

René A. Rhinow

Dr. iur., Privatdozent an der Universität Basel

Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik
und Freiheitspolitik

*Sonderdruck aus
«Recht als Prozess und Gefüge»
Festschrift für Hans Huber*



Verlag Stämpfli & Cie AG Bern
1981

Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik

Von RENÉ A. RHINOW, Seltisberg/Basel

«In Denken und Fühlen des durchschnittlichen Schweizers steht die Demokratie als Referendumsdemokratie dem materiellen Rechtsstaat der Grundrechte voran»: Dieses Diktum Hans Hubers aus dem Jahre 1953 dürfte wohl auch heute noch seine Richtigkeit besitzen¹. Es kontrastiert aber in auffälliger Weise mit den Bemühungen der jüngeren Staatsrechtslehre, die sich – vom Jubilar vielfältig und bahnbrechend «vorgespurt» oder doch angeregt – intensiv grundrechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Studien zugewendet hat², während das Feld demokratietheoretischer Forschungen eher der sich neu etablierten Politikwissenschaft überlassen wird³. Es kann hier nicht der Ort sein, eine Art Bilanz dieser Bemühungen um die Entwicklung «einer» schweizerischen Grundrechtstheorie zu ziehen; abgesehen davon, dass die einzelnen Ansätze (noch?) kaum in ein kohärentes Theoriegebäude einzubringen sein dürften, haben die (Gerichts- und Verwaltungs-)Praxis, aber auch andere Teilbereiche des «offenen Kreises der Verfassungsinterpreten» (PETER HÄBERLE), etwa im Zusammenhang mit dem Entwurf 1977 für eine neue Bundesverfassung, bislang erstaunlich zurückhaltend bis ablehnend auf neuere Theorie-Einsichten reagiert. Die Frage bleibt somit offen, ob die oft in abstrakten Kategorien geführten Diskussionen um Grundrechtsverständnisse sich vielleicht nicht etwas zu weit von der Grundrechtsdogmatik und damit auch vom Zielpublikum derartiger Bemühungen entfernt hat. Insbesondere in der Deutung der sogenannten «institutionellen» Seite der Grundrechtsgewährleistungen, aber auch in der – verwandten – Frage des Verhältnisses von Grundrechten und Gesetzgebung offenbart sich in der praktischen Rechtsarbeit eine gewisse Mühe, aus Theorieprodukten konkrete Lösungen zu gewinnen. Missverständnisse hüben und drüben sind die Folge; Vorwürfe praxisferner Theorie, ja versuchter Verfassungstheologie wechseln ab mit ideologischen Verdächtigungen, die

¹ H. HUBER, Die Grundrechte in der Schweiz, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, Die Grundrechte, Bd. I/1, Berlin 1966, S. 188. Dieser Beitrag HUBERS wurde erstmals 1953 abgeschlossen und bis zur Herausgabe im Jahre 1966 mehrfach überarbeitet.

² Vgl. vor allem etwa die Arbeiten von JÖRG P. MÜLLER, PETER SALADIN, LUZIUS WILDHABER und CHARLES-ALBERT MORAND; aber auch – für einzelne Grundrechte – bereits WERNER KÄGI, FRITZ GYGI, HANS MARTI u. a.

³ Als Beispiele markanter Ausnahmen sind immerhin staats-theoretische Arbeiten HANS HUBERS, MAX IMBODENS und RICHARD BÄUMLINS sowie Studien KURT EICHENBERGERS zur Rechtsetzung und zur Staatsorganisation anzuführen.

sich zuweilen bis zur Unterstellung freiheits- und rechtsstaatswidriger Zielsetzungen verdichten⁴.

Im vorliegenden Beitrag soll versucht werden, einzelne Überlegungen zum «Theoriebedarf» der Grundrechte, zu Theorie-Elementen und zum Verhältnis von Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik beizusteuern.

I. Zur Unentbehrlichkeit der Grundrechtstheorie

In der Staatsrechtswissenschaft hat sich eingebürgert, nach dem «richtigen» und «zeitgemässen» *Grundrechtsverständnis* zu suchen und den *Funktionen* nachzuspüren, die Grundrechte erfüllen oder erfüllen sollten. Diese Diskussion wird im Kontext eines vorausgesetzten Menschenbildes und auf der Grundlage eines bestimmten Verfassungsverständnisses geführt. Es wird beispielsweise die Frage gestellt, ob das liberalistisch-defensive Grundrechtsverständnis noch haltbar sei, ob die Grundrechte «sozialstaatlich transformiert» werden müssten, ob sie in den Dienst gesamtgesellschaftlich ausgerichteter Funktionen zu stellen seien⁵. Auf dogmatischer Ebene fächert sich das Problem des Grundrechtsverständnisses in konkretere Fragen auf: Können bestimmten Grundrechten Leistungsansprüche entnommen werden? Ist ihnen eine unmittelbare oder mittelbare Dritt- oder Horizontalwirkung eigen? Binden sie auch das in privatrechtlichen Formen agierende Gemeinwesen? Sind ihnen Gesetzaufträge oder andere Direktiven zu entnehmen? Das wissenschaftliche Bemühen um ein «richtiges» Grundrechtsverständnis holt sich seine Legitimation aus der Offenheit und Lückenhaftigkeit der in der Verfassung verbürgten Freiheitsgewährleistungen. Diese sind in ihrer textlich-sprachlichen Struktur äusserst abstrakt, ja oft nur stichwortartig normiert und deshalb besonders konkretisierungsbedürftig. Der Jubilar hat auf den bedeutungsvollen Prozess der Konkretisierung der Grundrechte schon früh hingewiesen⁶ und damit auch wesentlich zur Er-

⁴ Illustrativ etwa der Streit um Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit im neuen Verfassungsentwurf; vgl. – statt vieler – die Beiträge in der Broschüre «Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung». Beiträge zur Diskussion, hsg. von der NZZ, Zürich 1979, S. 133 f., 177 ff.

⁵ Vgl. etwa PETER HÄBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. erg. Auflage, Karlsruhe 1972; PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975; ULRICH SCHEUNER, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DöV 1971, S. 505 ff.; WILFRIED SCHAU-MANN, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, S. 48 ff.; HANS H. KLEIN, Die Grundrechte im demokratischen Staat, Stuttgart usw. 1974; ERNST FRIESEN-HAHN, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, 50. Deutscher Juristentag, München 1974, G 1 ff.; HELMUT WILLKE, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Berlin 1975; EBERHARD GRABITZ, Freiheit und Verfassungsrecht, Tübingen 1976; HANS HEINRICH RUPP, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 1976, S. 161 ff.; KLAUS KRÖGER, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden 1978.

⁶ Vgl. etwa HUBER, Die Verfassungsbeschwerde, 1954, jetzt in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 131 f.; *derselbe*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, 1955, jetzt

kenntnis beigetragen, wie die Auslegung und Anwendung abstrakter und unbestimmter Normgehalte allgemein im Rahmen des Rechtsverwirklichungsprozesses zu deuten ist⁷. «Grundrechtshandhabung» ist demnach ganz besonders auf theoretische und dogmatische Vorarbeit angewiesen, ohne die namentlich der durch den Einzelfall beengte (Verfassungs-)Richter seiner Aufgabe nicht gerecht werden könnte. Ihm obliegt nicht nur die schwierige Aufgabe der Umsetzung hochabstrakter Normen über verschiedene Stufen der Regelbildung in Einzelentscheidungen; er ist nach schweizerischer Auffassung auch befugt und verpflichtet, Grundrechte als ungeschriebene Verfassungsrechte zu anerkennen, d. h. durch Richterrecht zu positivieren, den sogenannten Kerngehalt der Freiheitsverbürgungen in seiner Resistenz gegenüber Grundrechtsschranken zu bestimmen und Grundrechtskonflikte aufzulösen.

