

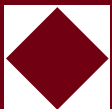
Kieler

Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) – Band 11

Martin Borowski

Grundrechte als Prinzipien

3. Auflage



Nomos

Kieler
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF)

Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Kiel

Band 11

Martin Borowski

Grundrechte als Prinzipien

3. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4902-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9088-1 (ePDF)

3. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort zur ersten Auflage

Diese Untersuchung hat im Wintersemester 1996/97 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation vorgelegen. Sie war im wesentlichen im November 1995 abgeschlossen. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung habe ich nur noch gelegentlich berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Robert Alexy, ohne dessen vielfältige Förderung die Arbeit nicht in dieser Form entstanden wäre. In der freundlichen und offenen Atmosphäre seines Lehrstuhls konnte stets mit großem Vergnügen gearbeitet werden. Herrn Professor Dr. Jost Delbrück danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Dank gebührt weiter der Studienstiftung des deutschen Volkes, die die Entstehung dieser Untersuchung durch ein Promotionsstipendium ideell und finanziell gefördert hat, sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für einen Druckkostenzuschuß. Zu danken habe ich ferner meinem Bruder Roman für die Hilfe beim Lesen der Korrekturen sowie meiner Frau für vielfältige Unterstützungen.

Kiel, im September 1997

Martin Borowski

Vorwort zur dritten Auflage

Nachdem auch die zweite Auflage aufgrund der freundlichen Aufnahme der Arbeit vergriffen war, haben sich Verlag und Autor zu einer weiteren Neuauflage entschlossen. Die Prinzipientheorie hat seit zwei bis drei Jahrzehnten einen festen Platz in der deutschen Grundrechtstheorie und -dogmatik. Gerade dort, wo die rechtsdogmatische Diskussion an Grenzen stößt, kann die rechtstheoretisch fundierte Analyse zentrale Strukturen und Modelle aufzeigen, die rechtsdogmatischen Figuren ein festes Fundament bieten. Um hier nur ein paar Beispiele hervorzuheben, gilt dies für das Verständnis subjektiver Rechte, die Rekonstruktion des Untermaßverbots bei den grundrechtlichen Leistungsrechten, die Prüfung von „Verhältnismäßigkeitserfordernissen“ beim allgemeinen Gleichheitssatz und für die Struktur der Begründung von Abwägungsurteilen im Verfassungsrecht und im Recht überhaupt. Der letzte Punkt führt zur „Gewichtsformel“. Mit ihrer mathematischen Formulierung mag sie in der traditionellen Rechtswissenschaft auf den ersten Blick wie ein Fremdkörper wirken. Sie hat jedoch schon jetzt zu einer Reihe von Einsichten geführt, hinter die man nicht mehr zurückgehen kann. Dies gilt nicht zuletzt für die Rolle der Erkenntnisunsicherheit in Abwägungen. Gerade die analytische Natur von rechtstheoretischen Strukturen wie der „Gewichtsformel“ macht die Prinzipientheorie international anschlussfähig, und es zeichnet sich ab, daß die mit ihrer Hilfe entwickelten Begriffe und Strukturen in der Analyse des Europarechts, des

Völkerrechts und des ausländischen öffentlichen Rechts eine wichtige Rolle spielen werden.

Der Text wurde wiederum umfassend aktualisiert. An vielen Stellen sind neue Abschnitte eingefügt worden, und weite Teile des ursprünglichen Textes wurden erneut überarbeitet. Um hier nur einige Aspekte zu erwähnen: Im 1. Teil wurde ein neuer 1. Abschnitt eingefügt, in dem das Verhältnis zwischen den Grundrechten als Teil des Rechts und den Menschenrechten als moralischen Rechten im Zentrum steht. Der 3. Abschnitt zur Prinzipientheorie wurde in mehrfacher Hinsicht gründlich überarbeitet. Die rechtsphilosophische Dimension der Prinzipientheorie wird deutlicher skizziert als bisher, und die jüngst erhobenen Einwände der Unter- oder Übermoralisierung durch Abwägung werden erörtert. Die übergreifende Idee dieser drei Änderungen besteht darin, die Rolle moralischer Argumente in der Begründung von Abwägungsentscheidungen klarer hervortreten zu lassen. Die Gewichtsformel kann nur die interne Rechtfertigung eines Abwägungsurteils darlegen, also die logische Struktur des Schlusses von den Prämissen auf die Konklusion. Die externe Rechtfertigung, die Rechtfertigung der empirischen und normativen Prämissen, die in die Gewichtsformel eingestellt werden, erfolgt durch eine Argumentation. Diese Argumentation hat letztlich eine irreduzibel normative Dimension, die auch eine moralische Dimension einschließt. Unter den weiteren gründlich überarbeiteten Teilen möchte ich nur den Abschnitt zu formellen Prinzipien sowie denjenigen zum Untermaßverbot erwähnen.

Ich danke nach wie vor Robert Alexy, meinem akademischen Lehrer, dafür, mir vor nunmehr 25 Jahren dieses schöne und große Thema anvertraut zu haben. Eine akademische Karriere hält so manche Zumutung für die Familie eines Wissenschaftlers bereit. Ohne das Verständnis meiner Frau und unserer Söhne für meine Arbeit hätte ich den eingeschlagenen Weg nicht konsequent gehen können. Frau Ingrid Baumbusch danke ich herzlich für das sorgfältige Korrekturlesen des gesamten Textes und Herrn Marcel Jäkel für die Mithilfe bei der Überarbeitung des Sachregisters.

Heidelberg, im November 2017

Martin Borowski

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	27
1. Teil: Grundlagen	37
1. Abschnitt: Der Begriff des Grundrechts	37
2. Abschnitt: Die grundlegenden Konstruktionsmöglichkeiten von Rechten	66
3. Abschnitt: Die Prinzipientheorie der Grundrechte	101
4. Abschnitt: Die prinzipientheoretische Rekonstruktion der Schrankentheorien	204
2. Teil: Grundrechtsarten und -funktionen	229
1. Abschnitt: Die strukturelle Unterscheidung nach der staatlich geschuldeten Verhaltensform	229
2. Abschnitt: Die Unterscheidung von Grundrechtsfunktionen	283
3. Teil: Die Normstruktur der Grundrechte	305
1. Abschnitt: Die Abwehrrechte	305
2. Abschnitt: Die grundrechtlichen Leistungsrechte im weiteren Sinne	369
I. Die grundrechtlichen Schutzrechte	369
II. Die sozialen Grundrechte	418
III. Die grundrechtlichen Rechte auf Organisation und Verfahren	445
3. Abschnitt: Die Gleichheitsrechte	471

	Seite
Einleitung	27
I. Ziel	27
1. Die Wirkungen der Grundrechte	27
2. Grundrechtstheorie als Strukturtheorie	29
3. Die fundamentale Struktur der Grundrechte	30
a) Problem und begrifflicher Rahmen	31
aa) Der Streit um das Eingriffs-Schranken-Schema in der Grundrechts- dogmatik	31
bb) Der Streit um Innen- und Außentheorie im Zivilrecht	33
cc) Begrifflicher Rahmen	33
b) Der Gegenstand der Untersuchung	34
II. These	34
III. Gang der Untersuchung	35
1. Teil: Grundlagen	37
1. Abschnitt: Der Begriff des Grundrechts	37
I. Der Begriff des Menschenrechts	37
1. „Menschenrechte“ als internationale Grundrechte	37
2. „Menschenrechte“ als Jedermanngrundrechte des Grundgesetzes	38
3. „Menschenrechte“ als moralische Rechte	39
a) Die Menschenrechte als Rechte	39
b) Die Menschenrechte als moralische Rechte	39
c) Die Menschenrechte als universelle Rechte	41
d) Die Menschenrechte als abstrakte Rechte	41
e) Die Menschenrechte als fundamentale Rechte	42
f) Die Menschenrechte als individuelle Rechte	42
g) Die Menschenrechte als Rechte mit Priorität gegenüber dem Recht	43
aa) Die schwache Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht	43
bb) Die starke Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht	43
II. Der Begriff des Grundrechts	44
1. Die Grundrechte als transformierte Menschenrechte	44
a) Der formelle Grundrechtsbegriff	45
b) Der materielle Grundrechtsbegriff	46
aa) Die Grundrechte als objektives Ergebnis der Transformation von Menschenrechten	46
bb) Der subjektive Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten	47

cc) Der schwache objektive Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten	48
c) Die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte	49
d) Das Gebot der Transformation	50
aa) Das Argument der Durchsetzung	50
bb) Das Argument der Erkenntnis	51
cc) Das Argument der Organisation	51
e) Die Transformation in nationale, supranationale oder internationale Grundrechte	52
2. Die Grundrechte als positivrechtliche Rechte	53
3. Die Grundrechte als Rechte gegen den Staat	53
4. Die Grundrechte als abstrakte Rechte	53
5. Die Grundrechte als fundamentale Rechte	54
6. Die Grundrechte als Rechte mit Priorität im Rechtssystem	54
a) Die Höchstrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts	55
b) Die umfassende Bindung der Staatsgewalt durch die Grundrechte	55
c) Die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grundrechte	55
7. Die Grundrechte als individuelle Rechte	55
8. Klassifizierende und qualifizierende Merkmale von Grundrechten	56
III. Die Marktfreiheiten des Unionsrechts	59
1. Die Funktion der Marktfreiheiten	60
2. Die Struktur der Marktfreiheiten	61
a) Gleichheitsrecht oder „Abwehrrecht“?	61
b) Gemeinsamkeiten von Grundrechten und Marktfreiheiten	62
c) Unterschiede zwischen Grundrechten und Marktfreiheiten	63
aa) Die Marktfreiheiten als individuelle Rechte?	63
bb) Der Schutz fundamentaler Interessen des einzelnen	64
cc) Die Transformation der Menschenrechte in das Recht	64
d) Ergebnis	65
2. Abschnitt: Die grundlegenden Konstruktionsmöglichkeiten von Rechten	66
I. Die Unterscheidung zwischen Außen- und Innentheorie	66
1. Die Außentheorie	66
2. Die Innentheorie	68
II. Zu Theorien immanenter Schranken als Innentheorien	70
1. Die Theorie immanenter Schranken	71
2. Folgerungen für die Normstruktur	73
a) Immanente Schranken auf der Tatbestandsebene	73
aa) Äußere Schranken unzulässig	73
bb) Äußere Schranken zulässig	73

b) Immanente Schranken auf der Schrankenebene	74
c) Ergebnis	75
III. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Innen- und Außentheorie	76
1. Allgemeine normative Annahmen	76
a) Negative und positive Freiheit	78
b) Die Außentheorie als normative Theorie oder Konstruktionstheorie	80
2. Die Stufung der Argumentation	83
3. Rechtfertigungslasten	84
IV. Die Geschichte der Schrankentheorien	84
1. Die Geschichte der Schrankentheorien im Zivilrecht	85
a) Der römischrechtliche Eigentumsbegriff	86
b) Der deutschrechtliche Eigentumsbegriff	87
c) Zivilrecht und Verfassung	90
2. Die Geschichte der Schrankentheorien im öffentlichen Recht	91
a) Drei Positionen vor der Machtübernahme der Nationalsozialisten	91
aa) Otto von Gierke	92
bb) Der frühe Carl Schmitt	93
cc) Rudolf Smend	93
b) Die nationalsozialistische Gemeinschaftsideologie	64
c) Die Entwicklung unter dem Grundgesetz	94
V. Außentheorie und Verhältnismäßigkeit	97
1. Die Verbreitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im deutschen öffentlichen Recht	97
2. Die Verbreitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im ausländischen öffentlichen Recht	98
3. Die Verbreitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Europarecht und Völkerrecht	99
VI. Zusammenfassung	100
3. Abschnitt: Die Prinzipientheorie der Grundrechte	101
I. Prinzipientheorie und Rechtsbegriff	101
1. Die Diskussion um Rechtspositivismus und Naturrecht	101
a) Die Doppelunterscheidung von Rechtspositivismus und Naturrecht	101
aa) Die geltungsbezogene Unterscheidung zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht	102
bb) Die auf die Rechtsnatur bezogene Unterscheidung von Rechtspositivismus und Naturrecht	104
cc) Das Verhältnis der beiden Unterscheidungen	105
dd) Die Doppelunterscheidung	106
aaa) Doppelter Positivismus	106
bbb) Doppelter Nichtpositivismus	107
ccc) Kupierter Nichtpositivismus/moralisch begründeter Positivismus	107

b) Die praktische Bedeutung der Unterscheidung von Rechtspositivismus und Naturrecht	107
2. Ronald Dworkin – Die nichtpositivistische Dimension von Prinzipien	109
3. Robert Alexy – Das Prinzipienargument für einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral	112
a) Das Richtigkeitsargument als Grundlage von Unrechts- und Prinzipienargument	112
b) Das Prinzipienargument	113
4. Zusammenfassung	113
II. Die Prinzipientheorie und ihre Anwendung auf die Grundrechte	114
1. Die Prinzipientheorie als solche	114
2. Die Anwendung der Prinzipientheorie auf die Grundrechte	115
III. Die Prinzipientheorie als rechtstheoretische Theorie	116
1. Ronald Dworkins Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	118
a) Die Alles-oder-Nichts-Anwendbarkeit	119
b) Die Dimension des Gewichts	119
c) Kritik an Dworkins Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	120
d) Ergebnis	122
2. Robert Alexys Prinzipientheorie	123
a) Das Kollisionsverhalten von Regeln und Prinzipien	124
aa) Die Regelkollision	124
bb) Die Prinzipienkollision	125
aaa) Geltung trotz Kollision	125
bbb) Die Abwägungsgesetze	126
(1) Das materielle Abwägungsgesetz	127
(2) Das epistemische Abwägungsgesetz	127
ccc) Metrisierung und Skalierung in der Abwägung	128
(1) Ordinale und kardinale Ordnungen	128
(2) Infinitesimale und limitierte Skalierung	129
ddd) Die Gewichtsformel	129
eee) Das Kollisionsgesetz	130
cc) Die Regel/Prinzipienkollision	132
b) Der unterschiedliche prima facie-Charakter von Regeln und Prinzipien	133
c) Regeln und Prinzipien als Gründe	134
d) Das Verhältnis zwischen Prinzipientheorie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	134
e) Das Verhältnis zwischen Prinzipien und Werten	135
f) Das Verhältnis zwischen Prinzipientheorie und Außentheorie	135
g) Kritik an Alexys Prinzipientheorie	136
aa) Prinzipien als Optimierungsgebote	137
bb) Der unterschiedliche prima facie-Charakter von Regeln und Prinzipien	138
h) Ergebnis	141

3. Jan-Reinard Sieckmanns Prinzipientheorie	142
a) Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	142
aa) Strikte Geltung oder nicht strikte Geltung	142
bb) Rein deskriptive oder auch normative Bestimmung des Geltungs- bereiches	142
cc) Die Teilnahme an der Abwägung als Grund	143
dd) Zwischenergebnis	143
b) Die Eigenschaften von Regeln und Prinzipien	144
aa) Der Festsetzungsgehalt von Normen	144
bb) Ideales und reales Sollen	145
aaa) Normative Aussagen und normative Argumente	145
bbb) Universelle und existentielle Handlungsgebote	146
cc) Abwägungs- und Handlungsstufe	146
dd) Autonome Abwägung	147
ee) Nichtdeduktivität und Nichtpropositionalität	147
c) Kritik an Sieckmanns Prinzipientheorie	147
aa) Der Festsetzungsgehalt von Regeln und Prinzipien	148
bb) Die komplexe Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien	151
cc) Die Unterscheidung von Abwägungs- und Handlungsstufe	151
dd) Die Idee der autonomen Abwägung	151
ee) Die Unterscheidung zwischen universellen und existentiellen Hand- lungsgeboten	152
ff) Ergebnis	152
4. Einwände gegen die starke Trennungsthese	152
a) Ulrich Pensi	153
b) Aulis Aarnio	154
c) Klaus Günther	156
d) Giovanni Sartor	158
5. Ergebnis	160
IV. Die Anwendung der Prinzipientheorie auf die Grundrechte	161
1. Die Ermittlung der Normstruktur durch Auslegung	161
2. Die grundrechtliche Abwägung als Element einer umfassenden Methodik der Grundrechtsanwendung	164
a) Die grundrechtliche Abwägung als Abwägung von Rechtsnormen	164
b) Die Subsumtion unter Grundrechtsbestimmungen und die grundrecht- liche Abwägung	166
3. Abwägungsskepsis	167
a) Geeignetheit und Erforderlichkeit als abwägungsfrei anwendbare Kriterien	168
b) Die Strukturierung der Abwägung mit Hilfe der Gewichtsformel – Die interne Rechtfertigung	168
aa) Die interne Rechtfertigung eines Abwägungsurteils	168
bb) Die externe Rechtfertigung eines Abwägungsurteils	169
c) Die Kohärenz im grundrechtlichen System	171

d) Skepsis hinsichtlich der Rationalität der internen oder externen Rechtfertigung	172
e) Radikale und moderate Abwägungsskepsis	173
4. Spielräume	174
a) Strukturelle Spielräume	175
aa) Der Zwecksetzungsspielraum	175
bb) Der Abwägungsspielraum	176
cc) Der Mittelwahlspielraum	177
b) Erkenntnispielräume – Das Problem formeller Prinzipien	177
aa) Die Grundkonstellation: Grundrechte versus Demokratie	178
bb) Die Rekonstruktion der Grundkonstellation: Ausgangsabwägung und Kontrollabwägung	179
cc) Die verschiedenen Modelle formeller Prinzipien	180
aaa) Das Kombinationsmodell	180
bbb) Das „Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen“ (Trennungs- modell)	182
ccc) Das „epistemische Modell“	183
ddd) Ergebnis	185
dd) Exkurs: Das epistemische Problem in der Ausgangsabwägung – die Variable „S“	186
ee) Einwände gegen die Abwägung materieller und formeller Prinzipien	186
aaa) Gegen die Abwägbarkeit formeller und materieller Prinzipien	186
bbb) Das Gewicht formeller Prinzipien	187
ccc) Der Einwand der adressatenorientierten Abstufung der Verpflich- tungskraft der Grundrechte	188
ddd) Das Argument verfassungswidriger Ergebnisse	189
5. Sonstige Einwände gegen die Prinzipientheorie der Grundrechte	190
a) Die Prinzipientheorie als „Nullpunkt der Dogmatik“?	191
b) Die vermeintliche „wissenschaftstheoretische Verdächtigkeit“ der Prin- zipientheorie	192
c) Der Vorwurf bundesverfassungsgerichtspositivistischer Affirmation	192
d) Einwände gegen „die dem Prinzipienmodell zugrundeliegende Diskurs- theorie des Rechts“	194
e) Das Argument der Untermoralisierung	195
f) Das Argument der Übermoralisierung	196
g) Das Argument der Zerstörung des Stufenbaus der Rechtsordnung	198
aa) Grundzüge des Stufenbaus des Rechts	199
bb) Die Abwägung im Stufenbau nach der Bedingung	202
cc) Die Abwägung im Stufenbau nach der Derogation	202
V. Ergebnis	203
4. Abschnitt: Die prinzipientheoretische Rekonstruktion der Schrankentheorien	204
I. Innentheoretische Rechte	204

