

# 1. Aufsätze

## Freiheit durch Geselligkeit

### Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas von Dieter Suhr, Augsburg

I. Ausgangspunkte.....	529
1. Zum Thema.....	529
2. Pluralismus der Grundrechtskonzepte.....	529
3. Analyse, Diagnose, Therapieansatz.....	530
4. Gedankenführung.....	530
II. Ansatzpunkte.....	530
1. Methodische Rechtfertigung.....	530
a) Nicht Grundrechtstheorie, sondern Grundrechtsauslegung.....	530
b) Anknüpfungspunkt Verfassungsgesetz.....	531
2. Anthropologischer Vorbehalt.....	531
3. Unabdingbarkeiten der Freiheit.....	532
a) Freies Belieben.....	532
b) Eingriffsabwehr.....	532
III. Wechsel im Paradigma der Freiheit.....	532
1. Das alte Paradigma der Freiheit.....	532
a) Status negativus.....	532
b) Menschmodell „Sacheigentümer“.....	532
c) „Gleiche Freiheit“.....	532
d) Soziale „Schranken“, „Bindungen“ und „Funktionen“.....	533
e) Freiheit einzelner in Verbindung mit anderen einzelnen.....	533
2. Das neue Paradigma der Freiheit.....	534
a) Freiheit der Menschen durch die Menschen.....	534
b) Modellfall Eigentum.....	534
c) Konstituierung der Freiheit durch Geselligkeit.....	535
d) Unabdingbarkeiten der Freiheit.....	535
IV. Die Entdeckung des „Grundrechtsinstituts“ im „rechts- und staatsfreien Raum“.....	535
1. Was zu erwarten war.....	535
2. Das Grundrechtsinstitut.....	535
3. Das institutionelle Grundrechtsdenken.....	535
a) Institut als Lebensbereich.....	535
b) Das Recht noch keine „Erfüllung der Freiheit“.....	536
c) Gefahren des institutionellen Grundrechtsdenkens.....	537
V. Teilhabe an Leistungen des Gemeinwesens.....	537
1. Was zu erwarten war.....	537
2. Originäre und derivative Teilhaberechte.....	538
3. Teilhabe als Freiheit durch andere auf dem Umweg über den Staat.....	538
4. Freiheit als Teilhabe, Teilhabe als Freiheit.....	538
a) Vor-sozialstaatliche Teilhabe.....	539
b) Die Geldordnung als Ordnung ökonomischer Freiheitsteilhabe.....	539
c) Warnung vor gedanklichen Kurzschlüssen.....	539
VI. „Verfahren“ beim Schutz und bei der Ausübung von Grundrechten.....	540
1. Was zu erwarten war.....	540
2. Grundrechte in staatlichen Verfahren.....	540
3. Privatrechtliche Verfahren der Freiheit durch andere.....	541
VII. Organisierte Freiheit.....	541
1. Was zu erwarten war.....	541
2. Modellfall „aktienrechtlich organisiertes Eigentum“.....	541
3. Modellfall Privatrundfunk.....	542
4. Die juristische Grundrechtsperson (Art. 19 Abs. 3 GG).....	543
a) Juristischer homo negatorius.....	543
b) Rechtstechnisches Instrument.....	543
c) Grundrechtsmediatisierung.....	543
5. Mitbestimmung in wirtschaftlichen Unternehmen.....	544
a) Institutionelle Argumente.....	544
b) Problem „Instrumentalisierung“.....	544
c) Mitgliedschaft als Teilhabe an mediatisierter Subjektivität.....	545
VIII. Thesen.....	545

## I. AUSGANGSPUNKTE

### 1. Zum Thema

Als Titel für den nachstehenden Beitrag\* war mir zunächst zgedacht: „Die Teilhabe an staatlichen Leistungen und die staatliche Einrichtung von Institutionen und Verfahren.“ Auch die „Grundrechtsgeltung für juristische Personen“ sowie die „organisatorischen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung“ sollten bedacht werden. Zusammen ergab das eine allenfalls locker verbundene Ansammlung von Bruch- und Versatzstücken aus den allgemeinen Lehren der Grundrechte, die den fragmentarischen Charakter der Grundrechtsdogmatik recht gut widerspiegelte und die dazu herausforderte, aus der Not eine Tugend zu machen: nämlich etwaige begrifflich-systematischen Zusammenhänge zwischen Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation aufzuspüren, die der Grundrechtsdogmatik bislang verborgen geblieben sind.

### 2. Pluralismus der Grundrechtskonzepte

Es gibt keine einheitliche „Grundrechtstheorie“ im Sinne einer „systematisch orientierten Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Tragweite der Grundrechte“.<sup>1</sup> Es gibt nur einen Pluralismus solcher Theorien<sup>2</sup> sowie den damit verbundenen methodologischen Eklektizismus und den politischen Opportunismus ihrer Inanspruchnahme. Den Fragmenten der allgemeinen Grundrechtslehren fehlt der innere Zusammenhang. Wo man wissenschaftliche Systematik erwarten könnte, stößt man auf Anomalien, Brüche<sup>3</sup> und Unstimmigkeiten.

Schon in den 20iger Jahren begannen die Widersprüchlichkeiten damit, daß in der Sphäre negativer Eingriffsfreiheit, die als staats- und rechtsfrei definiert war, plötzlich Normenkomplexe staatlich gesetzten Rechts als „Institute“ grundrechtlichen Schutz genießen durften, ohne daß die Dogmatiker logische Bedenken bekommen hätten und ohne daß das Konzept der negativen Freiheit aufgegeben, revidiert oder auch nur nachhaltig in Zweifel gezogen worden wäre.

Um auch die Grundrechte für die politische Integration der Bürger ins zerrissene Weimarer Gemeinwesen nutzbar zu machen, erhielten sie eine positive, integrierende Funktion,<sup>4</sup> ohne ihre negato-

\* Der 2. Beitrag im Rahmen der EuGRZ-Aufsatzserie zum Allgemeinen Teil der Grundrechtsdogmatik. Im Anschluß an EuGRZ 1984, 457 ff.

Dr. Dieter Suhr, Professor für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Definition nach Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529. Zur Diskussion: Helmut Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975; Klaus Kröger, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, 1978; Erhard Denninger, Staatsrecht 2, 1979, S. 181-193; Christoph Gusy, Freiheitssicherung im Sozialstaat - von der Freiheit der Gesellschaft zur Freiheit des Individuums, Neue Politische Literatur XXV (1980), S. 281; Wilhelm Henke, Juristische Systematik der Grundrechte, DÖV 1984, S. 1-11.

<sup>2</sup> Eine Kollektion von Meinungen dazu bietet Herbert Bethge, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen, AöR 104 (1979), S. 54. Kritisch z.B. Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100.

<sup>3</sup> Albert Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. VI: Bis zum Auffinden neuer Ansätze seien gewisse Brüche hinzunehmen, die in keiner Weise beunruhigend schienen.

<sup>4</sup> Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 158. Heute am konsequentesten: Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 536 ff.

rische Abwehrmechanik einzubüßen. Als sich später nicht mehr länger verbergen ließ, daß die ursprünglich negative Freiheit tatsächlicher Voraussetzungen der Ausübung bedarf, war ein positiv-leistungsstaatliches Konzept zur Hand.<sup>5</sup> Als man mit der Wirkung von Grundrechten in der Drittrichtung Probleme hatte, weil Grundrechte nur als Abwehrrechte gegen den Staat vorgestellt wurden, half eine Wertetheorie von den Grundrechten mit entlastenden Eintrübungswirkungen über die methodologischen und begrifflich-konstruktiven Skrupel hinweg.<sup>6</sup> Inzwischen ist anerkannt, daß die Grundrechte auch als Verfahrensgarantien wirken und Organisationsformen der Grundrechtsausübung beeinflussen,<sup>7</sup> den ehemals „staats- und rechtsfreien Raum“ also nachhaltig durchwirken. Kurz: Die Grundrechtsdogmatiker sind nicht in Verlegenheit zu bringen. Sie entdecken immer neue Schutzlücken. Sie stopfen sie prompt, ohne daß sie sich dabei stets sonderlich um begrifflich-konstruktive Genauigkeit, um systematische Ordnung oder gar um logische Stimmigkeit kümmern. So wurde das dogmatische Wahrnehmungsvermögen und der dogmatische Sprachschatz immer wieder durch inkonsistente Anbauten erweitert. Aber der Ertrag an wirklich griffigen Entscheidungsmaßstäben wiegt je länger, desto weniger noch die Kosten auf, die anfallen in Form von Methodenverfall, inhaltlicher Beliebigkeit, Komplexität und Widersprüchlichkeit.

