

KARL-HEINZ LADEUR

Kritik der Abwägung
in der Grundrechts-
dogmatik

Walter Eucken Institut

*Beiträge zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

170

Mohr Siebeck

Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

170

Herausgegeben vom
WALTER EUCKEN INSTITUT



Karl-Heinz Ladeur

Kritik der Abwägung
in der Grundrechtsdogmatik

Plädoyer für eine Erneuerung
der liberalen Grundrechtstheorie

Mohr Siebeck

Professor Dr. KARL-HEINZ LADEUR, Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre,
Universität Hamburg

ISBN 3-16-148442-8 / eISBN 978-3-16-156956-2

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

© 2004 Mohr 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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garmond gesetzt, von Müller & Bass in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

ISSN 1434-3371

Inhalt

| | |
|--|----|
| I. Vorbemerkung | 9 |
| II. Das Modell der Abwägung der Grundrechte in Literatur und Rechtssprechung | 12 |
| 1. Die Abwägung nach Alexy | 12 |
| a) Lassen sich alle „Verfassungswerte“ skalieren? | 12 |
| b) Die systematische Vernachlässigung der Entscheidungs- probleme des Staates | 15 |
| 2. Zur Überschätzung der Legitimationswirkung parlamentarischen Entscheidens in der Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtsdimensionen | 16 |
| III. Die Rolle der Abwägung für die Dogmatik einzelner Grundrechtsfragen | 19 |
| 1. Das Beispiel des Eigentumsschutzes in der Theorie der Abwägung | 19 |
| a) Die „Wiederentdeckung“ der sozialen Bindung des Eigentums in der Literatur des 19. Jahrhunderts | 19 |
| b) Das Eigentum als „Ergebnis eines Interessenausgleichs“ ... | 20 |
| c) Insbesondere: Die Ausgestaltung des Eigentums durch Gesetze | 22 |
| d) Eigentumsschutz und Verhältnismäßigkeit | 25 |
| 2. Die „soziale“ Epistemologie“ des Abwägungsmodells . | 27 |
| a) Die Entinstitutionalisierung der Grundrechte | 27 |
| b) Abwägung und interventionistischer Staat | 28 |
| IV. Die „soziale Epistemologie“ der liberalen Gesellschaft als Kontrapunkt | 31 |

| | |
|--|----|
| 1. Das liberale Rechtsmodell und seine Orientierung an Institutionen | 31 |
| a) Liberale Rechtstheorie als Theorie der „Mittelbarkeit“ | 31 |
| b) Das liberale Recht und seine Kooperation mit der gesell- schaftlichen Selbstorganisation | 32 |
| c) Das liberale Rechtsmodell und die Erzeugung gesell- schaftlichen Handlungswissens | 35 |
| d) Die Dogmatik der „Schutzpflichten“ und ihre Abhängigkeit von staatlichen Wertungen | 36 |
| e) Zur Kollision grundrechtlicher „Schutzpflichten“ mit den Anpassungszwängen der Gesellschaft | 38 |
| 2. „Einschätzungsspielräume“ des Staates oder der Gesellschaft? | 43 |
| 3. Die Stellung des „Abwehrrechts“ in der liberalen Theorie der Grundrechte | 43 |
| a) Der kollektive Effekt der subjektiven Rechte | 43 |
| b) Die „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ und die Aufhebung von Chancenungleichheit | 44 |
| c) Wie hierarchisch ist die „Wertordnung“ der h.M.? | 45 |
| 4. Der Niedergang der liberalen Grundrechtstheorie – „Eingriffsabwehr“ in der neueren Dogmatik | 47 |
| a) Die Konturlosigkeit der Eingriffsabwehr | 47 |
| b) Grundrechtliche Freiheit und ihre Schranken im liberalen Rechtsmodell – die Schadensgrenze | 48 |
| c) Abwehrrechte in der Dogmatik des 19. Jahrhunderts | 50 |
| V. Die Rekonstruktion exemplarischer Probleme der Grundrechtsdogmatik in liberaler Perspektive – das Beispiel der Ausgestaltung des Eigentumsrechts in Anknüpfung an das bürgerliche Modell des Eigentums | 54 |
| VI. Drittwirkung der Grundrechte und Dogmatik | 58 |
| 1. Die Staatsfixierung der Konstruktion der „Drittwirkung“ der Grundrechte | 58 |
| 2. Dispositionsfreiheit des Staates über „rechtsgeprägte“ Privatrechtsverhältnisse? Was heißt „mittelbare Drittwirkung der Grundrechte“? | 60 |

