

RALF POSCHER

Grundrechte als Abwehrrechte

Jus Publicum

98

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 98



Ralf Poscher

Grundrechte als Abwehrrechte

Reflexive Regelung
rechtlich geordneter Freiheit

Mohr Siebeck

Ralf Poscher, geboren 1962; 1984–1990 Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, Dijon und London; 1990–1992 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bonn; 1992–1995 Referendariat am KG Berlin; 1995–1999 Wissenschaftlicher Mitarbeiter, seit 1999 Wissenschaftlicher Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin; 1999 Promotion; 2002 Habilitation.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 3-16-147867-3

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum) 978-3-16-158045-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

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

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Vorwort

Das Abwehrrecht ist eine grundrechtliche Selbstverständlichkeit. Grundrechte sind vorrangig Abwehrrechte, nicht nur im nationalen, sondern auch im internationalen Kontext. Im Mittelpunkt der neueren Grundrechtsdiskussion steht aber nicht das Abwehrrecht, sondern stehen neue Grundfunktionen. Die neuen Grundfunktionen beziehen ihre Legitimation zu einem beträchtlichen Teil aus der Kritik des Abwehrrechts, die sich gegen dessen unzureichendes Freiheitsverständnis richtet, gegen dessen jedenfalls historisch überholte staatsrechtliche Grundlage und dessen Unfähigkeit, komplexere – besonders mehrpolige – Freiheitskonflikte adäquat abbilden zu können. Dennoch hat sich das Abwehrrecht als zentrale Selbstverständlichkeit der Grundrechtsdogmatik behauptet.

Die Arbeit nimmt das Paradox – von theoretischer und dogmatischer Demontage des Abwehrrechts auf der einen und zentraler Selbstverständlichkeit des Abwehrrechts auf der anderen Seite – zum Anlaß, der dogmatischen Figur des Abwehrrechts historisch, freiheits- und staatsrechtlich sowie dogmatisch nachzugehen. Sie hat sich zum Ziel gesetzt, ein Verständnis des Abwehrrechts zu entwickeln, das freiheits- und staatsrechtlich sowie dogmatisch anschlussfähig ist und der Kritik des Abwehrrechts Rechnung trägt. Sie will aufzeigen, wie das Abwehrrecht auch unter den heutigen verfassungsrechtlichen Bedingungen freiheits- und staatsrechtlich sowie dogmatisch als integralen Bestandteil der Verfassungsordnung, und nicht nur als konstitutionalistisches Verfassungsrelikt verstanden werden kann. Insoweit geht es der Arbeit auch darum, das grundrechtlich Selbstverständliche wieder verständlich zu machen.

Die dogmatischen Abschnitte der Arbeit gehen auf ein erstes Dissertationsprojekt aus den Jahren 1990–1993 zurück. Die historischen und theoretischen Abschnitte entstanden auf der Grundlage dieser Vorarbeit in den Jahren 1999–2001. Die Arbeit wurde im Februar 2002 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen.

Herzlich danken möchte ich an erster Stelle Prof. Dr. Bernhard Schlink, der mich auch bei dieser Arbeit unterstützt und gefördert hat. Wie anhaltend die Unterstützung und Förderung gewesen ist, zeigt sich bereits daran, daß es eine den Gegenstand und Ansatz der Arbeit unmittelbar betreffende Frage zum Anwendungsbereich der Grundrechte war, über die wir uns während meines Studiums in Bonn kennengelernt haben. Ein besonderer Dank gilt auch Prof. Dr. Dr. h.c. Hasso Hofmann, der die Mühe des Zweitgutachtens übernommen hat. Seine kriti-

schen Anmerkungen sind mir noch Anregung über den Gegenstand der Arbeit hinaus. Von den Freunden und Kollegen an der Fakultät danke ich zuvörderst Dr. Christian Bumke, der mir trotz seines eigenen, in vielem grundsätzlich anderen Zugangs zur Grundrechtsdogmatik auch in den Untiefen und Verästelungen des Themas ein zuverlässiger und konstruktiver Gesprächspartner war. Für die Durchsicht von Entwürfen und des Manuskripts danke ich Dres. Thomas Flint, Ulla Held-Daab, Tobias Herbst und Angelika Siehr, denen ich manche Anregung verdanke. Für die Unterstützung bei der Erstellung der Druckfassung gebührt mein Dank Sebastian Alex, der sich auch den Widrigkeiten des Berliner Bibliothekswesens mit Sorgfalt und Ausdauer gestellt hat, und Claudia Seitz, die die letzten redaktionellen Korrekturen mit der gewohnten Zuverlässigkeit übernommen hat. Nicht zuletzt gilt mein Dank auch der Friedrich-Ebert-Stiftung, die die erste Phase der Arbeit mit einem Stipendium gefördert hat, und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für ihren unbürokratisch gewährten Druckkostenzuschuß.

Ich widme die Arbeit Sabine und Lukas.

Berlin, im Sommer 2002

Ralf Poscher

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
A. Einleitung	1
<i>I. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	1
<i>II. Methodisches Vorverständnis</i>	5
B. Geschichte des Abwehrrechts und sein Stand in der grundrechtsdogmatischen Diskussion	15
<i>I. Die Genese des Abwehrrechts</i>	15
1. Ideengeschichtliche Wurzeln	15
2. Rechtsgeschichtliche Entwicklung	18
a) Feudalismus	19
b) Der Übergang von der ständischen zur bürgerlichen Gesellschaft	22
c) Die Grundrechte der Paulskirchenverfassung	23
d) Spätkonstitutionalismus	24
e) Weimar	31
(I) Neue Grundrechte und Grundrechtsfunktionen	31
(II) Veränderung des staatsorganisationsrechtlichen Rahmens . . .	36
(III) Resümee	40
f) Nationalsozialismus	41
g) Das Abwehrrecht im Grundgesetz	41
(I) Parlamentarischer Rat	42
(II) Frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	45
h) Resümee	47
<i>II. Das Abwehrrecht in der Defensive</i>	48
1. Die verfassungstheoretische Diskussion der 50er-Jahre: Das Abwehrrecht im Kampf um das Gesellschaftsmodell – Rechtsstaat versus Sozialstaat	48
2. Die grundrechtstheoretische Diskussion der 60er und 70er Jahre: Das Ringen um den Freiheitsbegriff der Grundrechte	52