Der Unverzichtbarkeit der Grundrechtstheorie entspricht deren spezifische «Ideologieanfälligkeit» und eine Tendenz, Freiheitsrechte durch Verständnisbestimmung mit neuen Gehalten zu füllen und programmatisch aufzuladen. Nun wäre es verfehlt, gegenüber der Theorie den pauschalen Vorwurf zu erheben, sie versuche, klassische Konzeptionen der Freiheitsrechte durch blosse «Umdeutung» über Bord zu werfen. Denn Grundrechte sind wie alle Normen in den Lauf der Zeit gestellt; sie stemmen sich nicht nur kontrafaktisch neuen Normgehalten entgegen. Es darf heute als unbestrittene Erkenntnis der Rechtstheorie gelten, dass sich der Inhalt einer Norm trotz unverändertem Wortlaut infolge gewandelter «Umweltbedingungen» ändern kann, dass namentlich veränderte Gerechtigkeitsanschauungen und faktische Gegebenheiten auf den Norminhalt Einfluss nehmen können. Das Phänomen des «Normwandels» oder «Verfassungswandels» als Ausschnitt aus dem Problemkreis von Recht und Zeit⁸ deutet darauf hin, dass Normen, vor allem auch Grundrechte, in der Zeit konkretisierungsfähig und konkretisierungsbedürftig sind und sich eine versteinemde Anbindung an tradierte Bedeutungsgehalte unter Ausblendung veränderter Norm- und Sachbereiche verbietet. Diese Suche nach dem «zeitgemässen» Grundrechtsverständnis erweist sich folglich als methodisches Bemühen, Änderungen im Normgehalt von Freiheitsrechten infolge neuer Umweltsverhältnisse vor dem Hintergrund von Grundrechtsfunktionen zu «erwägen» und im Diskurs auf Konsensfähigkeit hin zu überprüfen.

Mit der Anerkennung eines (möglichen) Bedeutungswandels der Grundrechte und der Unausweichlichkeit der Grundrechtstheorie ist aber die

in: Rechtstheorie usw., S. 342 ff.; und vor allem: Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 191 ff.

⁷ Vgl. RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel und Stuttgart 1979, mit weiteren Hinweisen.

⁸ Zum Norm- und Verfassungswandel vgl. die Hinweise bei RHINOW, a. a. O. (N. 7), S. 96 ff.

Frage noch nicht beantwortet, *wer* zur *entscheidenden* Konkretisierung der Grundrechte berufen ist, wer mit Hilfe der wissenschaftlichen Theorieansätze zur Entwicklung neuer Gehalte von der Verfassung ermächtigt und verpflichtet ist. Die Rede vom «richtigen» Grundrechtsverständnis droht gelegentlich den Umstand zu vernebeln, dass es nicht Aufgabe der Wissenschaft sein kann, *ex auctoritate* (neue) Norminhalte «festzustellen» und damit den Anschein zu erwecken, die neu gedeutete Norm sei nun so von den rechtsanwendenden Organen zu handhaben. Vielmehr liegt in jeder «Anwendung» von Grundrechten ein Stück Konkretisierung und damit ein Stück *Entscheidung*. Diese Entscheidungen werden in Verfahren getroffen, die von der Verfassung – zumindest in ihren Grundzügen – geregelt werden. Normwandel tritt nicht von selbst ein, auch nicht auf dem Wege der Umdeutung durch die Wissenschaft, sondern bedarf der positivrechtlichen Feststellung in formalisierten Verfahren und durch verfassungsrechtlich legitimierte Organe. Diese «bestimmen» folglich auch über das Grundrechtsverständnis, wengleich der Wissenschaft eine bedeutsame Rolle im Prozess der Entscheidungsfindung zukommt.

Die oft gestellte Frage nach dem aktuellen, «gewandelten» Grundrechtsverständnis gliedert sich somit auf in Teilfragen nach Inhalt, Kompetenzen und Verfahren der Grundrechtskonkretisierung *de constitutione lata*. Die Grundrechtstheorie hat sich nicht nur mit Funktionen, Wirkungsweisen und Systemaspekten von Freiheitsgewährleistungen zu befassen, sondern sich auch den Realisationsmöglichkeiten und damit der kompetentiell- und funktionellrechtlichen Seite des Konkretisierungsprozesses zuzuwenden. Sie muss eine Grundrechtstheorie der geltenden Verfassung⁹ und damit eingebettet sein in eine Verfassungstheorie der Bundesverfassung. Das ist im folgenden zu verdeutlichen.

II. Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung

Es darf heute als gesicherte Erkenntnis der Grundrechtstheorie gelten, dass Freiheitsrechte nicht auf ihren subjektiv-defensiven Gehalt reduziert werden können und dürfen. Die herrschende Lehre betont zwar zu Recht die weiterhin, ja gerade im Sozialstaat unverzichtbare Bedeutung der Freiheitsrechte als Abwehrrechte¹⁰, als – wie es Hans Huber formuliert hat – «etwas

⁹ Vgl. auch ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff., 1536 ff., jetzt auch in: *derselbe*, Staat, Gesellschaft, Freiheit; Frankfurt 1976, S. 221 ff.

¹⁰ Vgl. – statt vieler – JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1973, S. 808 ff. (mit weiteren Hinweisen); OTTO K. KAUFMANN, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 1978, S. 475 ff., 480; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence ré-

«Gegenläufiges» von grosser Bedeutung in unserer Rechtsordnung, ... berufen, an vielen Orten zu berichtigen und aufzulockern, die Rechtsordnung ... zu kontrollieren und in der Starrheit aufzuweichen»¹¹. Dabei ist allerdings die massgeblich vom staatsrechtlichen Positivismus geprägte Vorstellung zu verabschieden, Freiheitsrechte schützen einen gleichsam natürlichen, «ausserrechtlichen» und vorstaatlichen Freiheitsbereich, das Recht könne mit «Schrankenrecht» gleichgesetzt werden und die Grundrechte markierten eine Frontstellung gegen Recht und Staat an sich. Grundrechte schützen punktuell elementare Positionen und Aspekte menschlicher Freiheit und Entfaltung, die ihrerseits jedoch vom (staatlichen) Recht mitgeprägt und mitgestaltet sind. Freiheitsrechte als Abwehrrechte richten sich nicht gegen «den» Staat oder gar gegen «das» Recht, sondern sie nehmen Staat und Recht in Anspruch, um einen Schutzwall gegen vielfältige Formen der Machtbetätigung durch Staatsorgane, gegen illegitime und illegale Einbrüche staatlicher Machttträger in unverbrüchlich geschützte Bereiche menschlicher Freiheit zu errichten. Dieser modifizierten Ausgrenzungsfunktion korreliert ein Verständnis der Rechtsordnung, das zwischen Recht und Freiheit keinen Gegensatz konstruiert und das die überholte apodiktische Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft zugunsten einer «Verzahnung» und «funktionellen Differenzierung»¹² gesellschaftlicher Subsysteme verlässt. Diese Sicht der Freiheitsrechte stellt auch in Rechnung, dass die Grundvoraussetzungen der geschützten Lebensbereiche teilweise vom Recht (und damit vom Staat) erst geschaffen oder – in der deutschen Terminologie – gewisse Grundrechte ausgestaltet werden müssen, um überhaupt des Schutzes teilhaftig zu werden¹³.

Grundrechte sind demnach mehr als blosser Abwehrrechte gegen staatliche Machtäusserungen. Eine reiche Literatur hat diese «überschiessende» und für den Staat konstitutive Bedeutung der Grundrechte mit unterschiedlichen Akzentsetzungen, aber doch mit letztlich ähnlicher Begründung dargestellt¹⁴.

cente du Tribunal fédéral suisse. Essai de synthèse, in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 1 ff., 10; KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1980, S. 121 ff.; ERHARD DENNINGER, Staatsrecht 2, Reinbek bei Hamburg, S. 138; EBERHARD GRABITZ, a. a. O. (N. 5), S. 245.

¹¹ H. HUBER, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 1971, S. 172 ff., 193.

¹² KONRAD HESSE, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DöV 1975, S. 437 ff. Für die Schweiz war die Antithese Staat – Gesellschaft nie haltbar, sondern aufgepropftes Leitbild ideologischer Prägung; vgl. die interessanten Hinweise bei MARTIN LENDI/ROBERT NEF, Erfüllung öffentlicher Aufgaben ohne Staat, DISP Nr. 54, S. 23 ff.

¹³ Vgl. etwa HESSE, a. a. O., (N. 10); vgl. auch nachstehend Ziff. V.

¹⁴ Vgl. etwa PETER HÄBERLE, a. a. O. (N. 5); PETER SALADIN, a. a. O. (N. 5); J. P. MÜLLER, a. a. O. (N. 10), S. 812 ff.; K. HESSE, a. a. O. (N. 10), S. 129 ff.; O. K. KAUFMANN, a. a. O. (N. 10), S. 480.