II. Außentheoretische Rechte	206
1. Das Recht „an sich“ oder prima facie-Recht	206
2. Die Schranken	209
a) Regeln und Prinzipien als Schranken	209
aa) Prinzipien als Schranken	209
aaa) Prinzipien ohne Festsetzungsgehalt als Schranken	210
bbb) Prinzipien mit teilweise Festsetzungsgehalt als Schranken	211
bb) Regeln als Schranken	212
cc) Zur Redundanz von Regeln und Prinzipien mit teilweise Festsetzungsgehalt als Schranken	213
b) Norm oder Einzelakt als Schranke	215
c) Die Wirksamkeit als Eigenschaft der Schranke	216
III. Die Ausgestaltung von Rechten	217
1. Die „Pflicht zur Ausgestaltung“ als Inhalt eines grundrechtlichen Leistungsrechts	218
2. Die Ausgestaltung des Grundrechts selbst	220
a) Die ungebundene Ausgestaltung des Grundrechts	220
b) Die gebundene Ausgestaltung des Grundrechts	222
3. Die Ausgestaltung der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung	223
4. Ergebnis	224
IV. Die Reduktion des Grundrechts auf das Abwägungsergebnis	224
1. Der effektive Garantiebereich als vermeintlich alleiniger Grundrechtsinhalt	225
2. Das grundrechtliche Prinzip als Inhalt des Grundrechts	225
a) Das grundrechtliche Prinzip als rechtliche Norm	226
b) Das grundrechtliche Prinzip als moralische Norm	227
c) Ergebnis	227
V. Zusammenfassung	228
2. Teil: Grundrechtsarten und -funktionen	229
1. Abschnitt: Die strukturelle Unterscheidung nach der staatlich geschuldeten Verhaltensform	229
I. Die Struktur der Grundrechte nach Gertrude Lübbe-Wolff	230
1. Die Theorie Lübbe-Wolffs	230
2. Kritische Würdigung	234
a) Die Begrenzung auf das Eingriffs-Schranken-Schema und das Präformationsmodell	234
b) Strukturmodelle und Schutzintensität	236
c) Die Unterscheidung von positivem Handeln und Unterlassen	238
d) Folgenbeseitigungsansprüche	242
e) Grundrechtsschutz einfachgesetzlich konstituierter Rechtspositionen	243

II. Zur Möglichkeit außentheoretischer Modelle im Leistungsbereich	244
1. Die grundrechtlich prima facie gebotenen Unterlassungen und Handlungen	245
a) Die Unterscheidung universeller und existentieller Ge- und Verbote von Handlungen	246
b) Grundrechtliche Handlungsverbote	247
c) Grundrechtliche Handlungsgebote	247
d) Die Unterscheidung von Abwägungs- und Handlungsstufe	253
2. Das Untermaßverbot als Mittel zur Bestimmung des definitiv Gebotenen	254
a) Das Übermaßverbot	254
aa) Der Grundsatz der Geeignetheit	256
aaa) Legitimes Ziel	256
bbb) Förderung des legitimen Ziels durch das eingesetzte Mittel	257
bb) Der Grundsatz der Erforderlichkeit	257
cc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	259
b) Das Untermaßverbot	260
aa) Entbehrlichkeit des Untermaßverbots?	261
bb) Das Untermaßverbot als unmittelbare Umkehrung des Übermaßverbots?	262
cc) Die Struktur des Untermaßverbots	266
aaa) Die Notwendigkeit der Berücksichtigung aller tatsächlich möglichen Erfüllungshandlungen	266
bbb) Die rechtliche Erlaubtheit der tatsächlich möglichen Erfüllungshandlungen	268
(1) Absolute Verbote	268
(2) Relative Verbote	268
(3) Die selbständige Prüfung der verfassungsrechtlichen Erlaubtheit von Erfüllungshandlungen	269
ccc) Die drei Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit – Untermaßverbot	269
(1) Die Geeignetheit im Rahmen des Untermaßverbots	269
(2) Die Erforderlichkeit im Rahmen des Untermaßverbots	271
(3) Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Rahmen des Untermaßverbots	273
ddd) Weitere Auswahl unter den verhältnismäßigen Förderungsmitteln?	274
(1) Verzicht auf weitere Auswahl	275
(2) Maximierung der Förderungsintensität	275
(3) Das Gebot des effizientesten Mittels	276
(4) Ergebnis	276
dd) Untermaßverbot und Spielräume	277
aaa) Untermaßverbot und Abwägungsspielraum	277
bbb) Untermaßverbot und epistemischer Spielraum	278
ccc) Untermaßverbot und Mittelwahlspielraum	279
ee) Mögliche Ergebnisse	280
aaa) Definitives Gebot einer bestimmten Förderungshandlung	280

bbb) Definitives Gebot einer Handlung aus einer Klasse von Handlungen	280
ccc) Kein definitives Gebot einer Handlung	281
3. Ergebnis	281
2. Abschnitt: Die Unterscheidung von Grundrechtsfunktionen	283
I. Die Unterscheidung von Abwehr- und Leistungsrechten	284
1. Die Unterscheidung von positivem Handeln und Unterlassen	284
2. Formelle und materielle Unterscheidung von Abwehr- und Leistungsrechten	287
a) Die materielle Unterscheidung von Abwehr- und Leistungsrechten	288
aa) Abwehrrechte im materiellen Sinne	289
bb) Grundrechtliche Leistungsrechte im materiellen Sinne	290
aaa) Der Begriff des grundrechtlichen Leistungsrechts im materiellen Sinne	290
bbb) Materiell leistungsgrundrechtlicher Schutz von konstituierten Rechtspositionen	293
ccc) Materiell leistungsgrundrechtliche Ansprüche auf Unterlassen	295
b) Die formelle Unterscheidung von Abwehr- und Leistungsrechten	296
c) Zur vorzugswürdigen Verwendung der Begriffe „Abwehrrecht“ und „Leistungsrecht“	297
3. Die Unterscheidung innerhalb der grundrechtlichen Leistungsrechte im weiteren Sinne	298
a) Die grundsätzliche Unterscheidung	229
b) Probleme der Unterscheidung	300
II. Die Gleichheitsrechte	302
1. Gleichheitsrechte und Abwehrrechte	302
2. Gleichheitsrechte und grundrechtliche Leistungsrechte	304
a) Originäre Teilhabe- oder Leistungsrechte	304
b) Derivative Teilhabe- oder Leistungsrechte	304
3. Teil: Die Normstruktur der Grundrechte	305
1. Abschnitt: Die Abwehrrechte	305
I. Die Abwehrrechte als innen- oder außentheoretische Rechte	305
1. Die strukturelle Analyse des Grundschemas der Abwehrrechte	305
a) Das Grundschema der Abwehrrechte	305
aa) Schutzbereich	306
bb) Eingriff	307
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	308
b) Die strukturelle Analyse des Grundschemas der Abwehrrechte	308
aa) Das Verhältnis von Schutzbereich und Eingriff – Schutzbereichs- und Tatbestandsbegriffe	309

bb) Das Verhältnis von Grundrechtstatbestand und Grundrechts- schränke	311
cc) Ergebnis	313
2. Der Streit um die Schrankentheorie	313
a) Das Argument des logischen Widerspruchs	313
b) Das Argument des außerrechtlichen Ideals	315
c) Das Argument des unrealistischen Ideals	316
d) Das Argument der notwendigen Gemeinschaftsbindung	317
e) Das Argument der konstituierten Freiheit	318
f) Das Argument des verfehlten räumlichen Denkens	318
g) Das Argument der Rangordnung der Normen	319
h) Das Unredlichkeitsargument	320
i) Das Argument der fehlenden legitimierenden Kraft	321
j) Das Argument der Anspruchsinflation	321
k) Das Argument der fehlenden Grundrechtsbindung	323
l) Das Argument der zu starken Grundrechtsbindung	325
m) Das Rationalitätsargument	326
n) Die grundrechtliche Freiheit als negative Freiheit	326
o) Ergebnis	326
3. Ergebnis	327
4. Enge und weite Tatbestandstheorie	327
a) Das Unredlichkeitsargument	328
b) Das Argument der fehlenden legitimierenden Kraft	329
c) Das Kollisionsargument	331
d) Das Rechtssicherheitsargument	331
e) Das Rationalitätsargument	332
f) Ergebnis	333
5. Die grundrechtliche Eingriffsermächtigung bei Abwehrrechten	333
a) Die Grundtypen der Gesetzesvorbehalte	334
aa) Der einfache Gesetzesvorbehalt	334
bb) Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt	334
cc) Der ungeschriebene Gesetzesvorbehalt	335
b) Das Gebot der weiten Deutung von Gesetzesvorbehalten	336
aa) Die Grundgedanken des Parlamentarischen Rates zur Schranken- konzeption	336
bb) Weiter Tatbestand und weite grundrechtliche Eingriffsermächtigung	338
II. Innentheoretische Konzeptionen und Ausnahmen vom außentheoretischen Grundschemata	339
1. Innentheoretische Konzeptionen	339
a) Peter Häberle	339
b) Marcel Bolz	342
c) Ulrich Klaus Preuß	343

2. Ausnahmen vom außentheoretischen Grundschemata?	345
a) Die Struktur der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG als Abwehrrecht	345
aa) Die grundsätzlichen Positionen	346
bb) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	347
aaa) Die Rechtsprechung zur Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG	347
bbb) Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG	350
cc) Die Versöhnung von absoluter und relativer Linie	352
aaa) Der Eindruck des Absoluten bei gewichtigen Prinzipien	353
(1) Der überproportionale Anstieg der Resistenz gegen weitere Eingriffe mit zunehmender Eingriffstiefe	353
(2) Die Anforderungen an die Sicherheit empirischer Prämissen	354
(3) Die relative Absolutheit der Menschenwürde	355
bbb) Die Prinzipienebene und die Regelebene der Menschenwürde	356
dd) Explizite und implizite Beschränkung der Menschenwürde	357
aaa) Das Modell expliziter Beschränkungen der Menschenwürde	357
bbb) Das Modell impliziter Beschränkungen der Menschenwürde	358
ccc) Das vorzugswürdige Modell	358
b) Schutzbereichsbegrenzung aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts	359
c) Wesensgehaltsgarantie und Grundrechtsstruktur	362
aa) Die Theorie vom relativen Wesensgehalt	363
bb) Die Theorie vom absoluten Wesensgehalt	363
3. Ergebnis	365
III. Die Prüfungsfolge der Abwehrrechte	366
1. Eingriff in den Schutzbereich	366
a) Schutzbereich	366
b) Eingriff	366
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	366
a) Formelle Kriterien	367
b) Materielle Kriterien	367
2. Abschnitt: Die grundrechtlichen Leistungsrechte im weiteren Sinne	369
I. Die grundrechtlichen Schutzrechte	369
1. Bindende und nicht bindende Normen	373
2. Subjektive Rechte und bloß objektives Recht	373
a) Die Positionen zur Subjektivierung grundrechtlicher Schutzrechte	374
b) Das Problem des Überganges von objektivem Recht zu subjektiven Rechten	375
c) Die Subjektivierung als Gegenstand des grundrechtlichen Optimierungsgebots	376
aa) Die Optimierung des Inhalts und der Durchsetzbarkeit eines Rechts	376

bb) Das Grundrecht als subjektives Recht und einfachrechtliche subjektive Rechte	377
cc) Einwände gegen die Subjektivierung nach dem Optimierungsgedanken	378
d) Einwände gegen eine umfassende Subjektivierung	379
3. Grundrechtliche Schutzrechte als innen- oder außentheoretische Rechte	380
a) Grundrechtliche Schutzrechte als Unterfall der Abwehrrechte im klassischen Sinne	381
b) Argumente für eine innentheoretische Konzeption	382
c) Argumente für eine außentheoretische Konzeption	383
aa) Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	383
aaa) Einwände gegen eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit in Schutzrechtsfällen	385
bbb) Die Verhältnismäßigkeit grundrechtlicher Schutzrechte – Das Untermaßverbot	389
bb) Das Argument der Stufung der Argumentation	389
d) Ergebnis	390
e) Ein Überblick über das Eingriffs-Schranken-Schema bei grundrechtlichen Schutzrechten	390
aa) Der Tatbestand grundrechtlicher Schutzrechte	390
bb) Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in den Schutzbereich	392
4. Enge oder weite Tatbestandstheorie grundrechtlicher Schutzrechte	392
a) Das Erfordernis der evidenten Verletzung grundrechtlicher Schutzrechte	393
b) Die Sozialadäquanz als immanente Grenze grundrechtlicher Schutzrechte	394
aa) Sozialadäquanz kraft Situationsgebundenheit	395
bb) Sozialadäquanz kraft Abwägung	396
c) Das Kollisionsargument	397
d) Das Argument der fehlenden legitimierenden Kraft	397
aa) Die legitimierende Kraft aller Förderungshandlungen	398
bb) Die praktische Grenze des Tatbestandes	399
e) Das Argument der Stufung der Argumentation	401
f) Ergebnis	401
5. Grundrechtliche Eingriffsermächtigung bei grundrechtlichen Schutzrechten	401
a) Die abwehrrechtlichen Eingriffsermächtigungen	401
b) Die ungeschriebene Eingriffsermächtigung	402
6. Die Kriterien für die Wirksamkeit von Schranken für grundrechtliche Schutzrechte	403
a) Materielle Kriterien der Wirksamkeit der Beschränkung grundrechtlicher Schutzrechte	403
b) Formelle Kriterien der Wirksamkeit der Beschränkung grundrechtlicher Schutzrechte	404

aa) Umfassender formeller Schutz	404
bb) Eingeschränkter formeller Schutz	405
aaa) Eingeschränkter Gesetzesvorbehalt	405
(1) Erforderlichkeit eines formellen Gesetzes für schutzrechts- relevante Fragen	406
(2) Formelles Gesetz als Anforderung grundrechtlicher Schutz- rechte	407
bbb) Sonstige formelle Anforderungen	410
ccc) Ergebnis	411
cc) Zu formellem Schutz in Dreieckskonstellationen	411
7. Zusammenfassung	415
8. Die Prüfungsfolge der grundrechtlichen Schutzrechte	415
a) Eingriff in den Schutzbereich grundrechtlicher Schutzrechte	415
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich grundrechtlicher Schutzrechte	416
aa) Formelle Kriterien	416
bb) Materielle Kriterien	416
II. Die sozialen Grundrechte	418
1. Soziale Grundrechte im Grundgesetz	418
a) Der Begriff der sozialen Grundrechte	418
b) Politisches Problem, Staatsziel und Grundrecht	420
c) Soziale Grundrechte und Verfassungstext	421
2. Bindende und nicht bindende Normen	424
3. Subjektive Rechte und bloß objektives Recht	426
4. Soziale Grundrechte als innen- oder außentheoretische Rechte	427
a) Argumente gegen ein außentheoretisches Modell	429
aa) Die Unbestimmtheit des Anspruchsgegenstandes	429
bb) Die Erforderlichkeit einer multidimensionalen Abwägung	430
cc) Kein Recht auf alles	431
dd) Die Unmöglichkeit umfassenden formellen Schutzes	432
b) Argumente für ein außentheoretisches Modell	432
aa) Die Rekonstruktion des Übergangs zu definitiven Rechten	433
bb) Der Wandel des Anspruchsinhalts	434
cc) Die Offenheit für verschiedene normative Konzeptionen	435
dd) Das Rationalitätsargument	435
c) Ergebnis	436
5. Enge oder weite Tatbestandstheorie sozialer Grundrechte	436
a) Das Unredlichkeitsargument	436
b) Das Argument der strukturellen Unmöglichkeit	437
c) Das Argument der fehlenden legitimierenden Kraft	437
d) Das Rationalitätsargument	439
e) Ergebnis	440
6. Grundrechtliche Eingriffsermächtigung bei sozialen Grundrechten	440

7. Die Kriterien für die Wirksamkeit von Schranken sozialer Grundrechte	440
a) Materielle Kriterien der Wirksamkeit von Schranken sozialer Grundrechte	440
b) Formelle Kriterien der Wirksamkeit von Schranken sozialer Grundrechte	443
8. Zusammenfassung	444
9. Die Prüfungsfolge der sozialen Grundrechte	444
III. Die grundrechtlichen Rechte auf Organisation und Verfahren	445
1. Der Begriff des grundrechtlichen Rechts auf Organisation und Verfahren	445
a) Der Gedanke des Verfahrens	447
b) Die Begründung aus der objektiv-rechtlichen Wertentscheidung	448
c) Der Charakter als grundrechtliche Leistungsrechte im weiteren Sinne	449
2. Die grundrechtlichen Rechte auf Verfahren im engeren Sinne	450
a) Rechte auf Verfahren im engeren Sinne als innen- oder außentheoretische Rechte	451
b) Ergebnis	454
3. Die grundrechtlichen Rechte auf Organisation im engeren Sinne	454
a) Subjektive Rechte oder bloß objektives Recht	455
aa) Individuelle Freiheit allein als Zweck für die öffentliche Meinungsbildung	457
bb) Individuelle Rundfunkfreiheit auch als Mittel zur Entfaltung der Persönlichkeit	458
b) Innen- oder außentheoretische Rechte	461
c) Ergebnis	462
4. Die grundrechtlichen Rechte auf privatrechtliche Kompetenzen	462
a) Grundrechtliche Rechte auf privatrechtliche Kompetenzen als grundrechtliche Leistungsrechte im weiteren Sinne	464
b) Grundrechtliche Rechte auf privatrechtliche Kompetenzen als subjektive Rechte	467
c) Grundrechtliche Rechte auf privatrechtliche Kompetenzen als innen- oder außentheoretische Rechte	467
5. Die Prüfungsfolge der grundrechtlichen Rechte auf Organisation und Verfahren	468
IV. Der Grundrechtsschutz konstituierter Positionen im Bereich der grundrechtlichen Leistungsrechte im weiteren Sinne	469
3. Abschnitt: Die Gleichheitsrechte	471
I. Der Gegenstand der Untersuchung	471
II. Das allgemeine Willkürverbot als Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes	471
III. Rechtliche und faktische Gleichheit	473
IV. Der allgemeine Gleichheitssatz als bindende Norm	476