3. Die dogmatische Diskussion seit den 70er Jahren: Das Abwehrrecht zwischen dogmatischem Ausbau und dogmatischer Konkurrenz	60
a) Ausbau und Verteidigung des Abwehrrechts	61
b) Dogmatische Konkurrenz	65
(I) Pluralisierung der Grundrechtsfunktionen	66
(1) Die grundrechtliche Schutzpflicht	66
(2) Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren	67
(I) Die grundrechtliche Schutzpflicht	66
(II) Grundrechte als Prinzipien	69
4. Resümee	70
<i>III. Stand der grundrechtsdogmatischen Diskussion</i>	<i>72</i>
1. Prinzipientheorie	73
a) Prinzipientheorie als qualitativ eigenständige Grundrechtstheorie	73
b) Kritik	75
(I) Der wissenschaftstheoretische Verdacht	75
(II) Der rechtsmethodologische Rückfall	77
(III) Die rechtstheoretische (Selbst-)Widerlegung	78
(IV) Der Nullpunkt der Dogmatik	81
(V) Die Konstitutionalisierungsfälle	82
2. Funktionaler Pluralismus	84
a) Funktionaler Pluralismus als heterogene Grundrechtstheorie	84
b) Kritik	87
(I) Verkürzung des Abwehrrechts	87
(II) Asymmetrie des grundrechtlichen Status	89
(III) Dogmatische Ausgestaltung der zusätzlichen Grundrechtsfunktionen	93
(IV) Verfassungstheoretische Einwände	96
3. Abwehrrechtlicher Ausblick	96
 C. Freiheits- und staatstheoretische Grundlagen des Abwehrrechts	 107
<i>I. Freiheitsbegriff</i>	<i>109</i>
1. Die dreistellige Struktur des Freiheitsbegriffs	110
2. Die einzelnen Freiheitsbegriffe	111
a) Negative Freiheit	112
b) Positive Freiheit	113
c) Reale Freiheit	115
d) Normgeprägte und natürliche Freiheit	116
e) Politische Freiheit	118
3. Komplexes Freiheitsmodell des Abwehrrechts	120
a) Negative Freiheit	121

b) Positive Freiheit	125
c) Reale Freiheit	130
d) Normgeprägte und natürliche Freiheit	132
e) Politische Freiheit	141
f) Resümee	142
II. Staat und Gesellschaft	144
D. Totalität und Reflexivität des Abwehrrechts	153
I. Normativer Gehalt des Abwehrrechts	155
1. Grundrechte als Unterlassungspflichten	156
2. Geltungsfunktion der Grundrechte	158
II. Positiv-rechtliche und dogmatische Vorgaben	159
1. Die umfassende Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt	160
2. Der Eingriff in den Schutzbereich	163
a) Faktische und normative Eingriffe	164
b) Das Problem der Duldungspflicht	167
c) Eingriff und subjektive Rechte	179
III. Abwehrrecht und rechtsstaatliches Gewaltmonopol	180
1. Ebenen der Konfliktregelung	183
2. Duldungspflicht und Gewaltmonopol	189
3. Abwehrrechtliche Schutzpflicht?	192
4. Kollisionsfreiheit des Abwehrrechts	198
IV. Grundrechtsbindung der einzelnen Pflichtsubjekte	203
1. Grundrechtsbindung der gesetzgebenden Gewalt	203
2. Grundrechtsbindung der vollziehenden Gewalt	210
3. Grundrechtsbindung der rechtsprechenden Gewalt	215
4. Grundrechtsbindung der Grundrechtsträger	222
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	226
E. Die Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu mehrpoligen Rechtsverhältnissen	227
I. Der Drittwirkungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts	229
II. Das Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht	233
1. Entwicklung der Rechtsprechung	234

a)	Die frühe Rechtsprechung	234
b)	Die Lüth-Entscheidung	238
c)	Die folgende Entwicklung	240
2.	Mittelbare Drittwirkung	245
a)	Eine notwendige dogmatische Figur?	247
b)	Eine exklusive dogmatische Figur?	249
c)	Eine hinreichende dogmatische Figur?	253
d)	Nur objektive Grundrechtswirkung?	254
e)	Alternative zum Abwehrrecht?	256
f)	Überwindung durch grundrechtliche Schutzpflicht?	266
g)	Vorrang der Zivilgerichtsbarkeit?	268
h)	Größerer Gestaltungsspielraum des Zivilrechtsgesetzgebers?	271
3.	Rehabilitation der mittelbaren Drittwirkung als reflexives Grundrechtsverständnis	272
a)	Probleme des bisherigen Verständnisses	273
b)	Der negative Sinn der Mittelbarkeit	275
c)	Der positive Sinn der Mittelbarkeit	279
d)	Verhältnis von Abwehrrecht und Schutzpflicht	285
e)	Resümee	288
III.	<i>Rechtsprechung zu den übrigen Dreieckskonstellationen</i>	289
1.	Drittbelastende Genehmigungsverfahren	290
2.	Strafrechtliche Dreieckskonstellationen	306
3.	Konkurrenzverhältnisse	309
IV.	<i>Resümee</i>	311
F.	Dogmatik des reflexiven Abwehrrechtsverständnisses	315
I.	<i>Die abwehrrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen in Dreieckskonstellationen</i>	317
1.	Grundstrukturen für Freiheits- und Gleichheitsrechte	317
a)	Freiheitsrechte	318
(I)	Schutzbereich	318
(II)	Eingriff	318
(III)	Rechtfertigung	321
b)	Gleichheitsrechte	337
c)	Zusammenfassung	344
2.	Vertragsrecht	344
a)	Grundrechtsbindung der Vertragsrechtsgesetzgebung	346
b)	Grundrechtsbindung der Vertragsrechtsprechung	349
c)	Freiheitskonstitution durch Freiheitsbeschränkung	353

d) Abwehrrechtliche Grenzen der Privatautonomie	358
3. Qualifizierte Gesetzesvorbehalte und vorbehaltlose Grundrechte	366
a) Qualifizierte Gesetzesvorbehalte	367
b) Vorbehaltlose Grundrechte	378
<i>II. Abwehrrecht und Schutzpflicht</i>	380
1. Bedeutung der Schutzpflicht in der Rechtsprechung	384
2. Möglichkeiten abwehrrechtlicher Rekonstruktion	387
a) Vorbeugender Grundrechtsschutz	388
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren	390
c) Schutz gegenüber rechtswidrigem Verhalten anderer Grundrechtsträger	395
<i>III. Reflexives Grundrechtsverständnis im institutionellen Gefüge der Gewalten</i>	397
1. Bundesverfassungsgericht und gesetzgebende Gewalt	398
2. Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte	400
3. Vollziehende und rechtsprechende Gewalt	404
<i>IV. Resümee</i>	407
G. Zusammenfassung	413
Literaturverzeichnis	421
Stichwortverzeichnis	447

A. Einleitung

Einleitend soll kurz auf den Gegenstand und den Gang der Untersuchung sowie auf das methodische Vorverständnis eingegangen werden. Der Gegenstand bedarf weniger der Erläuterung als der Rechtfertigung. Was kann eine Arbeit über das Abwehrrecht vermitteln, was nicht schon hinlänglich bekannt ist? Das methodische Vorverständnis bedarf hingegen einer Erläuterung, weil die Arbeit an verschiedenen Stellen für einen bestimmten methodischen Umgang mit den Grundrechten optiert, ohne dies in den jeweiligen Zusammenhängen eingehender darlegen zu können. Nicht zuletzt hat das methodische Vorverständnis auch die Wahl des Gegenstands der Arbeit beeinflußt.