| | |
|--|----|
| 3. Der Sonderfall der Drittwirkung der wirtschaftlichen Grundrechte – insbesondere Art. 12 GG | 61 |
| 4. Die multipolare Ordnung des Zivilrechts..... | 64 |
| 5. Zu einer notwendigen Spezifizierung der grundrechtlichen Schutzpflichten | 64 |
| 6. Vertragliche Bindung als Grundrechtsverzicht, zivilgerichtliche Urteile als Grundrechtseingriff? | 66 |
| VII. Das Beispiel der Medienfreiheit | 71 |
| VIII. Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in der Dogmatik der Grundrechte | 74 |
| 1. Das Abwägungsmodell als Theorie der „sozialen Realisation“ (E. Forsthoff)?..... | 74 |
| 2. Grundrechte und „Grundrechtswirklichkeit“ – Aufhebung eines Spannungsverhältnisses durch Abwägung?..... | 76 |
| 3. Die Verfassung als „Grund- oder als Rahmenordnung“ – Aushöhlung der politischen Spielräume des Staates durch „Abwägung“ der Grundrechte?..... | 78 |
| IX. Ausblick | 81 |

I. Vorbemerkung

Seit längerem ist in Deutschland ein Prozess des Rechtswandels zu beobachten, der nicht zu Unrecht als die „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ bezeichnet wird¹. Grundrechte werden zu „obersten Prinzipien“ erhoben, die auf „Optimierung“ angelegt seien, aber dadurch der Tendenz nach die Richtung der gesamten Rechtsbildung bereits enthalten². Das einer liberalen Rechtsordnung inhärente Spannungsverhältnis zwischen kollektiver Rechtsgestaltung und individueller Freiheit zur Selbstentfaltung, der Konflikt zwischen zwei unterschiedlichen Rechtsprinzipien³, scheint aufgelöst worden zu sein. An seine Stelle tritt der „innere Zusammenhang zwischen demokratischer Rechtsgestaltung und Grundrechtsschutz“⁴, der den Garantiegehalt der Grundrechte abhängig macht von „einzelfallbezogener Abwägung wie gesetzgeberischer Kollisionslösung im Sinne ‚praktischer Konkordanz‘“, die beide auf „den schonendsten Aus-

¹ SCHUPPERT/BUMKE, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; vgl. auch die Beiträge in DIES., (Hrsg), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000; ALEXY, VVDStRL 61 (2002), 7, 10 ff.; DERS., Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 71 ff.

² BÖCKENFÖRDE, Staat – Verfassung – Demokratie, 1991, S. 163; auch DERS., NJW 1999, 13 ff.; vgl. zu Bedenken gegen die mangelnde Bestimmbarkeit der immer stärker postulierten materiellen Normierungsdichte der Verfassung auch schon WAHL, Der Staat 1981, 502 ff.; für eine methodisch kontrollierte Beschränkung schon FORSTHOFF, Zur Problematik der Verfassungenauslegung, 1961, S. 34 ff.; zur Entwicklung der Substantialisierung der Verfassung auch Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000, S. 117 ff.; dagegen zur methodischen Notwendigkeit der Unterstellung einer einzig richtigen Antwort auch für Fälle, die von der Verfassung nicht entschieden worden sind, ALEXY, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 122; vgl. WÜRTEMBERGER, VVDStRL 58 (1999), S. 139, 141: der moderne Staat werde zum „Abwägungsstaat“; vgl. auch das gleichnamige Buch von LEISNER, 1997.

³ ISENSEE, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980.