V. Der allgemeine Gleichheitssatz als subjektives Recht	477
VI. Gleichbehandlungsgebot und Ungleichbehandlungsgebot	478
1. Das Gleichbehandlungsgebot	478
2. Das Ungleichbehandlungsgebot	479
a) Die vermeintliche Redundanz des Gebots der Ungleichbehandlung	479
b) Kritik an der Redundanzthese	481
c) Die vorzugswürdige Formulierung des Ungleichbehandlungsgebots	482
VII. Der allgemeine Gleichheitssatz als innen- oder außentheoretisches Recht	484
1. Die grundsätzlichen Thesen	484
2. Die Argumente für ein innentheoretisches Recht	487
3. Die Argumente für ein außentheoretisches Recht	489
4. Zur „Neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts	490
5. Ergebnis	494
VIII. Enge oder weite Tatbestandstheorie des allgemeinen Gleichheitssatzes	494
1. Michael Kloepfer	495
2. Stefan Huster	495
a) Normative Gleichheit und der Begriff der Ungleichbehandlung	498
b) Die Rechtfertigungslast von Ungleichbehandlungen im „schematischen“ oder rechtlichen Sinne	498
c) Mögliche Auswege aus dem Dilemma	500
d) Husters Argumente	500
aa) Argumente gegen das prima facie-Gebot „schematischer“ oder rechtlicher Gleichbehandlung	501
bb) Argumente gegen die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei der Verfolgung interner Zwecke	503
aaa) Zu strenger Prüfungsmaßstab	503
bbb) Wird in der Praxis nicht durchgeführt	503
ccc) Rechtfertigung der Gerechtigkeitsmaßstäbe betrifft keine Rechtsfragen	505
ddd) Handlungstheoretische Argumente	506
e) Probleme der Gesamtkonzeption Husters	510
aa) Anwendungsprobleme	510
bb) Konsequenzen für die Kontrolldichte	512
f) Ergebnis	513
3. Wolfgang Rübner	514
4. Christian Koenig	514
5. Robert Alexy	515
6. Reduktion auf ohnehin gebotene oder nicht verbotene Rechtsfolgen	518
a) Reduktion auf ohnehin gebotene Rechtsfolgen	518
aa) Reduktion auf Differenzierungen im Anwendungsbereich einfachrechtlicher subjektiver Rechte	519

bb) Reduktion auf Differenzierungen im Bereich von Abwehrrechten oder grundrechtlichen Leistungsrechten	519
aaa) Bestimmung anhand des von Abwehrrechten oder grundrecht- lichen Leistungsrechten definitiv Gebotenen	519
bbb) Bestimmung anhand des von Abwehrrechten oder grundrecht- lichen Leistungsrechten prima facie Gebotenen	520
b) Reduktion auf nicht verbotene Rechtsfolgen – Keine Gleichheit im Unrecht	521
IX. Die grundrechtliche Eingriffsermächtigung	525
X. Die Kriterien für die Wirksamkeit von Schranken des allgemeinen Gleich- heitssatzes	526
1. Materielle Kriterien	526
2. Formelle Kriterien	527
a) Umfassender formeller Schutz	527
b) Eingeschränkter formeller Schutz	527
XI. Ein Drei-Bereiche-Modell des allgemeinen Gleichheitssatzes	529
XII. Zusammenfassung	531
XIII. Die Prüfungsfolge des allgemeinen Gleichheitssatzes	531
1. Ungleichbehandlung	531
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	531
Gesamtergebnis der Untersuchung	533
 Literaturverzeichnis	 535
 Sachregister	 579

Einleitung

Im 1. Teil dieser Untersuchung werden zunächst die systematischen, historischen und normtheoretischen Grundlagen erarbeitet. Auf dieser Grundlage kann dann im 2. und 3. Teil die Struktur der verschiedenen Arten und Dimensionen der Grundrechte untersucht werden.

I. Ziel

Das Ziel dieser Untersuchung besteht darin, die Struktur der Grundrechte des Grundgesetzes zu klären.¹ Das Problem der Struktur besteht insbesondere in der Frage, ob die grundrechtlichen Rechtspositionen² ihren endgültigen Umfang von vornherein besitzen oder zunächst weitreichend gewährt werden, dann aber eingeschränkt werden können oder müssen. In der gegenwärtigen Grundrechtsdogmatik wird dieses Problem erörtert, wenn nach der Reichweite der Eingriffsdogmatik bei den Grundrechten gefragt wird.

1. Die Wirkungen der Grundrechte

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Grundrechte „in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“.³ Doch darin sollen sich die Wirkungen der Grundrechte nicht erschöpfen. Das Gericht erwähnte bereits im SRP-Urteil die „wertgebundene Ordnung“ des Grundgesetzes.⁴ Im Lüth-Urteil ging es dann von einer objektiven Wertordnung des Grundrechtsabschnitts aus, die der prinzipiellen Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte als Abwehrrechte im klassischen Sinne

1 Die Frage nach der Struktur kann ebenso für internationale und supranationale Grundrechte sowie für verwandte Phänomene wie die Grundfreiheiten des Unionsrechts gestellt werden (vgl. 1. Teil, 1. Abschnitt). In dieser Arbeit stehen jedoch die Grundrechte des Grundgesetzes im Vordergrund. Die rechtstheoretisch fundierte Analyse dieser Grundrechte wird ein allgemeines Strukturmodell der Grundrechte entwickeln, das sich in der Analyse der Strukturen anderer Arten von Grundrechten sowie von Grundfreiheiten als fruchtbar erweisen wird.

2 Eine Rechtsposition wie ein Recht auf etwas, eine Freiheit oder Kompetenz existiert genau dann, wenn eine Norm gilt, die diese Position gewährt, vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*³, 163 f. Zum System der rechtlichen Grundpositionen ders., a.a.O., 171 ff. In der grundrechtsdogmatischen Diskussion werden einige Unterscheidungen terminologisch eher auf Normen bezogen, andere eher auf Rechtspositionen. Diese übliche Terminologie zu verlassen und alles entweder auf Normen oder auf Rechtspositionen zu beziehen führte unweigerlich zu unüblichen und hölzernen Formulierungen. Dieser Weg soll im folgenden nur beschränkt werden, wo es auf systematische Klarheit besonders ankommt.

3 BVerfGE 7, 198 (204); 21, 362 (371 f.); 39, 1 (148); 50, 290 (327); 68, 193 (205).

4 BVerfGE 2, 1 (12). Ansätze zur Deutung der Grundrechte als Quelle einer Wertordnung finden sich bereits unter der Weimarer Reichsverfassung, insbesondere bei Rudolf Smend (Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 264 et passim). Vgl. weiter Gerber, *Grundlagen*, 13 ff.; Hensel, *Grundrechte*, 10; ders., *HbDStR II*, 313 ff.; Holstein, *AöR* 50 (1926), 29 ff.; E. Kaufmann, *VVDStRL* 3 (1927), 3 ff. Zur Geschichte des „Wertordnungsgedankens“ vgl. Stern, *Staatsrecht III/1*, 894 ff.

diene und alle drei Gewalten binde.⁵ Diese Grundrechtswirkungen werden üblicherweise den sogenannten „objektivrechtlichen Funktionen“ oder „Gehalten“⁶ zugeschrieben, die vor allem grundrechtliche Schutzrechte, soziale Grundrechte und Rechte auf Organisation und Verfahren umfassen.⁷ Mit der damit verbundenen substantiellen Ausweitung der Grundrechte⁸ hielt die dogmatische Analyse kaum Schritt. Inhalt, Struktur und Reichweite der sogenannten objektivrechtlichen Grundrechtswirkungen sind nach wie vor unklar und bis in die Grundfragen hinein heftig umstritten.⁹ Dies gilt auch für die Gleichheitsrechte.¹⁰ Die einfachste Lösung bestünde darin, das bewährte dogmatische Schema der Abwehrrechte im klassischen Sinne auf die anderen Grundrechtsarten zu übertragen. Dieses für die Abwehrrechte entwickelte Schema ist ohne Modifikationen jedoch nicht in der Lage, die Probleme zu lösen, die sich bei den anderen Grundrechtsfunktionen stellen. Dies wirft die Frage auf, ob das Eingriffs-Schranken-Schema, das hinter dem abwehrrechtlichen Schema steht, überhaupt eine taugliche Grundlage für die Rekonstruktion der anderen Grundrechtsarten bilden kann. Wenn nicht, bliebe der Rückgriff auf die fundamentale Alternative zum Eingriffs-Schranken-Schema, das sogenannte „Präformationsmodell“.¹¹ Nach diesem Modell ist eine Beschränkung von Rechten weder erforderlich noch möglich; sie werden von vornherein nur mit ihren Grenzen gewährt.¹²

5 BVerfGE 7, 198 (205); vgl. BVerfGE 21, 362 (371 f.); 48, 127 (168); 50, 290 (327); 52, 131 (168 f.); 73, 261 (269).

6 Statt vieler Bryde, HbGR I, § 17, Rn 35 ff.; Wahl, HbGR I, § 19, Rn 1 ff.; Stern, HbStR IX³, § 185, Rn 70 ff.; Dolderer, Grundrechtsgehalte; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 191 ff. Die Bezeichnung als „objektivrechtlich“ ist mißverständlich, da sie vermeintlich abschlägig die Frage zu beantworten scheint, ob dem einzelnen die Position eines subjektiven Rechts – also die Position eines gerichtlich durchsetzbaren Rechts – verliehen wird (vgl. zum subjektiven Recht 3. Teil, 2. Abschnitt, I. 2. sowie Borowski, JöR 50 [2002], 308 ff.; ders., Glaubens- und Gewissensfreiheit, 222 ff.). Tatsächlich geht es jedoch ganz entscheidend um individuelle, subjektivierte grundrechtliche Positionen jenseits der klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte. Die Frage nach der „Resubjektivierung“ (vgl. beispielsweise H. Dreier in Dreier³, Vorb., Rn 95; Dolderer, Grundrechtsgehalte, 351; Hain, JZ 2002, 1041; Stern, HbStR IX³, § 185, Rn 99) setzt daher den falschen Akzent, es bestünde eine Argumentationslast gegen eine „Subjektivierung“ sogenannter „objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte“. Bei der Analyse der einzelnen Grundrechtsfunktionen im 3. Teil dieser Untersuchung wird näher darzulegen sein, daß alle grundrechtlichen Rechtspositionen grundsätzlich subjektiviert sind, soweit sie inhaltlich reichen.

7 Die Terminologie ist uneinheitlich, zu Abgrenzung und Definition siehe zusammenfassend 2. Teil, 2. Abschnitt, I. 3. sowie 3. Teil, 2. Abschnitt, I. zu den grundrechtlichen Schutzrechten, 3. Teil, 2. Abschnitt, II. zu den sozialen Grundrechten und 3. Teil, 2. Abschnitt, III. zu den grundrechtlichen Rechten auf Organisation und Verfahren.

8 Vgl. zu dieser substantiellen Ausweitung insbesondere Alexy, VVDStRL 61 (2002), 9 ff.

9 Zu grundrechtlichen Schutzrechten Isensee, HbStR IX³, § 191, Rn 146 ff.; G. Hermes, Grundrecht, 76; Robbers, Sicherheit, 122 ff.; Stern, HbStR IX³, § 185, Rn 86 ff.; ders., Staatsrecht III/2, 1806 f.; zu sozialen Grundrechten Bethge, Der Staat 24 (1985), 378; zu Rechten auf Organisation und Verfahren ders., NJW 1982, 1; Stern, Staatsrecht III/1, 970.

10 Vgl. nur Bleckmann, Staatsrecht II⁴, § 12, Rn 5; Rüfner in BonnKomm, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn 2.

11 Vgl. nur Lübke-Wolff, Grundrechte, 27 et passim.

12 Zum Präformationsmodell sogleich unter I. 3. a) aa).

2. Grundrechtstheorie als Strukturtheorie

Eine Theorie der Struktur der Grundrechte bildet einen integralen Teil der Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes. Eine umfassende, rationale Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes muß die drei Dimensionen der Rechtswissenschaft, die empirische, die analytische und die normative Dimension, angemessen miteinander verbinden.¹³ Als verfassungsmäßige Grundrechtstheorie muß sie nicht nur die bestehenden wesentlichen Inhalte und ihre Zusammenhänge darstellen, sondern auch gleichzeitig ein offenes und flexibles System bilden, das neue Inhalte und Entwicklungen aufnehmen kann.¹⁴

In der Klasse der Grundrechtstheorien kann zwischen „Ein-Punkt-Theorien“, bloß kombinierten Theorien und kombinierten Theorien in Form von integrativen Theorien unterschieden werden. „Ein-Punkt-Theorien“ drücken eine Grundansicht allgemeiner Art über den Zweck und die Struktur der Grundrechte aus,¹⁵ was für die Mehrzahl der in der Literatur gegenwärtig diskutierten Grundrechtstheorien zutrifft. Nach der bekannten Klassifikation von Ernst-Wolfgang Böckenförde sind fünf derartige Grundrechtstheorien zu unterscheiden, und zwar

„die liberale oder bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie, die institutionelle Grundrechtstheorie, die Werttheorie der Grundrechte, die demokratisch funktionale und die sozialstaatliche Grundrechtstheorie“.¹⁶

Jede einzelne dieser „Grundrechtstheorien“ vermittelt zwar eine wichtige Grundeinsicht, kann aber die Grundrechte nicht vollständig erfassen. Wenn eine komplexe Theorie mehrere dieser Grundeinsichten enthält, handelt es sich um eine kombinierte Theorie. Ein Beispiel hierfür bildet die Grundrechtstheorie des Bundesverfassungsgerichts. Der Nachteil einer solchen bloß kombinierten Theorie besteht darin, daß das Verhältnis der wichtigen Grundeinsichten unklar bleibt. Entscheidend ist daher eine Theorie, die alle grundrechtstheoretischen Grundeinsichten geordnet zueinander ins Verhältnis setzt, also eine integrative Theorie.¹⁷

Die Grundlage der integrativen Theorie ist die Strukturtheorie der Grundrechte.¹⁸ In der Strukturtheorie werden die Strukturen grundrechtlicher Begriffe, grundrechtlicher Begründungen und grundrechtlicher Auswirkungen untersucht.¹⁹ Mit dem betont begrifflich-systematischen Ansatz ist sie eine primär analytische Theorie. Gegen primär analytische Theorien wird gerne der Einwand erhoben, es handele sich um „formalistische Theorien“ wie beispielsweise die als überwunden geltende Begriffsjurisprudenz.

13 Alexy, Theorie der Grundrechte³, 27.

14 Stern, HbStR IX³, § 185, Rn 37.

15 Alexy, Theorie der Grundrechte³, 29 f.

16 Böckenförde, NJW 1974, 1530. Zu derartigen Grundrechtstheorien statt vieler Stern, Staatsrecht III/2, 1680 ff.; ders., HbStR IX³, § 185, Rn 28 ff.; Dolderer, Grundrechtsgehalte, 58 ff. m.w.N.

17 Eingehender zu einer solchen Theorie Alexy, Theorie der Grundrechte³, 21 ff.

18 Ders., a.a.O., 32.

19 Ders., a.a.O.

Der analytische Reduktionismus der Begriffsjurisprudenz²⁰ des 19. Jahrhunderts leugnete die Notwendigkeit von Wertungen bei der Rechtsanwendung. Der Grundgedanke der Begriffsjurisprudenz bestand darin, durch rein analytische Operationen, durch logische Deduktion Rechtssätze aus anderen Rechtssätzen zu erzeugen.²¹ Heute ist unbestritten, daß die Rechtsanwendung nicht als ausschließlich logisches Verfahren beschrieben werden kann, sondern notwendig Wertungen enthält.²² Neben analytischen Prämissen bedarf es stets auch empirischer und normativer Prämissen, um ein rechtliches Sollensurteil zu begründen.²³ Die Begriffsjurisprudenz wurde von der Interessenjurisprudenz abgelöst, aus der dann wiederum die Wertungsjurisprudenz hervorging.²⁴

Kritik am analytischen Reduktionismus der Begriffsjurisprudenz ist ohne Frage berechtigt. Sie trifft aber nicht die Bedeutung der begrifflich-systematischen Arbeit für die Rechtswissenschaft. Begriffliche Klarheit, Widerspruchsfreiheit und Kohärenz sind die Voraussetzungen der Rationalität jeder Wissenschaft.²⁵ Das Maß der Rationalität der Rechtswissenschaft hängt daher wesentlich von dem in der analytischen Dimension erreichten Niveau ab.²⁶ Die analytische Dimension wird um so wichtiger, je größer Unklarheit und Streit in der normativen Dimension sind. Die Auslegung der Grundrechte ist in besonderem Maße Schauplatz weltanschaulicher Kontroversen: Die Interpretation verfassungsrechtlicher Normen, also auch der Grundrechte, wird stark durch individuelle oder soziale Ideologien beeinflusst.²⁷ Eine Methode, die genau aufzeigt, welche normativen Prämissen zur Entscheidung welcher konkreten Grundrechtsfragen überhaupt begründet werden müssen, ist daher von zentraler Bedeutung.²⁸ Natürlich können die erforderlichen Wertungen selbst nicht aus einer Strukturtheorie begründet werden. Jede Strukturtheorie muß mit einer Theorie der Begründung normativer Prämissen verbunden werden. In der Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes ist dies der normative Aspekt der Grundrechtsauslegung als Teil der Verfassungsauslegung.

3. Die fundamentale Struktur der Grundrechte

Die Frage nach der Struktur von Rechten ist insbesondere die Frage, ob Rechte einer Einschränkung zugänglich oder bedürftig sind. Sie wird in verschiedenen Kontexten in unterschiedlichen Terminologien erörtert.

20 Der Begriff der Begriffsjurisprudenz geht auf Rudolf von Jhering zurück, von Jhering, Scherz und Ernst, 337. Zur Entwicklung dieser Auffassung siehe insbesondere Larenz, Methodenlehre, 19 ff.

21 Berühmt sind vor allem zwei Zitate: „Die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Faktoren sind“ (Windscheid, Lehrbuch⁹, 111); „Durch Kombination verschiedener Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden: die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue“ (von Jhering, Geist, Bd. 1, 29).