I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Mit dem grundrechtlichen Abwehrrecht gilt die Arbeit keiner neuen dogmatischen Figur, sondern einem »Klassiker«, der bereits vielfach auch monographische Beachtung gefunden hat. Doch bislang standen weniger das Gesamtbild als einzelne Aspekte dieser Grundrechtsfunktion im Mittelpunkt des Interesses. Eine frühe Arbeit von Schwabe entwickelte eine Form der Anwendung des Abwehrrechts auf das Privatrecht,¹ Lübbe-Wolff dehnte die Anwendbarkeit des Abwehrrechts auf die Leistungsverwaltung aus,² neuere Arbeiten entwickeln weitere Einzelaspekte der abwehrrechtlichen Dogmatik.³ Von Schlink wurde bereits ein Programm für die »Rekonstruktion der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte« entworfen. Die Arbeit versucht, ein solches Programm abzuarbeiten. Das Programm der Arbeit ist nicht das Programm des Rekonstruktionsvorschlags. Die Arbeit handelt auch nicht nur von den dogmatischen, sondern ebenfalls von den historischen, freiheits- und staatsrechtlichen Grundlagen des Abwehrrechts. Mit dem Rekonstruktionsvorschlag und den bisherigen abwehrrechtlichen Modellen verbindet sie aber, das Abwehrrecht zur Grundlage der gesamten Grundrechtsdogmatik zu machen. Es soll gezeigt werden, daß das Abwehrrecht

¹ Schwabe, Drittwirkung.

² Lübbe-Wolff, Grundrechte.

³ Etwa: Murswiek, Staatliche Verantwortung; ders., WiVerw. 1986, 179/183; Looschelders/Roth, JZ 1995, 1034ff.; Roth, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, S. 229ff.; Koch, Grundrechtsschutz.

auch in Konstellationen zur Anwendung gelangt, für die zum Teil neue Grundrechtsfunktionen oder gänzlich anders geartete methodische Ansätze vorgeschlagen worden sind. Mit den anderen abwehrrechtlichen Ansätzen verbindet die Arbeit die Überzeugung, daß sich mit den als Abwehrrechten verstandenen Grundrechten die bislang aufgetretenen grundrechtsdogmatischen Fragen nicht nur zufriedenstellend, sondern zumeist zufriedenstellender als nach anderen Konzepten bearbeiten lassen.

Die Vorteile werden zum einen bei der immanenten Stimmigkeit der Grundrechtsdogmatik und der methodischen Struktur des Abwehrrechts gesehen. So schuldet jeder andere Vorschlag etwa eine Antwort auf die Frage, warum das Abwehrrecht in einigen der in dieser Untersuchung im Mittelpunkt stehenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse keine Anwendung finden soll. Daß die Antwort der Rechtsprechung bei der Beurteilung mehrpoliger Rechtsverhältnisse insoweit nicht konsistent ausfällt und die Kriterien der Literatur sowohl staatsrechtlich als auch dogmatisch durchgreifenden Zweifeln ausgesetzt sind, wird im einzelnen zu zeigen sein. Über diesen auf die Grundrechtsdogmatik im engeren Sinn bezogenen Gewinn hinaus verbindet sich mit einer abwehrrechtszentrierten Grundrechtsdogmatik zum anderen die Erwartung, daß das Abwehrrecht eine bessere Grundlage für die Bestimmung des Verhältnisses von Verfassungsrecht und einfachem Recht bietet als alternative Grundrechtsdogmatiken. Erfüllt sich diese Erwartung, so bietet das Abwehrrecht auch die Möglichkeit, die Eigenständigkeit des Gesetzgebers und der Fachgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesverfassungsgericht besser abzubilden.⁴

Die Arbeit legt einen Schwerpunkt darauf, die Grundrechte als reflexive Rechte zu verstehen. Mit der Reflexivität der Grundrechte ist zunächst nichts weiter als die Trivialität gemeint, daß die Abwehrrechte sich in erster Linie an den regeln den Staat richten. Die Abwehrrechte regeln Konflikte, die in einer Gesellschaft auftreten, nicht unmittelbar selbst. Dies ist nicht der Sinn der in Art. 1 Abs. 3 GG statuierten unmittelbaren Grundrechtsbindung. Unmittelbar binden die Grundrechte den Staat vielmehr nur bei der Regelung von Konflikten, die grundrechtlich geschützte Freiheits- und Gleichheitsinteressen der Grundrechtsträger betreffen. Die Grundrechte haben den Charakter reflexiver Normen.⁵ Sie regeln die rechtliche Regelung von Konflikten. Sie sind Normen über Normen.

⁴ Die Erwartung geht nicht dahin, daß dies durch die Wahl des Abwehrrechts allein schon erreicht ist – insoweit kritisch *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, S. 381 ff. Sie geht aber dahin, daß auch unter den Bedingungen allgemeiner »Gewißheitsverluste«, *Meßerschmidt*, ebd. S. 386, eine Grundrechtsdogmatik entwickelt werden kann, in der die Freiräume des einfachen Rechts gegenüber den Grundrechten wieder beschreibbar werden, und daß das Abwehrrecht für eine solche Dogmatik bessere Voraussetzungen bietet als etwa eine Prinzipientheorie der Grundrechte oder ein funktionaler Grundrechtspluralismus.

⁵ Die Reflexivität wird etwa verkannt, wenn die Bindung des staatlichen Gesetzgebers bei der Regelung von Konflikten zwischen Grundrechtsträgern mit der Bindung der Grundrechtsträger gleichgesetzt wird. So aber *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 495: »Die Frage nach der

Die Konsequenzen der Betonung des reflexiven Charakters der Grundrechte sind nicht so trivial wie der Gemeinplatz, von dem sie herrühren. Wird deutlich gemacht, daß die Grundrechte als Abwehrrechte für jede staatliche Konfliktregelung Bedeutung erlangen, mit der sich ein Grundrechtseingriff verbindet, geraten eine Fülle von Konfliktregelungen in die abwehrrechtliche Perspektive, die traditionell nicht mit den Grundrechten in Verbindung gebracht wurden und für die heute zum Teil auf andere Grundrechtsfunktionen Rückgriff genommen wird. Die Betonung der Reflexivität der Grundrechte führt gewissermaßen zu einer Totalisierung des Abwehrrechts: Überall, wo der Staat zur Regelung von Konflikten grundrechtliche Freiheit verkürzt, muß er sich vor den Grundrechten als Abwehrrechten rechtfertigen.⁶

Um die dogmatischen Bedingungen und Konsequenzen der Reflexivität des Abwehrrechts im einzelnen aufzuzeigen, dient der Untersuchung die grundrechtliche Behandlung mehrpoliger Rechtsverhältnisse als Referenzproblem. Für die Wahl gerade grundrechtlicher Dreiecksverhältnisse als dogmatischem Bezugspunkt sprechen gleich mehrere Gründe: Zum einen tritt in mehrpoligen Rechtsverhältnissen der reflexive Charakter der Grundrechte besonders hervor. Der durch den Staat zu regelnde Konflikt wird deutlich als ein von der grundrechtlichen Frage verschiedener Aspekt sichtbar. Der Staat regelt den Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern und ist bei dieser Regelung an die Grundrechte gebunden. Der Konflikt zwischen Grundrechtsträgern ist ein von den grundrechtlichen Beziehungen zum Staat eindeutig unterscheidbares Verhältnis. Zum anderen lassen sich weitaus mehr grundrechtliche Fragen im Rahmen mehrpoliger Rechtsverhältnisse darstellen, als etwa durch die Drittwirkungsdiskussion erfaßt werden. Der Referenzgegenstand bildet nicht nur ein Epiphänomen der Grundrechtspraxis, sondern bietet einen Querschnitt von problematischen Konstellationen aus fast allen Gebieten der Rechtsordnung – aus dem Zivilrecht wie aus dem Strafrecht und dem sonstigen öffentlichen Recht. Ein dritter Grund liegt darin, daß gerade die mehrpoligen Rechtsverhältnisse die Grundrechtsdogmatik auf die Probe stellen. Es ist die Bewältigung mehrpoliger Rechtsverhältnisse und der an sie angelagerten Fragen, die seit den Anfängen in der Drittwirkungsdiskussion die Diskussion um alternative Grundrechtsfunktionen motiviert hat.⁷

inhaltlichen Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte ist damit unter dem Grundgesetz dieselbe wie diejenige, ob die Grundrechte die Bürger unmittelbar binden.«

⁶ Zu den staatshaftungsrechtlichen Konsequenzen der grundrechtlichen Durchdringung mehrpoliger Rechtsverhältnisse *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, S. 130ff.

