff.

²⁷ Vgl. allg. zur Verfassungstheorie etwa die Beiträge in *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010; diese konsolidierte Sicht herausfordernd etwa *Fabian Steinhauer*, *Zeitgenössische Verfassungstheorie*, in: *Thomas Vesting/Stefan Koriath* (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen 2011, S. 41 ff.; sowie *Jens Kersten*, *Die Notwendigkeit der Zuspitzung*, *Anmerkungen zur Verfassungstheorie*, Berlin 2020.

von denen sie daher bis in ihre einzelnen Verästelungen geprägt und durchdrungen wird.²⁸

2. Die bundesverfassungsgerichtliche Position

Letzteres ist die Sichtweise, die sich unter Führung der verfassungsgerichtlichen Judikatur für die Sicht auf die Bedeutung des Grundgesetzes durchgesetzt hat. Das Stichwort von der „Konstitutionalisierung“ der gesamten Rechtsordnung²⁹ bringt auf den Punkt, was für das Verwaltungsrecht in der berühmten Formel „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“³⁰ zusammengefasst wurde und seit der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,³¹ wenngleich in etwas abgeschwächter Form, auch für das Zivilrecht gilt: Die Grundentscheidungen des Grundgesetzes, und das meint vor allem: die wesentlichen Bestimmungen, die in den Grundrechten niedergelegt sind, finden in allen Teilen der Rechtsordnung ihren Niederschlag. Sie müssen deswegen in allen Rechtsgebieten reflektiert werden.³²

Die Konsequenzen dieser Sicht zeigen sich nicht nur in den einzelnen einschlägigen Rechtsfällen, in denen, wie in der berühmten Leitentscheidung

²⁸ Vgl. zur Verfassung als „Rahmenordnung“ etwa *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation (Fn. 4), S. 58; zu den weiteren Bestimmungen allg. ferner instruktiv *Dieter Grimm*, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, Berlin 2012, S. 11 ff.

²⁹ Vgl. dazu näher etwa *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000.

³⁰ Vgl. *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527 ff. Näher dazu etwa *Christoph Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), Berlin 2006, S. 53 ff.

³¹ Vgl. BVerfGE 7, 198 – Lüth. Zur zeitgeschichtlichen Einordnung der Entscheidung die Beiträge in *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005.

³² Vgl. zur Entwicklung näher *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993; *Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz (Fn. 17), S. 3 ff., 46 ff. Zu einer modernen Deutung dieses Erfordernisses instruktiv *Dan Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, in: *Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg* (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 119 ff.

des Lüth-Urteils, etwa eine zivilrechtliche Frage nach der Zulässigkeit eines Boykottaufrufs im Licht der Meinungsfreiheit betrachtet werden muss, obwohl es sich um eine Auseinandersetzung zwischen Privaten handelte, zwischen denen, traditioneller Dogmatik entsprechend, keine Grundrechtsbindung und damit keine Grundrechtswirkung existieren soll.³³ Die Konsequenzen zeigen sich vielmehr vor allem auch mit Bezug auf das Verhältnis von (Verfassungs-)Recht und Politik. Dass im modernen Rechtsstaat nicht mehr gegen Grundrechte argumentiert, also eine offensiv anti-grundrechtliche Politik vertreten werden darf, liegt auf der Hand. Das Verhältnis von Politik und Verfassung geht über diese negative Beziehung jedoch weit hinaus. Gegenwärtige politische Auseinandersetzungen sind zunehmend durch positive Inbezugnahmen von – angeblichen – Verfassungsprinzipien charakterisiert. Beide Seiten berufen sich für die Stützung ihrer jeweiligen Position auf die Verfassung im Allgemeinen und die Grundrechte im Besonderen.