22 Statt vieler Koch/Rüßmann, Begründungslehre, 192 ff.; Larenz, Methodenlehre, 119 ff.

23 Statt vieler Alexy, Theorie der Grundrechte³, 37.

24 Zur Wertungsjurisprudenz siehe Larenz, Methodenlehre, 117 ff.

25 Alexy, Theorie der Grundrechte³, 27, 38.

26 Ders., a.a.O., 38.

27 Vgl. nur R. Dreier, Problematik, 106 f.

28 Vgl. zur Prinzipientheorie als Strukturtheorie 1. Teil, 3. Abschnitt, IV. 3. b).

a) Problem und begrifflicher Rahmen

Die Frage nach der Struktur von Rechten stellt sich in allen Rechtsgebieten. Entweder wird ein Recht von vornherein mit seinem endgültigen Inhalt gewährleistet. Eine Einschränkung ist dann weder erforderlich noch möglich. Oder ein Recht wird derart gewährleistet, daß es einer Beschränkung zugänglich ist. In der allgemeinen Theorie subjektiver Rechte²⁹ entspricht dem die Unterscheidung zwischen dem „innentheoretischen Modell“ und dem „außentheoretischen Modell“. Diese strukturtheoretische Unterscheidung liegt zwei unterschiedlichen Kontroversen zugrunde. Die erste Kontroverse ist der verfassungsrechtliche Streit um das „Eingriffs- und Schrankendenken“³⁰, die zweite die Diskussion um den innen- und außentheoretischen Charakter zivilrechtlicher Rechte.

aa) Der Streit um das Eingriffs-Schranken-Schema in der Grundrechtsdogmatik

Konstitutiv für das Eingriffs-Schranken-Schema ist die Unterscheidung von Schutzbereich, Eingriff und Schranke. Ein Eingriff in einen grundrechtlichen Schutzbereich ist nur dann keine Grundrechtsverletzung, wenn er eine wirksame Grundrechtsschranke darstellt oder von einer solchen gedeckt wird. Daraus ergibt sich die Differenz zweier verschiedener Rechtspositionen, einerseits des Schutzbereichs³¹ (prima facie-Position) und andererseits des effektiven Garantiebereichs (definitive Position). Ist ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts gerechtfertigt, wird das Grundrecht eingeschränkt. Als Ergebnis einer wirksamen Einschränkung entsteht der effektive Garantiebereich. Kennzeichnend für das abwehrrechtliche Eingriffs-Schranken-Schema ist weiter, daß die Wirksamkeit der Einschränkung nicht nur von materiellen Kriterien, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern auch von formellen Kriterien abhängt.³² Formelle Kriterien für eine Beschränkung durch den parlamentarischen Gesetzgeber sind beispielsweise das Einzelfallgesetzverbot gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG,

29 Ob für eine Rechtsposition die Innen- oder die Außentheorie zutrifft, wird zwar nahezu ausschließlich bei subjektiven Rechten erörtert. Die Frage der Schrankentheorie ist jedoch nicht auf subjektive Rechte beschränkt. Auch bei bloß objektiven Rechtspositionen kann zwischen beschränkbar und unbeschränkbar Positionen unterschieden werden.

30 Der Begriff des Eingriffs-Schranken-Schemas geht wesentlich auf Peter Häberle zurück, Häberle, Wesensgehaltgarantie, 3 et passim. Bisweilen wird ihm auch eine negative evaluative Konnotation beigegeben.

31 Die im folgenden dargelegte Gegenüberstellung von Eingriffs-Schranken-Schema und „Präformationsmodell“ folgt in der Terminologie der Habilitationsschrift von Gertrude Lübbe-Wolff. Es sei allerdings darauf hingewiesen, daß Lübbe-Wolff das als „Schutzbereich“ bezeichnet, was in dieser Untersuchung unter „Tatbestand“ verstanden wird, vgl. einerseits Lübbe-Wolff, Grundrechte, 25 et passim; andererseits in dieser Untersuchung 3. Teil, 1. Abschnitt, I. 1. b) aa), bb). Die im Schrifttum verwendete Terminologie ist ohnehin eher uneinheitlich, vgl. hierzu 3. Teil, 1. Abschnitt, I. 1. a) aa) und 3. Teil, 1. Abschnitt, I. 1. b) aa).

32 Lübbe-Wolff, Grundrechte, 25 ff.; Häberle, Wesensgehaltgarantie, 3.

das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG oder die Anforderungen nach der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts.³³

Mit Blick auf das Eingriffs-Schranken-Schema sind zwei Unterscheidungen zu treffen: Differenz oder Identität von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich und Gewährung oder Nichtgewährung formellen Schutzes neben materiellem Schutz.³⁴ Bezogen auf diese zwei Unterscheidungen, enthält der Raum des logisch Möglichen vier verschiedene Modelle:

- (1) Differenz von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich mit formellem Schutz (Eingriffs-Schranken-Schema),
- (2) Differenz von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich ohne formellen Schutz,
- (3) Identität von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich mit formellem Schutz, und schließlich
- (4) Identität von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich ohne formellen Schutz („Präformationsmodell“³⁵).

Die Diskussion wird vorwiegend durch die Gegenüberstellung von (1) und (4) bestimmt, (2)³⁶ und (3)³⁷ werden dagegen in aller Regel nicht näher erwogen.

33 Zu den formellen Kriterien der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in Abwehrrechte siehe den Anhang zu den Abwehrrechten. Zur Wesentlichkeitstheorie siehe 3. Teil, 2. Abschnitt, I. 6. b) bb) aaa) (1).

34 Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, nur formellen, aber keinen materiellen Schutz gewährleistet zu sehen. Ein Beispiel für eine derartige Theorie ist das ältere Grundrechtsverständnis unter der Weimarer Reichsverfassung, nach dem Grundrechte nur die „Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“ (G. Jellinek, System, 103) verbürgten, vgl. hierzu Lübke-Wolff, Grundrechte, 28. Dieses Modell kommt aber für das Grundgesetz nicht ernsthaft in Betracht, da die Grundrechte des Grundgesetzes gem. Art. 1 Abs. 3 GG unbestritten alle Staatsgewalt gerade auch materiell binden.

35 Lübke-Wolff, Grundrechte, 27 et passim.

36 Gegen Modell (2) spricht dem ersten Anschein nach die Bedeutung, die der formellen Schutzwirkung von Grundrechten beigemessen wird. Allerdings stellt sich schon bei Abwehrrechten die Frage, ob unter gewissen Umständen eine vorsichtige Entkoppelung von formellem und materiellem Schutz erfolgen kann, vgl. 3. Teil, 2. Abschnitt, I. 6. b) cc); vgl. weiter Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 449. Im Verlauf der Untersuchung wird eingehender zu erörtern sein, ob das Modell (2) zumindest bei den grundrechtlichen Leistungsrechten oder Gleichheitsrechten sinnvolle Anwendungsbereiche besitzen kann.

37 Gegen das Modell (3) spricht, daß die Gewährung formellen Schutzes bei der Identität von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich von vornherein sinnlos ist (Lübke-Wolff, Grundrechte, 28). Entweder ist staatliches Verhalten eine materielle Grundrechtsverletzung, dann wäre ein Verstoß gegen formelle Rechtmäßigkeitserfordernisse bestenfalls ein zusätzlicher Grund für die Verfassungswidrigkeit staatlichen Verhaltens. Oder das staatliche Verhalten ist materiell grundrechtsgemäß, dann stellen sich keine weiteren formellen Rechtfertigungserfordernisse durch dieses Grundrecht mehr, da kein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

bb) Der Streit um Innen- und Außentheorie im Zivilrecht

Die Frage, ob eine Beschränkung von Rechten möglich und notwendig ist, liegt auch der Kontroverse um die Schrankentheorien im Zivilrecht zugrunde. Hier stehen sich zwei Konzeptionen gegenüber. Nach der ersten werden Rechte von vornherein nur mit ihren Grenzen gewährt. Wenn in diesem Zusammenhang von „Grenzen“ oder „Schranken“ gesprochen wird, werden sie der fraglichen Rechtsposition als „immanent“ zugeschrieben. Nach der zweiten Konzeption werden Rechte grundsätzlich eher weitreichend gewährleistet. Sie kollidieren deshalb regelmäßig mit anderen Rechten oder Gütern. Der endgültige Inhalt des Rechts wird in diesen Fällen erst durch Beschränkung durch von außen an dieses Recht herantretende Schranken gebildet. Diese Schranken sind nicht Bestandteil des Rechts, sondern von diesem zu unterscheiden. Die erste Auffassung wird als Innentheorie, die zweite als Außentheorie bezeichnet.³⁸

cc) Begrifflicher Rahmen

Als begrifflicher Rahmen für diese Untersuchung scheint sich die Terminologie des Eingriffs-Schranken-Schemas anzubieten, da sie gerade in der grundrechtsdogmatischen Diskussion weit verbreitet ist. Diesem Vorteil steht jedoch eine Reihe von Nachteilen gegenüber. Die Terminologie des Eingriffs-Schranken-Schemas weist keinen eingeführten Begriff für ein dogmatisches Modell auf, das zwischen Schutzbereich und effektivem Garantiebereich unterscheidet, ohne gleichzeitig die Frage der Gewährung des formellen Schutzes positiv zu entscheiden, entsprechend Modell (2) oben. Ob dieses Modell einen sinnvollen Anwendungsbereich besitzt, wird jedoch im Verlauf der Untersuchung anhand substantieller Argumente zu entscheiden sein. Die Antwort auf diese Frage sollte nicht durch bloß begriffliche Festlegungen vorweggenommen werden. Außerdem ist die Terminologie des Eingriffs-Schranken-Schemas mit spürbar negativen evaluativen Konnotationen verbunden. Auch kann die Unterscheidung zwischen Innen- und Außentheorie auf eine längere Tradition in der allgemeinen Rechtslehre zurückblicken. In der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Struktur von Normen werden die Begriffe „Innentheorie“ und „Außentheorie“ auch zunehmend verwendet.³⁹

Die strukturell fundamentaleren Begriffe „Innentheorie“ und „Außentheorie“ erweisen sich daher als vorzugswürdig. Rechte, die einer Einschränkung weder fähig noch bedürftig sind, werden im folgenden als „innentheoretische Rechte“ bezeichnet, Rechte,

38 Die Terminologie variiert in der zivilrechtlichen Diskussion stärker. Beispielsweise unterscheidet Soergel¹³-J. F. Baur, § 903 BGB, Rn 15 ff. zwischen „Außentheorie“, „Immanenztheorie“ und „Trennungstheorie“. Abweichende Bezeichnungen oder „vermittelnde Auffassungen“ ändern jedoch nichts daran, daß jede Konzeption sich in der Sache notwendig entweder als innentheoretisch oder außentheoretisch einstufen läßt.

39 Vgl. nur Häberle, Wesensgehaltgarantie, 120, 157 f., 179; Bolz, Verhältnis, 96, 226; Alexy, Theorie der Grundrechte³, 250 ff.; ders., Grundrechtsnorm, 111 f.; Haverkate, Rechtsfragen, 97 f., Fn. 126; Eckhoff, Grundrechtseingriff, 15 ff.; Huster, Rechte und Ziele, 85 ff.; Losch, Wissenschaftsfreiheit, 170 f.; Lübke-Wolff, Grundrechte, 89, Fn. 45; Wülfing, Gesetzesvorbehalte, 64; zum Zusammenhang zwischen Eingriffs-Schranken-Schema und Außentheorie Häberle, a.a.O., 128; Schnur, Anspruch, 58; von Arnould, Freiheitsrechte, 15 f. et passim; Cornils, Ausgestaltung, 40 et passim.

die eingeschränkt werden können, dagegen als „außentheoretische Rechte“.⁴⁰ Die Frage, ob die Wirksamkeit der Einschränkung nicht nur von materiellen, sondern zusätzlich von formellen Kriterien abhängt, wird als zusätzliches Problem bei der Analyse der grundrechtlichen Rechtspositionen der jeweiligen Grundrechtsfunktion erörtert.

b) Der Gegenstand der Untersuchung

Diese Untersuchung widmet sich der Frage, ob die verschiedenen Grundrechtsarten oder -funktionen des Grundgesetzes innentheoretische oder außentheoretische Struktur aufweisen. Während für Abwehrrechte außentheoretische Struktur und formelle Schutzwirkung kaum ernsthaft bestritten werden, ist unklar, ob auch die anderen Grundrechtsarten und -funktionen diese Struktur teilen. Teilweise wird für einzelne Grundrechtsarten und -funktionen oder für Bündel von ihnen radikal die Innentheorie verwendet, teilweise radikal die Außentheorie. Teilweise werden Binnendifferenzierungen vorgenommen, und es werden auch vereinzelt „Übergangsformen“ von Innen- und Außentheorie behauptet. Es entsteht ein in struktureller Hinsicht breites Spektrum von Varianten, und die strukturelle Unterscheidung kann mit zahlreichen weiteren grundrechtsdogmatischen Unterscheidungen kombiniert werden. In Verbindung mit der recht uneinheitlichen Terminologie entsteht insgesamt ein ziemlich verwirrendes Bild.

Die Frage nach der innen- oder außentheoretischen Struktur der Grundrechte steht in dieser Untersuchung ganz im Vordergrund. Nähere Erörterungen der zahlreichen dogmatischen Probleme, welche die verschiedenen Grundrechtsarten und -funktionen aufwerfen, würden angesichts der enormen Zahl der Probleme und des reich vorhandenen Materials an Rechtsprechung und Literatur jeden vertretbaren Umfang sprengen.⁴¹ Der Schwerpunkt soll daher ganz auf der vergleichenden Betrachtung der Struktur der verschiedenen Grundrechtsfunktionen liegen. Dies ist der einzige Weg, übergreifende strukturelle Zusammenhänge sichtbar zu machen. Nur so kann der Gefahr begegnet werden, daß eine sich ständig ausdifferenzierende Grundrechtsdogmatik dogmatisch unkontrollierbar wird.

II. These

Die zentrale These dieser Untersuchung lautet, daß alle grundrechtlichen Rechtspositionen, gleich welcher Grundrechtsart, -funktion oder -dimension sie angehören, außentheoretischer Natur sind. Die Grundrechtsnormen gewähren grundsätzlich umfassende Rechtspositionen, die einer Beschränkung fähig und nicht selten auch bedürftig sind. Dies gilt nicht nur für die Abwehrrechte, sondern auch für die grundrechtlichen Leistungsrechte und die Gleichheitsrechte. Eine besondere Rolle für die Begründung dieser These spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne.⁴² Seine Anwen-

40 Eingehender zur Unterscheidung von Innentheorie und Außentheorie siehe 1. Teil, 2. Abschnitt, I.

41 Vgl. Bethge, *Der Staat* 24 (1985), 382: „Grundrechtsarbeiten allgemeinen Zuschnitts, womöglich noch mit vermessenem Perfektionsanspruch, sind unschreibbar geworden.“

42 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit siehe insbesondere 2. Teil, 1. Abschnitt, II. 2. a).

dung im Rahmen der Prüfung der Grundrechte impliziert die Prinzipienstruktur der Grundrechte und damit deren außentheoretische Struktur.⁴³

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Im 1. Teil werden die begrifflichen, historischen und rechtstheoretischen Grundlagen gelegt, auf denen die folgende Untersuchung aufbauen muß. Der 2. Teil ist der Unterscheidung verschiedener Grundrechtsarten und -funktionen gewidmet. Zur Kategorisierung und Systematisierung der schwer überschaubaren Vielzahl von grundrechtlichen Rechtspositionen werden recht verschiedene Differenzierungen vorgeschlagen. Es wird sich zeigen, daß man aus strukturellen Gründen Abwehr- und Leistungsgrundrechte unterscheiden muss, und von beiden wiederum Gleichheitsrechte.⁴⁴ Dies wirft wiederum die fundamentale Frage auf, wie man genau zwischen grundrechtlichen Unterlassungs- und Handlungspflichten des Staates unterscheiden kann und muß.⁴⁵

Der 3. Teil schließlich ist der strukturellen Analyse der einzelnen Grundrechtsarten und Grundrechtsfunktionen gewidmet. Dabei werden jeweils drei Leitfragen im Vordergrund stehen: (i) Werden die grundrechtlichen Rechtspositionen durch bindende Rechte gewährt? (ii) Gewähren die Normen, welche diese grundrechtlichen Rechtspositionen implizieren, auch subjektive Rechte? (iii) Sind die gewährten grundrechtlichen Rechtspositionen außentheoretische, einschränkbare Rechte? Diese Analyse wird in der vorher erarbeiteten Unterscheidung zwischen Abwehrrechten (1. Abschnitt), grundrechtlichen Leistungsrechten (2. Abschnitt) mit der Binnenunterscheidung zwischen grundrechtlichen Schutzrechten, sozialen Grundrechten und grundrechtlichen Rechten auf Organisation und Verfahren sowie Gleichheitsrechten (3. Abschnitt) erfolgen.

Im Verlaufe der Untersuchung wird sich erweisen, daß die Grundrechte des Grundgesetzes – alle Arten der Abwehrrechte, der grundrechtlichen Gleichheitsrechte sowie alle Teilklassen grundrechtlicher Leistungsrechte – ausnahmslos durch bindende Normen gewährt werden, subjektive Rechte darstellen sowie die Struktur von außentheoretischen, einschränkbaren Rechten aufweisen.

43 Siehe 1. Teil, 3. Abschnitt, III. 2. d).

44 Siehe 2. Teil, 2. Abschnitt.

45 Siehe 2. Teil, 1. Abschnitt.

1. Teil: Grundlagen

Der 1. Teil dieser Untersuchung ist den systematischen, historischen und rechtstheoretischen Grundlagen gewidmet, auf denen die Analyse der fundamentalen Struktur der Grundrechte des Grundgesetzes im 2. Teil und im 3. Teil aufbaut. Im 1. Abschnitt wird zunächst der Begriff des Grundrechts entwickelt. Der 2. Abschnitt befaßt sich mit den möglichen Konstruktionen von Rechten, der Innen- und der Außentheorie, aus der Perspektive der allgemeinen Rechtslehre und der Rechtsgeschichte. Im 3. Abschnitt dieses 1. Teils steht die Prinzipientheorie, von der zu Recht behauptet wird, sie sei „ein Schlüssel zur Lösung zentraler Probleme der Grundrechtsdogmatik“,¹ als rechtstheoretisches Fundament der Grundrechtsdogmatik im Vordergrund. Abschließend können auf dieser Grundlage die Schrankentheorien im 4. Abschnitt rekonstruiert werden.

1. Abschnitt: Der Begriff des Grundrechts

Die Begriffe „Grundrechte“ und „Menschenrechte“ werden in vielen Diskussionen im nationalen, supra- und internationalen Recht, in der politischen Philosophie und in gesellschaftlichen Diskussionen über politische Fragen verwendet, ohne daß eine klare Definition oder Charakterisierung gegeben oder vorausgesetzt wird. Diese verschiedenen Bedeutungen vermischen sich zudem häufig, woraus nicht selten Mißverständnisse und Ungenauigkeiten resultieren. Daher gilt es in diesem 1. Abschnitt des 1. Teils zunächst den Begriff des Grundrechts präzise zu bestimmen und vom Begriff des Menschenrechts sowie von weiteren verwandten Phänomenen abzugrenzen. Es ist charakteristisch für Grundrechte, daß sie den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.² In diesem Sinne bilden die Menschenrechte gegenüber den Grundrechten das fundamentalere Phänomen, weshalb es naheliegt, die Untersuchung mit ihnen zu beginnen.

I. Der Begriff des Menschenrechts

Es können vor allem drei verschiedene Bedeutungen des Begriffs des Menschenrechts unterschieden werden.