### 3. Analyse, Diagnose, Therapieansatz

Offenbar waren die Grundbegriffe, die der Grundrechtsdogmatik von der Freiheit (und von der Gleichheit) zugrundeliegen, von Anfang an zu eng, zu einseitig und zu informationsarm: Mit ihrer Hilfe konnten die allfälligen Probleme nicht erkannt, geschweige denn erfaßt und behandelt werden. Sonst nämlich wären diese jeweiligen Probleme nicht so lange überhaupt verdeckt und verdrängt geblieben, und sonst hätten zur Bewältigung der jeweiligen Schutzaufgaben nicht immer wieder neue ergänzende dogmatische Anbauten kunstvoll errichtet werden müssen, die mit der ursprünglichen Begrifflichkeit von der Freiheit regelmäßig unverträglich waren und noch immer durchweg unverträglich sind. Schon in der Grundbegrifflichkeit der Freiheit selbst also müssen die Fehler und Mängel liegen. Dort hat die Therapie anzusetzen. Von dort her ist die „Krise des Freiheitsverständnisses“<sup>8</sup> zu beheben. Das Freiheitsverständnis (und das Verhältnis der Freiheit zur Gleichheit) muß zum Ausgangs- und Richtpunkt für die Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik gemacht werden.<sup>9</sup>

Eigenartig: Der denkbar offenste, nämlich der negative Begriff der Freiheit, das Freiheitsblankett schlechthin, soll zu eng, zu einseitig und zu unfruchtbar sein? Ja, – denn der negative Freiheitsbegriff (unten III.1.) war inhaltslos, strukturlos und informationsarm. Daher ließen sich viele wirkliche Strukturprobleme der Freiheit weder wahrnehmen, noch abbilden, noch bewältigen. Stattdessen mußte mit undeutlichen und heterogenen Behelfsvorstellungen gearbeitet werden: mit konservativ-inhaltlichen Aufladungen normativer, faktischer und ideologischer Art im institutionellen Rechtsdenken; mit ökonomisch-leistungsstaatlichen Unterfütterungen im Teilhabedenken; mit valoristisch-emotionalen Überhöhungen im Wertedenken. Langfristig führt diese grundrechtsdogmatische Flickwerkstechnik zur begrifflich-theoretischen Verfilzung mit Erstickungsgefahren für die praktische Freiheit im Gemeinwesen. Die Behelfskategorien klären die Frage der Freiheit am Ende nicht mehr, sondern komplizieren und verschleiern sie durch immer neue ad-hoc-Ergänzungen, Grundrechtsfunktionen und Grundrechtsdimensionen. So entsteht das Bedürfnis, sich wieder den klaren ursprünglichen Begriffen zuzuwenden: Nämlich entweder – wie *Bernhard Schlink* in dieser Zeitschrift<sup>10</sup> – das Eingriffs- und Schrankendenken durch Rekonstruktion zu modernisieren oder – wie hier in diesem Beitrag – über die Freiheit als solche noch einmal von Grund her nachzudenken, um den Freiheitsbegriff selbst zu rekonstruieren und so das Fundament für eine stimmige Grundrechtsdogmatik zu legen.

### 4. Gedankenführung

Die Stichworte meines Themas: „Institut“, „Teilhabe“, „Verfahren“, „Organisation“ und „juristische Grundrechtsperson“ werden im Folgenden jedes für sich durchaus behandelt; aber wie das geschieht, wird durch die Heraus-

forderung zur systematischen Rekonstruktion bestimmt: Ich möchte auf der Grundlage einer neuen Begrifflichkeit von der Freiheit nachträglich prognostizieren und erklären, daß und warum Schutzprobleme zunächst verdeckt bleiben und dann mit Hilfe von fragmentarischen dogmatischen „Anbauten“ mehr schlecht als recht bewältigt werden mußten. Der Freiheitsbegriff nämlich erweist sich als der gemeinsame Nenner einerseits für die Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten der alten und andererseits für die Chancen einer rekonstruierten Grundrechtsdogmatik. Zunächst also soll das neue Paradigma<sup>11</sup> der Freiheit entworfen und erläutert werden, das sich bei der Klärung der bisherigen Anomalien bewähren muß (unten III.). Dem gehen noch methodologische und andere Überlegungen voraus (unten II.) und dem folgen dann die Proben aufs Exempel nach: jene Versuche, wichtige Schritte der allgemeinen Grundrechtsdogmatik nachträglich zu prognostizieren und zu deuten, um dabei diejenigen systematischen, begrifflich-konstruktiven Zusammenhänge aufscheinen zu lassen, die im Lichte des neuen Paradigmas von der Freiheit sichtbar werden (unten IV. bis VII.).

## II. ANSATZPUNKTE

### 1. Methodologische Rechtfertigung

a) Das neue „Paradigma der Freiheit“ ist zunächst keine Sache der „Grundrechtstheorie“, sondern der verfassungsrechtlichen *Auslegungsarbeit*. Zwar hat jeder Interpret im Hinterkopf seine ihm mehr oder weniger bewußte Grundrechtstheorie, und wenn er sich verfassungstheoretisch äußert, gehört zur Verfassungstheorie selbstverständlich auch Grundrechtstheorie. Im geltenden Verfassungsrecht jedoch gilt: „Verfassungsgesetz geht vor Verfassungstheorie.“<sup>12</sup>

In der methodologisch disziplinierten Ableitung des Verfassungsrechts aus dem Verfassungsgesetz drückt sich die verfahrensmäßige Unterwerfung des Interpreten unter den verfassungsgebenden Souverän vornehmlich aus, – so wie umgekehrt in der methodologischen Abwertung des Verfassungsgesetzes und in der damit verbundenen Aufwertung der höchst eigenen Theorieproduktion sich der unausgesprochene Anspruch des Interpreten ausdrückt, gewissermaßen sitzend zur Rechten des Souveräns (oder gar von einem verfassungspolitisch noch höheren Thron) den Verfassungsprozeß des Gemeinwesens zu „steuern“.<sup>13</sup> Die methodologische Demut

<sup>5</sup> *Wolfgang Martens/Peter Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL (1972), S. 7 ff. und S. 43 ff.

<sup>6</sup> Seit dem Lüth-Urteil, BVerfGE 7, S. 198 (204 f.). Vorarbeit zum grundrechtlichen Wertedenken wurde geleistet von *R. Smend* (Fn. 4), S. 164: „Die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem.“ Im übrigen vor allem *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl. 1972, S. 4 ff.: „Höchstwerte“, „Wertesysteme“. Kritisch: *Helmut Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, 1973; *Bernhard Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

<sup>7</sup> Bericht bei *Konrad Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427 (434–436).

<sup>8</sup> *Eberhard Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 138; *F. Ossenbühl* (Fn. 2), S. 2100.

<sup>9</sup> *Hans Maier*, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 2. Aufl. 1974, S. 71; *K. Kröger* (Fn. 1), S. 34 ff., 38; *H. Willke*, (Fn. 1), S. 224 ff. (dezidiert für Effektivierung der von der Freiheit untrennbaren Gleichheit).

<sup>10</sup> *Bernhard Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, EuGRZ 1984, 457 ff.

<sup>11</sup> Zu diesem wissenschafts-wissenschaftlichen Begriff: *Thomas S. Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl. 1981. Zum Problem eines Wechsels des Freiheits-Paradigmas: *Dieter Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 49 f.

<sup>12</sup> *D. Suhr*, (Fn. 11), S. 27 ff., 33.

<sup>13</sup> *Peter Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 101–113, 214, beansprucht für die Verfassungstheorie als „kritischer Instanz gegenüber Wissenschafts- und Gesellschaftstheorie“,

des Verfassungsjuristen gegenüber dem Verfassungsgesetz hat nichts, aber auch gar nichts zu tun mit einem primitiven Positivismus, mit einer Urknall-Theorie von der Verfassungsgesetzgebung<sup>14</sup> oder mit ähnlichen Naivitäten. Gerade weil wir längst aufgeklärt sind über Verfassungswandel, über die Entstehung und Wirkung von Vorverständnissen sowie über den Einfluß von Kontexten im weitesten Sinne auf die Auslegungsarbeit, – und gerade weil wir heute wissen, wie sehr in der offenen Gesellschaft der Verfassungsausbeuter sozusagen alle gegen alle an der Verfassung ziehen und zerrn, – gerade deshalb dürfen wir nicht auch noch jedermanns Ziehen und Zerrn zur Verfassungs-, „Interpretation“ verklären, zu diesem Behufe den Interpretationsbegriff bis zur Unkenntlichkeit überdehnen und den Methodenfreistil, der in der offenen Gesellschaft der Verfassungsmacher Funktion und Sinn haben mag, soweit die vorgeschriebenen Verfahren beachtet werden, in den Gefilden der zünftigen Verfassungsauslegung verfassungstheoretisch absegnen. Vielmehr müssen wir der inhaltlichen Beliebigkeit der „pluralistischen“ Konstitutionalisierungsschnüchte durch methodologische Anforderungen und mit methodologischem Ethos gegensteuern.<sup>15</sup> Weil es den Verfassungswandel gibt, dürfen wir die Verfassung nicht auch noch zum Prozeß erklären,<sup>16</sup> sondern müssen ganz entschieden darauf bestehen, daß das Verfassungsgesetz als das Rückgrat der normativen Verfassung auch das Gesetz ist und bleibt, nach welchem sich der verfaßte Prozeß zu fügen und zu bequemem hat. Für die Verfassungsänderung haben wir verfaßte Kompetenzen und verfaßte Verfahren.

b) Unser Verfassungsgesetz spricht nicht von „Institutionen“, „Werten“, „Teilhabes“ usw.: Das alles sind *extra-konstitutionelle Figuren*, mit denen bestimmte Dimensionen der Grundrechte erfaßt werden sollen, die die Grundrechtsdogmatiker innerhalb der Begrifflichkeit von Freiheit und Gleichheit nicht haben unterbringen können und die daher auch der konstruktiven Verbindung mit dieser Begrifflichkeit von Freiheit und Gleichheit weitgehend entbehren.

Das Grundgesetz spricht von „Freiheit“ und von „frei“. Die Grundrechte mögen wegen ihrer geschichtlichen Herkunft mehr oder weniger zufällig zusammengestellt sein. Aber zwei deutliche Linien rechtfertigen es, Überlegungen zur Freiheit vor die Klammer zu ziehen: Zum einen unterscheidet das Grundgesetz selbst jeweils einen allgemeinen Freiheits- und Gleichheitssatz und bringt im übrigen besondere Ausformungen; zum anderen rückt das Grundgesetz selbst eine Reihe von Grundrechtsregeln in den Art. 1 und 19 vor bzw. hinter die Klammer und verlangt daher von dem Interpreteten, die Grundlagen für einen allgemeinen Teil der Grundrechtslehren verfassungsrechtswissenschaftlich zu erarbeiten.