⁴ DREIER, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 36.

gleich“ angelegt seien. Alle „Verfassungswerte“ sind dann prinzipiell „von gleichem Rang“, im Konfliktfall wird „Konkretisierungsarbeit“ durch Abwägung geleistet⁵. Damit wird nicht zuletzt – einer verbreiteten Praxis entsprechend – der Unterschied zwischen der Bestimmung des Schutzbereichs der Grundrechte und ihren Schranken relativiert⁶.

Die einzelnen Grundrechte bringen eigentlich nur Nuancen eines einheitlichen Grundrechts der Handlungsfreiheit des Individuums zur Geltung⁷, während durch die Setzung von Schranken zum erheblichen Teil ihrerseits Schutzrechte Dritter garantiert, die selbst Grundrechtscharakter haben und deshalb scheinbar wie selbstverständlich auf Abwägung angelegt sind. Schranken, die nicht durch die neuen Grundrechtsdimensionen jenseits der Abwehrrechte ihrerseits selbst „Verfassungswerte“ in Anschlag bringen, sind dann fast nicht mehr denkbar. Unrichtige Gewichtung der Schutzrechte und -pflichten zugunsten der Abwehrrechte wird ihrerseits zur Grundrechtsverletzung⁸. Auch soweit der Staat nicht grundrechtsschützend handelt, lässt sich sein Interesse hilfsweise zur Aktualisierung von Verfassungswerten überhöhen. Der Staat wird damit selbst zum Grundrechtsakteur und seine Ziele zu objektiven Verfassungswerten. Hier werden unterschiedliche Akzente gesetzt: Zum Teil werden in der auf Dauer gestellten Aufgabe von Gesetzgeber und Rechtspre-

⁵ DREIER, aaO. (Fn. 4), S. 22 ff.; vgl. zur Kritik der Abwägung im Verfassungsrecht schon SCHLINK, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 78 ff.; jetzt auch DERS., in: FS BVerfG, 2. Bd., 2001, S. 445, 460 ff.; PIEROTH/DERS., Staatsrecht II, 19. Aufl., 2003, Rn. 289 ff.: das Problem der Abwägung liegt aber nicht primär in der Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Politik (so aber SCHLINK), sondern vielmehr in der mangelnden dogmatischen Durcharbeitung der spezifischen Probleme einzelner Grundrechtsbereiche und ihrer Schranken; vgl. allgemein auch OSSENBÜHL, DVBl 1995, 911; vgl. aus der amerikanischen Literatur, die z.T. ähnliche Tendenzen der Rechtsprechung kritisiert, ALEINIKOFF, Yale Law Journal 96 (1987), 943; eine aktive Rolle der Rechtsprechung in der Evolution des Rechts durch richterliche Rechtsschöpfung betont auch DWORKIN, Law's Empire, 1986; die traditionelle Position „translator mode of judgment“ akzentuiert R. A. CASS, The Rule of Law in America, 2001; Kritik in rechtstheoretischer Perspektive bei F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, Juristische Methodik, Bd. 1, 8. Aufl., 2002, S. 84, 131.

⁶ Vgl. dazu allg. STERN, FS BVerfG, 2. Bd., 2001, S. 3 ff.; HÖFLING, Jura 1994, 169, 171; allg. auch HOLOUBEK, in: GRABENWARTER/HAMMER u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S. 61 ff.

⁷ Dazu kritisch schon WAHL, Freiburger Universitätsblätter Nr. 95, 1987, 19 ff.

⁸ BVerfGE 7, 198, 212.

chung, verschiedene Grundrechtspositionen in multipolaren Konfliktlagen optimierend einander zuzuordnen⁹, Konturen eines neuen Staatskonzepts, des „Gewährleistungsstaats“, erkannt.

⁹ Vgl. HOFFMANN-RIEM, in: BÄUERLE u.a. (Hrsg), Haben wir wirklich Recht? Kolloquium für Bryde, 2004, S. 53; kritisch KAHL, Der Staat 2004 (im Erscheinen); zum Begriff des Gewährleistungsstaats allgemein HOFFMANN-RIEM, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 15, 36; KÄMMERER, Privatisierung, 2001, S. 474 ff.; SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 933 ff.; DERS., Die Verwaltung 1998, 425; NEIDHARDT/DERS. (Hrsg), Gemeinwohl. Auf der Suche nach Substanz, 2002; FRANZIUS, Der Staat 2003, 493; LADEUR/GOSTOMZYK, Die Verwaltung 2003, 141.