1. „Menschenrechte“ als internationale Grundrechte

Unter „Menschenrechten“ werden häufig die Rechte verstanden, die in „Menschenrechtsverträgen“ und „Menschenrechtspakten“ wie etwa der „Europäischen Menschen-

1 Alexy, Theorie der Grundrechte³, 71

2 Siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, II. 1.

rechtskonvention“ oder dem „Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ gewährt werden;³ dies gilt ebenso für den entsprechenden englischen Begriff „human rights“.⁴ Völkerrechtliche Verträge sind gem. Art. 38 lit a IGH-Statut eine Rechtsquelle,⁵ womit die durch Bestimmungen in diesen Pakten und Konventionen gewährten Rechte Teil des Rechts sind. „Menschenrechte“ in diesem Sinne sind daher ebenso wie die nationalen Grundrechte Rechte, die durch das Recht gewährt werden – wenn auch auf unterschiedlichen Ebenen mit unterschiedlichen Charakteristika. Dieser verbreitete Sprachgebrauch hat dort seine Berechtigung, wo die Unterscheidung von Rechten, die in nationalen Verfassungen gewährt werden, und Rechten, die in völkerrechtlichen Instrumenten gewährt werden, im Vordergrund steht. Wo der Fokus dagegen auf der Unterscheidung zwischen moralischen Rechten als solchen und Rechten, die durch das Recht gewährt werden, liegt, bietet es sich an, die durch das Recht gewährten Rechte als „Grundrechte“ zu bezeichnen, und zwar im Falle des Völkerrechts als „internationale Grundrechte“, im Falle des Europarechts im eigentlichen und engeren Sinne als „supranationale Grundrechte“ und im Falle von nationalem Recht als „nationale Grundrechte“.⁶

2. „Menschenrechte“ als Jedermanngrundrechte des Grundgesetzes

In Lehrbüchern und wissenschaftlichen Abhandlungen zu den Grundrechten des Grundgesetzes werden vereinzelt auch diejenigen Grundrechte des Grundgesetzes, die nicht nur „Deutschen“ im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG zustehen, als „Menschenrechte“ bezeichnet und den „Deutschenrechten“ oder „Deutschengrundrechten“ gegenübergestellt.⁷ Gegen diese Verwendung des Begriffs der Menschenrechte spricht, daß sie sowohl von der eingebürgerten Bedeutung dieses Begriffs im Sinne internationaler Grundrechte als auch von der systematisch wichtigen Bedeutung im Sinne bloß moralischer Rechte abweicht und mit dem Begriff „Jedermanngrundrechte“ (oder „Jedermannrechte“) ein zweckmäßiges Gegenüber zu dem Begriff „Deutschengrundrechte“ existiert.⁸

3 Vgl. nur Habermas, Faktizität und Geltung, 136; ders., Der interkulturelle Diskurs, 216; Sommermann, AöR 114 (1989), 391 ff; Brugger, AöR 114 (1989), 541 ff.; Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz³, 33 f.

4 Vgl. nur Crawford, Brownlie's Principles⁸, 634 ff.; Steiner/Alston/Goodman³, International Human Rights Law; Gros Espiell, Humanitarian Law and Human Rights, 348; Bantekas/Oette², International Human Rights.

5 Wenn und insoweit die Voraussetzungen der Bildung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht gem. Art. 38 lit b) IGH-Statut vorliegen, werden die entsprechenden rechtlichen Gehalte auf einen zweiten rechtlichen Geltungsgrund gestützt.

6 Siehe Borowski, German Yearbook of International Law 44 (2001), S. 43 f.; ders., Glaubens- und Gewissensfreiheit, 90, 97 f.

7 Vgl. beispielsweise K. Hesse, Grundzüge, Rn 284; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, 144 f.

8 Starck in von Mangoldt/Klein/Starck⁶, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn 205; Rübner, HbStR IX³, § 196, Rn 36; Stern, Staatsrecht III/1, 1016 ff.; Siehr, Deutschenrechte, 14 f.; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 84 f., Fn. 3.

3. „Menschenrechte“ als moralische Rechte

Versteht man „Grundrechte“ als durch das Recht gewährte Rechte, sei es auf der Ebene des nationalen, supranationalen oder internationalen Rechts, bilden die „Menschenrechte als moralische Rechte als solche das systematische Gegenüber. In diesem Sinne sind Menschenrechte Rechte mit sechs Eigenschaften: Sie sind moralische, universelle, abstrakte und fundamentale individuelle Rechte, die gegenüber dem positiven Recht Priorität besitzen.⁹

a) Die Menschenrechte als Rechte

Menschenrechte gewähren neben Freiheiten und Kompetenzen in erster Linie „Rechte auf etwas“.¹⁰ „Rechte auf etwas“ sind normative Relationen zwischen dem Träger des Rechts (a), dem Adressaten des Rechts (b) und dem Gegenstand des Rechts (G). Notiert man für den Rechte-Operator dieser dreistelligen Relation „R“, ergibt sich als allgemeinste Form eines Satzes über ein Recht auf etwas „RabG“.¹¹ Alle behaupteten Strukturen und Inhalte von Menschenrechten lassen sich als Varianten dieses allgemeinen Satzes ausdrücken.¹² Immer dann, wenn ein Recht existiert, gilt eine Norm, die dieses Recht gewährt.¹³ Der Umkehrschluß – von der Geltung einer Norm darauf, daß sie ein Recht gewährt – ist nicht gültig, da es Normen gibt, die lediglich objektive Verpflichtungen statuieren.

b) Die Menschenrechte als moralische Rechte

Menschenrechte sind moralische Rechte.¹⁴ Ein moralisches Recht wird durch eine Norm gewährt, die moralisch gilt, in anderen Worten durch eine moralische Norm.¹⁵

9 Zu diesem Begriff des Menschenrechts vgl. Alexy, *Institutionalisierung*, 244 ff.; ders., *Christiana Albertina* 54 (2002), 7 f.; ders., *DZPhil* 52 (2004), 16; ders., *Ratio Juris* 25 (2012), 10; ders., *The Existence of Human Rights*, 10; ders., *Festschrift Hans-Joachim Koch*, 20; ders., *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 3; Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 42 ff.; ders., *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 85. Die Eigenschaft als individuelle Rechte wird dabei nicht immer auf der höchsten kategorialen Ebene von Eigenschaften hervorgehoben. Daß die Menschenrechte im Kern individuelle Rechte sind, wird aber nicht ernsthaft bestritten. Die Frage ist eher, ob und in welchem Maße originär kollektive Rechte als „Menschenrechte“ verstanden werden können, hierzu sogleich in Abschnitt I. 3. f).

10 Zur Unterscheidung dieser grundlegenden Arten von normativen Positionen siehe Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 182 ff. m.w.N.

11 Alexy, *Theorie der Grundrechte*³, 171 f.; ders., *Institutionalisierung*, 244 f.; Koller, *Geltungsbereich*, 99 f.

12 Alexy, *Institutionalisierung*, 245.

13 Alexy, *Theorie der Grundrechte*³, 163 f.; ders., *Institutionalisierung*, 246.

14 Kriele, *Festschrift Scupin*, 188; Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 363; Somek, *Moralisierung*, 48 ff.; Alexy, *Institutionalisierung*, 249; ders., *Christiana Albertina* 54 (2002), 8; ders., *Nichtpositivistischer Begriff*, 20; Lohmann, *Menschenrechte*, 89; Sieckmann, *Cultural Pluralism*, 238; Wein, *Human Rights*, 382; Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 85 ff. Die Kennzeichnung der Menschenrechte als moralische Rechte bedeutet allerdings nicht, daß sie in den Bereich der Moralität im Kantischen Sinne fielen, womit nicht die äußere Handlung, sondern die Triebfeder der Hand-

Die moralische Geltung ist allein definiert durch inhaltliche Richtigkeit oder Rechtfertigungsfähigkeit.¹⁶ Zur Bestimmung der inhaltlichen Richtigkeit werden von den verschiedenen Gerechtigkeitstheorien verschiedene Kriterien und Verfahren vorgeschlagen. Als bloß moralische Rechte sind Menschenrechte nicht Teil des Rechts, wenn sie nicht durch einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff unmittelbar¹⁷ oder durch Positivierung mittelbar¹⁸ in das Recht einbezogen werden. Menschenrechtliche Normen sind daher nicht ohne weiteres Rechtsnormen. Rechtsnormen sind demgegenüber durch rechtliche Geltung charakterisiert. Es existieren mindestens zwei Kriterien der rechtlichen Geltung. Das erste Kriterium ist das der ordnungsgemäßen Gesetztheit. Es liegt vor, wenn eine Norm von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.¹⁹ Das zweite Kriterium ist das der sozialen Geltung. Eine Norm gilt sozial, wenn sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.²⁰ Vertritt man einen positivistischen Rechtsbegriff, ist damit das Spektrum der Kriterien, auch wenn sie jeweils sehr unterschiedlich gefaßt werden können, erschöpft. Nur wenn man einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff bevorzugt, tritt als drittes Kriterium der rechtlichen Geltung die inhaltliche Richtigkeit, jedenfalls ein Stück weit, hinzu. Dann kann die bloße inhaltliche Richtigkeit partiell zum notwendigen Kriterium rechtlicher Geltung werden. Die Menschenrechte werden dann insoweit notwendigerweise zumindest ein Stück weit auch zu rechtlichen Rechten. Dies ist jedoch die begründungsbedürftige Ausnahme von dem Grundsatz, daß moralische Rechte, vorbehaltlich der kontingenten Entscheidung für eine Positivierung moralischer Rechte im Sinne ihrer Transformation in das Recht, nicht rechtliche Rechte sind.

lung entschiede (vgl. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 219 f.) Es handelt sich in der Kantischen Unterscheidung zwischen Moralität und Legalität bei Menschenrechten um legale Rechte, Alexy, *Institutionalisierung*, 249; ders., *Discourse Theory and Human Rights*, 81 f.; Wildt, *Menschenrechte*, 131; Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 43.

15 Alexy, *Institutionalisierung*, 249; ders., *The Existence of Human Rights*, 11. Vgl. auch ders., *Ratio Juris* 25 (2012), 9 f.

16 Alexy, *Begriff und Geltung*⁵, 141; ders., *Institutionalisierung*, 249. Zu verschiedenen Ansätzen zur Begründung von Menschenrechten siehe Alexy, *DZPhil* 52 (2004), 15 ff.; ders., *Ratio Juris* 25 (2012), 10 ff.; ders., *The Existence of Human Rights*, 13 ff.; Kirste, *Der Staat* 52 (2013), 119 ff.

17 Nach einem nichtpositivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriff besteht eine notwendige Verbindung von Recht und Moral, vgl. hierzu 1. Teil, 3. Abschnitt, I. 3. Eine unmittelbare Verbindung kommt von vornherein nur in Fällen extremen Unrechts in Betracht.

18 Eine Positivierung kann sowohl auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsbegriffs (zur positivistischen Trennungsthese siehe 1. Teil, 3. Abschnitt, I. 3.) und auf der Grundlage eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs erfolgen, im letzteren Falle insoweit, als keine unmittelbare Verbindung besteht.

19 Vgl. nur Alexy, *Begriff und Geltung*⁵, 143.

20 Alexy, a.a.O., 139.

c) Die Menschenrechte als universelle Rechte

Menschenrechte sind in zweierlei Hinsicht universelle Rechte. Erstens sind sie auf der Seite der Träger Rechte, die allen Menschen²¹ zustehen, ohne daß es eines besonderen Erwerbsvorganges bedürfte.²² Zweitens sind sie auf der Seite der Adressaten universell, sie sind Rechte gegen alle. Nimmt man beide Seiten der Universalität zusammen, sind sie Rechte aller gegen alle. In einer verbreiteten Terminologie bedeutet dies, daß sie Rechte erga omnes darstellen.²³ Damit setzen sie als bloß moralische Rechte den Staat als juristische Konstruktion nicht voraus, sie gelten auch vor- und außerstaatlich. Stellt man auf die Menschenrechte als moralische Rechte ab, ist es ungenau, wenn häufig gesagt wird, der Staat sei der Adressat der Menschenrechte. Andererseits kann man den Staat, wenn und soweit er existiert, als juristische Zusammenfassung der Bürger ansehen, der dann als solche moralische Verpflichtungen besitzt. Dafür spricht auch, daß Staaten durch ihre Machtfülle die Menschenrechte oftmals empfindlicher verletzen können als Individuen, und daß sie als konstruierte Personen ein gutes Stück weit unabhängig von den Individuen, deren Zusammenfassung sie darstellen, handeln.²⁴

Eine gewisse Einschränkung der Universalität auf seiten der Adressaten wird von einigen darin gesehen, daß bestimmte Menschenrechte nur gegenüber einzelnen Individuen, Gruppen oder einem Staat bestehen. Derartige Menschenrechte seien als relative Menschenrechte den absoluten gegenüberzustellen.²⁵

d) Die Menschenrechte als abstrakte Rechte

Menschenrechte sind weiterhin abstrakte Rechte. Es liegt zum Beispiel nahe, den Satz „Jeder hat ein Recht auf Leben“ als Ausdruck einer menschenrechtlichen Norm anzusehen. Dieser Satz ist abstrakt hinsichtlich des Adressaten, hinsichtlich der menschenrechtlichen Funktion²⁶ und hinsichtlich der Schranken des Rechts. Weiterhin ist der Ge-

21 Die Beschränkung auf Menschen im biologischen Sinne führt zum Problem des Speziesismus, vgl. hierzu statt vieler Nino, *Ethics of Human Rights*, 35.

22 Ryffel, *ARSP* 70 (1984), 400; Alexy, *Institutionalisierung*, 247 f.; Koller, *Geltungsbereich*, 100; Höffe, *Vernunft und Recht*, 50 f.

23 Vgl. Riedel, *EuGRZ* 1989, 10; Koller, *Geltungsbereich*, 100 f.; Alexy, *Institutionalisierung*, 248; Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 46; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 41; ders., *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 87, ders., *Drittwirkung*, 124 f. Dies ist nicht zu verwechseln mit der Wirkung von Normen erga omnes im Völkerrecht, vgl. hierzu Crawford, *Brownlie's Principles*⁸, 642; Herdegen, *Völkerrecht*¹⁵, § 5, Rn 9; Peters, *Völkerrecht*⁴, 88 f.

24 Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 46.

25 Alexy, *Institutionalisierung*, 248; vgl. auch Koller, *Geltungsbereich*, 101.

26 Die Unterscheidung menschenrechtlicher Funktionen kann mutatis mutandis parallel zur Unterscheidung grundrechtlicher Funktionen gebildet werden: Abwehrrechte, menschenrechtliche Schutzrechte, soziale Menschenrechte, Menschenrechte auf Organisation und Verfahren (was ein gutes Stück weit auf staatliche Organisation verweist oder sie voraussetzt), Gleichheitsrechte. Zur Unterscheidung grundrechtlicher Funktionen siehe 2. Teil, 2. Abschnitt.

neralitätsgrad sehr hoch. Je individueller und spezieller Menschenrechte werden, desto zeitbedingter und in diesem Sinne kontingenter werden sie.²⁷

e) Die Menschenrechte als fundamentale Rechte

Kennzeichnend für Menschenrechte ist weiter die Fundamentalität ihres Gegenstandes. Sie schützen die Erfüllung fundamentaler Bedürfnisse und Interessen. Ein Bedürfnis oder Interesse ist fundamental, wenn die Nichterfüllung den Tod eines Menschen oder schweres Leiden für ihn nach sich zieht oder wenn der Kernbereich der menschlichen Autonomie betroffen wird.²⁸ Beispiele sind die Tötung, Folter, sonstige schwere körperliche und seelische Mißhandlung, Inhaftierung, Diskriminierung aus rassistischen oder religiösen Gründen etc. In diesem Sinne bilden Menschenrechte den Kern einer Gerechtigkeitskonzeption. Nicht jede Ungerechtigkeit ist menschenrechtswidrig. Welche Interessen und Bedürfnisse derart fundamental sind, daß sie Menschenrechte und damit den Kern der Gerechtigkeit darstellen, wird kontrovers diskutiert.²⁹

f) Die Menschenrechte als individuelle Rechte

Menschenrechte sind schließlich individuelle Rechte. Im Zentrum der Konzeption der Menschenrechte steht das Individuum, nicht ein Kollektiv an sich. Seit einiger Zeit werden vor allem in der völkerrechtlichen Diskussion auch „kollektive Rechte“ als Menschenrechte diskutiert. Dies bereitet zunächst keinerlei Probleme, wenn und soweit der Ausdruck „kollektives Recht“ nichts anderes bedeutet als eine Sammelbezeichnung für das Bündel individueller Rechte der zum Kollektiv zusammengeschlossenen Individuen. Es werden aber auch Rechte als Menschenrechte bezeichnet, die originär ausschließlich Kollektiven als solchen zustehen können sollen, wie insbesondere die sogenannten „Menschenrechte der Dritten Generation“.³⁰ Rechte von Kollektiven in diesem Sinne degenerieren jedoch nur allzu leicht zu Funktionärsrechten, die zwar vor allem

27 Alexy, *Institutionalisierung*, 254; ders., *Law, Discourse, and Time*, 104; ders., *Festschrift Schmidt-Jortzig*, 13; ders., *The Existence of Human Rights*, 11. Siehe zum Merkmal der Abstraktheit auch Badenhop, *Normtheoretische Grundlagen*, 141 f. Die Konkretisierung und Individualisierung der Menschenrechte erfolgt bei Kollisionen von Menschenrechten untereinander oder bei Kollision eines Menschenrechtes mit einem legitimen Schrankengrund mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne. Nach dem Kollisionsgesetz der Prinzipientheorie (siehe hierzu 1. Teil, 3. Abschnitt, III. 2. a) bb) eee)) entsteht eine Regel im Sinne einer zugeordneten Menschenrechtsnorm, welche eine ebenso individuelle wie konkrete Norm bildet. Dies steht der Abstraktheit und Generalität der Menschenrechtsnorm, die in die Abwägung eingestellt wird, nicht entgegen. Zum Zusammenhang von Abstraktheit der Menschenrechte und ihrer Prinzipienatur vgl. auch Sieckmann, *Zur Prinzipientheorie Robert Alexys*, 289 ff.

28 Alexy, *Institutionalisierung*, 251.

29 Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 46 f.; ders., *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 89.