Gerade diese doppelte Berufung macht wiederum deutlich, wie interpretationsoffen die Vorschriften der Verfassung sind. Denn natürlich basieren die entsprechend konträren Argumentationen, die sich auf denselben Verfassungstext stützen, auf jeweils unterschiedlichen Auslegungen der einschlägigen Normen. Diese Auslegung verweist dann ihrerseits zurück auf einen bestimmten Kontext, innerhalb derer sich ihre Aussagen bewegen müssen. Wenn es sich, wie zumeist, bei den dergestalt in Bezug genommenen Normen um Grundrechte handelt, liegt den divergierenden Interpretationen häufig auch eine unterschiedliche Sicht auf Bedeutung und Funktion der Grundrechte zugrunde – also eine andere Grundrechtstheorie.³⁴

3. Ein Beispiel zur Veranschaulichung

Ein Beispiel kann diesen Zusammenhang näher verdeutlichen. Es betrifft die in der jüngeren Vergangenheit sowohl im deutschen wie im internationalen Kontext geführten Debatten „Sicherheit vs. Freiheit“. In Frage stand dabei die Zulässigkeit zusätzlicher staatlicher Maßnahmen zur Terrorbekämpfung, die nach den New Yorker Anschlägen vom 11. September 2001 in nahezu der gesamten westlichen Welt diskutiert wurden. In einer Vielzahl von Fällen

³³ Vgl. zum Verhältnis von Privat- und Verfassungsrecht ausführlich *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.

³⁴ Vgl. dazu wiederum *Ossenbühl*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Fn. 4).

Personen- und Sachregister

- Abwägung 55, 58, 60–62, 66 f., 152 f.
Abwehrrecht, abwehrrechtlich 23, 28, 36,
38, 43, 48, 60, 78, 91, 98, 100, 141
Adenauer, Konrad 3
Alexy, Robert 59
Algorithmen 140
alternativ, Alternative 16, 19, 40, 42, 45,
65, 67, 111, 114, 126, 152
Äquivalent, funktionales 111, 113, 129
Arendt, Hannah 146–149, 151, 153
Auslegung 3–5, 10, 13, 118
autonom, Autonomie Vf., 112, 121, 143
autopoietisch 115
- Bauer, Bruno 74
Beruf 60 f., 121
Berufsfreiheit 121
Bewusstsein 2, 12, 21 f., 65 f., 87, 112 f., 152
Bloch, Ernst 84–86, 89
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1–6, 14, 95
Bolz, Norbert 114
bourgeois 26, 76, 79, 101
Bürger, bürgerlich Vf., 11 f., 23, 25 f.,
33–36, 38, 43, 48, 51, 73, 75–77, 79–86,
88 f., 98, 100, 104, 122
Bundesrepublik 5, 84, 91, 108, 137
Bundesverfassungsgericht 1–3, 9, 11, 18,
23, 25, 35 f., 60, 66, 78, 86, 104, 136
- Christentum, christlich 30, 45, 50, 52–54,
74 f.
citoyen 26, 76–79, 101 f.
Code, Codierung 113, 115, 144
Computer 11, 113
Cover, Robert 20, 48
- Datenschutz 130, 133
DDR 83 f., 137
deliberativ 115
Demokratie, demokratisch VI, 4, 8, 13 f.,
18 f., 41 f., 91 f., 95, 97, 101 f., 104, 107, 131,
141, 145
- dialektisch 152
Differenzierung 47, 119, 121, 124, 142
digital, Digitalisierung 135, 139 f.
Diskriminierung 46–49, 52, 69, 137
displaced persons 147 f.
Drittwirkung 60, 141–143
Durkheim, Emile 112
- égalité 78 f.
Egoismus, egoistisch 38, 40, 77, 80 f.
Ehrenberg, Alain 128
Eigentum 28, 37, 43, 73, 78, 80 f., 85, 88,
98, 133, 136
Einheit, einheitlich 26, 40, 53, 62, 83,
104 f., 108 f., 120, 143
Eisler, Fritz 94
Emanzipation 73–77, 80, 87
Entdifferenzierung 120 f., 123–125, 131
entfremdet, Entfremdung 76, 114, 122
Expansion 119 f., 125 f., 142, 144–146,
152
- Familie 124, 143
Faschismus, faschistisch 82, 107
Fleiner, Fritz 101 f.
Flüchtling 147
France, Anatole 38
Freiheit, freiheitlich 10–12, 23–28, 32–36,
38–40, 43, 49, 51 f., 54, 60 f., 66, 69, 73,
78 f., 81, 83–86, 88, 90, 98, 100–103,
126 f., 133, 151
funktional, funktionalistisch 4, 61, 105,
109, 111–113, 118–120, 123 f., 129, 142
- Gattungswesen 77, 80, 81, 87
Gemeinwesen Vf., 8, 38, 77, 81, 105 f., 148
Gerechtigkeit 68, 117, 153
Geschichte, geschichtlich 6, 21, 23, 25, 52,
55, 57, 95 f., 98–100, 136, 149 f.
Geschlecht 68, 137, 150, 153
Gesellschaftsvertrag 20, 26, 30 f., 33 f., 37,
45, 57, 77, 122