Die Diskussion kreist dabei vor allem um die Erörterung von «Grundrechtsfunktionen» oder auch in Bestandteile zerlegte «Grundrechtstheorien», die bald gegeneinander ausgespielt, bald miteinander zu einem Bündel von Möglichkeiten zusammengefasst werden. Dabei wird die Funktionendiskussion auf verschiedenen Ebenen geführt, indem sie sich teils mehr auf die hinter den Freiheitsrechten stehenden (oder hinter diese gelegten) Leitbilder, auf die innere Begründung der geschützten Lebensbereiche, letztlich auf das philosophische «Warum» und «Wozu» der Freiheitsverbürgungen bezieht, teils jedoch mehr strukturellen Fragen, Schutzdimensionen und Verfahren der «Grundrechtsverwirklichung» zugewandt ist oder gar beide Aspekte vermischt. Während etwa ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE¹⁵ noch fünf Grundrechtstheorien auseinanderhält (liberale und institutionelle Grundrechtstheorie, Werttheorie, demokratisch-funktionale und sozialstaatliche Grundrechtstheorie), unterscheidet ALBERT BLECKMANN¹⁶ neuerdings nicht weniger als neun Funktionen der Grundrechte (Abwehrrechte, Teilhaberechte, institutionelle Garantien, Grundrechte als Wertordnung, als objektive Normen, als Handlungsermächtigung und als Verfassungsauftrag, als soziale Verhaltensnormen, Schutzpflichten und negative Grundrechte). In der Schweiz wird – in teilweiser Übereinstimmung mit KONRAD HESSE und PETER HÄBERLE – diese in sich nicht stringente Addition von Theorien und Funktionen vermieden, indem im allgemeinen von einem «Doppelcharakter» der Freiheitsrechte ausgegangen wird: Neben den subjektiv-defensiven Aspekt tritt die «konstitutiv-institutionelle» Bedeutung der Grundrechte (PETER SALADIN), ihre Tragweite als «Ordnungsprinzipien für das gesamte Staats- und Rechtsleben» (JÖRG PAUL MÜLLER).

Unverlierbar ist dabei die Einsicht, dass in den Freiheitsrechten Grundwerte zum Ausdruck gelangen¹⁷, die den Staat und seine Rechtsordnung legitimieren und in eine umfassende Verantwortung setzen, personale Freiheit und Würde zu schützen, Voraussetzungen zum Gebrauch individueller Gestaltungsräume zu schaffen, Freiheit in Staat und Gesellschaft, in Institutionen und Organisationen, gegen alle Mächtigkeiten und Gefahren zu behüten, zu optimieren und zur Entfaltung zu bringen. Auf dieser Grundlage ist davon auszugehen, dass Grundrechte «*plurifunktional*» zu verstehen sind, d.h. sich nicht in einer Funktion erschöpfen. Ihre Sinnhaftigkeit besteht nicht nur im Schutz des unveräußerlichen personalen Eigenwerts des Menschen und seiner Würde, in der Gewährleistung von Spielräumen freier Entfaltung und Betätigung, die – auch – die «Freiheit zur Beliebigkeit und Willkür» einschliesst; sie können vielmehr zusätzlich unentbehrliche Funktionen bezüglich gesamtgesellschaftlicher oder staatlicher Einrichtungen, Vorgänge oder Zusammenhänge ausüben. So ist etwa die Bedeutung einzelner Freiheitsrechte zu würdigen für den demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess¹⁸, für die Aufrechterhaltung des religiösen Frie-

¹⁵ A. a. O. (N. 9); vgl. auch DENNINGER, a. a. O. (N. 10), S. 138.

¹⁶ ALBERT BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, S. 155 ff.; vgl. auch KRÖGER, a. a. O. (N. 5), S. 13 ff.

¹⁷ Vgl. auch JOSEF ISENSEE, *Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens*, NJW 1977, S. 545 ff.

¹⁸ Dass Freiheitsrechte «ein notwendiges Mittel für das Wirksamwerden der Demokratie» darstellen, ist in der Schweiz nie verkannt worden; vgl. etwa FLEINER/GIACOMETTI, *Bundesstaats-*

dens¹⁹, für die Teilabsicherung einer bestimmten Wirtschafts- und Sozialordnung²⁰, für die Erhaltung einer vielsprachigen Schweiz²¹, ja allgemein für die Hegung und Förderung von Minderheiten. Funktionalität darf indessen nicht zu einem *Pflichtverständnis* der Freiheitsrechte führen und diese dadurch denaturieren, dass über den Umweg einer Festlegung der «richtigen» Funktion eines Grundrechts dessen allein richtiger und deshalb ausschliesslich schützenswerter Gebrauch vorgeschrieben wird.

III. Von der begrenzten Bedeutung objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte

Die Anerkennung der Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung birgt nun die Gefahr in sich, dass einerseits deren prinzipienhafter und programmatischer objektivrechtlicher Gehalt überschätzt wird und dass andererseits eine Überhöhung der Freiheitsrechte über andere Verfassungsnormen, Verfassungsziele und Verfassungsprinzipien resultiert. Wenn Grundrechten «Prinzipien der Sozialgestaltung» (SCHEUNER) oder gar Gesetzgebungsaufträge zur «Verwirklichung» der Freiheitsrechte entnommen werden, so bleibt in der Regel ausgeblendet, welchen Organen in welchen Verfahren von der *Verfassung* die Aufgabe übertragen wird, Sozialgestaltung zu betreiben. Die Grundrechtstheorie gerät an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn es um die Konkretisierung von Grundrechten in ihren objektivrechtlichen Teilgehalten geht. JÖRG P. MÜLLER hat diese beschränkte Reichweite in einer «Typologie von Grundrechtsgehalten»²² aufgezeigt und vor allem auf die blosse Programmatik und fehlende Justiziabilität hingewiesen, die dem Gesetzgeber beträchtliche gestalterische Freiheit in der Verwirklichung der «Grundrechtsprogramme» belassen. Der objektivrechtliche Charakter der Grundrechte bedarf indessen nicht nur der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, sondern vorerst und primär der Einbettung in den *Kontext der Gesamtverfassung*, der Ausrichtung auf Demokratieprinzip und Gewaltenteilung, Bundesstaatsprinzip, Justizverfassung und Sozialstaatsgrundsätze, Fi-

recht, Zürich 1949, S. 245; BGE 37 I 375, 38 I 86, 39 I 593, 52 I 120 ff., 55 II 97, 64 I 173 ff., 64 II 14, ZBI 1980, S. 39 f. zur Pressefreiheit; 100 I a 400, 99 I a 693, 96 I 107, 592 zur Meinungsäusserungsfreiheit und Versammlungsfreiheit.

¹⁹ Art. 50 Abs. 2 BV; vgl. die Hinweise bei SALADIN, a. a. O. (N. 5), S. IX f., 10 ff., 305 f.; 97 I 230.

²⁰ Die konstituierende Funktion von Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie, Niederlassungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit für die Wirtschaftsverfassung ist unverkennbar, auch wenn man die Wirtschaftsfreiheit nicht mehr im Zentrum oder als Aufhänger des gesamten Wirtschaftsrechts begreift. Darauf hat HANS HUBER immer wieder hingewiesen.

²¹ BGE 100 I a 462 ff., 91 I 480 f.

²² A. a. O. (N. 10), S. 817 f., vgl. dazu auch hinten N. 42.

nanzordnung und Staatsaufgaben. Grundrechte stehen *in* der Verfassung, nicht über ihr; sie sind so zu interpretieren und zu konkretisieren, dass «praktische Konkordanz» hergestellt, die Verfassung als (in der Anwendung herzustellende) Einheit begriffen, alle ihre Gehalte optimal zur Wirkung gebracht werden. So verlangt etwa das Demokratieprinzip, dass Sozialgestaltung im offenen politischen Prozess, vor allem im Verfahren der Gesetzgebung (Gesetzmassigkeitsgrundsatz!) betrieben wird. Gewaltenteilung und Finanzordnung legen die Budgetgewalt in die Hände der Bundesversammlung (Art. 85 Ziff. 10 BV). Über Bundeskompetenzen (und damit über Staatsaufgaben auf Bundesebene) wird im Verfahren der Verfassungsrevision, also unter Einschaltung von Volk und Ständen, entschieden (Art. 3 und 118 ff. BV). Eine sozialstaatliche Legitimitätsbasis des Bundes kann in den Art. 2 (Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt der Eidgenossen) und Art. 32^{bis} (vor allem Abs. 1) BV erblickt werden.

Die Bundesverfassung hat zudem «Freiheit als Verfassungsprinzip» (KURT EICHENBERGER²³) nicht gleichsam in den Grundrechten aufgehen lassen und diesen auch noch die Schaffung von Freiheitsvoraussetzungen aufgetragen. Freiheit ist Orientierungspunkt im Bereich der Staatsorganisation (Gewaltenteilung, Kollegialsystem, Zweikammernsystem, Milizcharakter usw.), der Staatsaufgaben mit der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung, der spezifischen Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems. Das Gebot der Schaffung von Grundrechtsvoraussetzungen, die den realen Gebrauch von Freiheitsrechten ermöglichen, ist primär über Staatsaufgaben und Organisationsrecht zu verwirklichen. Grundrechte können für diesen Prozess Richtpunkte und allgemeine Orientierungshilfen setzen; allein eigentliche Aufträge erteilen sie nicht oder nur im Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen.