⁷ Vgl. nur den Vorwurf von *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, S. 376: »Ein ausschließliches Eingriffsabwehrdenken ist indes nicht einmal in der Lage, die unangefochten wichtigste, im Mittelpunkt auch der klassischen liberalen Staatstheorie stehende Aufgabe des Staates, wonach dieser ›die koexistierenden Freiheiten der Einzelnen zu ordnen und zu schützen‹ hat, grundrechtsdogmatisch ausreichend zu reflektieren.«

Mit der Wahl des Referenzgegenstandes ist dafür Sorge getragen, daß gerade die Fragen aus den unterschiedlichen Rechtsbereichen abgehandelt werden, die mit besonderen dogmatischen Schwierigkeiten behaftet sind. Sollte sich das Abwehrrecht bei der Bewältigung dieser Schwierigkeiten bewähren, hat es sich insgesamt bewährt. Für die Bewältigung einfacher bipolarer Konstellationen, in denen nur das Verhältnis des einen durch eine belastende Maßnahme betroffenen Bürgers zum Staat grundrechtlich aufgearbeitet werden muß, wird die Bedeutung des Abwehrrechts ohnehin weitgehend nicht in Frage gestellt.

Die Totalisierung des Abwehrrechts bleibt nicht ohne Konsequenzen für das freiheits- und staatstheoretische Verständnis der Grundrechte. Die auch unter Befürwortern eines abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnisses anzutreffende Identifikation des Abwehrrechts mit einer negativen Freiheitsvorstellung wird ebenso Modifikationen ausgesetzt sein, wie die staatstheoretischen Vorstellungen über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, die dem Abwehrrecht zugrunde liegen. Aus der Entfaltung des Abwehrrechts ergibt sich so letztlich auch ein modifiziertes Bild seiner selbst. Es bleibt zwar seiner Struktur nach dem dogmatischen Modell verbunden, das häufig mit dem Grundrechtsverständnis des klassischen Liberalismus identifiziert worden ist. Über seine Entfaltung kann es aber vieles von dem aufnehmen, was gerade auch die Kritik des klassischen Liberalismus gegen dessen Grundrechtsvorstellung vorgebracht hat. Das Konzept des Abwehrrechts, das so entsteht, unterscheidet sich nicht nur von alternativen grundrechtsdogmatischen Vorstellungen, sondern geht zum Teil auch über das hinaus, was von anderen Befürwortern eines abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnisses vertreten wird. Mit ihrem Plädoyer für ein abwehrrechtliches Grundrechtsverständnis will die Arbeit daher nicht zu einem *Ad-fontes* aufrufen. Ihr geht es vielmehr um die Weiterentwicklung einer dogmatischen Figur, deren Potential noch nicht ausgeschöpft erscheint.

Auch wenn die Arbeit das Abwehrrecht nicht zu seinen Ursprüngen zurückführen will, sind diese Ursprünge für die Untersuchung von Interesse. Der Entwicklung des Abwehrrechts ist daher der erste Abschnitt der Untersuchung gewidmet. In diesem Abschnitt soll nicht erneut der Versuch einer Geschichte der Grundrechte unternommen, sondern vielmehr in der Geschichte der Grundrechte nach Spuren abwehrrechtlichen Denkens gesucht werden. Es geht zum einen um die »Klassik« der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion, zum anderen aber auch um die Vergewisserung der eigenen Tradition, in der etwa Schmitts Auszeichnung des bürgerlich-rechtsstaatlichen Abwehrrechts eine nachhaltige Wirkung entfaltet hat, die jedenfalls Fragen aufwirft.

Der historischen folgt die theoretische Vergewisserung. Das Abwehrrecht hat auf einer theoretischen Ebene besonders in zwei Richtungen Kritik erfahren: zum einen wegen des mit ihm assoziierten Freiheitsverständnisses, zum anderen wegen der ihm zugrundegelegten Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Beiden theoretischen Ansätzen der Kritik muß sich auch eine in erster Linie dogma-

tisch ausgerichtete Arbeit stellen, wenn sie ihr dogmatisches System auf das Abwehrrecht gründen will.

Der erste dogmatische Zugriff auf den Untersuchungsgegenstand folgt im dritten Abschnitt. Die Argumente, die gegen eine Erstreckung des Abwehrrechts zumindest auf bestimmte mehrpolige Rechtsverhältnisse geltend gemacht worden sind, liegen auf zwei unterschiedlichen Ebenen: Zum einen beziehen sie sich auf die Anwendbarkeit des Abwehrrechts in mehrpoligen Rechtsverhältnissen. Zum anderen wird von den dogmatischen Konsequenzen her argumentiert, die sich aus der Anwendbarkeit des Abwehrrechts ergäben. Das eine Mal wird bestritten, daß das Abwehrrecht mehrpolige Rechtsverhältnisse konstruktiv überhaupt erfassen kann. Das andere Mal wird bestritten, daß die Konsequenzen tragbar wären, die mit den abwehrrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen verbunden wären. Der dritte Abschnitt geht dem ersten Aspekt nach. Er untersucht die Bedingungen, unter denen das grundrechtliche Abwehrrecht in mehrpoligen Rechtsverhältnissen zur Anwendung gelangt, im einzelnen.

Der vierte Abschnitt geht nicht gleich zur weiteren dogmatischen Ausarbeitung über, sondern vergewissert sich zunächst anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der forensisch relevanten Konstellationen und Lösungsansätze. Er versucht auszuloten, wie stark das abwehrrechtliche Denken auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu mehrpoligen Rechtsverhältnissen verwurzelt ist – besonders in seiner Rechtsprechung zum Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht, aber auch zu allen übrigen Dreieckskonstellationen. Dabei soll die Rechtsprechung auch in ein Verhältnis zu dem vorgeschlagenen reflexiven Grundrechtsverständnis gesetzt werden.

Der fünfte und letzte Abschnitt soll dann die dogmatische Durchführung im einzelnen leisten. Zunächst in einem systematischen und dann in unterschiedlichen thematischen Querschnitten werden die dogmatischen Konsequenzen aufgearbeitet, die sich aus der Entfaltung des Abwehrrechts ergeben. Die Palette der einzelnen dogmatischen Fragen reicht von der Vereinbarkeit des reflexiven Grundrechtsverständnisses mit dem Gesetzesvorbehalt, über das Verhältnis der Grundrechte zur privatautONOMEN Rechtsgestaltung, bis zu der Frage, welche Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Lehre von den drittsschützenden Normen des einfachen Rechts noch neben der abwehrrechtlichen Betrachtung grundrechtlicher Dreiecksverhältnisse verbleibt.