Um zu erfassen, was „Freiheit“ bedeutet, muß man freie Menschen bei ihrem Freisein beobachten: ihnen die Methoden, die Wege, die Operationalismen ihrer Freiheit anschauen und auf den Begriff bringen. So läßt sich bewußt machen, was auch das Grundgesetz meint, wenn es von „Freiheit“ spricht und wenn es die Freiheit freier Menschen garantiert. Ich werde mich bei dieser Exegese der Freiheit um unterschiedene, klare und scharfe Formulierungen bemühen, die nichts verstecken, die vielmehr den springenden Punkt in geradezu provozierender Offenheit darlegen: die allgegenwärtige Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen als Erscheinungsform ihrer Freiheit. So werden der Kritik griffige, fast verführerische Angriffsflächen geboten und zugleich gezeigt, was meine Kritiker womöglich zu verdrängen geneigt sind, wenn sie meine Gedanken ablehnen, wegschieben, verharmlosen oder mißverstehen. Nur im Kreuzfeuer einer Kritik, die wirklich zupackt, können meine Begriffe zeigen, was in ihnen steckt und ob ich etwas zu fürchten oder zu verbergen habe. Vage Formeln, trübe Zweideutigkeiten und unentschlossene Sowohl-als-Auchs mögen bei inhaltlichen Abwägungen und mangels besserer Techniken gelegentlich dazu beitragen, daß nichts vergessen wird. Hier aber geht es um die Struktur der Freiheit: um sehr wenige, sehr einfache, sehr einleuchtende und unerhört klare Formen.

## 2. Anthropologischer Vorbehalt

Wird an den Grundbegriffen von Freiheit (und Gleichheit) gerüttelt, so löst das Ängste aus: Angst um pluralistische Offenheit und um die damit einhergehenden opportunistischen Bequemlichkeiten; Angst um die Bevormundung durch ein

zu enges, zu strenges, zu abstraktes oder zu einseitiges Konzept; Angst um alles, was in der Grundrechtsdogmatik schon erreicht worden ist; Angst vor lästigen Konsistenzanforderungen oder gar rechtsethischen Erwartungen. Furcht aber besteht vor allem davor, daß der unendlich offene, der abgründig tiefe und der ewig unerforschbare Mensch durch bornierte rechtstechnische Begrifflichkeit in ein grundrechtsdogmatisches Prokrustesbett gezwängt werden könnte; denn die grundrechtsdogmatische Begrifflichkeit wirkt sich über die Grundrechtspraxis aus auf die Wirklichkeit des Menschen und bringt dort unten in der Praxis womöglich den rechtstechnisch reduzierten Menschen hervor, den man oben mit Hilfe von Grundrechtstheorie in die Grundrechtsdogmatik hineinstopft. Daher ist der anthropologische Vorbehalt allem Anschein nach nur zu berechtigt: „Das Grundgesetz enthält kein ‚Menschenbild‘. Ein vorgefaßtes ‚Menschenbild‘ ist eine Vergewaltigung des Menschen.“<sup>17</sup>

Selbst wenn aber das Grundgesetz kein Menschenbild „enthält“, so „verfaßt“ es doch ein Stück des gesellschaftlichen Menschen. Insofern ist es durchaus der verfassungsrechtstechnische Ausdruck und Niederschlag eines mehr oder weniger bewußten Menschenbildes.<sup>18</sup> Insbesondere in den Grundrechten drückt sich ebenso wie in der dazu fabrizierten Dogmatik jeweils etwas von den Vorstellungen und Begriffen aus, die wir von Freiheit, Gleichheit und Geselligkeit „des Menschen“ haben. Verfassungsrechtsarbeit ist daher immer auch Arbeit am Menschen. Dem können wir nicht ausweichen, wir können es allenfalls bestreiten, hinweglügen oder verdrängen.<sup>19</sup> Daher muß man bei der grundrechtsdogmatischen Arbeit vor anthropologischen Reduktionismen auf der Hut sein.

Eines anthropologischen Reduktionismus dringend verdächtig ist jedoch zunächst und vor allem – das überlieferte Freiheitsverständnis selbst:<sup>20</sup> Hatte sich doch der alte Freiheitsbegriff von Anfang an als so eng, so unergiebig und so unfruchtbar zum dogmatischen Verfassen der ganzen menschlichen Freiheit erwiesen, daß immer wieder hetero-

→ durch die Wissenschaftstheorie „hindurch“ müsse, „steuernde Kraft“. „Steuern“ soll die Verfassungstheorie aber auch die „gesellschaftliche Entwicklung“. Sie sei „(politische) Handlungswissenschaft par excellence“, die sich Gedanken darüber machen müsse, „wer sie im konkreten politischen Prozeß durchsetzt“. Sie habe sich im politischen Kampf zu bewähren und in den Klassenzimmern am Bürgerbewußtsein zu arbeiten. Grenzen zwischen Verfassungswissenschaft, Verfassungspolitik, Verfassungstheorie, Verfassungslehre, Verfassungsnorm, Verfassungswirklichkeit, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgebung und Verfassungsanwendung gibt es dabei kaum; methodologische Unterschiede verschwinden in dem allumfassenden Schöpfungsprozeß.

<sup>14</sup> So P. Häberle (Fn. 13, S. 312 f., 202, 205, 218) in Fehldeutung von Dieter Suhr, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung*, 1975.

<sup>15</sup> Daher ist es verfassungspolitisch verhängnisvoll, abschätzig zu reden von der „Ideologie der bloßen Auslegung eines vorgegebenen Textes oder gar einer ‚Kodifikation‘“, um dann zur Auslegung geschriebener Grundrechte diejenigen Methoden einer „Selbstschaffung“ von Maßstäben zu empfehlen, die allenfalls dort angebracht sein mögen, wo geschriebene Grundrechte fehlen oder Lücken lassen: Peter Häberle, *Diskussionsbeitrag*, VVStRL 39 (1981), S. 159.

<sup>16</sup> Wie im programmatischen Titel von P. Häberle, (Fn. 13).

<sup>17</sup> Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975, S. 154.

<sup>18</sup> Arno Baruzzi, *Europäisches „Menschenbild“ und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1979, S. 80 f., 100 ff. Kritisch: Eberhard Denninger, *Staatsrecht* 1, 1973, S. 19 ff.; grundrechtsanthropologisch: D. Suhr, (Fn. 11), S. 71 f.

<sup>19</sup> A. Baruzzi, (Fn. 18), S. 81: Auch wer dem Menschenbild entgegenkommen will, gestaltet den Menschen via Menschenbild.

<sup>20</sup> Man lese dazu etwa Fritz von Hippel, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, 1957, S. 47; H. Maier, (Fn. 9), S. 23 ff.: „bis zum Pathologischen“.

gene dogmatische Anbauten erforderlich wurden, um neuen „Dimensionen“ des Menschen doch noch gerecht zu werden. Höchste Zeit also, den anthropologischen Reduktionismus, der im alten Freiheitsverständnis zu juristischer Dogmatik verfestigt und in Grundrechtspraxis umgeschlagen ist, aufzudecken, um bei der Erneuerung des Freiheitsverständnisses die Gefahr desselben oder eines gleichartigen Reduktionismus nach Möglichkeit zu vermeiden.

### 3. Unabdingbarkeiten der Freiheit

a) Die liberale Freiheit schützt *inhaltlich offenes Belieben*: Der freie Mensch selbst bestimmt Thema, Inhalt und Richtung seiner Freiheit. Diese Freiheit ist im Kern seine „subjektive“ Freiheit. So soll auch die neue Freiheit begriffen werden.

Es sagt sicher nicht jedermann zu, wenn hier das subjektive Belieben so offen und ausdrücklich als Bestandteil der Freiheit bestätigt wird.<sup>21</sup> Was nun dieses Belieben und den Streit um seine „äußerliche Beschränkung“ (so die Konstruktion des „Eingriffs- und Schrankendenkens“) oder seine „immanente Begrenzung“ (so die Konstruktion des „institutionellen Rechtsdenkens“) betrifft, kann eigentlich auch nach dem neuen Paradigma der Freiheit so gut wie alles beim alten bleiben: Der Unterschied, um den es bei dem neuen Paradigma geht, ist viel weitreichender, und er liegt ganz woanders. Man kann also, wenn man will, den „Immanenz-Streit“ auf der Grundlage des neuen Paradigmas fortsetzen oder neu auflegen. Für mich aber ist eine Freiheit, die nicht als subjektive Entschlußfreiheit des einen begriffen wird, die vor Drangsalierungen durch andere geschützt werden muß, keine Freiheit.

b) Der alte Freiheitsbegriff erfüllt auf vorzügliche Weise Funktionen der rechtstechnischen *Abwehr von ungerechtfertigten Eingriffen*. Auch diese Funktion muß der neue Freiheitsbegriff mindestens ebensogut erfüllen. Mit dieser Anforderung wird nicht das „Eingriffs- und Schrankendenken“ als Grundrechtstheorie konserviert, wohl aber die Funktion der Freiheitsrechte bei der Abwehr ungerechtfertigter Eingriffe und Beschränkungen.

## III. WECHSEL IM PARADIGMA DER FREIHEIT

Der neue<sup>22</sup> Freiheitsbegriff tritt am klarsten im Kontrast zum alten hervor. Deshalb muß der alte Freiheitsbegriff noch einmal in seiner klaren und ursprünglichen Gestalt in Erinnerung gerufen werden, – ohne das Dickicht und Rankwerk von Modifikationen, von Funktionen, Dimensionen, Bindungen und Bezogenheiten, welches ihn inzwischen überwuchert (unten 1.). Dann springt ins Auge, worauf die elementare Rekonstruktion des Freiheitsparadigmas hinausläuft: darauf nämlich, daß wir in der Grundrechtsdogmatik endlich lernen, die Erweiterung der Freiheit durch die Sozialdimension zu begreifen (unten 2.).