Es ist deshalb auch wenig fruchtbar, hinter der Kontroverse um das «richtige» Grundrechtsverständnis unbedingt einen gesellschaftspolitischen Gegensatz zu vermuten: auch wenn man die normative Kraft der objektivrechtlichen Grundrechtsgehalte als gering und für die Konkretisierungsaufgabe wenig tragfähig erachtet, so muss dies keine Absage an das Postulat der «Effektuiierung» des Schutzes und der Entfaltungschancen der menschlichen Person in der Sozietät gleichkommen. Die «Rückverlagerung» von Freiheitspostulaten in andere Verfassungsbereiche will vielmehr verhindern, dass wichtige Aspekte der politischen Auseinandersetzung um Freiheitsinteressen und Freiheitsschranken dem demokratischen Prozess entzogen werden, dass Freiheit «richterrechtlich tabuisiert» und die Verantwortung von (Verfassungs- und) Gesetzgebungsorganen für die Zukunft der Freiheit verdunkelt wird. *Insofern* kann das Grundrechtsverständnis der Bundesverfassung als «demokratisch» bezeichnet werden, weil es massgeblich im politischen Prozess geformt und herausgebildet wird.

²³ Vgl. KURT EICHENBERGER, Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Masses, in: «Liberalismus nach wie vor». Grundgedanken und Zukunftsfragen, Zürich 1979, S. 15 ff.; vgl. auch GRABITZ, a. a. O. (N. 5), S. 137 ff.

Freiheitsschutz ist nicht nur vorgegeben, in der Verfassung «verankert», sondern angesichts einer komplexen und sich wandelnden Umwelt *aufgegeben*, je wieder neu im freien politischen Prozess herzustellen. Der «Doppelcharakter» der Grundrechte darf nicht davon ablenken, dass sie nur elementare Teilausschnitte von Freiheitssphären gewährleisten, und dass die Verwirklichung von Freiheit im Sinne von realen Freiheitschancen und individuellen Handlungsspielräumen im modernen Sozialstaat immer mehr eine Aufgabe praktischer Sozialgestaltung geworden ist, die nur zum geringsten Teil in den Händen des (Verfassungs-)Richters liegt. Über Freiheit wird in der politischen Auseinandersetzung entschieden, etwa in der Raumordnungspolitik, Wettbewerbspolitik, Medienpolitik²⁴, Umweltpolitik, aber auch etwa in den Bemühungen um eine Reform des Strafvollzugs. Für diese Aufgabe leisten nun die objektivrechtlichen Gehalte wenig, sie verkümmern zu «Grundrechtsinteressen» (HÄBERLE), die zwar vom Gesetzgeber in Anschlag zu bringen sind, indessen mit mannigfachen konfligierenden Freiheitsinteressen und anderen Gemeinwohlgehalten in einem Abwägungsprozess einer – demokratischen – Lösung zugeführt werden müssen.

Von hier aus erhebt sich das Postulat, den Blick auf die Problematik der Einbringung von Freiheitsgehalten im Rechtsetzungsverfahren zu richten, nicht in Abwendung von den Freiheitsrechten, aber im Bewusstsein, dass Behütung und Förderung individueller Freiheit Richtschnur der ganzen Verfassung darstellt und nicht nur vom Richter *ex post* zu schützen, sondern immer mehr zum Anliegen des politischen Prozesses auf allen Stufen der Rechtsetzung werden muss. Der Begriff der *Grundrechtspolitik* als Teilaspekt einer Freiheitspolitik bringt dieses Bemühen zum Ausdruck, und zwar in einer doppelten Richtung. Einmal wird Verantwortung und Vorrang des politischen Prozesses zur «Grundrechtseffektuiierung», zur Schaffung von Voraussetzungen zur Grundrechtsausübung und Freiheitsbetätigung angesprochen; zum andern wird bewusst gemacht, dass Grundrechte nicht von politischen Auseinandersetzungen abgeschirmte, gleichsam naturrechtlich «verfestigte», überpositive Garantien darstellen, sondern der Aktualisierung und der immer wieder neuen Legitimierung bedürfen. Sie sind – als Grundwerte – in besonderem Mass vom realen Wertkonsens der Gesellschaft abhängig²⁵. Auch über Grundrechte darf (und soll!) «politisiert» werden, auch sie sind Verfassungsnormen, die der Änderung offenstehen, nicht nur im Rahmen ei-

²⁴ So treffend J. P. MÜLLER, Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption, ZSR 1980 I, S. 31 ff.; vgl. auch *derselbe*, Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, ZSR 1978 I H. 3/4 (Sonderheft Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt), S. 265 ff.

²⁵ ISENSEE, a. a. O. (N. 17), S. 548 ff.; vgl. auch WERNER KRAWIETZ, Grundwerte als Minimalkonsens. Zum Verhältnis von Politik und Recht in der modernen Demokratietheorie, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 1979, S. 65 ff.

ner Totalrevision²⁶. Die namentlich von Hans Huber «konzipierte»²⁷ richterliche Anerkennung bzw. Positivierung ungeschriebener Freiheitsrechte und die Lehre ZACCHARIA GIACOMETTI von der «Kodifikation der Freiheit»²⁸ haben in der Schweiz vielleicht zuweilen (entgegen den Intentionen ihrer Verfasser) den Zugang zur Erkenntnis erschwert, dass Freiheit nicht immer schon im Verfassungsrecht angelegt und wie in einer Dunkelkammer versteckt ist, so dass sie nur vom Richter hervorzuholen, ans Licht zu heben ist, wenn sich neue Freiheitsinteressen und Schutzbedürfnisse geltend machen. Dieses «apolitische» Freiheitsverständnis ist vorwiegend auf die subjektivrechtlichen Aspekte derjenigen Grundrechtsgehalte ausgerichtet, deren Behütung auch heute in erster Linie durch den Richter ohne vorgängige ausgestaltende Normierung des Gesetzgebers erfolgen kann.

Das Schicksal der Freiheit hängt indessen massgebend davon ab, ob es gelingt, Freiheitsbedürfnisse unter den veränderten Bedingungen der modernen Gesellschaft in demokratischen Willensbildungsprozessen zu befriedigen, gerade auch durch Neuschaffung und Änderungen von Grundrechtsnormen. Grundrechtspolitik ist Politik zur Optimierung von Freiheit, indem von hiezu legitimierten Organen neue Grundrechtsgehalte positiviert oder Voraussetzungen zur Grundrechtsausübung geschaffen werden. Sie erweitert sich zur *Freiheitspolitik* allgemein, da die Verfassung insgesamt auf den Schutz menschlicher Würde und Freiheit hin angelegt und immer wieder neu auf dieses Leitziel hin zu aktualisieren ist.

IV. Zum gegenseitigen Verhältnis von subjektiv- und objektivrechtlichen Teilgehalten

Mit der Sicht vom Doppelcharakter der Freiheitsrechte, mit der Aufteilung in eine subjektivrechtliche und – je nach Grundrecht spezifische – objektivrechtliche Seite darf indessen nicht die Vorstellung verbunden werden, es handle sich hier um zwei getrennte und voneinander unabhängige Bereiche des Grundrechtsganzen. Es ist hier nicht auf die vorwiegend in Deutschland ausgetragenen Kontroversen über die «Existenzberechtigung» des subjektiven öffentlichen Rechts einzugehen²⁹. Indessen ist die Mahnung Hans

²⁶ Das Änderungsverbot des Art. 79 Abs. 3 GG wäre für die schweizerische «Verfassungskultur» nicht zuletzt infolge der direktdemokratischen Einwirkungsmöglichkeiten undenkbar.

²⁷ H. HUBER, Ungeschriebenes Verfassungsrecht (N. 6).

²⁸ ZACCHARIA GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 1955, S. 149 ff. Vgl. etwa die Kritik bei J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, S. 134 ff.; R. RHINOW, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 1969, S. 225 ff., 232 ff.