- Gleichheit 28, 30, 36, 38, 51, 79 f., 82, 102, 136, 151, 153
 global, globalisiert 18, 64, 141 f., 150
 Grundgesetz 2, 4, 9, 14–16, 79, 95, 106, 137
- Habermas, Jürgen 61, 113–116
 Hamacher, Werner 89
 Handlungsfreiheit, allgemeine 136
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 76
 Heidegger, Martin 80
 Historie, historisch 6, 17, 20–22, 25, 28, 51, 54 f., 57, 81, 84, 86, 94, 96, 98 f., 121, 124, 147
 Hobbes, Thomas 27 f., 30, 34, 80
 homogen, Homogenisierung, Homogenität 97, 106, 119, 153
 Hymne 107, 109
- Identität 19, 74, 107, 117, 120, 123
 Imperativ, kategorischer 86 f., 89
 Individualisierung 52, 55 f., 58, 61, 123
 Individualismus, individualistisch 36, 43, 57, 65, 68, 85 f., 101, 108, 111, 123, 132, 141
 individuell VI, 11, 20, 30, 34 f., 42, 49, 53 f., 56 f., 61, 65–68, 81, 83, 86, 98, 102, 105, 107, 113, 122, 127–130, 138, 150
 Individuum VI, 14, 26, 31, 38–40, 52, 55–58, 60–63, 68, 78, 80, 85, 87, 98, 100, 103, 109, 112, 121–123, 127–129, 133, 138, 140–142
 inpersonal 127, 130, 141
 Integration, integrieren 69, 97, 104–109, 119 f., 152
 Integrationslehre 104, 108 f., 123
 international 10, 69, 137, 150
 Internationale 85
 Intersubjektivität 81
- Jefferson, Thomas 29, 151
 Jellinek, Georg 45, 50–52, 54 f., 70, 98–102
 Jesus Christus 53
 Jhering, Rudolf von 79
 Judentum, Jüdin, jüdisch 20, 46 f., 53, 74, 92, 96, 147
 Juridifizierung 125, 145, 150
- Kant, Immanuel 86 f.
 Kapitalismus, kapitalistisch 79, 85, 86, 114
 Kartell 129
 Kelsen, Hans 4, 107
 Kirche, kirchlich 48, 53 f., 61, 99
- Knabenbeschneidung 65–67
 Kolonisierung 119
 Kommunikation, kommunikativ 8, 113, 121–123, 127, 129 f., 132 f., 143
 konservativ 12, 33, 88 f., 104, 113
 Konstitutionalisierung 9, 142
 Kopftuch 65–68
 kreativ, Kreativität 42 f., 129, 136
 Kritik, Kritiker 2 f., 18, 22, 36–38, 40, 59, 61, 73 f., 76, 77, 82–87, 89, 91, 95, 100, 102 f., 111, 113, 145 f., 152
 kritisch 3, 60, 63, 65, 73 f., 102, 114 f., 135, 145, 147
 Kultur, kulturell 17, 20–22, 48, 56, 62 f., 105
 Kunst 7, 16, 24, 60 f., 79, 124, 132 f.
 Kunstfreiheit 121, 130, 132
- Ladeur, Karl-Heinz 40, 43, 127
 Leben 39, 57, 67, 92, 99, 102, 107–109, 124 f., 150
 Lebewesen 31, 39, 143
 liberal, Liberalismus 12, 36, 38–43, 46, 57, 82, 84, 86, 88, 91 f., 94 f., 97 f., 100–105, 108, 111, 145
 liberté 78 f.
 Locke, John 25, 27–39, 45, 50, 70, 73, 77 f., 98, 127
 Lüth-Urteil 9 f., 23, 60
 Luhmann, Niklas 11, 112–127, 130, 142 f.
 Luther, Martin 56
- Marktwirtschaft 41
 Marx, Karl 37 f., 73–89, 91, 99–102, 145
 marxistisch 103, 114, 122
 Matrilinearität 46
 Medien 97, 143
 Mehrheit 18 f., 47, 107
 Meinungsfreiheit 8, 10, 13, 54
 Menke, Christoph 89
 Menschenwürde 16, 86, 136, 152 f.
 metaphysisch 151
 Methode, methodisch 17, 58–60, 62, 116, 129, 150
 Methodenlehre, methodologisch 3, 55, 58
 Monade 78–80, 100
 Monopol 33, 129, 133
 Moral, moralisch 64, 116–118
- Nationalsozialismus, Nationalsozialist, nationalsozialistisch 92 f., 124, 147
 Nationalstaat, nationalstaatlich 141, 143 f., 147 f.