### 1. Das alte Paradigma der Freiheit

a) *Status negativus*:<sup>23</sup> „Die Grundrechte sind ihrer Substanz nach keine Rechtsgüter, sondern Sphären der Freiheit, aus der sich Rechte, und zwar Abwehrrechte, ergeben.“ „Die Grundrechte im eigentlichen Sinne sind wesentliche Rechte des freien Einzelmenschen, und zwar Rechte, die er gegenüber dem Staat hat.“ Sie sind „Individualrechte, d. h. Rechte des isolierten Einzelmenschen.“ „Diese Freiheit ist Freiheit vom Staat; sie ist Recht im negativen Sinne, Ausdruck des status negativus.“ „Aus der Freiheit können nur negatorische, d. h. Abwehransprüche entstehen, wenn sie verletzt wird.“<sup>24</sup> „Was nach Abzug der rechtlichen Einschränkungen für den Einzelnen an Möglichkeiten individueller Betätigung übrigbleibt, bildet seine Freiheitssphäre.“<sup>25</sup>

Diese Freiheitssphäre wird durch das Gesetz „beschränkt“. Gegenüber dem Gesetzgeber bot sie keinen Schutz, denn vom Gesetzgeber schien zunächst keine Gefahr zu drohen. Die Exekutive jedoch war an das Gesetz gebunden (Vorbehalt des Gesetzes) und die „Eingriffsfreiheit“ hatte die Funktion, ungerechtfertigte Übergriffe der Exekutive abzuwehren.<sup>26</sup>

b) *Menschmodell „Sacheigentümer“*: Die Lehre vom status negativus wurde nach dem Vorbild des zivilrechtlichen Sacheigentums konstruiert: „Gleich wie dem dinglichen Rechte die negative Pflicht der eventuell mit dem Berechtigten in Berührung kommenden Personen entspricht, diesen nicht zu stören, so entspricht dem negativen Status die analoge Pflicht, sämtlicher mit dem Individuum in Verkehr tretender Behörden.“<sup>27</sup> In den Ateliers der Grundrechtsdogmatiker hat mithin der zivilrechtliche Sacheigentümer Menschmodell gegessen, als es darum ging, die menschliche Freiheit überhaupt auf den grundrechtsdogmatischen Begriff zu bringen. Der dingliche Sacheigentümer ist Inbegriff und Paradigma des freien Menschen der bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungsanthropologie überhaupt geworden: der negatorische Mensch, der homo negatorius.

Es ist die im Grunde unmenschliche anthropologische Physiognomie dieses homo negatorius nach dem „Modell Sacheigentum“, welche mit dogmatisch-systematischer Akribie nachgezeichnet und in „rechtstechnische Kunstgriffe“<sup>28</sup> zum Schutze der Freiheit umgesetzt wurde. Wie beim Sacheigentum erscheinen daher auch bei der menschlichen Freiheit schlechthin der Staat und die anderen nur als Gründe und Anlässe für Freiheitsbeschränkungen und als potentielle Störer (homo homini turbator). Mit der negatorischen Abwehr von Störungen wurde zugleich anerkannt und geschützt, was sich in der „staats- und rechtsfreien Sphäre der Freiheit“ tatsächlich abspielte, insbesondere auch die Ausübung und der Genuß der zivilrechtlich-dinglichen Sachherrschaft des Sacheigentümers: negatorische Eingriffsfreiheit als Schutz positiven individuellen Beliebens und individueller (dinglich begriffener) Herrschaft über eine als unbesetzt gedachte Welt der Freiheit.

c) „*Gleiche Freiheit*“: Die negatorisch umhegte Freiheit des einen ging nicht weiter als die gleiche Freiheit der anderen. Sie begriff ein Element der Gleichheit in sich mit ein – und zwar ein Element der Gleichheit nicht nur vor dem Staat im Sinne eines Verbotes ungleicher Sonderopfer für die Allgemeinheit, sondern vor allem ein Element der Gleichheit im Verhältnis zu den Mitmenschen in Gestalt des Vorbehalts der gleichen Rechte anderer. Paradigmatisch dafür ist das Nachbarrecht.

<sup>21</sup> Fundierte Kritik dieser Sicht: H. Krüger, (Fn. 4), S. 536 ff.

<sup>22</sup> „Neu“ nur für die Grundrechtsdogmatik, alt für die Philosophie: Nachweise zu Hegel, Lorenz von Stein und Marx bei Dieter Suhr, Staat, Gesellschaft, Verfassung von Hegel bis heute, Der Staat 17 (1978), S. 369, 376 und zu Proudhon bei Karl Hahn, Föderalismus, 1975, S. 200 f.

<sup>23</sup> Zum Folgenden: Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, Neudruck 1954, S. 163 f.; der Begriff kommt von G. Jellinek, (Fn. 25, 27).

<sup>24</sup> Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 207 f.

<sup>25</sup> Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 419.

<sup>26</sup> B. Schlink, (Fn. 10), S. 457 ff.

<sup>27</sup> Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, Neudruck 1963, S. 104. Die Anlehnung ans Sachenrecht wird auch deutlich, wenn C. Schmitt, (Fn. 23, S. 166) von den „echten Grundrechten“ als „absoluten“ Grundrechten spricht, bei denen der gesetzliche Eingriff als prinzipiell begrenzte und meßbare, generell geregelte Ausnahme erscheine. Heute z. B. W. Henke, oben Fn. 1, S. 2.

<sup>28</sup> Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 35, 61.

Mit der Eingriffsfreiheit war also die Vorstellung einer bestimmten *Gleichheit in der Drittrichtung* auf das Innigste verknüpft – freilich nicht derart, daß die Freiheitssphären „gleich groß“ gedacht waren, wohl aber so, daß die in den jeweiligen Freiheitssphären ausgeübte Freiheit des einen mit der gleichen Freiheit des anderen verträglich sein mußte und daran ihre Grenzen fand. Wichtig in diesem Auslegungszusammenhang ist, daß der Vorbehalt der gleichen Freiheit anderer in den verschiedenen Verfassungen bis hin zum Grundgesetz stets gerade nicht im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Gleichheit, sondern immer im unmittelbaren Verbund mit der Freiheitsgarantie erscheint: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt.“ Die Gleichberechtigung des Nächsten in der Freiheit war stets schon in der Freiheit miteinbegriffen.

d) *Soziale „Schranken“, „Bindungen“ und „Funktionen“*: Zwar werden heute die Sozialbindungen stärker betont als früher. Sie sprengen jedoch in keiner Weise das alte Paradigma der negatorischen Freiheit, sondern sie fügen sich nahtlos ein und bestätigen es dadurch geradezu – und zwar unabhängig davon, ob man Sozialbindungen als äußerliche Schranken denkt oder juristisch zu immanenten Grenzen verinnerlicht. So wie schon im alten Paradigma mit dem Vorbehalt der Rechte anderer auch der Mitmensch ins Modell miteinbegriffen war (Modell: der Nachbar<sup>29</sup>), so war für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen des Gemeinwohls Vorsorge getroffen durch die Beschränkbarkeit und Begrenzbarkeit der Freiheit im übrigen. Deshalb brauchte das alte Paradigma der Freiheit auch noch nicht rekonstruiert zu werden, sondern es erfuhr scheinbar seine soziale Vollenkung, als das Bundesverfassungsgericht<sup>30</sup> formulierte: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne einer Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“ Eine neue Einsicht in irgendwelche bis dahin unbekannte Strukturen der Freiheit zeichnet sich in dieser Formel ebensowenig ab wie etwa sonst, wenn z. B. von „sozialen Funktionen“ der Grundrechte die Rede ist, die auch wieder letztlich nur auf immanente Grenzen hinauslaufen.<sup>31</sup>

Um die Gemeinschaftsbezogenheit, Gemeinschaftsgebundenheit, Sozialfunktion und dergleichen mehr ins Freiheitskonzept zu integrieren, schien es zu genügen, das individuelle Belieben von außen oder immanent thematisch auf die Gemeinschaft hin zu beziehen, inhaltlich zu binden und auf soziale Zwecke auszurichten, – also im rechtstechnischen Ernstfall zu gängeln und einzuengen.<sup>32</sup> So entstand der Schein, als hätten die Grundrechtsdogmatiker den Zusammenhang zwischen der Freiheit, der Sozialität und dem Gemeinwohl längst im Griff. Dieser Schein jedoch trug, und er trägt noch, was den Zusammenhang von Freiheit und Geselligkeit betrifft. Aber weil man sich durch den Schein hat täuschen lassen, hat man sich inzwischen bei den gängigen Formeln beruhigt. Diese Formeln stehen heute geradezu im Wege, wenn es darum geht, endlich zu begreifen, daß und inwiefern die Geselligkeit als soziale Dimension unsere Freiheit gerade nicht nur beschränkt, bindet und belastet, sondern vor allem erst einmal konstituiert, erweitert und potenziert. Erst wenn das genau erfaßt und begriffen ist, dann stellt sich, auf der Grundlage des neuen Paradigmas entsprechend wie auf der Grundlage des alten, die Frage nach den sozialen Bindungen, Beschränkungen und Bezogenheiten.

e) Freiheit einzelner Menschen *in Verbindung mit anderen einzelnen* Menschen: Auch durch die Brille des alten Freiheitsbegriffes ließ sich nicht ganz übersehen, daß es grundrechtlich wahrnehmbare Formen menschlicher Gesel-

ligkeit gibt, nämlich „Rechte des Einzelnen in Verbindung mit anderen Einzelnen“.<sup>33</sup> Diese Verbindungs-Formel war an sich geeignet, die Enge des alten Freiheitsparadigmas zu sprengen, wäre man dieser Daseinsweise der Freiheit nur sehr viel genauer nachgegangen. Dazu aber sah man offenbar keinen Anlaß. Man konnte sich nämlich diese Freiheit noch vorstellen als summierte und koordinierte Einzelheit: als Freiheit Einzelner, die gewissermaßen am gleichen Strick ziehen.<sup>34</sup> Gefährlich erschien allenfalls die Macht, die aus solchen gemeinsamen Kraftanstrengungen hervorgehen konnte.<sup>35</sup>