²⁹ Vgl. etwa OTTO BACHOF, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht (1955), jetzt in: Wege zum Rechtsstaat, Königstein 1979, S. 80 ff.; WILHELM HENKE, Zur Lehre

Hubers nach wie vor gerechtfertigt, die (Grundrechts-)Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte würde «den Anforderungen der menschlichen Person an das Recht» nicht entsprechen³⁰. Grundrechtsverletzungen sind (auch) Verstösse gegen objektives Recht, und es entscheiden weitgehend verfahrensrechtliche Voraussetzungen über die Möglichkeiten, ein Grundrecht «subjektiv» anrufen zu können. Die Erweiterung der Beschwerdebefugnis in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes sowie einer wachsenden Zahl von Kantonen³¹ auf die blossе Betroffenheit und Nähe zum Streitgegenstand löst die letztlich methodisch nicht begründbaren «Normschutztheorien» ab und fördert die begrüssenswerte Tendenz, jedem – auch *faktisch* – Berührten den Weg zur rechtsmittelmässigen Überprüfung staatlichen Handelns auf Rechts- und Verfassungsmässigkeit hin zu öffnen. Art. 88 OG scheint hier eine Sperre für die richterliche Übernahme dieser Weiterung im Bereich der staatsrechtlichen Beschwerde zu errichten, so dass eine entsprechende Änderung de lege ferenda zu postulieren wäre. Bei Verzicht auf die Prüfung einer «Rechtsverletzung» bzw. der Verletzung rechtlich geschützter Interessen im Rahmen der Rechtsmittelvoraussetzungen verliert die klassische Trennung zwischen individuellem (materiellem) Anspruch auf staatliches Handeln resp. Nichthandeln einerseits und blosser entsprechender Verpflichtung des Gemeinwesens andererseits an Gewicht und Schärfe. Ist nicht jede staatliche Verpflichtung in ein entsprechendes «Individualrecht» umdeutbar, wenn von der Verpflichtung berührte Adressaten die Pflichteinhaltung gerichtlich überprüfen lassen können³²? Der Bürger kann auch ohne materiellen Anspruch Rechtsverstösse rügen und, sofern er über prozessuale Mittel verfügt, rechtskonforme Handlungen des Staats «er-

von subjektiven öffentlichen Recht, in: Im Dienst an Recht und Staat, FS für Werner Weber, Berlin 1974, S. 495 ff.; MANFRED ZULEEG, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl 1976, S. 509 ff.

³⁰ H. HUBER, Der Schutz der Grundrechte unter der Generalklausel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Mélanges Marcel Bridel 1968, S. 237 ff., 242.; vgl. bereits HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1936, Basel 1936, S. 62 a ff.

³¹ Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG; vgl. die Übersicht über die Entwicklung in Bund und Kantonen in einem jüngeren Urteil des aargauischen Verwaltungsgerichts vom 1.6.1979, ZBl 1980, S. 268 ff.; für Deutschland vgl. etwa FRITZ OSSENBÜHL, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DöV 1980, S. 545 ff., 548; unbestrittenermassen gilt auch die Grundrechtsverletzung als «Bundesrechtsverletzung» i. S. von Art. 104 Abs. 1 OG; HUBER, a. a. O. (N. 30), S. 240 f.

³² Als Beispiel diene die Problematik des unmittelbar auf die *Eigentumsgarantie* abgestützten Erschliessungsanspruchs: Die Streitfrage, ob dem Eigentümer ein subjektives Recht auf Erschliessung seines eingezonten Grundstücks zustehe, oder ob sich aus der Eigentumsgarantie «nur» eine an das Gemeinwesen gerichtete Erschliessungsverpflichtung ableiten lasse, ist weitgehend obsolet, wenn der Eigentümer die korrekte Pflichterfüllung gerichtlich überprüfen lassen kann (also beispielsweise das Verzögern, Nichthandeln oder anderweitige fehlerhafte Akte mit gerichtlicher Beschwerde zu rügen befugt ist) und ein entsprechendes Instrumentarium zur Korrektur besteht. Ähnliches gilt für die *Informationsfreiheit*: Individualanspruch auf Information und staatliche Informationsverpflichtung sind zwei Seiten *einer* Münze und nicht voneinander lösbar.

zwingen». Die Übergänge vom ermessensausschliessenden subjektiven Anspruch zum Anspruch auf willkürfreien Gesetzes- resp. Verfassungsvollzug sind im heutigen Rechtsstaat fliegend geworden.

Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde geht die bundesgerichtliche Praxis bei der Auslegung des Begriffs der «*verfassungsmässigen Rechte*» nicht von einer vorgegebenen dogmatischen Konstruktion des subjektiven Rechts aus, sondern beschreitet den von Hans Huber vorgezeichneten Weg einer «*Rechtfertigungsprüfung*»: Verfassungsmässiges Recht ist diejenige Verfassungsbestimmung, die – ungeachtet ihres Wortlauts – «nach richterlichem Urteil den verfassungsgerichtlichen Schutz verdient»³³. Zu prüfen ist demnach, welche Normen der Verfassung diesen justiziellen Schutz rechtfertigen, welche «dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen»³⁴ und welche sich ihrer Interessenstruktur zufolge nicht für die durch Individualpersonen resp. Gruppen initiierte gerichtliche Überprüfung eignen, wobei beizufügen ist, dass der Verfassungsgeber selbst diese Frage vorentscheiden kann und für die klassischen Freiheitsrechte auch positiv vorentschieden hat. Entsprechend wird in einem jüngsten Urteil des Bundesgerichts ein kantonalverfassungsrechtlicher Gesetzgebungsauftrag in ein Individualrecht «umgedeutet»³⁵.

Der Unterschied zwischen Individualrecht und blossem «Gesetzesvollziehungsanspruch» darf auch aus einem anderen Grund nicht überschätzt werden. Bei Fehlen eines besonderen verfassungsmässigen Rechtes steht dem Betroffenen regelmässig die Willkürbeschwerde zur Verfügung, mit welcher er sich u. a. gegen eine offensichtlich unhaltbare Rechtsanwendung zur Wehr setzen kann. Reduzieren sich aber die praktischen Auswirkungen dieses «minderen» Rechtsbehelfes vor Bundesgericht nicht im wesentlichen auf eine Frage der – so oder so nur flexibel und in ihrer Bedeutung von Fall zu Fall bestimmbar – *Kognition*?

Seit sich beispielsweise der Gewerbetreibende, der entgegen dem Willen des Gemeinwesens öffentlichen Grund für die Ausübung eines Gewerbes in Anspruch nehmen will, auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann³⁶, überprüft das Bundesgericht den angefochtenen staatlichen Akt nicht nur auf Willkür hin, sondern frei, allerdings nur im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung des staatlichen Bodens und mit einer «gewissen Zurückhaltung» bei der Würdigung örtlicher Verhältnisse³⁷. Die Differenz beider Kognitionsarten ist aber wohl kaum von ausgeschauter Tragweite, muss doch auch bei der Willkürprüfung untersucht werden, ob die Behörde die auf dem Spiel stehenden (auch Grundrechts-)Interessen auf vertretbare und plausible Weise gegeneinander abgewogen hat und die Massnahme

³³ H. HUBER, a. a. O. (N. 30), S. 62 aff.; vgl. etwa auch HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel 1977, S. 33 f.

³⁴ BGE 104 Ia 287, wobei allerdings das Gericht m. E. zu weit geht, wenn es diese Beschränkung auf die subjektiv-defensive Funktion generell dem Begriff des verfassungsmässigen Rechts entnehmen will. Diese Frage stellt sich erst bei der Konkretisierung des angerufenen Grundrechts.

³⁵ BGE 104 Ia 288 f.

³⁶ Fall «Reuse», BGE 101 Ia 479 ff.

³⁷ Vgl. auch BGE 103 Ia 315.

dadurch insgesamt als «haltbar» erscheint. Im Rahmen der Abwägung von Grundrechtsinteressen untereinander und mit entgegenstehenden anderen öffentlichen Interessen bei der «gesteigerten» Benützung öffentlichen Grundes zu politischen oder gewerblichen Zwecken verlangt das Bundesgericht trotz freier Prüfung auf Grundrechtskonformität nur, dass die die Aufsicht über den öffentlichen Grund ausübende Behörde bei der Frage der Bewilligungserteilung «den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht», in die vorzunehmende Abwägung mit polizeilichen und anderen Interessen «einzubeziehen» hat. Ausdrücklich will das Gericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der in der Sache zuständigen Behörden setzen, und es übt – wie erwähnt – Zurückhaltung, soweit es um die Würdigung der besonderen örtlichen Verhältnisse geht³⁸. Willkür kann aber auch vorliegen, wenn der angefochtene Akt einem allgemeinen Rechtsgrundsatz oder dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwiderläuft, so dass über das Scharnier der Willkürbeschwerde – nach einem berühmten Satz Hans Hubers – «die Idee der Gerechtigkeit täglich auch dem positiven Recht gegenüber siegen kann»³⁹, womit der grundrechtliche Bezug besonders deutlich in Erscheinung tritt.