II. Das Modell der Abwägung der Grundrechte in Literatur und Rechtsprechung

1. Die Abwägung nach Alexy

a) Lassen sich alle „Verfassungswerte“ skalieren?

Die Rechtsprechung zu den Grundrechten und deren Dogmatik sind in den letzten Jahren so sehr von der Theorie der Abwägung dominiert worden, dass weder deren vielfach unausgesprochen gebliebenen Voraussetzungen noch dogmatische Alternativen überhaupt Konturen gewinnen konnten. Das Abwägungsmodell hat alle Probleme der Abstimmung unterschiedlicher Grundrechtsdimensionen, der Schranken der schrankenlosen Grundrechte¹⁰, der Spezifizierung der je besonderen Grundrechtsschranken¹¹, um nur einige Beispiele zu nennen, scheinbar gelöst. Es wird noch zu zeigen sein, dass es dafür einen hohen Preis zahlen muss, nämlich die Einebnung aller Unterscheidungen, mit denen insbesondere die verfassungsrechtliche Dogmatik ihre Aufgabe der Selbstbeschreibung des Rechtssystems erfüllen kann¹².

Alexys Konzeption der „Abwägung“¹³ unterstellt nämlich notwendigerweise, dass die jeweils betroffenen Grundrechts- und Schran-

¹⁰ Vgl. HÖMIG, FS BVerwG, 2003, S. 273, 274; allg. HOLOUBEK, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte – System oder Schrankenwirrwarr?, 1997; MISERA-LANG, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte, 1999; WINKLER, Kollisionen zwischen Grundrechten und anderen verfassungsrechtlichen Schutznormen, 1999; allgemein KOKOTT, in: HbGR, Bd. 1, 2003, § 22; v. ARNAULD, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999; vgl. aus der früheren Literatur nur die Kritik an der Willkürlichkeit der unterschiedlichen Schranken, BETTERMANN, Grenzen der Grundrechte, 1968, S. 1 ff.

¹¹ Vgl. dazu schon BETTERMANN, aaO. (Fn. 10).

¹² Vgl. LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974.

kenbelange kommensurabel und gegeneinander ausgleichsfähig sind. Dies ist nur möglich, wenn man die Grundrechte und die verfassungsrechtlich geschützten (nicht grundrechtlichen) öffentlichen Interessen auf einer gleitenden Skala anordnen kann: Mehr Schutz für das eine Grundrechtsinteresse kann eine Verkürzung der anderen Interessen rechtfertigen. Darüber wird auf den unterschiedlichen Foren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung entschieden. Die vielfach unvermeidliche Ungewissheit bei der Abschätzung der Wahrscheinlichkeit der anzunehmenden Wirkungen wird dann scheinbar plausibel dem Gesetzgeber zur Bewältigung überlassen¹⁴. Dafür kann er einen Einschätzungsspielraum in Anspruch nehmen.

Die Interessen lassen sich jedoch häufig nicht so einfach skalieren¹⁵: Alexy zieht solche Beispiele zur Demonstration seiner Lehre vor, bei denen dies allenfalls noch plausibel unterstellt werden kann. In komplexen Fällen wird aber schon die Beschreibung der betroffenen Interessen und der zu berücksichtigenden Folgen Probleme bereiten. Eine liberale Grundrechtstheorie wird vor allem die verschiedenen Zeithorizonte in Anschlag bringen, die z.B. bei der Modellierung der Folgen von Eingriffen in Märkte kollidieren: Sie wird sich an der Funktion der Institutionen orientieren, deren Leistung vor allem im Schutz der Bildung langfristiger stabiler Erwartungen für die Bürger besteht¹⁶. Damit ist eine staatliche Aufgabe schwer vereinbar, situativ über die Abstimmung von Grundrechtsbelangen durch Abwägung zu entscheiden. Der unmittelbare grundrechtliche Schutz Dritter vor den Folgen der Ausübung von Freiheitsrechten muss nicht nur mit dem unmittelbar kollidierenden Handlungsinteresse Dritter korreliert werden. Es müssten auch die möglicherweise langfristigen Folgen staatlicher „ausgleichender“ Interventionen für die Konsistenz der Muster und Regeln der gesellschaftlichen Selbstorganisation in Rechnung gestellt werden¹⁷. Wenn man dies also in die Entscheidungsfindung einbezieht, ist es keineswegs selbstverständ-