Zunächst schien wenigstens Häberle die Wirklichkeit der Freiheit anzuerkennen: „Die Koalitionsfreiheit ist evident ein Freiheitsrecht durch andere und mit anderen.“<sup>36</sup> Doch inzwischen meidet er die „Freiheit durch andere“ im gleichen Zusammenhang wieder, entdeckt die „korporative Dimension der Grundrechte“ für sich neu und fordert, was er selbst im obigen Zitat schon hinter sich hatte und was andernorts<sup>37</sup> schon geleistet ist: nämlich das korporative Element „vor die Klammer“ zu ziehen und in den Freiheitsbegriff als solchen mit hineinzunehmen.<sup>38</sup> So freilich, wie Häberle jetzt die allgemeine Freiheit der Persönlichkeit und die Korporativität vor der Klammer abstrakt zusammenbinden will, bleibt die begrifflich-konstruktive Verbindung der beiden (wie die von „Individuum und Gemeinschaft“) ein Wunsch oder eine weitere der uninformativen Ineinssetzungen.<sup>39</sup> Nur wenn der Freiheitsbegriff selbst konstruktiv „mächtig“ genug ist, um die vielfältigen Formen der Freiheit-kraft-Geselligkeit darin zu erfassen, lassen sich auch die verschiedenen Formen der korporativen Freiheit exakt im Raster des Freiheitsbegriffs auffangen: Dann fügt sich jede Form der Freiheit-durch-andere zwanglos ins System, und zwar vom Spiel und vom Gespräch über Vertrag und Ehe bis hin zu den Normbereichen der Art. 8, 9, 21 und 141 GG. Häberle jedoch schreckt jetzt wohl vor der Erkenntnis zurück, daß die Menschen einander zu Zwecken ihrer Freiheit instrumentalisieren. So fällt er zurück ins Netzwerk unzulänglicher Vorstellungen von der Freiheit und vermag lesenden Au-

<sup>29</sup> Vom Nachbarrecht als „einem Prototyp der Sozialbindung“ spricht *Walter Leisner*, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 332, und selbst im römisch-rechtlichen Denken war Raum für solche Sozialbindung: *Wilhelm Simshäuser*, Sozialbindung des spätrepublikanisch-klassischen römischen Privateigentums, in: Festschrift für *Helmut Coing*, 1982, S. 329, 332 ff.

<sup>30</sup> Investitionshilfe-Urteil, BVerfGE 4, S. 7 (15 f.).

<sup>31</sup> *P. Häberle*, (Fn. 6), S. 8 ff., 10: „soziale Funktion“ zur Bestimmung „(immanenter) Grenzen“ und „materialer Bindungen“.

<sup>32</sup> Zwar zieht *P. Häberle*, (Fn. 6), S. 161, noch „zusammenordnende“ und „ermächtigende“ Normen mit in Betracht, die Erweiterung der Freiheit durch den anderen Menschen jedoch wird gerade noch nicht bewußt. – Treffende Kritik in dem Sinne, daß im üblichen Grundrechtsverständnis die soziale Natur des Menschen nicht als konstituierende Sphäre seiner Individualität und Freiheit erscheint, sondern erst nachträglich hinzugedacht wird, bei *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 57 ff. – Siehe auch *Peter Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, S. 203: „Freiheit zum Nächsten“.

<sup>33</sup> *C. Schmitt*, (Fn. 24), S. 165 f.; weitere Hinweise bei *P. Häberle*, (Fn. 13), S. 320. Siehe auch schon *Dieter Suhr*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, *Der Staat* 9 (1970), S. 67, 83.

<sup>34</sup> Diese Vorstellungsweise drückt sich insbesondere in der Sprechweise aus, wenn von „grundrechtlicher Kollektivität“ die Rede ist, etwa bei *Rupert Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 121 ff., 135: status collectivus.

<sup>35</sup> Siehe etwa schärfer als heutige Interpreten: *C. Schmitt*, (Fn. 23), S. 165.

<sup>36</sup> *P. Häberle*, (Fn. 13), S. 320.

<sup>37</sup> *D. Suhr*, (Fn. 11), S. 78 ff. (Freiheit im allgemeinen), S. 165 ff. (Anwendung des Freiheitsbegriffs auf gemeinschaftliche Grundrechtsausübung im allgemeinen), S. 187 (Erprobung am Eigentum) und gemeinschaftlicher Eigentumsnutzung im besonderen).

<sup>38</sup> *Peter Häberle*, Verbände als Gegenstand demokratischer Verfassungslehre, *ZHR* 145 (1981), S. 473, 481, 484 in Anm. 59, 487.

<sup>39</sup> *P. Häberle*, (Fn. 38), S. 485 (immanent korporativ), 489 (Aspekte formieren sich „zu einem Ganzen“ mit „Mischungsverhältnissen“ zwischen status activus, negativus, passivus und korporativus), 493 (nicht bloß Summierung atomisierter Einzelfreiheiten, sondern „qualitative Aggregation“).

ges<sup>40</sup> wiederum nicht zu perzipieren, daß andernorts schon systematisch abgehandelt ist, was er soeben am fernen Horizont der Dogmatik im Zusammenhang mit seiner allerneuesten, der korporativen Dimension als dem „vorläufigen Endpunkt“<sup>41</sup> grundrechtsdogmatischer Innovationen wahrzunehmen beginnt: z. B. der status corporativus<sup>42</sup> und die Freiheit durch Teilhabe an Gruppen.<sup>43</sup> Daran zeigt sich die unerbittliche Gewohnheitsmacht, die wissenschaftliche Paradigmen auf das Wahrnehmungsvermögen von Wissenschaftlern ausüben.<sup>44</sup> Höchste Zeit also wiederum, sich der Paradigma-Frage bewußt zu werden.

## 2. Das neue Paradigma der Freiheit

Es geht hier nicht darum, eine neue Freiheit in der Wirklichkeit einzuführen, sondern nur darum, unsere allgegenwärtige Freiheit wirklichkeitsgerechter zu erfassen, um sie treffender zu schützen. Der etwaige Paradigmenwechsel spielt sich ab im Reiche der Begriffe, nicht in der übrigen Wirklichkeit. Auch die Begriffe freilich gehören zur Wirklichkeit insgesamt. Sie beeinflussen unser Denken und Handeln. So bleiben begriffliche Veränderungen bei praktisch wichtigen Kategorien nicht ohne praktische Folgen. Zunächst aber zielt die begriffliche Rekonstruktion darauf, die wirkliche Freiheit richtiger zu begreifen und zu erfassen als bisher.

a) *Die Freiheit der Menschen durch die Menschen:*<sup>45</sup> Die Möglichkeiten des Einzelnen sind sehr begrenzt. Ohne andere Menschen bringt er nicht viel zustande. Ohne andere wäre er nicht geboren; ohne andere könnte er nicht leben, nicht sprechen, nicht verstehen, nicht schreiben, nicht Mensch sein. Ohne andere erreicht er nicht viel. „Der Einzelne“ ist eine erbärmliche Figur. Und in dieser seiner erbärmlichen Einzelheit ist er dann nach bisheriger Sprachregelung auch noch zusätzlich „beschränkt“, „begrenzt“, „ausgerichtet“, „bezogen“ und „gebunden“ durch die gleichen Rechte anderer Einzelner und durch Erfordernisse des sozialen Zusammenlebens.

Als zivilrechtlicher Sacheigentümer aber ist er schon nicht mehr ganz allein: Nun hat er gegenständliche Sachen, mit denen er etwas anfangen kann. Er kann seinen Acker bestellen, seine Werkzeuge benutzen, seine Werkstoffe bearbeiten, seine Ernte verzehren.<sup>46</sup> Aber wieviel mehr kann er erreichen, wenn er nicht nur Sachen hat, sondern andere Menschen: andere Menschen, die ihm zuhören, die ihm einen Gefallen tun, die mit ihm tauschen, die ihm zu Diensten sind, die auf seinen Willen eingehen. Seine Freiheit wächst in dem Maße, wie es ihm gelingt, andere Menschen zu seinem Zwecke zu instrumentalisieren.

Die Möglichkeit, andere Menschen für eigene Zwecke zu instrumentalisieren, ist etwas ganz anderes als die Freiheit von Eingriffen des Staates oder von Störungen Dritter. Sie ist eine Freiheit der Menschen durch die Menschen, eine Freiheit kraft Geselligkeit: homo homini ad libertatem medium.<sup>47</sup>

Das Freiheitsdenken, das am Paradigma und Menschmodell des Sacheigentümers ausgebildet worden war, mußte unfähig bleiben, die ungeheure Erweiterung der menschlichen Freiheit wahrzunehmen und zur Sprache zu bringen, die sich daraus ergibt, daß die Menschen einander zu Zwecken ihrer Freiheit instrumentalisieren. Selbstverständlich deckte und deckt immer noch der alte Freiheitsbegriff (und erst recht das institutionelle Grundrechtsdenken) die Freiheit-durch-Instrumentalisierung pauschal, diffus und unwissend mit ab. Deshalb schützt die bisherige Grundrechtsdogmatik auch im großen Stile längst die Instrumentalisierung der Menschen durch die Menschen, ohne davon zu wissen, oder doch wenigstens, ohne davon wissen zu wollen. Im bisherigen Freiheitsdenken (und erst recht innerhalb des institutionellen Grundrechtsdenkens) verschwinden die entscheidenden Unterschiede der Freiheit im negativen Raum der negatorischen Einheitsfreiheit oder im Verflimmern der institutionellen Ineinsetzungen.

Die bisherige Grundrechtsdogmatik versagt, wenn es gilt, Daseinsweisen und Erscheinungsformen, Methoden und Techniken, Praktiken und Operationalismen der wirklichen Freiheit als einer wechselseitigen Instrumentalisierung der Menschen durch die Menschen zu erhellen und in einen angemessenen begrifflichen Zusammenhang zu bringen. Wie sollte auch ein Dogmatiker behandeln können, was für ihn gar nicht existiert.