Auch in der Form der *verfassungskonformen Auslegung*⁴⁰ verwischen sich die Grenzen zwischen subjektivem und objektivem Recht. Die sogenannte mittelbare Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte als Anwendungsfall der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich nicht aufgrund ihres subjektivrechtlichen, «einklagbaren» Teilgehaltes, da dieser ausschliesslich auf den Staat resp. auf Träger staatlicher Machtbefugnisse gerichtet ist. Sie fliesst vielmehr aus objektivrechtlichen Teilgehalten, die in der Auslegung und Anwendung von Gesetzen, insbesondere (aber nicht nur) von Privatrechtsnormen, zur Geltung gelangen können⁴¹. Beruft sich hier nicht auch ein Privater kraft seiner subjektiven Rechtsstellung auf objektives Verfassungsrecht? Gerade etwa im Bereiche des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wird der «Durchgriff» auf verfassungsrechtliche Elemente objektiver Ordnung im Rahmen der Auslegung «im Lichte der Freiheitsrechte» von vorrangiger Bedeutung (Persönliche Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Pressefreiheit u. a. m.⁴²).

³⁸ BGE 105 Ia 93 f., 21 f. (mit Verweisungen); ZBl 1980, S. 39 f.; 100 Ia 402 f., vgl. auch AUBERT, a. a. O. (N. 10), S. 4 f.

³⁹ H. HUBER, a. a. O. (N. 32), S. 169 a; vgl. auch MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, Nr. 73. Vgl. aber die kaum haltbaren Erwägungen in BGE 105 Ia 275, wonach in Bestätigung der bundesgerichtlichen Praxis die Geltendmachung des Willkürverbots «eine Berechtigung in der Sache» voraussetze, da aus Art. 4 BV kein selbständiger Anspruch auf willkürfreies Handeln folge. «Was für das Willkürverbot gilt, muss im gleichen Umfang auch massgebend sein für den Grundsatz von Treu und Glauben und des Rechtsgleichheitsgebots»; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, a. a. O., Nr. 73 B II.

⁴⁰ Vgl. etwa neuerdings NIKLAUS MÜLLER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, Bern 1980; EDOUARD CAMPICHE, Die verfassungskonforme Auslegung. Stellung in der Auslegungslehre und Abgrenzung zur Normenkontrolle, Zürich 1978.

⁴¹ Vgl. hiezu etwa auch RUPP, a. a. O. (N. 5), S. 167 ff.

⁴² Vgl. J. P. MÜLLER, a. a. O. (N. 28), S. 145 ff., 160 ff.; GEORG MÜLLER, Die Drittwirkung der Grundrechte. Überblick über den Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung, ZBl

Subjektivrechtliche und objektivrechtliche Normgehalte von Grundrechten stehen in keinem unverrückbaren Gegensatz zueinander, sie entziehen sich statischen Bildern. Sind sie nicht eher als Kristallisationspunkte eines Kontinuums sich verdichtender Normativität zu verstehen, mitgeprägt und abhängig von je unterschiedlichen Konkretisierungsverfahren und Realisationsweisen? Vielleicht lässt sich die von JÖRG P. MÜLLER entwickelte Dreischichten-Typologie⁴³ in dieser Richtung weiterentwickeln und mit zusätzlichen Differenzierungen anreichern. Jedenfalls dürfte es sich empfehlen, vom Ausdruck «Doppelnatur» abzurücken und die Grundrechte in ihre Plurifunktionalität und vielschichtigen Normativität zu anerkennen.

V. Grundrechte: Abwehrrechte und Leistungsansprüche?

Eine mit der Problematik von subjektiv- und objektivrechtlichen Teilgehalten von Freiheitsrechten verbundene, jedoch nicht mit ihr identifizierbare grundrechtstheoretische und dogmatische Streitfrage kreist um den Gegensatz «Abwehrrechte oder Leistungsansprüche». Oft wird diese Frage mit der vorhin beleuchteten Problematik subjektiv- und objektivrechtlicher Teilhalte vermischt und dem subjektivrechtlichen Abwehrrecht eine gestützt auf objektive Gehalte zu begründende Verpflichtung zu positiven Staatsleistungen gegenübergestellt. Die beiden Problemkreise sollten indessen auseinandergehalten werden⁴⁴, da sich sowohl die Frage nach staatlicher Enthaltensamkeit wie diejenige nach positiven Leistungen auf der ganzen «Skala» von Konkretisierungsweisen und unter bald mehr subjektiv-, bald mehr objektivrechtlichen Gesichtspunkten stellen kann. Die Thematik «Grundrechte und Leistungsansprüche» wird zwar meistens nur unter individualrechtlichen Gesichtspunkten angegangen; indessen haben die vorstehenden Andeutungen zu zeigen versucht, dass diese Blickverengung angesichts der Interdependenz der Normschichten kaum fruchtbar sein dürfte.

1978, S. 233 ff., der mit Recht das kompetenziell- und funktionellrechtliche Problem der Drittwirkung hervorhebt (S. 243).

⁴³ J. P. MÜLLER, a. a. O. (N. 10), S. 817 f. unterscheidet

- a) eine *programmatische* Schicht, in der Freiheitsrechte als objektive Prinzipien einer gerechten demokratischen und rechtsstaatlichen, vor allem durch den Gesetzgeber zu gestaltenden Ordnung erscheinen;
- b) ein normativer Teilgehalt, der sich in *Anlehnung an bestehende Rechtsinstitute* oder Rechtsnormen, vor allem im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung, verwirklicht;
- c) Grundrechte als Abwehrrechte, die *unmittelbar und selbständig anspruchsbegründend* wirken und vom Verfassungsrichter zu konkretisieren sind.

Die «bahnbrechende» Bedeutung der Schichtenlehre J. P. MÜLLERS liegt darin, dass sie aus dem Dualismus subjektiv-objektiv herausgeführt hat zugunsten einer differenzierenden Sicht von normativen Teilgehalten.

⁴⁴ So richtig auch DANIEL TRACHSEL, *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsansprüche aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, Zürich 1980, S. 6 f.

Ein vom Bundesgericht stereotyp verwendetes Axiom geht dahin, aus Grundrechten der Bundesverfassung liessen sich keine Ansprüche auf positive staatliche Leistungen ableiten, ihr Sinn liege im defensiven Schutz vor staatlichen Eingriffen⁴⁵. Die Verkürzung der Grundrechtsgewährleistung auf die Verhinderung staatlicher Eingriffe ist indessen in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Sie ist im übrigen vom Bundesgericht auch nicht konsequent durchgehalten worden⁴⁶. Einmal liegt schon die Gegenüberstellung von Eingriff und Leistung schief, weil das Gegenteil von Eingriff die Vergrösserung des individuellen Freiheitsspielraumes und somit höchstens eine ganz spezifische Art staatlicher Leistung darstellt. Zweitens ist der Begriff der staatlichen Leistung so diffus und komplex, dass er zur Beantwortung von Grundrechtsfragen wenig taugt und deshalb wohl aufgegeben werden sollte. «Staatsleistung» kann sich erstrecken von den vielfältigen Formen des faktischen Staatshandelns bis zur Erbringung von «Rechtshandlungen» (z. B. Erteilung einer Bewilligung⁴⁷), von der geldwerten Leistung über die Befreiung von Pflichten bis zu den «Staatsaufgaben» der Freiheitssicherung und Freiheitsförderung. Grundrechte schützen letzte Persönlichkeitswerte und elementare Positionen menschlicher Freiheit. Bereits in ihrer klassischen Abwehrfunktion erfordern sie staatliche Vorkehren, indem durch allgemeine und Einzelfallregelungen Grundrechtskollisionen aufgelöst (d. h.: entschieden) und so unterschiedliche Freiheitsinteressen gegeneinander abgewogen werden müssen⁴⁸. Zudem bedürfen gewisse Freiheitsrechte der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, um überhaupt Wirksamkeit entfalten zu können (z. B. Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie, Ehefreiheit, Koalitionsfreiheit⁴⁹). Erst recht sind Grundrechte als objektive Ordnungsprinzipien darauf «angewiesen», dass zu ihrem Schutz *positive* Leistungen des Gemeinwesens erbracht werden. Die blosse Enthaltbarkeit des Staates, dessen Nichthan-

⁴⁵ Vgl. etwa zur Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit BGE 98 Ia 367, 100 Ia 399; zur Informationsfreiheit BGE 104 Ia 88, 95; zur Petitionsfreiheit BGE 98 Ia 488; zur Sprachenfreiheit BGE 100 Ia 469; zur Handels- und Gewerbebefreiheit BGE 103 Ia 378, 102 Ia 542.