¹³ ALEXY, aaO. (Fn. 1), S. 7, 20, 25.

¹⁴ Vgl. insbesondere HERMES, VVDStRL 61 (2002), S. 119, 147.

¹⁵ ENGEL, in: DERS./HÉRITIER (Hrsg.), *Linking Politics and Law*, 2003, S. 285, 288

¹⁶ Vgl. nur LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993; BOUDON, *Raison, bonnes raisons*, 2003, 161.

lich, dass insbesondere der Gesetzgeber bei solchen ad-hoc-Abschätzungen aufgrund des ihm zugestandenen Einschätzungsspielraums mit Bindungswirkung für Private möglicherweise nur suboptimale Problemlösungen vorziehen kann: In einer liberalen Gesellschaft gibt es immer noch die Alternative, auf Interventionen zu verzichten und die Suche nach einer Lösung der privaten Selbstorganisation zu überlassen. Auch das Vertrauen in die verfassungsgerichtliche oder gar die gesetzgeberische „Realanalyse“ im Bereich der Grundrechte dürfte nur von begrenzter Tragfähigkeit sein¹⁸. Gibt es auch nur eine schwache Plausibilität z.B. für die Effizienz vieler Hilfen zur Grundrechtsausübung, die der Gesetzgeber in der Form von wirtschaftlichen Subventionen oder „Förderungen“ bereithält oder der Verwaltung anheimgibt¹⁹? Spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Gesetzgeber dabei auch nur ein Minimum an Sorgfalt entwickelt, das erforderlich ist, um komplexe Abschätzungen vorzunehmen²⁰? Vielfach überträgt der Gesetzgeber die Verteilung ohnehin mehr oder weniger unkontrolliert unmittelbar beteiligten Gruppen (z.B. ABM-Maßnahmen und Fortbildung durch die frühere Bundesanstalt und jetzige Bundesagentur für Arbeit entsprechend den Interessen von Arbeitgebern und Gewerkschaften). Die jüngeren Erfahrungen mit dem Sozialstaat rechtfertigen eher die Annahme, dass der Staat die sozialen und politischen Risiken nicht bindet, sondern eher verschärft²¹.

All dies ist mit Hilfe der einfachen Zuweisung eines „Abwägungsspielraumes“ an den Gesetzgeber nicht zu erfassen. Hier soll deshalb

¹⁷ Gerade im Schutz der langfristigen Erwartungen besteht die Funktion der liberalen Institutionen BOUDON, aaO. (Fn. 16), S. 161; vgl. auch J. M. BUCHANAN, Individual Rights, Emergent Social States, and Behavioral Feasibility, in: *Rationality and Society* 1995, 141, 146; DERS., The Economics and Ethics of Constitutional Order, 1986, S. 117; DERS./VANBERG, The Market as a Creative Process, in: *Economics and Philosophy* 1991, 16 ff.

¹⁸ Vgl. HUSTER, *ZfRSoz* 2003, 3, 9; OSSENBUHL, FS BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 458, 462; kritisch auch ENGEL, aaO. (Fn. 15), S. 285, 292

¹⁹ BERGSTRÖM, in: ELIASSON/KARLSON (Hrsg), *The Limits of Government*, 1998, S. 269 ff.

²⁰ HERMES, aaO. (Fn. 14), S. 119 ff.; kritisch zur Rationalität von Abwägungen PIEROTH/SCHLINK, aaO. (Fn. 5), Rn. 289 ff.; aus politikwissenschaftlicher Sicht SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, 2003, S. 33.