II. Methodisches Vorverständnis

Methodisch ist die Arbeit eine Arbeit zur Rechtsanwendung. Obwohl sie sich rechtshistorisch, freiheits- und staats-theoretisch ihres Gegenstands vergewissert, ist sie wesentlich keine Arbeit zur Rechtsgeschichte, Freiheits- oder Staats-theorie. Die historischen und theoretischen Aspekte der Arbeit sind nicht Selbstzweck.

Geschichte und Theorie interessieren nur, soweit sie für die Entwicklung eines bestimmten dogmatischen Verständnisses der Grundrechte von Bedeutung sind. Wesentlich handelt die Arbeit von unserem Umgang mit den im Grundgesetz positivierten Grundrechten. Sie versucht, eine Antwort auf die Frage zu geben, wie wir aus dem quantitativ kleinen grundrechtlichen Normbestand Antworten auf Konflikte in einem kaum überschaubaren Anwendungsbereich geben können. Wie lassen sich aus Sätzen wie »Die Kunst ist frei.« oder »Die Wohnung ist unverletzlich.« Antworten auf konkret auftauchende Rechtsfragen entwickeln? Weil die Arbeit letztlich von der Rechtsanwendung und der Rechtsanwendung in einem besonders schwierigen Fall handelt, sei in einer groben Skizze erläutert, welche Vorstellungen über die Rechtsanwendung der Arbeit zugrunde liegen.

Die Art und Weise, in der Recht auf den Einzelfall angewandt wird, ist sehr heterogen. Jedenfalls im Ansatz grundsätzlich unterschiedlich ist der eher induktive Umgang in Case-law-Systemen gegenüber dem eher deduktiven Umgang mit dem Recht in kodifizierten Rechtsordnungen. Doch auch innerhalb kodifizierter Rechtsordnungen fällt der Umgang mit den verschiedenen Normen unterschiedlich aus. Bei technischen und sehr konkreten Normen bereitet deren Anwendung in der Regel aufgrund unseres gemeinsamen Vorverständnisses keine weiteren Schwierigkeiten. Geschwindigkeitsbegrenzungen, das Rechtsfahrgebot, Grenzwertfestsetzungen in Umweltschutzrichtlinien lassen sich in der Regel anwenden, ohne daß die Instrumentarien der juristischen Methodenlehre bemüht werden müssen.

Zum Problem wird die Rechtsanwendung regelmäßig erst bei Normen eines höheren Abstraktionsgrades. Auch bei diesen Normen gibt es regelmäßig klare Fälle, in denen die Rechtsanwendung aufgrund einer allgemein befolgten Praxis keine Schwierigkeiten bereitet. Aber dies ist bei diesen Normen nur eine Teilmenge der potentiellen Anwendungssituationen. Daneben sind in praktisch relevantem Ausmaß Anwendungssituationen denkbar, wo auf das geteilte intuitive Verständnis kein Verlaß mehr ist oder das intuitive Verständnis unterschiedlicher Rechtsanwender voneinander abweicht. Auch der Umgang mit diesen Normen ist wieder unterschiedlich.

Eine ganze Reihe von Anwendungsschwierigkeiten läßt sich mit einem einfachen Rückgriff auf die Kriterien der klassischen Methodenlehre beheben. Ist die Anwendbarkeit einer Norm in einem Einzelfall unklar, so läßt sich die Geschichte, die Genese, das Telos und die Systematik des normativen Umfelds darauf befragen, ob sich aus ihnen für den Einzelfall ein Ergebnis ableiten läßt. So wird bei der Frage der Anwendbarkeit von Art. 141 GG auf die neuen Bundesländer auf historische, genetische, systematische und teleologische Argumente Bezug genommen, die sich wesentlich allein auf die Vorschrift des Art. 141 GG beziehen.⁸

⁸ Einerseits etwa *Pieroth/Kingreen*, Gedächtnisschrift Jeand'Heur, S. 265ff.; *Schlink/Poscher*, Der Verfassungskompromiß zum Religionsunterricht; andererseits etwa *Kremser*, JZ 1995, 928ff.; *Heckel*, Religionsunterricht in Brandenburg.

Es wird versucht, den Sinn gerade dieser Vorschrift durch Mittel der klassischen Methodenlehre zu erhellen. Jedes Ergebnis wird entscheidend mit Argumenten gestützt, die sich unmittelbar auf den Text der Vorschrift, seine Geschichte, seine Genese oder sein Telos beziehen.

Andere Normen sind so abstrakt, mehrdeutig oder vage⁹ oder treffen auf ein so weites und differenziertes Anwendungsfeld, daß auch nach einer Anwendung der Auslegungskanoness neutrale Kandidaten verbleiben. Eine Möglichkeit, der noch verbleibenden Unbestimmtheiten Herr zu werden, liegt in der Entwicklung einer Kasuistik. Es werden aus dem bereits vorliegenden Fallmaterial Fallgruppen entwickelt, in die neu auftretende Fälle nach Ähnlichkeitskriterien einsortiert werden können. Ein eher kasuistischer Umgang mit dem Recht findet sich besonders dort, wo ein Rechtsgebiet unter starkem Änderungsdruck steht und es an tradierten Grundbegriffen fehlt, an die weitergehende Systembildungen anknüpfen könnten. So hat sich etwa die dogmatische Systembildung im Sozialrecht schwer getan.¹⁰ Und auch heute noch tragen einzelne Gebiete des Sozialrechts einen stark kasuistischen Charakter. Für die Anwendung der Vorschrift über Wegeunfälle nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII hat sich etwa kein dogmatisches System, sondern eine reichhaltige Kasuistik herausgebildet.¹¹

Teilweise sind Rechtsgebiete derart strukturiert oder können so verstanden werden, daß mehrere konfligierende Normen anwendbar erscheinen, deren Rechtsfolgen sich im konkreten Fall zumindest teilweise ausschließen. Im Planungsrecht ist dem Planungsträger aufgegeben, die Belange des Umweltschutzes und die Belange der Wirtschaft zu berücksichtigen. Geht es um die wirtschaftliche Nutzung eines Biotops, das mit dieser Nutzung nicht kompatibel ist, geraten beide Vorgaben in einen Konflikt. Der Konflikt kann dann durch eine wertende Entscheidung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles gelöst werden, wie sie die Verwaltung bei der planerischen Abwägung vollzieht. Auch dies ist eine Möglichkeit des Umgangs mit dem Recht: Der Rückgriff auf eine wertende Entscheidung, die anhand aller relevanten Umstände des Einzelfalles begründet wird.¹² Im Planungsrecht ist diese Form der Rechtsanwendung der Verwaltung ausdrücklich aufgegeben.

Zu wieder anderen Normen oder Normkomplexen werden dogmatische Systeme entwickelt, die sich durch eine definitorische und begriffliche Verknüpfung verschiedener Tatbestandsmerkmale und ihren holistischen Anspruch auszeichnen.¹³ Im Polizeirecht etwa werden die Tatbestandsmerkmale der Gefahr, der poli-

⁹ Zur Unterscheidung von Mehrdeutigkeit und Vagheit etwa *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, S. 188ff.

¹⁰ *Mikesiæ*, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin, S. 199ff.

¹¹ *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rn. 483 m. w. N.

¹² So qualifiziert *Würtenberger*, VVDStRL, 58, 141, die optimierende Abwägung als eigene Methode der Rechtsfindung.