- natürlich, Natur VII, 10, 16, 21, 23–26,
 28–32, 52, 56 f., 69, 78, 82, 95, 102, 105,
 109, 113, 121–123, 137, 139
 Naturrecht, naturrechtlich 21, 29, 52,
 84–86, 121, 151
 Naturzustand 27–32, 35, 39, 50, 77, 80
 Niqab V, 68

 ökonomisch 21, 37 f., 41 f., 61, 88, 98, 115,
 129, 133
 Ökonomisierung 125, 130
 ontologisch 5, 31, 37, 81, 111
 Organisation VI, 8, 42, 103, 109, 143, 150

 Parsons, Talcott 112, 123
 Persönlichkeit 83, 96, 122, 123, 136
 Persönlichkeitsrecht 14, 66, 123, 136
 Philosophie, philosophisch 6 f., 16, 22, 45,
 52, 54, 74, 76, 86, 114, 117
 Politik, politisch 3 f., 8, 10–13, 19, 25,
 31, 34, 38 f., 41 f., 48, 52, 54, 57, 64, 69,
 73–77, 79, 82–84, 88 f., 93, 95, 97, 99,
 102–104, 112, 115, 118–125, 130–132, 136,
 142, 145, 148–151
 Politisierung 89, 121, 124, 130 f.
 Polizei 11, 80
 Presse 16, 139
 privat, Private V, 10, 42 f., 46, 48, 57, 60,
 75 f., 99 f.
 Privateigentum 78, 85
 Privatrecht, privatrechtlich 69, 126, 141
 Protestantismus, protestantisch 45, 50, 52,
 54–58, 62, 66
 Psyche 143
 psychologisch 97

 Ranke, Leopold von 22
 Rechtsphilosophie 76, 82 f.
 Rechtspluralismus, rechtspluralistisch
 49, 68 f.
 Rechtsprechung 136 f.
 Rechtsstaat, rechtsstaatlich 7, 10, 18, 82,
 97 f., 100, 102, 104
 Rechtssubjekt, Rechtssubjektivität 89 f.,
 121, 138–140, 145, 147 f., 150
 Rechtswissenschaft, Rechtswissen-
 schaftler, rechtswissenschaftlich 3, 15,
 20, 48, 83, 92, 94
 reflexiv, Reflexivität 54, 70 f., 144, 152
 Religion, religiös 21, 24, 45–58, 60, 62–71,
 73–76, 81, 86, 96, 99 f., 112, 119, 124 f.,
 129, 132, 143, 152 f.