²¹ BAVEREZ, *La France qui tombe*, 2003, 70, für Frankreich; dies gilt aber für Deutschland nicht anders.

nicht umgekehrt einer weitreichenden Einengung legislativer Entscheidungsspielräume das Wort geredet werden: Aber es ist gänzlich inakzeptabel, eine möglicherweise unvermeidliche politische Ermessensfreiheit bei (Um-)Verteilungsmaßnahmen zur grundrechtlichen „Optimierung“ zu nobilitieren²² und demgegenüber die Alternative, die Entscheidung durch gesellschaftliche Selbstorganisation innerhalb des betroffenen Handlungsfeldes zu vernachlässigen. Genau darauf läuft aber ein undifferenziertes Modell des Ausgleichs unterschiedlicher Interessen als grundrechtliche „Abwägung“ vielfach hinaus.

b) Die systematische Vernachlässigung der Entscheidungsprobleme des Staates

Die immer wieder zu vernehmende Beschwörung der „Erstzuständigkeit“ des Gesetzgebers im Prozess der Verfassungskonkretisierung²³ geht an der Entwicklung zu einem hypertrophen Interventionsstaat vorbei. Sie stellt das Verhältnis von Staat und Gesellschaft geradezu auf den Kopf! Die Gesetzgebung befindet sich seit Jahren in einem sich selbst verstärkenden perversen Zirkel der Regulierung: Die immer weitere Ausdehnung der Staatsfunktionen fordert immer weiterreichende Regulierungen, die ihrerseits, statt Probleme abzuspannen, wieder neuen Bedarf für Regulierungen schaffen²⁴, den der Gesetzgeber kaum befriedigen kann. Hinzu kommt das Phänomen des „Hyperpluralismus“²⁵: In allen westlichen Industriestaaten verfällt der klassische sozialstaatliche Pluralismus, der auf den großen repräsentativen gesellschaftlichen Gruppen basierte. An dessen Stelle tritt ein von einer Vielzahl gut organisierter kleiner Gruppen betriebener neuer Prozess der Fragmentierung von Interessen, zu denen mehr und mehr auch das Selbstinteresse der Behörden und ihrer Klientel an der Erhaltung der „Schutzpflichten“ erfüllenden Hilfsprogramme tritt. Mit dieser Aussage geht es nicht darum, die politische Legitimation des Gesetzgebers prinzipiell zu schmälern, aber

²² Vgl. WÜRTEMBERGER, VVDStRL 59 (1999), S. 139 ff.

²³ HERMES, aaO. (Fn. 14).

²⁴ Vgl. dazu für Frankreich BAVEREZ, aaO. (Fn. 21).

²⁵ RAUCH, Government's End, 1999, S. 31

doch darum, der durch die Grundrechte zu garantierenden „Eigenverfassung“²⁶ gesellschaftlicher Selbstorganisation der Wirtschaft, der Medien etc. mehr Konturen zu verleihen und damit die kollektive transsubjektive Dimension gerade auch der als Abwehrrechte verstandenen Grundrechte – jenseits des Schutzes individueller Freiheit des Einzelnen – als ein mit dem Interventionsstaat konkurrierendes Orientierungsleistungen ermöglichendes Ordnungsmodell stark zu machen.

*2. Zur Überschätzung der Legitimationswirkung
parlamentarischen Entscheidens in der Zuordnung
unterschiedlicher Grundrechtsdimensionen*