¹³ Wenn *Canaris*, Systemdenken, S. 61, die Offenheit dogmatischer Systeme für Fortbildung-

zeilichen Verantwortlichkeit, der Gefahrenabwehrmaßnahme und der Kostenfolgen in unterschiedlichen objektiven oder subjektiven Systemen miteinander verknüpft.¹⁴ Anders als bei den beiden vorgenannten Herangehensweisen müssen alle Einzelfallentscheidungen im Rahmen des jeweiligen dogmatischen Systems argumentiert werden. So kann etwa nicht – wie bei der Fallgruppenbildung für einen neuen Einzelfall eine neue Fallgruppe – ein neues System neben dem bisherigen aufgemacht werden. Dies bedeutet nicht, daß dogmatische Systeme nicht der Veränderung oder Differenzierung unterliegen. Doch sind die systematischen Kosten für solche Veränderungen relativ hoch. Die Einführung von Ad-hoc-Ausnahmen¹⁵ etwa schwächt die Leistungsfähigkeit eines Systems. Die Einführung neuer Kategorien in das System wird hingegen häufig nicht ohne Auswirkung auf die Ausgestaltung der anderen Elemente bleiben, so daß das System schnell an seine Identitätsgrenze gerät. Insoweit sind dogmatische Systeme falsifizierbar: Wenn es ihnen nicht gelingt, einen Sachverhalt, der nach unserem gemeinsamen und durch die Beschäftigung mit einer Norm auch nicht revidierten Vorverständnis in eindeutiger Weise zu behandeln ist, in dieser Weise zu behandeln, dann bedeutet dies ein ernsthaftes Problem für ein dogmatisches System, auf das es nur mit Rückzug oder Modifikationen reagieren kann. Kommt eines der dogmatischen Systeme des Polizeirechts in Fällen, in denen unser gemeinsames Vorverständnis der polizeilichen Generalklausel eindeutig für eine Handlungsbefugnis der Polizei spricht, dazu, die Polizei zur Untätigkeit zu verurteilen, so ist dies ein starkes Argument gegen den gesamten dogmatischen Vorschlag. Ferner muß ein dogmatisches System auch insoweit widerspruchsfrei sein, als es in nach unseren gemeinsamen Intuitionen unter den für die jeweilige Norm relevanten Hinsichten gleichen Fällen zu gleichen Ergebnissen führt.

Die kursorisch beschriebenen Formen der Rechtsanwendung bilden keine abschließende Aufzählung der praktischen oder gar theoretischen Möglichkeiten. Zum einen ließen sich neben den angeführten noch andere Formen beschreiben wie etwa die Topik, die Analogiebildung oder das Richterrecht. Zum anderen handelt es sich bei ihnen um Idealtypen, die in der Praxis der Rechtsanwendung selten in Reinform, sondern in unterschiedlichen Verbindungen anzutreffen sind. So setzt jede Rechtsanwendung ein gemeinsames Vorverständnis über einige eindeutig positive und negative Kandidaten voraus.¹⁶ Irgendwo muß jede Interpreta-

gen betont, so widerspricht diese Eigenschaft dem holistischen Anspruch nicht. Jeder Sachverhalt muß sich in das System integrieren lassen. Auch wenn es dazu fortgebildet werden muß, dazu *Canaris*, ebd. S. 106, wird dieser Anspruch nicht aufgegeben.

¹⁴ Eine Darstellung der positiv-rechtlichen Verknüpfung der Tatbestandsmerkmale, an der die unterschiedlichen dogmatischen Systeme anknüpfen, bei *Poscher*, Gefahrenabwehr, S. 23; einen Überblick über die Entwicklung der einzelnen dogmatischen Systeme ebd. S. 49ff.

¹⁵ Zu dogmatischen Ad-hoc-Thesen *Canaris*, JZ 1993, 377/387.

¹⁶ Damit ist noch einmal ein anderer Aspekt des »Vorverständnisses« angesprochen als bei *Es-ser*, Vorverständnis, der sich weniger für die Paradigmen der Rechtsanwendung als dafür interes-

tion, jeder Systembau einen Halt finden, wollen sie sich nicht im endlosen Regreß auflösen. Nicht alles kann Interpretation sein.¹⁷ Auch mit dem klassischen Methodenkanon stehen dogmatische Systeme in Verbindung. Bei der Entwicklung und Rechtfertigung dogmatischer Systeme wird auf Argumente der klassischen Methodenlehre zurückgegriffen, anhand derer eine Theorie falsifiziert werden kann.¹⁸ So kann ein objektives dogmatisches System des Polizeirechts gegenüber Subjektivierungen auf die Geschichte der Gefahrenabwehr verweisen, in der die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Polizeirechts objektiv verstanden wurden,¹⁹ während für die subjektive Lesart teleologische Argumente hinsichtlich der Effizienz der Polizeiarbeit geltend gemacht werden. Ferner können auch dogmatische Systeme noch Einzelfragen offen lassen, an die dann wieder Fallgruppenbildungen anknüpfen. In dem dogmatischen System der deliktischen Haftung bilden Verkehrssicherungspflichten ein wichtiges Element, das seinerseits nicht als dogmatisches System ausgebildet ist, sondern für das auf eine reiche Kasuistik verwiesen wird.²⁰ Umgekehrt müssen sich auch historische oder genetische Interpretationen einzelner Normen in größere dogmatische Systeme einfügen. So muß etwa eine genetisch begründete Interpretation von Art. 141 GG mit zumindest einem der konkurrierenden dogmatischen Systeme des Staatskirchenrechts verträglich sein.

Letztlich ließen sich die unterschiedlichen Formen der Rechtsanwendung auch wieder mit einem weiten Begriff des klassischen Methodenkanons einholen. Die wertende Abwägung im Einzelfall ließe sich unter Umständen als eine besonders laborierte Form der teleologischen Interpretation beschreiben, die dogmatische Systembildung als eine besonders entwickelte Form der systematischen Interpretation, die Fallgruppenbildung vielleicht als Wortfeldbildung im Rahmen der Wortlautinterpretation. Doch eine solche Rückführung müßte Binnendifferenzierungen zulassen, um den unterschiedlichen Formen der teleologischen, systematischen und Wortlautinterpretation Rechnung zu tragen. Die Fallgruppenbil-

siert, welche Bedeutung einem wertenden Vorverständnis jenseits entsprechender Paradigmen zukommt.

¹⁷ Dem nicht interpretierenden Verständnis gilt das Interesse von *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, § 198, am Regelskeptizismus; zur Kritik der Identifikation von Rechtsanwendung und Interpretation bei Fish und Dworkin, s. *Patterson*, Law and Truth, S. 71ff., 99ff. Doch auch bei *Dworkin*, Laws Empire, S. 72ff., setzt die Interpretation »Paradigmen« voraus. Unzutreffend ist lediglich, daß die Paradigmen als einfache unbewußte Interpretation begriffen werden; zum Problem der »easy cases« *Dworkin*, ebd. S. 353f. In der falsifikationistischen Rekonstruktion der Rechtsanwendung nehmen die Basissätze die Funktion der Paradigmen ein, *Savigny*, in: ders., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, S. 120/127ff.; *Schlink*, Staat, 1980, 73/92ff.

¹⁸ *Savigny*, in: ders., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, S. 120ff.; *Schlink*, Rechtslehre, 1976, 94/101ff.; *ders.*, Staat, 1980, 73/87ff.