30 Zur Konzeption der Menschenrechte der „Dritten Generation“ vgl. Riedel, *EuGRZ* 1989, 9 ff.; Stern, *Staatsrecht* III/2, 1551 ff.; ders., *HbGR I*, § 1, Rn 74 ff.; Donnelly, *Human Rights, Individual Rights and Collective Rights*, 39 ff.; Bantekas/Oette, *International Human Rights*², 448 ff.; Crawford, *Brownlie's Principles*⁸, 647 ff.

den Funktionären des Kollektivs nutzen, jedoch weniger oder gar nicht dem Kollektiv selbst und seinen Mitgliedern. Dies legt nahe, die originär nur Kollektiven zustehenden Rechte wie die vermeintlichen „Menschenrechte der Dritten Generation“ nicht als Menschenrechte anzusehen. Soweit die Gewährung von originär nur Kollektiven zustehenden Rechten die menschenrechtliche Position des Individuums verbessert, können Rechte von Kollektiven aber als Mittel der Realisierung von Menschenrechten angesehen werden.³¹

g) Die Menschenrechte als Rechte mit Priorität gegenüber dem Recht

Menschenrechte besitzen gegenüber dem Recht in allen seinen Formen, dem positiven Recht wie dem Gewohnheitsrecht, Priorität. Dabei ist zwischen einer schwachen Priorität und einer starken Priorität zu unterscheiden.

aa) Die schwache Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht

Die schwache Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht besteht darin, daß die Menschenrechte einen wichtigen³² Maßstab für die Legitimität des Rechts bilden.³³ Verletzt das Recht Menschenrechte, ist es illegitim. Mit dieser Illegitimität als solcher verliert es jedoch nicht seine rechtliche Geltung, sondern wird lediglich als „unmoralisch“ qualifiziert, womit die Priorität schwach ausfällt. In metaphorischer Hinsicht kann man darin, daß die Geltung der Menschenrechte einzig und allein von ihrer inhaltlichen Richtigkeit oder philosophischen Begründbarkeit abhängt, auch eine gewisse Stärke sehen: Niemand auf der Welt kann sich menschenrechtlicher Kritik unter Hinweis darauf entziehen, daß im jeweiligen Rechtssystem entsprechende Grundrechte nicht positiviert oder sonst institutionalisiert sind – moralisch falsch bleibt moralisch falsch.³⁴ Diese schwache Priorität der Menschenrechte entfaltet ihre Wirkung insbesondere in der öffentlichen politischen Diskussion.

bb) Die starke Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht

Die starke Priorität der Menschenrechte gegenüber dem Recht besteht demgegenüber im Verlust des Rechtscharakters, den eine Menschenrechtsverletzung möglicherweise nach sich ziehen kann. Dies setzt einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff voraus, nach dem extrem ungerechtes – weil menschenrechtswidriges Recht – seine rechtliche Gel-

31 Alexy, *Institutionalisierung*, 247 f.; Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 46; Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 101.

32 Da Menschenrechte nur den Kern einer Gerechtigkeitskonzeption darstellen, sind sie nicht der einzige Maßstab für die Illegitimität rechtlicher Normen. Auch ungerechtes Recht jenseits von Menschenrechtsverletzungen ist illegitim.

33 Alexy, *The Existence of Human Rights*, 11 f.

34 Borowski, *Drittwirkung*, 123.

tung oder den Rechtscharakter verliert.³⁵ Starke Priorität kommt selbst dann von vornherein nur ernsthaft in den ausgesprochen seltenen Fällen extremen Unrechts in Frage. Bevorzugt man dagegen einen positivistischen Rechtsbegriff, kommt den Menschenrechten keinerlei starke Priorität gegenüber dem Recht zu.

II. Der Begriff des Grundrechts

Anders als Menschenrechte sind Grundrechte per se Rechtspositionen, die durch Rechtsnormen gewährt werden. Diese Rechtsnormen müssen den Geltungsbedingungen der jeweiligen Rechtsordnung genügen. Je nachdem, zu welchem Teil der Rechtsordnung die Norm, welche ein Grundrecht gewährt, gehört, kann zwischen internationalen Grundrechten (Völkerrecht), supranationalen Grundrechten (Gemeinschaftsrecht bzw. Unionsrecht) und nationalen Grundrechten (nationales Recht) unterschieden werden.³⁶ Innerhalb der deutschen nationalen Grundrechte kann weiter zwischen Bundesgrundrechten (den Grundrechten des Grundgesetzes) und Landesgrundrechten (den Grundrechten der Landesverfassungen)³⁷ unterschieden werden.

1. Die Grundrechte als transformierte Menschenrechte

Die Charakteristika von Grundrechten erklären sich größtenteils daraus, daß sie objektiv beanspruchen, die Menschenrechte mit ihren dargestellten Eigenschaften in das Recht zu transformieren. Zwischen Grundrechten und Menschenrechten besteht ein fundamentaler Zusammenhang. Dies wird deutlich, wenn verbreitet Grundrechte – wörtlich oder in der Sache – als transformierte Menschenrechte bezeichnet werden.³⁸ Damit gilt es zunächst den Zusammenhang von Grundrechten und Menschenrechten näher in den Blick zu nehmen.

Am schwächsten ist dieser Zusammenhang auf der Grundlage eines formellen Grundrechtsbegriffs, während er auf der Grundlage eines materiellen Grundrechtsbegriffs stärker oder schwächer ausfallen kann, je nach der Art des vorausgesetzten Zusammenhanges. Weiter findet man in der Literatur den „prozeduralen Grundrechtsbegriff“, nach dem Grundrechte Rechte sind, „die so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann“.³⁹ Dieser prozedurale Grundrechtsbegriff hebt eine zentrale Eigenschaft von Grundrechten hervor, bietet jedoch nur eine partielle Charakterisierung, welche die formellen und materiellen Grundrechtsbegriffe nicht ersetzen kann.

35 Borowski, German Yearbook of International Law 44 (2001), 47 f.; ders., Glaubens- und Gewissensfreiheit, 89.

36 Vgl. bereits in diesem Abschnitt I. 1.

37 Zu Landesgrundrechten vgl. Stern, Staatsrecht III/2, 1409 ff.; Grawert, HbGR III, § 81; Maurer, HbGR III, § 82; Lange, HbGR III, § 83 sowie Band VIII dieses Handbuchs.

38 Statt vieler Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 349; Wellmer, Menschenrechte und Demokratie, 266; Loretan, Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, 129.

39 Alexy, Theorie der Grundrechte³, 406; ders., Grundrechte, 950 f.

a) Der formelle Grundrechtsbegriff

Nach dem formellen Grundrechtsbegriff hat der Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten keinerlei entscheidende Bedeutung für den Begriff des Grundrechts.⁴⁰ Vielmehr werden Grundrechte anhand von formellen Kriterien identifiziert. Nationale Grundrechte sind nach diesem formellen Begriff die in einer Verfassung positivierten individuellen Rechte.⁴¹

Je nachdem, ob und welche einschränkende Kriterien hinzugefügt werden, entstehen verschiedene Varianten des formellen Grundrechtsbegriffs. Vor allem drei Varianten sind hervorzuheben. Nach (i) dem systematisch einfachsten formellen Grundrechtsbegriff wird kein einschränkendes Kriterium verwendet. Die formelle Dimension besteht in diesem Falle im bloßen Faktum der Positivierung in der Verfassung.⁴² Alle individuellen Rechte einer Verfassung sind dann Grundrechte. Es liegt nahe, mit (ii) der zweiten Variante ein einschränkendes Kriterium anzunehmen, nach dem die Grundrechte einer Verfassung nur diejenigen individuellen Rechte sind, die diese Verfassung selbst, sei es explizit oder implizit, selbst als Grundrechte bezeichnet.⁴³ Dies kann durch eine gesonderte Bestimmung oder auch durch eine Abschnittsüberschrift geschehen. Wendet man diesen Grundrechtsbegriff auf das Grundgesetz an, sind die individuellen Rechte des ersten Abschnitts „I. Die Grundrechte“, Art. 1 bis 19 GG, Grundrechte. Im Fall des Grundgesetzes existieren wichtige verfassungsrechtliche Rechte, die hiervon nicht erfaßt werden. Dies kann (iii) im Sinne der dritten Variante zum Vorschlag führen, ergänzend oder ersetzend⁴⁴ als eingrenzendes Kriterium auf eine Bestimmung abzustellen, die die Rechte zusammenfaßt, die vom Bürger mit der Verfassungsbeschwerde oder einem vergleichbaren prozessualen Instrument in letzter Instanz durchgesetzt werden können.⁴⁵ Im Fall des Grundgesetzes sind dies Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG, die alle Grundrechte im Sinne der zweiten Variante und einige zu-

40 Dies schließt es allerdings nicht aus, in der beabsichtigten Transformation ein typisches Motiv der Schaffung von Grundrechten zu sehen – die Absicht der Transformation bildet dann aber ebensowenig ein notwendiges Motiv wie das Ergebnis der Setzung von Grundrechten notwendig ein objektives Ergebnis einer erfolgten Transformation.

41 Alexy, Grundrechte, 949; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 91; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 38. Für internationale Grundrechte ist auf die Zusammenfassung von Grundrechten in umfassenden völkerrechtlichen Pakten und Konventionen abzustellen. Bereichsspezifische Menschenrechtsverträge beziehen sich auf eine Gesamtheit, indem sie bereichsweise den universellen oder regionalen Schutz der Menschenrechte durch Völkerrecht in materieller oder prozeduraler Hinsicht stärken oder sonst modifizieren. Für supranationale Grundrechte kann auf die Zusammenfassung in einem Grundrechtskatalog abgestellt werden, im Falle der Europäischen Union auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

42 Ein Stück weit in diese Richtung Merten, HbGRe II, § 35, Rn 71 ff.

43 Vgl. Alexy, Grundrechte, 949; Borowski, *Classifying and Qualifying Properties*, 38 f.

44 Im Fall der Ergänzung wird die zweite Variante disjunktiv mit der dritten verknüpft, im Fall der Ersetzung tritt sie an ihre Stelle.

45 Vgl. Alexy, Grundrechte, 949; Borowski, *Classifying and Qualifying Properties*, 39; ders., *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 91.

sätzliche individuelle verfassungskräftige Rechte (grundrechtsgleiche Rechte oder Grundrechte im weiteren Sinne) erfassen.⁴⁶

Formelle Grundrechtsbegriffe erlauben es, einfache und klare Grenzen zu ziehen. Sie können einen materiellen Grundrechtsbegriff aber nicht vollständig ersetzen. Anderenfalls wäre die Frage, ob die Klasse der Grundrechte nach dem formellen Grundrechtsbegriff zu wenig oder zu viel enthält, sinnlos – was nicht der Fall ist.⁴⁷

b) Der materielle Grundrechtsbegriff

Nach dem materiellen Grundrechtsbegriff beurteilt sich der Umfang der Klasse der Grundrechte nicht nach formellen, sondern nach materiellen oder inhaltlichen Kriterien. Die inhaltlichen Kriterien beziehen sich auf den Zusammenhang der Grundrechte mit den Menschenrechten. Je nachdem, ob man diesen Zusammenhang objektiv oder subjektiv versteht, sind verschiedene Varianten des materiellen Grundrechtsbegriffs zu unterscheiden.

aa) Die Grundrechte als objektives Ergebnis der Transformation von Menschenrechten

Nach der objektiven Variante, die einen starken Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten voraussetzt, sind Grundrechte das objektive Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht.⁴⁸ Dahinter steht die fundamentale Idee, daß die Klasse der individuellen Rechte einer Verfassung auf der Ebene des Rechts die Menschenrechte abbilden soll, und Entsprechendes gilt für die Ebene des Unionsrechts und des Völkerrechts. Nach dem starken objektiven Zusammenhang sind die individuellen verfassungskräftigen (primärrechtlichen, völkerrechtlichen) Rechte dann Grundrechte, wenn sie objektiv das Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht bilden.

Eine Divergenz kann in zwei Richtungen auftreten.⁴⁹ Enthält die Verfassung (das Primärrecht oder das Völkerrecht) gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein *Mehr* an individuellen Rechten, ist dieses Mehr kein Transformationsergebnis und wird folglich nicht als Grundrecht im materiellen Sinne qualifiziert – auch wenn die entsprechenden Rechte nach dem formellen Grundrechtsbegriff als „Grundrechte“ einzustufen wären.⁵⁰ Enthält die Verfassung etc. gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein *Weniger* an individuellen Rechten, entsteht aus der menschenrechtli-

46 Zum Begriff der Grundrechte des Grundgesetzes mit Blick auf die inkorporierten staatskirchenrechtlichen Rechte, die nicht in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG erwähnt werden, vgl. Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 294 ff.

47 Alexy, Grundrechte, 949; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 92.

48 Vgl. zu diesem starken objektiven Zusammenhang Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 92 f.; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 39 f.

49 Vgl. hierzu auch Stern, HbStR IX³, § 184, Rn 119.

50 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 92. Ein Problem dieser „Übertransformation“ kann darin liegen, dass moralisch fundierte Grundrechte durch Abwägungen mit nicht moralisch fundierten „Grundrechten“ im formellen Sinne zu weit zurückgedrängt werden, vgl. Borowski, *Classifying and Qualifying Properties*, 39, Fn. 12.

chen Perspektive eine Lücke in der Verfassung, in der eigentlich Grundrechte als transformierte Menschenrechte gelten müßten, aber nicht gelten.⁵¹

Verlangt man einen derart starken objektiven Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten im objektiven Sinne, eine erfolgte Transformation von Menschenrechten zu Grundrechten, wird der Begriff der Grundrechte eng an die Existenz und Reichweite der Menschenrechte geknüpft. Stets dann, aber auch nur dann, wenn exakt alle individuellen Rechte einer Verfassung etc. das objektive Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht darstellen und darüber hinaus auf dieser Ebene keine weiteren individuellen Rechte positiviert sind, wäre die Transformation vollständig gelungen und wären alle individuellen Rechte einer Verfassung „Grundrechte“. Diese enge Kopplung des Begriffs der Grundrechte an die Menschenrechte stellt ein ernstes Problem dar, weil heftig umstritten ist, ob und mit welchem Inhalt Menschenrechte existieren. Von vollständiger Leugnung jeglicher Menschenrechte bis hin zu detaillierten und reichhaltigen Konzeptionen unterschiedlichsten Inhalts wird nahezu alles vertreten. Durch die enge begriffliche Kopplung der Grundrechte an die Menschenrechte und deren Transformation in das Recht wird diese erhebliche Unbestimmtheit in den Begriff der Grundrechte transportiert. Eine derart große Unbestimmtheit ist jedoch mit dem institutionellen Charakter der Grundrechte als zentralem Teil des Rechts nicht zu vereinbaren.⁵²

bb) Der subjektive Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten

Man kann den Zusammenhang von Grundrechten und Menschenrechten abschwächen, indem er subjektiv verstanden wird. Nach diesem subjektiven Zusammenhang sind Grundrechte die und nur diejenigen individuellen Rechte,⁵³ die mit der Intention positiviert werden, die Menschenrechte in das Recht zu transformieren. Diese Absicht kann aus objektiver Perspektive mehr oder weniger erfolgreich umgesetzt werden, je nachdem, wie vollständig und exakt die objektiv geltenden Menschenrechte auf der Ebene des Rechts abgebildet werden. Geht man nur von einem subjektiven Zusammenhang aus, nimmt ein Fehlschlag den mit „richtiger Intention“ positivierten Rechten nicht die Eigenschaft als Grundrechte.⁵⁴ Diese Abschwächung der begrifflichen Verbindung geht

51 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 92; Borowski, Classifying and Qualifying Properties, 39: „Untertransformation“.

52 Alexy, Grundrechte, 950; vgl. König, Begründung, 34 f.; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 93; ders., Classifying and Qualifying Properties, 39 f.; ders., Drittwirkung, 123.

53 Ein noch schwächerer subjektiver Zusammenhang besteht darin, die Absicht der Transformation von moralischen Rechten in das Recht nicht als notwendiges und hinreichendes Motiv, sondern bloß als typisches oder häufiges Motiv anzusehen, siehe bereits Fn. 40. Auf dieser Grundlage kann man jedoch keine hinreichenden Kriterien für das Vorliegen von Grundrechten formulieren, so daß dieser noch schwächere subjektive Zusammenhang keine Grundlage für einen materiellen Begriff der Grundrechte bietet.

54 Vgl. Alexy, Grundrechte, 950: „Es empfiehlt sich daher, die G. [Grundrechte, M.B.] nicht schlicht dadurch zu definieren, daß sie in positives Verfassungsrecht transformierte Menschenrechte sind, sondern dadurch, daß sie Rechte sind, die in der Absicht oder der Intention in eine Verfassung aufgenommen worden sind, Menschenrechte zu positivieren“ [Hervorhebung ausgelassen]. Ein paar

gewiß in die richtige Richtung, erfaßt aber nur einen Teil des Problems. Wenn diejenigen, welche „Grundrechte“ in einer Verfassung, dem Primärrecht der Union oder im Völkerrecht positivieren, beispielsweise Mitglieder einer verfassungsgebenden Versammlung, „Menschenrechte“ zu transformieren versuchen, die aus objektiver Perspektive gar keine Menschenrechte sind, wird das Ergebnis der Positivierung allein wegen der „richtigen Intention“ als Grundrecht eingestuft. Auf der anderen Seite kann eine verfassungsgebende Versammlung aus Mitgliedern bestehen, welche die Existenz von Menschenrechten als moralischen Rechten vollständig leugnen, aus politischen oder ökonomischen Gründen oder aus sonstigen Gründen der Zweckmäßigkeit einen Katalog substantiell fundamentaler Rechte in die Verfassung aufnehmen, die aus objektiver Perspektive das Ergebnis der Transformation von moralisch geltenden Menschenrechten in das Recht darstellen würden. Soll jetzt aus der bloßen Tatsache, daß die Motive des Verfassungsgebers nicht durch den „Glauben“ an die Menschenrechte gestützt werden, notwendig folgen, daß die positivierten Rechte begrifflich keine Grundrechte sind? Selbst der subjektive Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten, so schwach er auch sein mag, erweist sich damit in bestimmten Konstellationen als zu stark.⁵⁵

cc) Der schwache objektive Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten

Schon angesichts der ebenso verbreiteten wie festen Überzeugung des Zusammenhanges zwischen Menschen- und Grundrechten erscheint es andererseits auch nicht als glücklich, den Begriff der Grundrechte mit dem formellen Grundrechtsbegriff vollständig von dem der Menschenrechte zu lösen und die Transformation von Menschenrechten zu einem bloß möglichen oder typischen Motiv der Positivierung von Grundrechten zu degradieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein schwacher objektiver Zusammenhang konzipiert werden kann. Die Idee dieses schwachen objektiven Zusammenhanges besteht darin, daß Grundrechte objektiv den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁵⁶ Dieser Anspruch kann mehr oder weniger erfüllt werden. Mit der „Zurücknahme“ des objektiven Zusammenhanges auf den Anspruch resultiert nicht jede Nichterfüllung sofort darin, daß die betreffenden Rechte keine Grundrechte mehr darstellen. Damit wird es möglich, zwischen „idealen Grundrechten“, „nicht idealen Grundrechten“ und „Nicht-Grund-

Zeilen später nehmen die Formulierungen Alexys jedoch eine erkennbare Wendung hin zum Objektiven, wenn er vom „Anspruch auf menschenrechtliche Richtigkeit“ ausgeht, ders., a.a.O. Vgl. zur subjektiven Intention ders., *Der Staat* 54 (2015), 208 und zum Anspruch auf Richtigkeit bei der Anwendung der Grundrechte auch Alexy, *Festschrift Schmidt-Jortzig*, 14 f.