Die demokratische Legitimation des Gesetzes kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass das für die Gesetzgebung erforderliche Entscheidungswissen nicht nur heute wegen der Fragmentierung des Regelungsbedarfs zentral nicht verfügbar ist. In der klassischen liberalen Gesellschaft hatte die in der Gesellschaft akkumulierte Erfahrung eine geteilte privat-öffentliche Wissensbasis bilden können, die in der gesamten Rechtsordnung mehr oder weniger offen in Bezug genommen worden ist (z.B. im Gefahrenbegriff des Polizeirechts, im Fahrlässigkeitsbegriff etc). Das ist der wichtigste Unterschied zur Stellung des Gesetzgebers heute. Es bedarf heute einer neuen Form der Koordination privaten und öffentlichen Wissens einschließlich der Entscheidungsmuster und der Ordnungsmodelle, die von privaten wie öffentlichen Entscheidern genutzt werden. Dies gilt auch für die Konturierung der Dogmatik der Grundrechte, und zwar umso mehr, als in einer liberalen Gesellschaft – wie gezeigt – stets die Notwendigkeit einer Abstimmung von grundrechtlich gesicherter Selbstorganisation und der darüber akkumulierten Wissensbestände sowie legislativer Regelsetzung besteht. Der Gesetzgeber des liberalen Staates konnte eben – bei aller zeitbedingten Verengung der Perspektiven – doch für sich in Anspruch nehmen, bei seiner sich auch eher auf das allgemeine Gesetz beschränkenden Normsetzung aus

²⁶ TEUBNER, ZAuslÖffVR 2003, 1 ff.

einem allgemeinen Bestand von geteiltem Wissen und Wahrscheinlichkeitsannahmen schöpfen zu können. Der moderne Interventionsstaat greift bei seinen Maßnahmen der „Gesellschaftsteuerung“²⁷ vielfach auf ein Expertenwissen zurück, dessen Überlegenheit gegenüber dem in praktischen Beziehungsnetzwerken zwischen den Individuen akkumulierten Erfahrungswissen zweifelhaft ist. Auch dieses gesellschaftliche diffuse, an die praktische Erfahrung gebundene Wissen²⁸ muss in einem liberalen Grundrechtsverständnis seinen dogmatischen gesicherten Ort haben, über den der Staat nicht einfach unter Rückgriff auf eine „Einschätzungsprärogative“ disponieren darf. Ein liberales Gesellschaftsmodell betrachtet die Gesellschaft nicht nur als eine Ansammlung von Individuen, die um ihren Vorteil kämpfen und denen im Interesse eines übergreifenden Gemeinwohls durch das Gesetz Schranken auferlegt werden müssen. Vielmehr wird die durch den Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ (F. A. v. HAYEK) strukturierte Gesellschaft, die Gesamtheit der transsubjektiven Beziehungsnetzwerke zwischen den Individuen, als eine Quelle der Produktion neuen Wissens angesehen, das für alle, private wie staatliche Akteure neue Handlungsmöglichkeiten eröffnet. Auf diesem Hintergrund stellen sich die Interventionen des Staates ambivalent dar: Staatliche Interventionen können zwar keineswegs von vornherein negativ bewertet werden, sie können den Such- und Experimentierprozess offen halten und der als „Ideenpool“ verstandenen Gesellschaft neue Möglichkeiten zuführen. Sie können aber auch produktive Signale unterdrücken und negative verstärken²⁹; das ist insbesondere dann der Fall, wenn „Schutz“ vor den Folgen der sich permanent vollziehenden Erneuerungsprozesse gewährt wird, also die Verweigerung der Anpassung an die durch das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ (F. A. v. HAYEK) geschaffenen Zwänge und Möglichkeiten unterstützt wird. Dann stellt sich die Frage nach der Abstimmung des in einer liberalen Gesellschaft kei-

²⁷ HUSTER, ZfRSoz 2003, 3, 4; vgl. auch Messerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 926 zur „Sachbezogenheit“ der Gesetzgebung; vgl. allgemein auch die Beiträge in PIEROTH (Hrsg), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000; SCHUPPERT; Die Verwaltung, Beiheft 4, 201.

²⁸ v. HAYEK, Recht, Gesetz und Freiheit, Ges. Schriften, Bd. B 4, 2003, S. 95 ff.

²⁹ Vgl. allg. LEMIEUX, in: Regulation, Winter 2002/3, 16.

neswegs konfliktfreien Verhältnisses der Legitimationsprinzipien „demokratische Entscheidung“ und „grundrechtliche Selbstgestaltung“ neu. Dieser Gegensatz darf nicht mit dem Ziel überspielt werden, unter dem Deckmantel des Schutzes der Grundrechte die Handlungsmöglichkeiten des Staates zu erweitern.