 Religionsfreiheit 47–51, 53–55, 63, 66–71,
 81, 99 f., 121, 136, 153
 Religionsverfassungsrecht 50
 Renan, Ernest 109
 Repräsentation, repräsentativ 19, 109
 Revolution 25, 29, 45, 51 f., 73, 151
 Ridder, Helmut 127, 130
 Rousseau, Jean-Jacques 25–27, 34, 36, 122

 Säkularisierung 54, 63, 75
 Schmitt, Carl 91–104, 108 f.
 Schöpfung 29 f., 107
 Selbstbestimmung 48, 133, 136
 Selbstveränderung 70 f.
 Sicherheit 10–12, 33, 80, 85
 Smend, Rudolf 2, 91, 94, 104–109, 119, 123
 social bots 140
 Sozialismus, sozialistisch 82 f., 85, 97,
 101–104
 Soziologie, Soziologie, soziologisch
 112–114, 118, 128
 Sprache 22, 31, 36, 121, 127 f.
 Staatsbürger, staatsbürgerlich, Staats-
 bürgerschaft 76, 101 f., 121, 147–149
 Stahl, Friedrich Julius 33
 Statuslehre 101
 Subjekt, subjektiv, Subjektivität 8, 16, 20,
 37, 43, 67, 81, 121 f., 126–128, 138, 141,
 145
 Substanz, substanzuell 4, 62, 81, 93, 100,
 108 f., 123
 supranational 18
 sûreté 78–80
 Systemtheorie, systemtheoretisch 111 f.,
 115, 118, 127, 130, 142

 Taubes, Jacob 96
 Teubner, Gunther 142–144
 Theokratie 125
 Theologie, theologisch 7, 21, 29 f., 51–54,
 56, 129
 Todesstrafe 32
 Tora 20
 transnational 141–144

 Übermaßverbot 35, 60
 Ungleichheit 37
 universal, Universalität 45, 47–50, 58,
 62–65, 67, 69 f., 81, 121, 153
 Universalismus 21, 49
 Unternehmen 143
 Unversehrtheit, körperliche 60

- Verabsolutierung 42, 151, 153
 Verbot V, 20, 23, 48
 Vereinsfreiheit 54
 Verfassung V, 2, 7 f., 10, 14 f., 17 f., 23,
 25 f., 64, 82 f., 91, 93–97, 103, 105, 108,
 118–120, 136 f., 143 f., 152
 Verfassungspatriotismus 106
 Verfassungsrecht, verfassungsrechtlich 7,
 9, 11, 15, 58, 93 f., 104, 137
 Verfassungstheorie 8, 15, 17–19, 95, 152
 Verhältnismäßigkeit 60, 62
 Verhältnismäßigkeitsprinzip 35, 58
 Vergrundrechtlichung 125, 145
 Verrechtlichung 126, 151
 Versammlung 13 f., 149
 Versammlungsfreiheit 13, 23, 60
 Verteilungsprinzip, rechtsstaatliches 98,
 100, 102
 Vertrag 26, 30 f.
 Vesting, Thomas 43
 Völkerrecht, völkerrechtlich 138, 141
 Vorverständnis VI, 4, 13, 15 f., 66
 Wahrheit 6, 21, 28, 31, 52, 55, 96 f., 131,
 151
 Weber, Max 112
 Wertfreiheit 131
 Wertordnung 91, 104–106, 109, 119, 141
 Wesen, wesentlich 5 f., 9, 11, 18, 35, 52, 65,
 79–81, 86, 90 f., 95, 101–103, 109, 111,
 118, 151
 Wettbewerb 41
 Williams, Roger 52, 54
 Wirtschaft, wirtschaftlich VI, 40, 57, 79,
 112, 115, 119, 121 f., 124 f., 143
 Wissenschaft, wissenschaftlich 2, 7, 12, 16,
 24, 40, 42, 60 f., 96, 100, 106, 116, 119,
 128–131, 133, 143
 Wissenschaftsfreiheit 121, 128–130
 Zersetzung 75, 122
 Zirkel, hermeneutischer 15, 17
 Zivilrecht, zivilrechtlich 9 f.
 zoon politikon 31, 39, 148