⁴⁶ Vgl. bereits den berühmten Entscheid Schaaf, BGE XII, 93 ff., 109 zur Religionsfreiheit und etwa 100 Ia 405, 105 Ia 95 zur Versammlungsfreiheit, die Benützung des öffentlichen Grundes betreffend; BGE 97 I 45, 102 Ia 279, 96 IV 45 bezüglich der Grundrechtsverwirklichung in Sonderstatutsverhältnissen. Vgl. auch BGE 104 Ia 308 und 103 Ia 389 zur persönlichen Freiheit und die – sofern sie nicht als «Versehen» zu werten ist – kühne Formulierung im Bündner Informationsrichtlinien-Fall, es existiere ein verfassungsmässiger Anspruch der Bürger auf behördliche Informationstätigkeit (BGE 104 Ia 379). Vgl. ferner KAUFMANN, a. a. O. (N. 10), S. 481.

⁴⁷ Dem entspricht auch, dass das Bundesgericht Ausnahmen von der rein kassatorischen Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde zulässt und z. B. zu Unrecht verweigerte Bewilligungen oder entsprechende Weisungen erteilt; vgl. die Hinweise bei MARTI, a. a. O. (N. 33), S. 164.

⁴⁸ Illustrativ etwa der Hülften-Entscheid des Bundesgerichts, 102 Ia 104, wo Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit im Zusammenhang mit dem Bau eines Einkaufszentrums zu würdigen waren.

⁴⁹ HESSE, a. a. O. (N. 10), S. 129 ff. Die Eigentumsgarantie z. B. setzt ein von unterverfassungsrechtlichen, insbesondere zivilrechtlichen Normen (mit-)geprägtes Institut des Eigentums voraus. Die Ehefreiheit ist ohne Erlass familienrechtlicher Rechtssätze nicht vorstellbar. Vgl. auch AUBERT, a. a. O. (N. 10), S. 10 ff.

deln bzw. Nicht-Rechtsetzen, kann der Freiheit in gesamtgesellschaftlicher Sicht abträglicher sein als der korrigierbare und reparable Übergriff eines Staatsorgans durch Eingriffshandlungen im Einzelfall. Es ist zu wiederholen, dass unser aktuelles Verständnis des Rechts an sich Eingriffs- und Leistungsnormen umfasst und nicht auf die Schrankenziehung reduziert werden kann. Recht «regelt» Lebensverhältnisse als soziale Ordnungsmacht, als öffentliches oder ziviles Recht; es verteilt Chancen und Zugänge bei einem infolge Knappheit öffentlicher und gewisser privater Güter resultierenden Regelungsbedarf.

Oft ist es nur noch eine – unfruchtbare – Frage der Terminologie, was als Eingriff und was als Leistung qualifiziert werden soll. Die *Benützung des öffentlichen Grund und Bodens* etwa vermengt immer Leistungs- und Eingriffstatbestände. Ist die Vorstellung der Zurverfügungstellung des öffentlichen Bodens als «Leistung» nicht ebenso fiktiv wie die umgekehrte Sicht, dass ein an sich unbegrenztes Recht auf Allmendbenützung quasi im Nachhinein durch «Eingriff» beschränkt wird? Ähnliches gilt im Anstaltsrecht und in Sonderstatusverhältnissen, wo freiheitsbeschränkende und positive Massnahmen des Staates kumulieren.

Die Problematik von *Zulassungsbeschränkungen bei Lehranstalten* beispielsweise kann unter verschiedenen Blickwinkeln angegangen werden⁵⁰. Der Betrieb von Lehrveranstaltungen ist an sich als staatliche «Leistung» zu begreifen; Einschränkungen der Zulassung zu derartigen Veranstaltungen haben demnach den Charakter von «Eingriffen».

Man kann nun auf einer *grundrechtlichen* Argumentationsbasis vorerst «klassisch» überlegen und den Eingriff an einem negativ-defensiv gedeuteten Freiheitsrecht messen, beispielsweise an der Berufswahlfreiheit oder der persönlichen Freiheit. Es geht ja nicht um eine originäre «Leistung», die verlangt wird, sondern um ein staatliches Unterlassen, nämlich den Verzicht auf die Einführung des Numerus clausus. Im Resultat würde damit aber anerkannt, dass die angeführten Grundrechte eben auch Leistungsansprüche beinhalten, indem sie ein allgemeines und subjektives Recht auf Zulassung zu – vorhandenen – Bildungseinrichtungen vermitteln. Beide Betrachtungsweisen fliessen ineinander über, und es kommt letztlich auf die Gewichtung der zulässigen *Schranken* (öffentliches Interesse, Gesetzmässigkeitsprinzip, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt) an, die im Lichte der genannten Freiheitsrechte zu würdigen sind. Steckt nicht der «Leistungsgehalt» dieser Freiheitsrechte eben darin, dass hier der Staat elementare Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung schafft und dass alle staatlichen Bereiche vom Recht, und namentlich auch von den Grundrechten, beherrscht sein müssen, ohne Ausschluss «weisser Flecken» (PETER SALADIN), auch und gerade in der sogenannten Leistungsverwaltung⁵¹? Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist noch einen Schritt weitergegangen und hat sich auf das glitschige Feld der vom Verfassungsrichter durchzusetzenden Teilhaberechte hinausgewagt. Indem es ein subjektives Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium allgemein aus Art. 12 Abs. 1 GG (Freiheit der Berufswahl) abgeleitet und dieses ausdrücklich (noch?) nicht auf die vorhandenen Kapazitäten beschränkt hat, kam es nicht darum herum, den pompös angekündigten Anspruch gleich wieder zurückzunehmen und unter de-

⁵⁰ Vgl. zum folgenden auch TRACHSEL, a. a. O. (N. 44), S. 170 ff.

⁵¹ Vgl. hierzu den Beitrag von GEORG MÜLLER, *Reservate staatlicher Willkür*, in dieser Festschrift.

Vorbehalt des «Möglichen» und des vom Einzelnen «von der Gesellschaft vernünftigerweise» zu Beanspruchenden zu stellen⁵².

Das *Bundesgericht* hat die Zulassungsproblematik in Ausblendung von Freiheitsrechtsdimensionen⁵³ unter dem Aspekt der Gesetzmässigkeit ausgetragen. Es hat in den Entscheiden *Wäffler*, *Beeli* und *Escher* diesen Weg beschritten, weil es die dogmatische Barriere eines verengten defensiven Verständnisses nicht öffnen wollte und die Leistungsfunktion der Freiheitsrechte wiederum verneint hat⁵⁴. Es musste zu diesem Zweck aber weit ausholen und zuerst die Anwendbarkeit des Gesetzmässigkeitsprinzips und der Delegationsgrundsätze auch in der Leistungsverwaltung bejahen. Geltung der Grundrechte in diesen Bereichen bedeutet indessen nicht richterliche Durchsetzung von Bildungsprogrammen oder richterliche Schaffung von Studienplätzen. Der Verfassungsrichter kann schliesslich auch nicht den öffentlichen Grund «vermehrten», wenn infolge Knappheit konfligierende Grundrechts- und andere Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen!

Besser wäre es demnach, in solchen Verhältnissen staatlicher Leistungsgewährung davon auszugehen, dass es Aufgabe des Rechts sein muss, freiheitsadäquate Regelungen zu treffen, die unterschiedliche Freiheitsinteressen und Gemeinwohlaspekte miteinander in Einklang bringen und an den Kerngehalt der Menschenwürde gebunden sind. Insofern «gilt» die Versammlungs- oder die Gewerbefreiheit auch auf öffentlichem Boden, die Berufswahlfreiheit im Bereiche staatlicher Bildungseinrichtungen⁵⁵, die persönliche Freiheit im Strafvollzug usw., aber es bleibt Aufgabe des Rechts, praktische Konkordanz zwischen unerschiedlichen Interessen in komplexen Lagen herzustellen. Im besonderen gilt dies auch im Organisationsrecht, wo über grundlegende Freiheitsinteressen entschieden wird⁵⁶. Grundrechte bedürfen nicht nur des negatorischen Schutzes, sondern erheischen zum Teil positive staatliche Vorkehren rechtlicher und faktischer Natur. Anders wäre übrigens die Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis zur Entschädigungspflicht bei materieller Enteignung nicht begründbar (Eigentumsgarantie als Grundlage positiver Leistungen des Staates), ebensowenig etwa das Recht auf den verfassungsmässigen Richter oder der «Armenrechtsanspruch» im Prozess.

Eine andere Frage ist allerdings, *wen* die Bundesverfassung beauftragt hat, Freiheit durch Recht zu fördern und mittels positiver Vorkehren zu optimieren. Und hier ist die verbreitete Skepsis zweifellos berechtigt, dass es in

⁵² BVerfGE 33, 303 ff., insbesondere 333 ff.