55 Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 94; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 40.

56 Alexy, *Grundrechte*, 950; ders., *Festschrift Hans-Joachim Koch*, 19 f.; Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 94; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 40 f.

rechten“ zu unterscheiden.⁵⁷ Dies wird mit Hilfe einer Kombination von klassifizierenden und qualifizierenden Merkmalen erreicht. Die klassifizierenden Merkmale bestimmen die Grenze zwischen „Grundrecht“ und „Nicht-Grundrecht“, und die qualifizierenden Merkmale innerhalb der Klasse der Grundrechte die Grenze zwischen „idealen Grundrechten“ und „nicht idealen Grundrechten“.⁵⁸

c) Die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte

Die Transformation eines Menschenrechts zu einem Grundrecht besteht in der Hinzufügung eines Geltungsgrundes für die Norm, die das Menschenrecht gewährt. Zu dem moralischen Geltungsgrund der betreffenden Norm wird ein rechtlicher Geltungsgrund hinzugefügt, so daß aus der vormals ausschließlich moralischen Norm nunmehr auch eine Rechtsnorm wird.⁵⁹ Im Fall der Aufnahme in die Verfassung eines Staates wird aus der Norm eine Norm des nationalen Verfassungsrechts, im Fall der Aufnahme in das Primärrecht der Union eine Norm des supranationalen Rechts und im Fall der Aufnahme in eine Deklaration, eine Konvention oder einen Pakt des Völkerrechts eine völkerrechtliche Norm.

Da für die betreffende Norm ein rechtlicher Geltungsgrund dem moralischen hinzugefügt wird und keine Ersetzung des moralischen Geltungsgrundes durch den rechtlichen stattfindet, bleibt die Grundrechtsnorm auch weiterhin moralisch begründet. Sie kann in diesem Sinne als „Grund- und Menschenrechtsnorm“ bezeichnet werden und das gewährte Recht als „Grund- und Menschenrecht“. Die Existenz einer menschenrechtlichen Norm ist unter praktischen Gesichtspunkten jedoch weniger interessant, wenn eine inhaltsgleiche grundrechtliche Norm existiert. Was vormals als Streit um die Geltung und Interpretation einer menschenrechtlichen Norm geführt wurde, verwandelt sich nunmehr in einen Streit um die Interpretation der grundrechtlichen Norm. Diese praktischen Gesichtspunkte ändern jedoch nichts daran, daß bei der Abschaffung oder nachteiligen Änderung eines Grundrechts im Wege der Verfassungsänderung menschenrechtliche Kritik ebenso möglich bleibt wie im Falle einer restriktiven Praxis der Interpretation der Grundrechte.

Auch wenn inhaltliche Kongruenz zwischen der menschenrechtlichen und der grundrechtlichen Norm besteht, sind mit dem Akt der Transformation gewisse strukturelle Modifikationen verbunden. Aus den Menschenrechten als Rechten erga omnes werden Grundrechte primär gegenüber dem Staat. Der Staat als juristische Konstruktion wird zum Zurechnungspunkt für grundrechtliche Verpflichtungen und tritt an die Stelle aller anderen Individuen als moralische Zurechnungspunkte. Die ursprünglich unmittelbare Drittwirkung der Menschenrechte setzt sich nach der Transformation jedoch, vermittelt

57 Vgl. in diesem Kontext die Unterscheidung zwischen der realen und der idealen Seite der Grundrechte, die zu ihrer „Doppelnatur“ führt, Alexy, Festschrift Schmidt-Jortzig, 12 ff.; ders., Festschrift Hans-Joachim Koch, 19 ff.

58 Siehe zu dieser Unterscheidung und ihrer Anwendung auf den Begriff der Grundrechte 1. Teil, 1. Abschnitt, II. 8.

59 Vgl. Stern, HbStR V¹, § 108, Rn 53; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 95.

durch die juristische Konstruktion des Staates als Zurechnungspunkt grundrechtlicher Rechte und Pflichten, in der Drittwirkung der Grundrechte „über das Dreieck“ fort.⁶⁰

d) Das Gebot der Transformation

Aus der Perspektive der Menschenrechte ist ihre Transformation in Grundrechte nicht kontingent, sondern moralisch geboten.⁶¹ Menschenrechte sind nicht moralische Gebilde als Selbstzweck, sondern sie gebieten den effektiven Schutz ihrer Gegenstände.⁶² Der Charakter der Menschenrechte wird verkannt, wenn ihre Transformation nicht als moralisches Gebot, sondern lediglich als Postulat des rationalen Eigeninteresses angesehen wird.⁶³ Insbesondere drei Argumente sprechen dafür, daß die Transformation in das Recht die Effektivität des Schutzes erhöht.

aa) Das Argument der Durchsetzung

Aus der bloßen Tatsache, daß ein Verhalten als moralisch erkannt ist, kann nicht darauf geschlossen werden, daß jeder dieses Verhalten an den Tag legt. Menschen können durchaus gegen ihre eigenen moralischen Einsichten handeln, wie nicht zuletzt Kant mit seiner Unterscheidung zwischen dem *principium diiudicationis* und dem *principium executionis* hervorgehoben hat.⁶⁴ Damit ist die Frage nach der Durchsetzung moralischer Rechte aufgeworfen. Menschenrechte als solche sind, wenn überhaupt, nur in geringem Maße durchsetzbar. Eine Verletzung von Menschenrechten kann zwar moralisch verurteilt werden, ein Apparat der organisierten, effektiven Durchsetzung moralischer Rechte existiert jedoch nicht.⁶⁵ Da Menschenrechte den effektiven Schutz ihrer Gegenstände gebieten, ist die Schaffung staatlicher Strukturen als Instrument der wirksamen Durchsetzung geboten. Zwei Aspekte stützen diese moralische Erwägung. Der erste besteht darin, daß Vorteile, die aus unmoralischem Verhalten resultieren, unfair sind. Wer sich auf den moralischen Standpunkt stellt und von diesem aus handelt, muß

60 Zur Drittwirkung der Grundrechte siehe 3. Teil, 2. Abschnitt, I. 9. Insbesondere zu den Implikationen der Transformation von Menschenrechten mit ihrer erga omnes-Struktur zu grundsätzlich staatsgerichteten Grundrechten siehe Borowski, Drittwirkung, 124 ff.

61 Ryffel, ARSP 70 (1984), S. 400; Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 349; Alexy, Institutionalisierung, 255; Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, 134; Borowski, German Yearbook of International Law 44 (2001), 44.

62 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Art. 28 der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ (im folgenden AEMR), GA Res. 217 (III) vom 10. Dezember 1948: „Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.“ Diese Bestimmung des positiven Rechts gebietet die Voraussetzungen der effektiven Durchsetzung der Rechte der Erklärung. Hier wird das Gebot der Schaffung der Voraussetzungen effektiver Durchsetzung der Menschenrechte auf der Ebene des internationalen Rechts abgebildet. Zum Argument des effektiven Schutzes der Schutzgüter der Menschenrechte vgl. Borowski, German Yearbook of International Law 44 (2001), 44 f.; ders., Glaubens- und Gewissensfreiheit, 96; ders., Drittwirkung, 124.

63 So aber Lohmann, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, 90.

64 Vgl. hierzu Patzig, „Principium diiudicationis“ und „Principium executionis“, 204 ff.

65 Vgl. Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 349.

aus Gründen der Fairneß vor denjenigen geschützt werden, die unmoralisch handeln. Der zweite ist das Argument der Nutzenmaximierung aller, die durch den staatlichen Schutz im bürgerlichen Zustand entsteht. Die fundamentale Alternative ist der Naturzustand, der Bürgerkrieg, in dem jeder auf Selbstverteidigung gegen alle anderen angewiesen ist. Langfristig profitiert hiervon niemand.⁶⁶

bb) Das Argument der Erkenntnis

Da es sehr unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Inhalts der Menschenrechte gibt und sogar ihre Existenz verschiedentlich grundsätzlich bestritten wird, sind Urteile über den Katalog menschenrechtlicher Prinzipien und ihre Gewichtung ebenso unsicher wie ihre Anwendung im Einzelfall. Mit der Transformation in das Recht wird ein Katalog als rechtlich verbindlich ausgewiesen und die Kompetenz zur Anwendung der Menschenrechte im Einzelfall einer bestimmten Instanz überantwortet, die wiederum bei der Entscheidung bestimmte Verfahrensregeln zu beachten hat. Mit der Transformation in das Recht wird die Erkenntnissicherheit wesentlich erhöht,⁶⁷ ohne daß der Anspruch auf moralische Richtigkeit des Ergebnisses der Anwendung des Rechts aufgegeben würde.

cc) Das Argument der Organisation

Insbesondere die effektive Erfüllung von menschenrechtlichen Leistungsrechten verlangt nach einer Organisation. Beispielsweise das menschenrechtliche Recht auf das Existenzminimum stellt ein Recht erga omnes dar. Doch was bedeutet es genau, daß die Adressaten dieses Rechts universell sind? Ginge man davon aus, daß jeder Hilfsbedürftige von jedem Leistungsfähigen einen entsprechenden Bruchteil des Existenzminimums verlangen kann, müßte jeder Bedürftige seinen Anspruch gegen alle anderen durchsetzen. Um die „Rate“ festzustellen, müßte das Verhältnis von Hilfsbedürftigen und Leistungsfähigen bekannt sein – und nicht jeder „Hilfsbedürftige“ ist gleich hilfsbedürftig und nicht jeder „Leistungsfähige“ gleich leistungsfähig. Unterstellt man im Sinne einer Gesamtschuld, daß jeder Nichtbedürftige verpflichtet ist, einem Bedürftigen auf Verlangen das gesamte Existenzminimum zu verschaffen, wirft dies die Frage auf, wieso der Gläubiger des Anspruchs sich unter seinen vielen Schuldnern einen zur Anspruchserfüllung auswählen können soll. Dies würde auch unter den Leistungsfähigen eine Fülle von Rückgriffsansprüchen und erhebliche Gerechtigkeitsprobleme aufwerfen. Zudem dürfte es nicht passieren, daß ein Leistungsfähiger durch seine Leistung an einen Hilfsbedürftigen oder mehrere Hilfsbedürftige selbst hilfsbedürftig würde. Sofern vorrangig Verpflichtete wie etwa Familienmitglieder nicht erfolgreich in Anspruch genommen werden können, bedarf es zur Organisation der Erfüllung von insbesondere Leistungsrechten des Staates als rechtsförmiger Organisation.⁶⁸

66 Alexy, *Institutionalisierung*, 254 f.; vgl. auch Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 96 f.

67 Alexy, *Institutionalisierung*, 256; vgl. auch Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 97.

68 Alexy, *Institutionalisierung*, 256 ff.; vgl. auch Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 97.

e) Die Transformation in nationale, supranationale oder internationale Grundrechte

Das moralische Gebot der Transformation besteht um des effektiven Schutzes der Gegenstände der Menschenrechte willen. Ob eine Transformation in nationale Grundrechte, supranationale oder internationale Grundrechte geboten ist, hängt unter den jeweiligen Umständen davon ab, durch welche Form der Transformation die menschenrechtlichen Gegenstände so effektiv wie möglich geschützt werden können. Die klassische Form ist sicher die Transformation zu Grundrechten im nationalen demokratischen Verfassungsstaat, da im nationalen Recht eine effektive Durchsetzung gewährleistet werden kann. Im Völkerrecht wurde in den vergangenen Jahrzehnten eine Vielzahl verschiedener Instrumente entwickelt. Die bloße Vielzahl an Instrumenten allein hilft allerdings wenig – im Gegenteil kann sie sogar zum Problem werden, indem das Zusammenwirken komplexe und schwierige Fragen aufwirft, was der Rechtssicherheit abträglich ist. Weiterhin ist man bei der Durchsetzung völkerrechtlicher Rechte in aller Regel auf weniger effektive Mittel verwiesen.

Je weiter sich die internationalen und supranationalen Systeme des Menschenrechtsschutzes im Hinblick auf die wirksame Bindung der öffentlichen Gewalt und insbesondere die gerichtliche Kontrolle entwickeln, desto mehr Bedarf an Koordinierung mit dem nationalen System entsteht. Betrachtet man beispielsweise das weit entwickelte Instrumentarium der Europäischen Menschenrechtskonvention, bietet sie effektiveren Schutz als so mancher demokratische nationale Verfassungsstaat. Dies wirft die Frage auf, ob das internationale Recht in seinen Schutzwirkungen das nationale Recht letztlich ersetzen kann und soll oder ob nicht vielmehr das angemessene System in einem weitergehenden nationalen Grundrechtsschutz und einer Überwachung auf die Einhaltung von Mindeststandards durch ein internationales Gericht bestehen sollte. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist auch eher eine Ausnahmeerscheinung, die ein Stück weit darauf beruht, daß in vielen demokratischen Verfassungsstaaten Europas bereits ein hohes Niveau des nationalen Schutzes der Gegenstände der Menschenrechte institutionalisiert wurde. Die anderen regionalen Systeme des Menschenrechtsschutzes⁶⁹ bleiben hinter diesem Schutzniveau spürbar zurück. Insgesamt ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, daß der internationale Menschenrechtsschutz ein Niveau erreicht, welches nationale Grundrechte ersetzen könnte. Die naheliegende Lösung besteht daher in effektivem Schutz des Gegenstandes der Menschenrechte auf nationaler Ebene, ergänzt um eine weitere Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes, mit dem ein Mindeststandard gesichert wird. Wo nationale Grundrechte wegen des Anwendungsvorrangs supranationalen Rechts keinen effektiven Schutz bewirken können, erweist sich die Institutionalisierung supranationalen Menschenrechtsschutzes als geboten.⁷⁰

69 Zu erwähnen sind hier insbesondere die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Afrikanische Charta der Menschenrechte; vgl. Buergenthal/Maier, *Public International Law*, 128 ff., 132 ff., 140 ff.; K. Ipsen, *Völkerrecht*⁶, § 37, Rn 16 ff. und 20 ff.

70 Vgl. Borowski, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 45.

2. Die Grundrechte als positivrechtliche Rechte

Grundrechte werden durch positives Recht gewährt.⁷¹ Die Norm, welche Grundrechte gewährt, muß alle Geltungsbedingungen des betreffenden Rechtssystems erfüllen.⁷² Ihre Interpretation ist Verfassungsinterpretation als Unterfall der rechtlichen Interpretation. Die Ermittlung eines konkreten grundrechtlichen Sollensurteils erfolgt an Hand der Methoden der rechtlichen Interpretation, in der man zunächst die spezifischen Formen der juristischen Argumentation erschöpfen muß, bevor man zu den Formen der allgemein praktischen Argumentation übergehen darf. Insbesondere dürfen in eine grundrechtliche Abwägung nur rechtliche oder rechtlich relevante Prinzipien eingestellt werden, die aus der Perspektive des Rechts abzuwägen sind. Moralische oder religiöse Prinzipien als solche finden nur Eingang in eine rechtliche Abwägung, wenn und soweit das Recht dies fordert oder zuläßt.⁷³

3. Die Grundrechte als Rechte gegen den Staat

Während Menschenrechte Rechte erga omnes sind, führt der Akt der Transformation in das Recht dazu, daß Grundrechte zu Rechten gegen den Staat werden.⁷⁴ Dies bedeutet selbstverständlich nicht, daß sie im Verhältnis der Bürger untereinander ohne Wirkung bleiben. Aber der Staat als rechtsförmige Organisation wird zum konstruktiven Zurechnungspunkt grundrechtlicher Pflichten. Während das Menschenrecht auf Leben die Unterlassung von Tötungshandlungen durch alle anderen Menschen gebietet, gebietet das Grundrecht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Fall GG als Abwehrrecht nur die Unterlassung von Tötungshandlungen durch den Staat. Soweit es um Tötungshandlungen anderer Menschen geht, hat das Individuum ein grundrechtliches Schutzrecht gegen den Staat, daß dieser angemessene Schutzinstrumente vorsieht und auch anwendet. Dies erfolgt mit dem Erlaß bzw. dem In-Geltung-halten und der Anwendung nicht zuletzt der Normen des strafrechtlichen Lebensschutzes, §§ 211 ff. StGB.⁷⁵

4. Die Grundrechte als abstrakte Rechte

Kennzeichnend für Grundrechte gewährende Rechtsnormen ist die kurze, formelhafte Formulierung des Textes der Bestimmungen, mit Hilfe derer die Grundrechtsnormen

71 Dies war im Gemeinschaftsrecht zeitweise anders, als die Grundrechte in den siebziger Jahren mangels eines Grundrechtskataloges im Primärrecht als ungeschriebene Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg anerkannt wurden. Mit der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“, die gem. Art. 6 Abs. 1 EUV den Status von Primärrecht der Union besitzt, hat sich die Tendenz zur Positivierung eines Grundrechtskataloges jedoch durchgesetzt.

72 Borowski, ZÖR 53 (1998), 318.

73 Siehe I. Teil, 3. Abschnitt, III. 2. a).

74 Borowski, German Yearbook of International Law 44 (2001), 44; ders., Glaubens- und Gewissensfreiheit, 99; ders., Classifying and Qualifying Properties, 41; ders., Drittwirkung, 124 ff.

75 Zur Konstruktion der Drittwirkung der Grundrechte siehe insbesondere 3. Teil, 2. Abschnitt, I. 9.

ausgedrückt werden.⁷⁶ Zwar variiert die Länge von Grundrechtskatalogen und der Grundrechtsbestimmungen ein ganzes Stück weit. Das Grundgesetz mit seinem betont kurzen Grundrechtsabschnitt und einigen grundrechtsgleichen Rechten ist dabei noch deutlich sparsamer als etwa die Frankfurter Reichsverfassung von 1849 oder gar die Weimarer Reichsverfassung von 1919. International sind gegenwärtig teilweise sogar wesentlich längere Grundrechtskataloge zu finden. Doch selbst wenn man diese eher längeren Exemplare von Grundrechtskatalogen nimmt, stellen sie im Vergleich mit sehr vielen Parlamentsgesetzen immer noch eher kurze und formelhafte Regelungen dar.

5. Die Grundrechte als fundamentale Rechte

Für Grundrechte charakteristisch ist weiter, daß sie fundamentale Interessen schützen.⁷⁷ Grundrechtlichen Schutz verdient vor allem, was für den einzelnen besonders wichtig ist. Besonders klar ist dies im Fall der speziellen Freiheitsrechte, die Reaktionen auf bestimmte typische Gefährdungen darstellen, die sich im Laufe der Geschichte herauskristallisiert haben⁷⁸ und in denen fundamentale Interessen des Individuums auf dem Spiel stehen. Ähnliches gilt für die speziellen Gleichheitsrechte, die Reaktionen auf besonders bedeutsame Diskriminierungen darstellen, die in der Geschichte deutlich wurden. Weniger klar ist die Fundamentalität der geschützten Interessen im Falle der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Es kommt nicht von ungefähr, daß in der Verfassungsgeschichte und in der rechtsvergleichenden Dimension ein so weitreichender Schutz von Freiheit und Gleichheit alles andere als selbstverständlich ist.