¹⁹ *Poscher*, Gefahrenabwehr, S. 29ff.

²⁰ Etwa *Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823 Rn. 64ff.; *Mertens*, in: Rebmann (Hg.), MüKo-BGB, § 823, Rn. 424ff.

dung bleibt auch im Falle der Rückführung auf die klassischen Kanones etwas anderes als eine lexikalische Wortlautinterpretation, die dogmatische Systembildung etwas anderes als die Klärung einzelner Ambivalenzen durch Untersuchung des normativen Umfelds einer Vorschrift und die Abwägung im Einzelfall etwas anderes als die Aufhellung einer Unbestimmtheit durch Rückgriff auf die Zwecke eines Gesetzes. Jedenfalls müsste eine an die klassische Methodenlehre angelehnte Beschreibung diese Differenzierungen vornehmen, um über den erreichten Stand der Methodenlehre hinauszugehen.²¹

Unter dem Gesichtspunkt der Funktionen, die der Methodik der Rechtsanwendung beigemessen werden, sind die einzelnen Rechtsanwendungsformen nicht in gleicher Weise leistungsfähig. So haben alle Ansätze für die Praxis eine Entlastungsfunktion, insoweit sie die bisherigen Ergebnisse der Praxis und Literatur in der ihnen je eigenen Form für die Entscheidung neuer Sachverhalte aufbereiten.²² Schon bei der auf die Lehr- und Lernbarkeit des Rechts gerichteten Funktion zeigen sich jedoch Unterschiede. Fallgruppenbildungen und wertende Abwägungsentscheidungen stoßen mit ihrer Orientierung am Einzelfall eher an Grenzen der Überlieferungsfähigkeit – zumal die Regeln, nach denen neue Fallgruppen eröffnet oder unter allen Umständen des jeweiligen Einzelfalls neue relevante Umstände ausgemacht werden, nur schwer zu ermitteln sind. Demgegenüber zeichnet sich die Ausarbeitung dogmatischer Systeme wegen der Geschlossenheit ihrer Ableitungszusammenhänge und ihrer stärkeren Systematisierung durch eine gesteigerte Lern- und Lehrbarkeit aus. Gleiches gilt für die Kontrollfunktion der Dogmatik. Während sich im Rahmen von Fallgruppenbildungen und Einzelfallabwägungen über Evidenzfälle hinaus kaum bestimmen läßt, ob die Eröffnung neuer Fallgruppen oder eine wertende Entscheidung im Einzelfall bisherigen Fallgruppenbildungen und Wertungen widerspricht, sind Abweichungen von dogmatischen Systemen mit einem relativ hohen Begründungsaufwand verbunden, da sie in der Regel den Umbau des gesamten Systems voraussetzen.

Letztlich unterscheidet sich der Aufbau eines dogmatischen Systems von den einzelfallbezogenen Methoden der Rechtsanwendung in noch einer Hinsicht, die mit der Allgemeinheit des Gesetzes in Verbindung steht.²³ Dogmatische Systeme versuchen, ein Regelsystem für die Anwendung von Normen aufzustellen, in das sich zwar alle Einzelfälle einordnen lassen müssen, das aber die Allgemeinheit der anzuwendenden Norm aufrecht erhält, indem deren abstrakt-generelle Vorgaben in eine Reihe konkreterer, aber immer noch abstrakt-genereller Aussagen trans-

²¹ Für eine gegenüber der hier vorgestellten Perspektive eher statische Beschreibung, die sich auf die Elemente, die zur Rechtsanwendung herangezogen werden, konzentriert, s. *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 26ff.

²² Zur Stabilisierungs- und Entlastungsfunktion der Dogmatik *Alexy*, Juristische Argumentation, S. 326.

²³ Zur Allgemeinheit des Gesetzes *Hofmann*, in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, S. 260ff.

Stichwortverzeichnis

- Abwägung 7, 11, 69, 74, 94, 96, 99
- Abwehrrecht
 - als klassische Grundrechtsfunktion 18f., 30, 32, 43, 46, 47, 58, 64
 - Anwendungsbereich des 154, 163
 - Dogmatik des 257
 - Reflexivität des 100, 174, 246, 272, 282, 316, 318, 338, 355, 358, 379, 401
 - Totalität des 3, 100
 - und Schutzpflicht 381
- Allgemeinheit des Gesetzes 10, 22, 330
- Angemessenheit 333, 365
- Arbeitskampfrecht 323
- Argumentation, juristische 76, 81
- Argumentationslastregel 123, 163
- Asymmetrie des grundrechtlichen Status 89ff., 149, 286
- Augsburger Religionsfriede 20
- Auslegung, verfassungskonforme 280
- Ausstrahlungswirkung der Grundrechte 56, 239, 252, 260, 268, 273, 280
- Austauschbarkeit individueller und kollektiver Interessen 102
- Autonomie 17, 118
- Berufsfreiheit 128
- Bestandskraft 183
- Bestimmtheitsgebot 333
- Betretungsrechte 374
- Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz 401
- Case-law 6
- Deliktsrecht 231
- Demokratiethorie 37
- Deutschenrechte 93
- Dreiecksverhältnisse, grundrechtliche 3, 101, 153, 187
 - konkurrenzrechtliche 104, 214, 309
 - öffentlich-rechtliche 104, 208, 211, 290, 320
 - privatrechtliche 103
 - strafrechtliche 104, 251, 306
- Drittschützende Normen 404
- Drittwirkung 62, 67, 154, 174, 196, 216
 - mittelbare 244, 247, 249, 272, 274, 282, 285, 307
 - unmittelbare 222, 224, 239, 240, 242
 - von Gleichheitsrechten 51, 224, 236, 337
- Drittwirkungsbegriff 229
- Duldungspflicht 167, 180, 190, 211, 286, 304, 321, 372, 375, 393, 404
- Ehegrundrecht 133, 137
- Eigentumsfreiheit 128, 133, 137, 151, 228
- Eingriffsermächtigung 166
- Eingriffsintensität 403
- Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 83
- Einzelfallgesetz 336
- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
 - Aktion Rumpelkammer 260
 - Blinkfüer 188, 247, 261
 - Böll-Walden 242
 - Bürgschaft 363
 - Deutschland-Magazin 204
 - DGB 240, 250, 270
 - Echternach 270
 - Satellitenempfangsanlagen 170, 187, 190
 - Urheberrecht 171, 190
 - Kurzberichterstattung 171
 - Fluglärm 297
 - Gesundheitsbeter 252
 - Gorleben 299
 - Handelsvertreter 242, 362
 - Kalkar 66, 291
 - Kleingarten 179
 - Kredithai 248
 - Lebach 102, 263
 - Lüth 30, 188, 234, 238, 255, 257, 278
 - Mephisto 261
 - Mühlheim-Kärlich 66, 68, 294
 - Pneumoenzephalographie 251
 - Römerberg 217
 - Schleyer 66, 395
 - Schmid-Spiegel 166, 251
 - Schwangerschaftsabbruch 66
 - Sozialplan 241, 250, 276