Nur Freiheit *ohne* andere: Das ist wie Schwimmen ohne Wasser, wie Atmen ohne Luft. Keine Ehe ohne Gatten, kein Vertrag ohne Partner; keine Meinung ohne Zuhörer, keine Darstellung der Person ohne Anerkennung durch andere; keine bildende Kunst ohne Zuschauer, keine offene Handelsgesellschaft ohne Gesellschafter; keine Arbeitgeber ohne Arbeitnehmer<sup>48</sup> und kein Arbeitnehmer ohne Arbeitgeber.<sup>49</sup> Daneben gibt es freilich „unsoziale“ Freiheiten des „isolierten Individuums“ durchaus: z. B. die Freiheit von Körperverletzungen oder die Intimsphäre der absoluten Einsamkeit, in der die einzige Sozialität darin besteht, daß der Betroffene *mit sich selbst* beisammen ist.<sup>50</sup>

b) *Modellfall Eigentum:* Beim alten Freiheitsbegriff hatte der Sacheigentümer Menschmodell gegessen. Die Enge des alten Freiheitsbegriffes mußte sich daher zuerst im Bereiche von Eigentum und Vermögen zeigen; denn zum wirtschaftlichen Eigentum im weiteren Sinne, um dessen Schutz es dem Bürgertum ging, gehörten alle subjektiven vermögenswerten Rechte des Privatrechts. Folgerichtig dauerte es nicht lange, und zum verfassungsrechtlichen Eigentum wurden eben diese sämtlichen subjektiven vermögenswerten Rechte des Privatrechts gerechnet. Das wurde auch als „Auflösung des Eigentumsbegriffs“<sup>51</sup> beklagt. Was jedoch bedeutete diese Ausweitung des Eigentumsbegriffs vom dinglich-sachenrechtlichen Eigentum auf sämtliche, auch schuldrechtliche, gesellschaftsrechtliche und sonstige vermögenswerte Rechte grundrechtsdogmatisch für den Begriff von der Freiheit? Darüber ist in der Grundrechtslehre – von wenigen, übergangenen Ausnahmen<sup>52</sup> abgesehen – nicht nachgedacht

<sup>40</sup> P. Häberle, (Fn. 38), S. 483, Anm. 51, wo zwar D. Suhr, (Fn. 11) zur gemeinschaftlichen Eigentumsausübung zitiert, das systematische Angebot auf Häberles jetzige Desiderate jedoch nicht wahrgenommen wird.

<sup>41</sup> P. Häberle, (Fn. 38), S. 488.

<sup>42</sup> Schon G. Jellinek entwickelte seine Statuslehre für alle (mit juristischer Persönlichkeit begabte) Verbände (Fn. 27, S. 90). In Anlehnung daran wurde bereits zwischen status corporativus activus und passivus differenziert und der Passivstatus der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmungen problematisiert: Dieter Suhr, Das Mitbestimmungsgesetz als Verwirklichung verfassungs- und privatrechtlicher Freiheit, NJW 1978, S. 2361, 2363.

<sup>43</sup> Grundlagenfragen bei Erhard Denninger, Rechtsperson und Solidarität, 1967, insbes. S. 306 (personale Teilhabe).

<sup>44</sup> Beispiele und Experimente dazu bei Th. S. Kuhn, (Fn. 11), S. 123 ff.

<sup>45</sup> Zum Folgenden: D. Suhr, (Fn. 14), S. 354 ff., (Fn. 11), S. 78 ff.

<sup>46</sup> „Gebrauchsfreiheit“: Dieter Suhr, Eigentumsinstitut und Aktiengeneigentum, 1966, S. 19 ff.

<sup>47</sup> D. Suhr, (Fn. 11), S. 113–115.

<sup>48</sup> Mitbestimmungsurteil, BVerfGE 50, 290, 349, EuGRZ 1979, 121 [136] (bedarf der Mitwirkung).

<sup>49</sup> Die Formel „bedarf der Mitwirkung“ (vorige Fn.) gilt auch umgekehrt.

<sup>50</sup> D. Suhr, (Fn. 11), S. 95–102.

<sup>51</sup> Carl Schmitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs (1929), in: ders. (Fn. 24), S. 110.

<sup>52</sup> Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 313 ff., 331, 343 ff.; Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 396 ff.; D. Suhr, (Fn. 46), S. 22 ff.–39 ff.; Fn. 33, S. 84 ff.; Fn. 42, S. 2365 f.) und ders., Eigentum und Mieterrechte, ZMR 1967, S. 227; ders., Eine grundrechtsdogmatisch aufschlußreiche Zwangsversteigerung, NJW 1979, S. 145 f.

worden. Begriffliche Konsistenz ist nicht gefragt. Mit geradezu nachtwandlerischer Sicherheit hat man in der Grundrechtsdogmatik vermieden, sich der Probleme bewußt zu werden, in die man sich längst hineinmanövriert hatte.

An der Ausweitung des Eigentumsbegriffs und ihrer begrifflichen Konsequenzen läßt sich der anthropologische Reduktionismus, der im alten Freiheitsbegriff steckt, sehr gut veranschaulichen: Sacheigentum vermittelt positive Sachherrschaft, die negatorisch sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber privaten Störern geschützt wird. Zum verfassungsrechtlichen Eigentum aber gehören nunmehr auch z. B. der vermögenswerte, schuldrechtliche Anspruch auf Erfüllung eines Werkvertrages durch Herstellung und Übergabe des Werkes. Dabei handelt es sich nicht mehr um positive Sachherrschaft, sondern um schuldrechtliche Rechtsmacht in Bezug auf einen anderen Menschen,<sup>53</sup> und zwar um Rechtsmacht, die z. B. aus vertraglicher Einigung entstanden ist und die Möglichkeit in sich birgt, mit staatlichen Mitteln durchgesetzt zu werden. Übersetzt man diesen Befund des verfassungsrechtlichen Eigentums in eine „Sprache der Freiheit“, so ergibt sich folgendes Bild:<sup>54</sup> beim Sacheigentum hatte der Eigentümer die Sache als Medium seiner Freiheit. Beim schuldrechtlichen Eigentum „aus Vertrag“ dagegen bezieht sich die Freiheit des einen auf das, was der andere tun muß. Denn durch Vertrag kann eine Handlung „aus der Freiheit ausscheiden und zum Gegenstand eines Kontraktes, mithin eine Obligation werden“.<sup>55</sup> Kant spricht von dem „Besitz der Willkür eines anderen“.<sup>56</sup> Stahl formuliert: „Ein Mensch dient so dem anderen als Stoff, als Sache, aber nur für einzelne äußerliche Handlungen.“<sup>57</sup> Solches Eigentum entsteht gewissermaßen aus dem Nichts durch Freiheitsverzicht des einen und Freiheitszuwachs beim anderen. So wie die Sache die Entfaltungssphäre des Gebrauchseigentümers erweitert, so erweitert der vermögenswerte Anspruch gegen andere Menschen die Entfaltungssphäre des verfassungsrechtlichen Eigentümers: Er hat die Macht, sein Wirken um die aus der Freiheit ausgeschiedenen Handlungen der anderen zu erweitern und zu vervielfältigen.<sup>58</sup> Dabei liefert der Vertrag den Idealtyp einer wechselseitigen Instrumentalisierung der Menschen zu Zwecken ihrer Freiheit und kann insofern als Paradigma fungieren. Freiwilligkeit und Wechselseitigkeit lassen diese Entäußerung eigener Freiheit an andere, diese partielle Eingliederung fremder Handlungen in die eigenen Entfaltungskonzepte, recht und billig erscheinen.<sup>59</sup> Jedes Defizit an Freiwilligkeit und Wechselseitigkeit jedoch verwandelt die Freiheit in einseitige Macht: Der Freiheit des einen durch den anderen entspricht keine gleiche Freiheit des anderen durch einen. Außerdem erweckt das Vertragsparadigma einen irreführenden harmonistischen Schein: In einer arbeitsteiligen Welt herrscht ein unerbittlicher, allgegenwärtiger Kontrahierungsdruck, der zwar nicht das genaue Wo, Wie, Wann und Mit-Wem, wohl aber das Ob determiniert. Das zwingt zu größter Bedachtsamkeit.

c) Konstituierung der Freiheit durch Geselligkeit; Erweiterung der Freiheit durch die Sozialdimension: Die anderen Menschen erscheinen innerhalb des alten Freiheitsparadigmas so gut wie nur als potentielle Störer oder Hindernisse der Freiheit. Im neuen Paradigma dagegen fungieren sie auch begrifflich als das, was sie in Wirklichkeit sind: Als Bedingung, Mittel, Verstärker und Vervielfältiger der eigenen Freiheit. Die anderen Menschen erweitern die Freiheit in der Sozialdimension. Sie befreien den einzelnen dadurch aus der Beschränkung auf sich selbst: Bevor das Soziale (durchaus auch!) Grund und Anlaß für Schranken und Bindungen wird, ist es Grundlage der Freiheit selbst. Diese Freiheit ist eine Daseinsweise der Geselligkeit (und damit auch eine Erscheinungsform unserer wechselseitigen Abhängigkeit voneinander).

d) Probe auf die Unabdingbarkeiten<sup>60</sup> der Freiheit: Die Freiheit nach dem neuen Paradigma ist inhaltlich offen wie die alte. Sie steht im Punkte „liberales Belieben“ der alten Freiheit in nichts nach. Das neue Paradigma macht nur bewußt, wie sehr die Möglichkeiten wachsen, mein Belieben ins Werk zu setzen, wenn mir andere dabei zu Willen sind, und es beschreibt exakter, was Freiheit wirklich ist. Daher lassen sich damit auch staatliche Eingriffe präzise und treffsicher von der Freiheit abwehren. Also besteht der neue Freiheitsbegriff die „Probe auf die Unabdingbarkeiten der Freiheit“ geradezu mit Auszeichnung!