⁵³ Vgl. immerhin BGE 103 Ia 401, wo offengelassen wird, ob in der verhinderten Zulassung zum Lehrerseminar im Einzelfall «ein Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung» liegen könne. Persönliche Freiheit als «Abwehr»- oder «Leistungs»-Recht?

⁵⁴ BGE 103 Ia 369 ff. (*Wäffler*); 103 Ia 394 ff. (*Beeli*), 104 Ia 305 ff. (*Escher*)

⁵⁵ Hätte das Bundesgericht im Entscheid *Beeli* nicht prüfen müssen, ob die Festlegung von Kapazitätsgrenzen aus Gründen eines zu erwartenden Lehrerberüberschusses einen «Eingriff» in die Berufswahlfreiheit darstellen könnte?

⁵⁶ Vgl. RUPP, a. a. O. (N. 5), S. 187 ff. und neuerdings eindringlich JÖRG P. MÜLLER, Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption, ZSR 1980 I, S. 31 ff.

den wenigsten Fällen der Justiz obliegt, durch Richterrecht abstrakte Grundrechtsgehalte zu Leistungsansprüchen zu verdichten. In einer kürzlich erschienenen Zürcher Dissertation werden die beschränkten «Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesversammlung»⁵⁷ auf weitgehend überzeugende, differenzierende Weise analysiert. Im Grunde genommen ist der Richter zur eigentlichen Leistungszusprechung nur im vorhin problematisierten staatlich-institutionellen Bereich oder in «derivativer» Form (WOLFGANG MARTENS) ermächtigt, d. h. in Anlehnung und verfassungskonformer Konkretisierung bestehender Regelungen und Einrichtungen, in aller Regel also – zumindest auch – über das Scharnier der Rechtsgleichheit im Sinne der Leistungs- oder besser *Zugangsgleichheit*. Sind damit aber nicht wieder eher objektive Normgehalte von Freiheitsrechten angesprochen, die sich mit dem Rechtsgleichheitsgebot verbinden und sich deshalb subjektivrechtlich auswirken?

VI. Elemente einer Grundrechtstheorie der Bundesverfassung

Grundrechtstheorie und Grundrechtspolitik stehen beide im Dienste menschlicher Würde und Freiheit. Erstere befasst sich mit allgemeinen Aussagen über Wesen und Reichweite, über Funktionen und Verständnisse von Freiheitsrechten. Sie will vor dem Hintergrund veränderter Umweltverhältnisse und im Rahmen verfassungstheoretischer Vorverständnisse Bedeutungsgehalte und Realisierungsbedingungen von Grundrechten aufzeigen; sie stellt damit eine unabdingbare Voraussetzung für eine zeitgemässe Fortentwicklung der Freiheitsverbürgerungen dar.

Diese Fortentwicklung selbst erfolgt indessen nicht durch Entnahme neuer Grundrechtsgehalte, die von der Theorie vorher in die Verfassung «hineingelegt» worden sind, sondern in Verfahren und Konkretisierungsprozessen, die durch die Verfassung vorgezeichnet werden. Konkretisierung untersteht kompetenz- und funktionellrechtlichen Kriterien, wie sie vom Verfasser an anderer Stelle in Ansätzen zu entwickeln versucht wurden.⁵⁸ Für die Grundrechte ist zu postulieren, dass sich die Theorie von der einseitigen Verklammerung von Grundrechten und Verfassungsgerichtbarkeit lösen und dass die Konkretisierungsbedingungen im Kontext der Gesamtverfassung ins Blickfeld geraten. Dabei mögen – zusammenfassend – folgende Orientierungspunkte wegleitend sein:

1. Die Aufgabe der Freiheitssicherung und Freiheitsförderung obliegt nicht allein den Grundrechten, sondern der *Verfassung insgesamt*. Freiheits

⁵⁷ TRACHSEL, a. a. O. (N. 44).

⁵⁸ RHINOW, a. a. O. (N. 7), S. 184 ff., 244 ff.

interessen gelangen z. B. auch im Organisationsrecht, in den Staatsaufgaben, im Zugang zum freien politischen Prozess und in den Rechtspflegeinstitutionen zum Ausdruck.

2. Grundrechte und andere Verfassungsprinzipien bzw. Verfassungsnormen sind *gleichrangig* und stehen unter wechselseitigem Einfluss. Namentlich bestimmen Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip, aber auch die bundesstaatliche Kompetenzausscheidung und Justizverfassung über die *Modalitäten der Grundrechtskonkretisierung*. In diesem Prozess kommt dem Verfassungsrichter vor allem für «klassische» Oasen menschlicher Würde und Freiheit nach wie vor eine erstrangige Bedeutung zu.

3. Indessen verschiebt sich die «Verantwortung für die Freiheit» zusehends auf den *Verfassungs- und Gesetzgeber*, der infolge Knappheit öffentlicher und gewisser privater Güter und angesichts konfligierender Freiheits- und Gemeinwohlinteressen im komplexen Sozialstaat chancenverteilende und anspruchsgewährende Regelungen treffen muss. Für diese erstrangige Zukunftsaufgabe stellen die Freiheitsrechte als Elemente objektiver Ordnung nicht mehr als vage Leitideen und *Orientierungsgesichtspunkte* dar.

4. Grundrechte sind auch nicht eingefrorene, von Geschichte und Naturrecht dem Demokratieprinzip entzogene Garantien. Sie stehen dem *Meinungs- und Willensbildungsprozess* ebenso offen wie andere Verfassungsnormen. Sie legitimieren sich nicht zuletzt in dieser Bewährungsprobe (und sind deshalb auch nicht auf «Unabänderlichkeit» angewiesen). Freiheitsrechtsaktualisierung soll auch durch Änderung, Neuschaffung und Neuausmessung von verfassungsrechtlichen Freiheitsverbürgungen erfolgen. Der Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechtsgehalte durch den Richter sind enge Grenzen gesetzt. Freiheit ist in der Verfassung nicht einfach vorgegeben, sondern in weiten Bereichen erst *aufgegeben*.

5. Für die Konkretisierung von Grundrechten darf die Unterscheidung von subjektivrechtlichen und objektivrechtlichen Teilgehalten *nicht überdehnt* werden; beide Aspekte des *einen* Grundrechts sind auf verschlungene Weise miteinander verbunden und massgeblich von der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung abhängig. Auch objektivrechtliche Gehalte können in die subjektive Anspruchssituation hinüberwachsen.

6. Grundrechte lassen sich nicht in das Prokrustesbett des (hinkenden) Gegensatzes von Eingriff und Leistung zwingen und auf die Abwehrfunktion beschränken. Vor allem (aber nicht nur) in ihrer objektivrechtlichen Tragweite sind Grundrechte auch auf positive rechtliche und faktische Vorgehen des Gemeinwesens angelegt. Oft bedarf es der *ordnenden und zuteilenden Funktion des Rechts* jenseits von Eingriffs- und Leistungsdenken, um Freiheitsinteressen optimieren und mit anderen öffentlichen, verfassungsle-

gitimierten Interessen in Einklang bringen zu können (z. B. im Organisationsrecht, Anstaltsrecht, im öffentlichen Sachenrecht usw.). Auch hier entscheiden aber die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung und funktionellrechtliche Kriterien über das Organ und die Verfahren der Konkretisierung.

VII. Von der Notwendigkeit einer Freiheitspolitik

Grundrechtspolitik, ja Freiheitspolitik allgemein wird zu einem dringlichen Gebot der Rechtsetzung. Der Ruf nach «weniger Staat» darf – ungeachtet parteipolitischer Positionen – nicht zu einer Verkennung der Staatsaufgabe «Freiheitsschutz» führen, wie überhaupt der in Mode gekommenen pauschalen Gleichsetzung von Legiferierung und Freiheitsminderung («Je mehr Gesetze, desto weniger Freiheit») entgegenzutreten ist. Dem Verfassungs- und Gesetzgeber obliegt in zunehmendem Mass die (Mit-)Verantwortung für die Behütung und Fortentwicklung menschlicher Würde und Freiheit im Sozialstaat. Der Richter kann bei deren Versagen nur in Ausnahmesituationen in die Lücke treten. Eine richterliche Umgehung des politischen Prozesses würde nicht nur die Justiz in ihrer funktionsgebundenen Leistungsfähigkeit überfordern, sondern auch gegen grundlegende Struktur- und Bauprinzipien unseres Verfassungsrechts verstossen. Freiheit als Gegenwarts- und Zukunftsanliegen kann nicht den vorhandenen Freiheitsrechten und dem Richter überlassen werden, sondern muss zunehmend auch als *Aufgabe politischer Gestaltung* – und damit als Aufgabe aller Bürger – begriffen werden.