6. Die Grundrechte als Rechte mit Priorität im Rechtssystem

Nach der Transformation von Menschenrechten in das Recht wird ihre vormalige Priorität gegenüber dem Recht⁷⁹ durch die Priorität der Grundrechte im Rechtssystem abgebildet. Aus der Priorität der Moral gegenüber dem Recht insgesamt wird so eine Priorität innerhalb des Rechtssystems. Diese Priorität weist insbesondere drei verschiedene Aspekte auf, die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts, die umfassende Bindung der Staatsgewalt und den Schutz durch gerichtliche und letztlich verfassungsgerichtliche Kontrolle.

76 Vgl. Alexy, Festschrift Peczenik, 30 f.; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 99; ders., Classifying and Qualifying Properties, 42.

77 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 99 f.; ders., Classifying and Qualifying Properties, 42; vgl. auch Merten, HbGRe II, § 35, Rn 124

78 Vgl. nur die Erstbearbeitungen von Günter Dürig in Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn 11; Art. 2 Abs. 1 GG, Rn 6.

79 Siehe oben Abschnitt I. 3. g) aa).

a) Die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts

Grundrechte sind höchstrangige Rechtsnormen.⁸⁰ Sie sind auf der Ebene der Verfassung positiviert, der höchsten Stufe im innerstaatlichen Stufenbau der Rechtsordnung nach dem Derogationszusammenhang. Die Priorität setzt diese Höchststrangigkeit voraus, denn aus dem Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“ könnten Grundrechte nicht gegenüber anderen Normen Priorität besitzen, wenn diese ihrerseits einen höheren Rang hätten. Die Höchststrangigkeit der Grundrechte wird auch durch den prozeduralen Grundrechtsbegriff verlangt,

b) Die umfassende Bindung der Staatsgewalt durch die Grundrechte

Mit der Höchststrangigkeit der Grundrechte ist ihre Priorität im Rechtssystem keineswegs abschließend beschrieben. Es muß in materieller Hinsicht die umfassende Bindung der Staatsgewalt hinzutreten.⁸¹ Während diese umfassende Bindung noch unter der Weimarer Reichsverfassung alles andere als selbstverständlich war,⁸² ist im Grundgesetz mit Art. 1 Abs. 3 GG klar angeordnet, daß die Grundrechte sowohl Gesetzgebung, vollziehende Gewalt als auch die Rechtsprechung binden. Wie weit die Bindung in der Sache reicht, hängt vom Inhalt der Grundrechte ab.

c) Die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grundrechte

Ein weiteres wichtiges Element der Priorität der Grundrechte ist die effektive gerichtliche Kontrolle möglicher Grundrechtsverletzungen.⁸³ Unter dem Grundgesetz wird die Kontrolle von Grundrechtsverletzungen zunächst von den Fachgerichten wahrgenommen. Nach Erschöpfung des Rechtsweges ist dann grundsätzlich die Verfassungsbeschwerde eröffnet. Entscheidend ist jedoch nicht eine bestimmte Form der Organisation des gerichtlichen Schutzes, sondern die Effektivität der gerichtlichen Kontrolle.

7. Die Grundrechte als individuelle Rechte

Ebenso wie bei den Menschenrechten steht auch bei Grundrechten das Individuum im Mittelpunkt. Doch auch juristische Personen selbst können Träger von Grundrechten sein, Art. 19 Abs. 3 GG. Dem Grundgedanken nach bezweckt die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen aber nicht die Förderung der Interessen eines Kollektivs oder eines gedachten Gebildes an sich, sondern, wenn auch in mehr oder weniger sublimierter Form, der hinter ihm stehenden natürlichen Personen, also Individuen. Die eigenständige Berechtigung der juristischen Person ist damit nicht Selbstzweck, sondern steht

80 Vgl. Alexy, Festschrift Peczenik, 28 f.; Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 100; ders., Classifying and Qualifying Properties, 43; Merten, HbGRe II, § 35, Rn 124.

81 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 100 f.; ders., Classifying and Qualifying Properties, 43.

82 Siehe Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 45 f.

83 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 101; ders., Classifying and Qualifying Properties, 43; Merten, HbGRe II, § 35, Rn 128.

im Dienst der effektiven Organisation der Berechtigung von in Kollektiven organisierten Individuen.⁸⁴ Für das Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht diesen Gedanken mit den Worten aufgenommen, für die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen sei entscheidend, ob sie „den Bürgern zur Verwirklichung ihrer Grundrechte dienen“.⁸⁵

8. Klassifizierende und qualifizierende Merkmale von Grundrechten

Um die Charakteristika von Grundrechten zu strukturieren, bietet es sich an, eine in der Diskussion um den Rechtsbegriff verwendete Unterscheidung auf die Grundrechte zu übertragen: die Unterscheidung von Alexy zwischen klassifikatorischen und qualifizierenden Zusammenhängen (im Falle des Rechtsbegriffs von Recht und Moral). Verwandt mit dieser Unterscheidung ist diejenige von John Finnis zwischen „central cases of law“ und „peripheral cases of law“ beziehungsweise der „focal meaning“ und der „secondary meaning“.⁸⁶ Vereinfacht gesagt geht es darum, daß rechtliche Normen, welche den Anspruch auf Richtigkeit nicht einlösen, zwar rechtlich fehlerhaft werden, aber nicht den Charakter als geltende Rechtsnormen verlieren.⁸⁷ Entsprechend sind nach Finnis auch „peripheral cases of law“ trotz Fehlerhaftigkeit geltende Rechtsnormen.

Überträgt man diese Idee auf die Grundrechte, kann man zwischen klassifizierenden und qualifizierenden Merkmalen unterscheiden. Ein klassifizierendes Merkmal eines Grundrechts ist ein Merkmal, das notwendig vorliegen muß, um es überhaupt als Grundrecht einstufen zu können, oder das für diese Einstufung hinreichend ist. Das Fehlen eines bloß qualifizierenden Merkmals dagegen nimmt einem Recht nicht die Eigenschaft als Grundrecht, läßt es aber zu einem nicht voll entwickelten oder voll entfalten beziehungsweise „nicht idealen“ Grundrecht werden.⁸⁸

Es macht die Komplexität des Begriffs des Grundrechts aus, daß die Merkmale von Grundrechten teilweise von klassifizierender und teilweise von qualifizierender Art sind. Je nachdem, welche Merkmale man für klassifizierend oder qualifizierend hält und

84 Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 101; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 41.

85 BVerfGE 45, 63 (79); vgl. weiter BVerfGE 61, 82 (103); 75, 192 (197). Ähnlich spricht das Gericht vom „Durchgriff“ auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen, BVerfGE 21, 362 (369). Auf dieser Linie liegt es auch, wenn das „personale Substrat“ als maßgebend für die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen angesehen wird, in diesem Sinne Dürig in Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 3 GG, Rn 6; Rübner, HbStR IX³, § 196, Rn 112. Dies ist nicht unbestritten geblieben, unter Hinweis auf die selbständige Grundrechtsberechtigung juristischer Personen löst eine Ansicht in der Literatur die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen weitergehend von den Interessen von Individuen, vgl. zum Beispiel von Mutius in BonnKomm, Art. 19 Abs. 3 GG, Rn 36.

86 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 10 f., 364 f.

87 Vgl. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 49; ders., *Nature of Arguments*, 15; ders., *American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), 104.

88 Vgl. zu dieser Art von Merkmal bereits Borowski, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 102; ders., *Classifying and Qualifying Properties*, 43 f.

wie eng oder weit man sie jeweils faßt, können sehr unterschiedliche Ausprägungen des Begriffs des Grundrechts entstehen.⁸⁹

Klassifizierend ist jedenfalls die Eigenschaft von Grundrechten als Rechte.⁹⁰ Eine Pflicht kann niemals ein Grundrecht sein. Grundrechte sind auch stets rechtliche Rechte sowie Rechte gegen den Staat.

Schwieriger liegt der Fall bei der Eigenschaft als individuelle Rechte. Mit der genannten Weite des Begriffs des Individuums, der auch die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen zuläßt, ist es vorzugswürdig, diese Eigenschaft klassifikatorisch zu verstehen. Ähnliches kann man für die einigermaßen weit verstandene Fundamentalität und die Abstraktheit vertreten.

Bei der Eigenschaft der Grundrechte als positivrechtliche Rechte stellt sich zunächst die Frage, ob man in der Schaffung von Richterrecht einen Akt der Positivierung sieht. Lehnt man dies ab und deutet die Eigenschaft als positivrechtliche Rechte als klassifizierende Eigenschaft, wären die durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts richterrechtlich entwickelten Grundrechte als Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts,⁹¹ die noch heute gem. Art. 6 Abs. 3 EUV Bestandteil des Primärrechts der Union sind, keine „Grundrechte“ im Sinne des Begriffs der Grundrechte. Wenn durch richterrechtliche Rechtspositionen eine Transformation der Menschenrechte in das Recht erfolgen kann, die auf der Ebene des Rechts effektiven Schutz für die Schutzgüter der Menschenrechte zu erzeugen vermag, dann sollte man durchaus von „Grundrechten“ sprechen. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht in der „Solange II-Entscheidung“ den richterrechtlich vom EuGH entwickelten Grundrechten attestiert, aus ihnen sei „ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist.“⁹² Dies spricht dafür, den in diesem Sinne richterrechtlich entwickelten Rechten die Eigenschaft als Grundrechte zuzuerkennen – indem bei einem klassifikatorischen Verständnis von „positivrechtlich“ ein weites Verständnis zugrundegelegt wird oder bei einem engem Verständnis eine qualifizierende Deutung von „positivrechtlich“ gewählt wird.⁹³

Für den Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten gilt, daß das Erheben des Anspruches klassifizierender Natur ist. Ob und wie weit dieser Anspruch eingelöst wird, ist dann qualifizierend. Je weniger die Transformation der Menschenrechte in

89 Für die Einstufung eines Merkmals als klassifizierend oder qualifizierend ist es nicht notwendig entscheidend, ob die zugrundeliegende Eigenschaft graduiert werden kann oder nicht.

90 Dies ist beispielsweise ein klassifizierendes Merkmal auf der Grundlage einer nicht graduierbaren Eigenschaft.

91 Vgl. zu dieser Rechtsprechung nur Skouris, HbGR VI/1, § 157, Rn 11 ff.

92 BVerfGE 73, 339 (378).

93 Richterrechtlich entwickelte Grundrechte stehen den im engen Sinne positivierten Grundrechten zumindest insoweit etwas an Rechtssicherheit und Schutzwirkung nach, als die Charakterisierung von Schutzbereich, Eingriff und der Kriterien der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in aller Regel weniger präzise und vorhersehbar ausfällt. Insofern bieten im engen Sinne positivierte Grundrechte tendenziell Vorteile mit Blick auf das Niveau des Schutzes, das sie gewähren können.

Grundrechte objektiv gelingt, je weniger der Anspruch erfüllt wird, desto weniger ideal sind die fraglichen Grundrechte.⁹⁴

Bei der Priorität im Rechtssystem dagegen empfiehlt es sich, zwischen den drei Untereigenschaften zu unterscheiden. Bei der Höchststrangigkeit liegt zunächst die Deutung als klassifizierende Eigenschaft nahe. Was nicht den höchsten Rang im Rechtssystem hat, wäre dann kein Grundrecht. Bei diesem Verständnis erwiese sich zum Beispiel die These von Ernst-Rudolf Huber, nach der die fundamentale Freiheiten sichernden Reichsgesetze unter der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 – wie etwa das „Gesetz betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Hinsicht“ vom 3. Juli 1869 – seien als „Grundrechte“ zu verstehen,⁹⁵ als zweifelhaft. Maßgebend ist, ob man angesichts der gegenüber Reichsgesetzen nur geringfügig erschwerten Abänderbarkeit der Reichsverfassung (im Reichstag konnten verfassungsändernde Gesetze mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, nur im „Bundesrath“ bedurften sie einer qualifizierten Mehrheit) und der Tatsache der impliziten Änderbarkeit der Reichsverfassung durch Reichsgesetze die Reichsverfassung und jedenfalls eine bestimmte Klasse zentrale Gegenstände regelnder Reichsgesetze als gleichrangig ansieht.⁹⁶ Diese Frage soll hier nicht entschieden werden. Es liegt jedoch auf der Hand, daß eine derartige Gewährleistung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber keinen Schutz bietet. Dies widerspricht der Forderung des prozeduralen Grundrechtsbegriffs, nach dem für Grundrechte entscheidend ist, daß sie den Änderungen des einfachen parlamentarischen Gesetzgebers entzogen sind.⁹⁷ Angesichts der zentralen Bedeutung der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sollte man die Höchststrangigkeit als klassifizierende Eigenschaft von Grundrechten ansehen. Andererseits existieren oder existierten Rechte unterhalb des höchsten Ranges einer Rechtsordnung, die im übrigen die Kriterien des Grundrechts erfüllen. Dies gilt insbesondere für internationale Grundrechte. Nur insoweit sie – ausnahmsweise – Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts gem. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut oder allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts gem. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut darstellen, handelt es sich um „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ im Sinne von Art. 25 Satz 1 GG.⁹⁸ Nach herrschender Auffassung verleiht Art. 25 Satz 2 GG diesen den Rang zwischen dem Grundgesetz und den einfachen Gesetzen,⁹⁹ womit die erfaßten Rechte im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland nicht höchstrangig sind. Erst recht gilt dies für die Rechte aus völkerrechtlichen Verträgen gem. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut, die im Rechtssystem der Bundesrepublik gem. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich nur den Rang des einfachen Gesetzes besitzen. Diese mangels Höchststrangigkeit nicht als Grundrechte zu bezeich-

94 Siehe oben Abschnitt II. 1 b) cc).

95 E. R. Huber, Festschrift Scheuner, 167 ff.

96 Vgl. ders., a.a.O., 166. Im deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts war die Idee des Vorrangs der Verfassung noch nicht entwickelt, vgl. Wahl, HbStR I³, § 2, Rn 59.

97 Siehe oben Abschnitt II. 1.

98 BVerfGE 15, 25 (34); 16, 27 (33); 23, 288 (317); 31, 145 (177); 66, 39 (64 f.); aus der Literatur vgl. nur Streinz in Sachs⁷, Art. 25 GG, Rn 35, 93; Steinberger, HbStR VII¹, § 173, Rn 9.

99 BVerfGE 6, 309 (363); 37, 271 (279); Stern, Staatsrecht I, 493; Schweitzer, Staatsrecht III¹⁰, 192. Vgl. jedoch H.-J. Cremer, HbStR XI³, § 235, Rn 27.

nen, obwohl sie mit den Grundrechten die Eigenschaften als rechtliche, individuelle, fundamentale und abstrakte Rechte gegen den Staat oder die öffentliche Gewalt als Transformation von Menschenrechten in das Recht teilen, hieße einen wenig zweckmäßigen Begriff der Grundrechte zu vertreten. Es liegt daher nahe, die Höchststrangigkeit als qualifizierende Eigenschaft zu verstehen.

Fraglich ist weiter, wie die beiden anderen Untereigenschaften der Priorität, die umfassende Bindung der Staatsgewalt und die gerichtliche Durchsetzbarkeit, zu beurteilen sind. Es wurde soeben schon ausgeführt, daß eine Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte voraussetzt, daß die Grundrechte im Rang oberhalb des einfachen Rechts stehen. Aber selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann die Bindung der drei Staatsgewalten an die Grundrechte relativiert werden, indem sie für bestimmte Arten von Grundrechten oder Grundrechtsgehalten geleugnet oder beschränkt wird. Sind beispielsweise nur partiell den Gesetzgeber bindende Grundrechte deswegen „Nicht-Grundrechte“, oder sind es nicht ideale Grundrechte? Der allgemeine Sprachgebrauch, der sogar die in ihrer Bindungswirkung höchst begrenzten Rechte in den deutschen Verfassungen des Vormärz¹⁰⁰ als Grundrechte bezeichnet,¹⁰¹ deutet auf einen bloß qualifizierenden Zusammenhang hin. Entsprechendes gilt für die gerichtliche Durchsetzbarkeit. Aus der Perspektive des individuellen Rechtsschutzes ist die Verfassungsbeschwerde zu einem zentralisierten Verfassungsgericht nach Rechtswegerschöpfung gewiß wünschenswert. Fehlt sie, wird der verfassungsgerichtliche Schutz der Grundrechte in einem funktionellen Sinne durch die Fachgerichte gewährt, wenn auch nicht in höchstmöglichem Maße. Sollte aber allein deshalb den geschützten Rechten die Qualität als „Grundrechte“ abgesprochen werden? Noch deutlicher wird der qualifizierende Zusammenhang, wenn die Verfassungsbeschwerde zwar eröffnet ist, aber nur unter einschränkenden Voraussetzungen wie etwa dem Annahmeverfahren gem. §§ 93a bis 93d BVerfGG. Soll wegen der einschränkenden Voraussetzungen im Annahmeverfahren den geschützten Rechten die Eigenschaft als Grundrechte fehlen? Dies wird man nicht ernstlich behaupten können. Die umfassende Bindung der Staatsgewalt und die gerichtliche Durchsetzbarkeit sind damit eher als qualifizierende Eigenschaften der Grundrechte anzusehen.¹⁰²

III. Die Marktfreiheiten des Unionsrechts

Die „Marktfreiheiten“¹⁰³ der Europäischen Union werden im Deutschen auch als „Grundfreiheiten“¹⁰⁴ des Unionsrechts bezeichnet und im Englischen als „fundamental freedoms“. Beides liegt sprachlich nahe bei „Grundrechten“ und „fundamental rights“.

100 Vgl. insbesondere Wahl, HbStR I³, § 2, Rn 61; Scheuner, Festschrift E. R. Huber, 147 f.; Unruh, Verfassungsbegriff, 216 f.; Stern, Staatsrecht III/1, 108.

101 Zweifelnd jedoch Stern, HbStR IX³, § 184, Rn 32.

102 Angesichts der erheblichen Unterschiede der Bindungswirkung und der effektiven Sanktionierung der Verletzung internationaler Grundrechte können damit auch die völkerrechtlichen „Grund- und Menschenrechte“ begrifflich als „Grundrechte“ angesehen werden.

103 Vgl. beispielsweise Herdegen, Europarecht¹⁸, § 14, Rn 1 ff.

104 Vgl. nur Streinz, Europarecht¹⁰, § 11, Rn 809 ff.; ders., HbGR VI/1, § 151, Rn 1 ff.