Vor allem verschwindet die freiheitspolitisch brisante Instrumentalisierung der Menschen zu Zwecken menschlicher Freiheit nicht länger in den verharmlosenden Vorstellungen bloßer Freiheitssphären, Institutionen und Kollisionen. Die Beteiligten „kollidieren“ mit ihren Freiheiten nicht nur wie Eigentümer benachbarter Grundstücke, sondern sie instrumentalisieren einer den anderen und haben dabei ihr Recht auf „gleiche Freiheit“. Schon Georg Jellinek, der sich durch seinen status negativus weniger hat täuschen und beengen lassen als seine Epigonen, hatte sehr genau erkannt, daß der Staat bestimmten Personen Macht verleihen könne, die er anderen Personen abspreche. Unter der unmißverständlichen Überschrift „Privilegierte Freiheitssphäre“ werden „eigentümliche Verhältnisse“ beschrieben: „Derlei Rechtssätze haben die doppelte Wirkung: Sie sind nach der einen Seite hin machtversagend, mindern daher die (. . .) Stellung der durch sie in Nachteil geratenen Personen; sie können aber ebenso nach der anderen Seite hin auch machtverleihend aufgefaßt werden, begründen daher (. . .) ein Privilegium der durch sie in Vorteil gesetzten Individuen, indem sie deren Freiheitssphäre zu einer weiteren im Vergleich zu derjenigen der eingeschränkten Person machen.“<sup>61</sup> Diese Sätze wurden zwar im Rahmen eines Denkens in individualistischen Freiheitssphären, noch nicht in sozialen Interaktionen, konzipiert, zeigen jedoch, wo das Kernproblem der „Freiheit durch andere“ anzusiedeln ist: bei der Frage nämlich, was „gleiche Freiheit“ (o.III.1.c) bedeuten kann, wenn Freiheit nicht mehr nur Betätigung von einzelnen in Freiheitssphären ist, sondern als Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen erscheint.<sup>62</sup> Weil das alte Paradigma als Verallgemeinerung des Menschmodells „Sacheigentümer“ konzipiert worden ist, besteht die Gefahr, daß es die wichtigsten Wechselseitigkeitsprobleme der Instrumentalisierungsfreiheit verschleiert, indem es suggeriert, man habe es mit einseitigen Freiheiten wie denen des Sachherrn zu tun. Hier keimt der Verdacht auf, daß es sich bei dem alten Paradigma der Freiheit um eine ideologisch-dogmatische, also auch rechtstechnisch-praktische Verschleierung von Instrumentalisierungstechniken in ganz großem Stile handelt.

#### IV. DIE ENTDECKUNG DES „GRUNDRECHTSINSTITUTS“ IM „STAATS- UND RECHTSFREIEN RAUM“

##### 1. Was zu erwarten war

Die alte Freiheit fingierte einen staats- und rechtsfreien Raum individuellen Beliebens. Daß Freiheit in Wahrheit gesetzlich durchgebildet war, und daß es von den Gesetzen abhing, wer in welchen Situationen wem gegenüber welche Rechte und welche Pflichten wirklich innehatte, war zwar

<sup>53</sup> Vgl. dazu den „Eigentumsdogmatiker“ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (G. Lasson), 3. Aufl. 1930, § 72 (S. 74): „Das Eigentum, von dem die Seite des Daseins oder der Äußerlichkeit nicht mehr nur eine Sache ist, sondern das Moment eines (und hiermit anderen) Willens in sich enthält, kommt durch Vertrag zustande.“ Auch § 71 (S. 73): „Diese Beziehung von Willen auf Willen ist der eigentümliche und wahrhafte Boden, in welchem Freiheit ihr Dasein hat.“ Aufschlußreich in diesem Zusammenhang: Roland Dubischar, Das Schuldverhältnis im Lichte der älteren Wirtschaftsrechtsdoktrin, JuS 1978, S. 300, 301.

<sup>54</sup> Zum Folgenden D. Suhr, (Fn. 46), S. 40 ff.

<sup>55</sup> Ferdinand Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 8. Aufl. 1935, Neudruck 1963, S. 186.

<sup>56</sup> Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 18 (Ausg. W. Weischedel, Werke in 6 Bänden, Bd. IV, 1963, S. 382).

<sup>57</sup> Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts, 6. Aufl., 2. Band, Neudruck 1963, S. 362.

<sup>58</sup> Friedrich Karl von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, Band 1, 1851, § 2; zitiert bei R. Dubischar, (Fn. 53) mit weiteren Hinweisen und der Wendung, daß der Schuldner „sich verplanen lasse“.

<sup>59</sup> D. Suhr, (Fn. 46), S. 51, mit Hinweisen auf Haftungstatbestände und -beschränkungen.

<sup>60</sup> Siehe oben II.3.!

<sup>61</sup> G. Jellinek, (Fn. 27), S. 107 f.

<sup>62</sup> Das hat Hegel schon zur Grundlage seines „System der Bedürfnisse“ gemacht, das doch bislang als die Inkarnation der bürgerlichen Gesellschaft mit ihren isolierten Individuen gilt.

Georg Jellinek durchaus bewußt,<sup>63</sup> wurde aber grundrechtsdogmatisch ausgeblendet und von seinen Nach-Denkern vergessen. Deshalb mußte in der bürgerlichen Grundrechtsdogmatik ein begrifflicher Notstand genau in dem Augenblick ausbrechen, in dem das bürgerliche Grundrechtsinteresse daran erwachen würde, daß der Gesetzgeber die gesetzlich ausgeformten Rechte nicht sollte ändern dürfen. Für die wirkliche, gesetzlich eingerichtete Freiheit nämlich hatte man keinen Platz im System. Zu erwarten war der Notstand genau dort, wo es um des Bürgers weltliches Heiligtum ging: nämlich um das vom bürgerlichen Recht als „absolutes Recht“ ausgeformte und in allen sachenrechtlichen und schuldrechtlichen Drittrichtungen wohlumhegte Eigentum und Vermögen. Wie sollte denn auch plötzlich genau dasjenige objektive Recht zum grundrechtlichen Schutzobjekt erklärt werden, das es nach dem Begriff von der Freiheit in dem „rechtsleeren Raum“ dieser Freiheit gar nicht gab? Die Staatsrechtslehrer selbst waren zu sehr verstrickt und befangen in ihrer selbstverschuldeten begrifflichen Enge, als daß es ihnen vergönnt gewesen wäre, die fällige Erfindung oder Entdeckung zu machen. Prädestiniert dafür war vielmehr eher ein Zivilrechtler; denn Zivilrechtler hatten auch schon damals tagtäglich mit alledem zu tun, was grundrechtsdogmatisch hinwegfingiert worden war.

## 2. Das Grundrechtsinstitut

Um die Freiheitsrechte nunmehr dogmatisch auch gegenüber dem Gesetzgeber in Stellung zu bringen, gab es zwei Wege: Entweder man reorganisierte die Grundbegriffe, und zwar derart, daß Freiheit den realen zwischenmenschlichen Prozeß begriff, dessen Spielregeln gesetzlich festgelegt werden. Auf diesem ersten Wege hätten dann allgemeine grundrechtliche Maßstäbe für die gesetzliche Einrichtung „gleicher Freiheit“ entwickelt und für die einzelnen Grundrechte spezifiziert werden müssen. Oder, und diesen zweiten Weg schlug der Zivilrechtler *Martin Wolff*<sup>64</sup> ein, man ließ die Grundbegrifflichkeit von der Freiheit unangetastet und errichtete einen selbständigen dogmatischen Anbau. Dem Zivilrechtler wiederum fiel nicht weiter auf, daß es mit der bisherigen Begrifflichkeit von der Freiheit im strikten Widerspruch stand, wenn in dem als rechtsfrei geschützten Raum plötzlich das geschützt werden sollte, was darin von Begriffs wegen gar nicht vorhanden sein dürfte. Aber auch den meisten öffentlich-rechtlichen Grundrechtsdogmatikern bereitete dieser Befund keinerlei Kopfschmerzen; denn die neue Figur des Grundrechtsinstituts setzte sich sofort durch. Im übrigen – und das ist lehrreich auch im Hinblick auf den jetzigen Paradigmenwechsel! – funktionierte die Eingriffsabwehr, als sei nichts gewesen. Nur *Carl Schmitt*<sup>65</sup> war sich des Widerspruchs und der unsystematischen Verankerung des Instituts noch sehr bewußt; die klassischen Grundrechte des bürgerlichen Rechtsstaates seien Freiheitsrechte, und die Freiheit sei kein Rechtsinstitut, keine Einrichtung:

„Solange das Vertrauen auf den Gesetzgeber und den Gesetzgebungsstaat besteht, kann man sich mit der allgemeinen Garantie der Freiheit selbst begnügen und das andere dem Vorbehalt des (einfachen) Gesetzes überlassen; sobald dieses Vertrauen aufhört, erscheinen neue Garantien, die nicht unmittelbar die Freiheit selbst, sondern Schutznormen und -einrichtungen zur Verteidigung und Umhegung der Freiheit gewährleisten sollen. Diese werden dann, solange kein klares Bewußtsein der verfassungstheoretischen Probleme vorliegt, unsystematisch verankert und werden schließlich kräftiger und heiliger als die fundamentalen Freiheitsrechte selbst. . . . Der Weg von der allgemeinen Freiheit zum Privilegium ist oft sehr kurz; er geht über die speziellen Garantien und Sicherungen der Freiheit.“