- Tendenzbetriebe 263
- Verkehrslärm 300
- Wahlplakat 247, 259
- Wallraff 240
- Fachgerichtsbarkeit 400
- Familienrecht 231, 248
- Feudalismus 19
- Freiheitsbegriff 16
 - dogmatischer 121f.
 - effektiver 113, 124
 - extrapolierter 137
 - formale Struktur des 110
 - natürlicher 17, 132
 - negativer 4, 17, 54, 58, 64, 101, 112, 121, 199
 - normgeprägter 116, 132, 353
 - politischer 118, 141
 - positiver 33, 113, 125
 - präformierter 31
 - realer 35, 57, 115, 131
 - rechtlicher 112
 - staatlich geordneter 63
- Freiheitsrecht, allgemeines 127
- Freizügigkeitsgrundrecht 373
- Geltungsfunktion der Grundrechte 158, 177, 189, 192, 211, 215
- Generalklauseln 188, 210, 324
- Gesellschaftsvertrag 17
- Gesetzesvollziehungsanspruchs, allgemeiner 404
- Gesetzesvorbehalt 25, 29, 45, 162, 321
 - für die Gerichtsbarkeit 322
 - qualifizierter 367
- Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 65, 91, 202, 271f., 329, 398
- Gewaltmonopol des Staates 180f., 184, 189f., 195
- Glaubens- und Gewissensfreiheit 23, 20, 128, 228
- Gleichheitsrechte 157, 271, 337, 395
- Grundrechte
 - als Einrichtungsgarantien 39
 - als Erlaubnisse 113
 - als objektive Wertordnung 238
 - als Optimierungsgebote 69
 - als Unterlassungspflichten 156
 - als Wertentscheidung 34, 39, 46, 130, 238, 293, 342
 - klassische 43
 - Normbereich der 61
 - soziale 55
 - Staatsgerichtetheit der 24, 49
 - vorbehaltlose 202, 378
 - und Privatrecht 50, 53, 238, 249
- Grundrechtsbeeinträchtigungen 164
- Grundrechtseingriff 164, 318
 - faktischer 164, 174
 - Finalität des 301
 - Intensität des 269
 - normativer 164, 175
- Grundrechtsfreiheit des Privatrechts 50
- Grundrechtsfunktion
 - klassische 18f., 30, 32, 43, 46, 47, 58, 64
 - Kollision unterschiedlicher 196
 - objektiv-rechtliche 181, 254
- Grundrechtsgefährdungen 297, 388, 393
- Grundrechtskollision 62, 69, 83, 91, 198, 379, 401
- Grundrechtsschutz
 - durch Organisation und Verfahren 67, 295, 385, 390
 - vorbeugender 388
- Grundrechtstheorie 58
- Grundrechtsverständnis
 - funktional pluralistisches 84
 - institutionelles 35, 54
 - liberales 146
 - offenes 125
 - präformiertes 125
 - reflexives 100, 174, 246, 272, 282, 316, 318, 338, 355, 358, 379, 401
- Grundrechtsverzicht 354
- Handlungserlaubnis 177
- Handlungsfreiheit 16
- Handlungsfreiheit, allgemeine 169
- Herrschaftsverträge 19
- Ideales Sollen 79
- Inhaltsbestimmung 134, 136, 139
- Jurisdiktionsstaat 197
- Justizstaat 71, 83
- Koalitionsfreiheit 323, 361
- Kompetenztheorie des Vertrages 221
- Konfliktregelung 183
- Konstitutionalisierung der Rechtsordnung 14, 82, 96
- Konstitutionalismus 145
- Kontrolldichte, verfassungsgerichtliche 269
- Leistungs- und Teilhaberechte 24
- Magna Charta 19
- Meinungsausdrucksfreiheit 11, 23, 228, 402f.
- Menschenwürdegarantie 127, 366, 380
- Methodik der Rechtsanwendung 6, 10
- Mitverantwortung des Staates für Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Private 296

- Naturrechtslehre 18
 Naturrechtsrenaissance 50
 Naturzustand 16, 121
 Notrechte 209
 Nullsummenspiel 320
 Optimierungsgebot 79
 Pareto-Optimalität 328
 Parität, konfessionelle 21
 Parlamentarischer Rat 42, 161
 Partizipation 119
 Paulskirchenverfassung 23
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines 402
 Pluralismus, funktionaler 84
 Popularklage 406
 Pressefreiheit 23
 Preußische Verfassung 30
 Primär- und Sekundärnormen 208
 Prinzipientheorie der Grundrechte 48, 73, 96, 99f
 Privatautonomie 49, 154, 220, 346, 350, 358
 Protective perimeters 168, 187
 Prozeßgrundrechte 233
 Prüfungsrecht, richterliches 40
 Rechtfertigungslast, grundrechtliche 123, 163
 Rechtsdurchsetzung 194
 Rechtsfortbildung, richterliche 323
 Rechtskraft 159, 183
 Rechtsposition, einfachrechtlich konstituier-
 te 65
 Rechtsschutz 193, 392, 404ff.
 Rechtsstaat 27
 Rechtsverhältnislehre 191
 Reformation 20
 Regel-Prinzipien-Unterscheidung 77
 Sanktionslose Verbindlichkeiten 186
 Sanktionsnormen 166
 Schrankenregelung 134f.
 Schumansche Formel 269
 Schutzbereich, grundrechtlicher 154, 163, 318
 Schutznormtheorie 212
 Schutzpflicht, grundrechtliche 66, 84, 89, 94, 115, 149, 175, 181, 192, 243, 266, 283, 293, 298, 304, 359, 380, 395
 Selbsthilfeverbot 190
 Sonderrechtslehre 11
 Souveränität 18
 Sozialstaat 148
 Sozialstaatsgebot 129, 360
 Spätabsolutismus 145
 Spätkonstitutionalismus 24
 Staat als Zurechnungssubjekt 144
 Staatlichkeit allen Rechts 100
 Status activus processualis 68
 Systembildung, dogmatische 7
 Tendenzbetriebe 206, 248, 368
 Unbestimmtheit des Rechts 7
 Unparteilichkeit der Rechtsanwendung 11
 Unterlassungspflicht, grundrechtliche 183, 203
 Untermaßverbot 66, 94, 301
 Unterscheidung von öffentlichem Recht und
 Privatrecht 150, 179, 206
 Unterscheidung von Staat und Gesell-
 schaft 4, 25, 36, 58, 90, 144, 179
 Verfassungsgesetzgeber, Wille des 12
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 46, 59, 224, 259, 262, 264, 283, 325, 351, 394
 Verrechtlichung von Konflikten 188f.
 Versammlungsfreiheit 128
 Verteilungsprinzip, rechtsstaatliches 20, 33, 39, 123
 Vertragsfreiheit 117, 133, 137, 151
 Vertragsrecht 88, 344, 370
 – dispositives 370
 – nichtdispositives 348
 Vertragstheorie 221, 359
 Volkssouveränität 37
 Vorbehalt des Gesetzes, s. Gesetzesvorbehalt
 Vorverständnis 6
 Wahlrechtsfreiheit 133
 Wechselwirkungslehre 250
 Wesensgehalt 45, 59, 334, 348, 366
 Wesentlichkeitstheorie 291
 Westfälischer Friede 20
 Willensfreiheit 16
 Wohlerworbene Rechte 21
 Wohnungsfreiheit 368
 Zitiergebot 335, 347
 Zivilprozeßrecht 232
 Zurechnung privaten Verhaltens zum
 Staat 99, 172, 338
 Zwangsvollstreckung 167, 232