## 3. Das institutionelle Grundrechtsdenken

a) Institut als *Lebensbereich*: Mit dem „Grundrechtsinstitut“ war zunächst der Inbegriff von Rechtsnormen gemeint, den es gegen radikale Umgestaltung durch den Ge-

setzgeber zu schützen galt. Verdeckt blieb, daß zur Freiheit nicht nur Normen gehören, sondern auch andere Menschen. Deshalb mußte irgendwann und auf irgendeine Weise die Ahnung wach werden, daß auch mit dem normativen Grundrechtsinstitut noch nicht die ganze Freiheit bewußt geworden war: etwa durch eine Soziologisierung und Idealisierung des Instituts zugleich. „Lebensbereiche“ sollten schließlich davon erfaßt werden (*P. Häberle*<sup>66</sup>). Doch die wirkliche zwischenmenschliche Struktur der Freiheit wurde auch durch diese grandiose Ineinsetzung von Faktizität und Normativität, von einfachem Recht und Verfassungsrecht, von Freiheit und Begrenzung, von Individuum und Gemeinschaft sowie vor allem von Idealität (Wertsystem) und Faktizität (Lebensbereich) gerade nicht geklärt, sondern trotz und auch wegen der erheblichen Blickerweiterung zunächst einmal nachhaltig eingetrübt. Den Kernpunkt der institutionellen Überlegungen bildet die repetitive und etwas verklausulierte Einsicht in die Konstituiertheit der Freiheit durch das Recht: „Das Recht ist Bestätigung und Erfüllung der Freiheit, es ist Konsequenz der Freiheit. Das Recht schafft Freiheit und es macht frei.“ Das Recht ist „Wirklichkeit und Erfüllung der Freiheit“.<sup>67</sup>

b) Wenn aber schon *das Recht wirklich auch die Erfüllung der Freiheit* wäre, und wenn schon das Recht frei machte: Dann bräuchte der Bräutigam zur Hochzeit keine Braut; denn es genügte dafür das Eherecht, – und dann bedürfte auch der Verkäufer keines Käufers; denn es genügte ihm die §§ 433 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches. Obwohl Häberle die „tatsächlichen Lebensverhältnisse“ und den „Wirklichkeitsbezug des Rechts“ ins Auge fassen will: die ganze „soziale Seinssphäre“, – und obwohl diese Lebensverhältnisse auch ganzheitlich und pauschal erfaßt (institutionalisiert) werden, entgeht ihm der springende Punkt. Das liegt daran, daß er mit seiner Kritik an der vorstaatlichen, natürlichen Freiheit weit über das Ziel hinausschießt.<sup>68</sup> Vor lauter „Freiheit als Recht“ wird die lebendige, leibhaftige Freiheit normativ verklärt und entleibt,<sup>69</sup> – trotz wiederholter Betonung der subjektiven Seite, die gerade noch nicht auf eine Wiederhereinnahme natürlicher, vorstaatlicher und vorrechtlicher Spontanität und natürlicher, vorstaatlicher und vorrechtlicher Geselligkeit hinausläuft.

<sup>63</sup> G. Jellinek, (Fn. 27), S. 102/3: „Alle Grundrechte verlangen überdies nach einer gesetzlichen Regelung ihrer Ausübung“; „gesetzliche Durchbildung verfassungsmäßiger Freiheiten“.

<sup>64</sup> Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, S. IV/1 ff.; dazu Helmut Ridder, (Fn. 17), S. 41 f.

<sup>65</sup> C. Schmitt, (Fn. 23), S. 164–172.

<sup>66</sup> P. Häberle, (Fn. 6).

<sup>67</sup> P. Häberle, (Fn. 6), S. 225, 93.

<sup>68</sup> P. Häberle, (Fn. 6), S. 145 ff. – Nicht, daß menschliche Freiheit psychisch-natürlicher Spontanität entspringt, wurde vom individualistischen Naturrecht verkannt, sondern daß die Geselligkeit ebenso „natürlich“ ist und daß eben Freiheit als Daseinsform von Geselligkeit gesetzlicher Einrichtung bedarf.

<sup>69</sup> Zum einen will P. Häberle „die Vielzahl detaillierter Rechtsnormen, die die (. . .) Lebensverhältnisse durchdringen und ihnen im einzelnen ‚Gestalt‘ geben“, erschließen, zum anderen sieht er dann gerade nicht in den einzelnen subjektiven Rechten und Pflichten des Zivilrechts das pralle, bunte Leben geformt, sondern kritisiert die „vom Privatrechtsgesetzgeber vorgenommene ‚Zerfallung (!) der konkreten Lebendigkeit (?) der objektiven (!) Institute in ein System farbloser Rechte und Pflichten““ und die „Auflösung der sozialen Lebensverhältnisse in einen ‚Mechanismus individualistischer Rechte und Gegenrechte““ (Fn. 6, S. 165, 77, 90 im Anschluß an *Erich Kaufmann*). Was hier als „farblos“, „mechanisch“ und „individualistisches“ Gegeneinander von Rechten erscheint, das ist in Wahrheit rechtstechnische Form des lebensstüchtigen Durcheinanders der Menschen im Prozeß ihrer ganz und gar nicht privaten, sondern genuin sozialen Abhängigkeit und Freiheit, – verschleierte nur durch die verzerrende Vorsatzlinse harmonisierend-institutioneller Sollvorstellungen.

Freiheit erfüllt sich, indem man sie ausübt, ja! – aber die Ausübung aller Freiheiten, die sich nicht in absoluter Einsamkeit erschöpfen, nimmt ihren Weg durch andere. Wenn Häberle meint, es bedürfe nach wie vor keiner Änderung in dem grundrechtlichen Begriff von Freiheit und Gleichheit,<sup>70</sup> so läßt er sich wie andere auch dadurch täuschen, daß er meint, der Geselligkeit des Menschen mit sozialen Grenzen, Verschränkungen und Funktionen schon Genüge getan zu haben.<sup>71</sup> Die an sich evidente Erweiterung der individuellen Freiheit durch die Sozialdimension aber erschließt sich nur dann scharf, wenn die alltägliche Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen nicht verdrängt, sondern unerschrocken erfaßt und mit Hilfe einer griffigen Dogmatik freiheitlich verfaßt wird: als Freiheit auf Gegenseitigkeit.

c) Weil dem institutionellen Rechtsdenken ein angemessener Freiheitsbegriff fehlt, birgt es *Gefahren*: Es ist schlecht-konservativ oder ideologiefähig, weil im entscheidenden Punkt eine antiaufklärerische Tendenz durchschlägt, nämlich in dem ausdrücklichen Vorbehalt gegenüber der „materialen Allgemeinheit der Aufklärung“.<sup>72</sup> In diesem Punkt war Häberles Institutionalismus durch das Grundgesetz widerlegt, bevor er publiziert wurde: Während nämlich Häberle die sozio-kulturell überlieferte Institute ins „objektive Wertsystem“ einspannt und gegen die „materiale Allgemeinheit der Aufklärung“ befestigen will, setzt das Grundgesetz eben jene „allgemeine und gleiche“ (aufklärerische!) Freiheit ein, um historisch-kulturell überlieferte (wertvolle?) Vorrechte aus Institutionen herauszuberechnen: In der „Ehe“ z.B. besaß der Mann Stichtentscheidungsrechte. Diese objektive, kulturelle „Wert“-Entscheidung jedoch widersprach Art. 3 Abs. 2 GG und mußte weichen.<sup>73</sup> Nicht anders erging es der familienrechtlichen Benachteiligung der unehelichen Kinder: Im Rahmen eines institutionellen Grundrechtsdenkens wäre die Gleichstellung schon im Ansatz gescheitert, weil die Familie als „Institut“ und als Element des „objektiven Wertsystems“ geradezu verlangt hätte, die „nicht familienkonformen“ Kinder ungleich zu behandeln. Das Grundgesetz jedoch erteilt in Art. 6 Abs. 5 GG den definitiven Auftrag, der „allgemeinen und gleichen Freiheit“ gegenüber dem institutionellen Wertbollwerk „Familie“ zum Durchbruch zu verhelfen,<sup>74</sup> – und trotzdem hatten die Reformen es noch schwer genug, das konstitutionelle Prinzip durchzusetzen gegenüber institutionellen „Wert“-Versteinerungen. Nicht anders erging es schließlich auch dem „besonderen Gewaltverhältnis“, das für Häberle als Institut ein „integrierender Bestandteil der materialen Allgemeinheit des verfassungsrechtlichen Wertsystems“ war und geradezu als Schulbeispiel zur Erläuterung des institutionellen Rechtsdenkens diente.<sup>75</sup> So wird deutlich, erstens worin die Gefahren bestehen (sozio-kulturell überlieferte und/oder ideologisch hinterfütterte Privilegierungen), und zweitens wie ihnen zu begegnen ist (Ausspielen „allgemeiner“ Freiheit und Gleichheit im unmittelbar personalen und menschenrechtlichen Sinne gegen institutionelle und „wertsystematische“ Verfestigungen). Da das institutionelle Rechtsdenken Häberles genau diesen (rational-aufklärerischen, auf vernünftige Allgemeinheit zielenden) Weg ausdrücklich abschneidet, paßt sein Institutionalismus nicht recht in eine Verfassungstheorie, die es doch mit Konstitutionen zu tun hat, die selbst weitgehend Werke und Niederschläge der Aufklärung sind. Zugleich zeigt sich, daß die institutionelle Argumentation letztlich keine Maßstäbe liefern kann: Was an Beurteilungsmaßstäben fehlt, muß durch Rekurs auf überlieferte Normativitäten oder Faktizitäten oder durch Einschleusen von Ideologie ersetzt werden. Anderes gilt freilich dann, wenn es gelingt, innerhalb der Institute die institutspezifischen Probleme allgemeiner, gleicher Freiheit als solche zur Sprache zu bringen und ebenso institutsspezifische Maßstäbe für die Einrichtung solcher allgemeiner, gleicher Freiheit zu entwickeln: für die Fälle also, in denen die Freiheitsproblematik nicht institutionell kaschiert, sondern institutsintern aufgerollt, – nicht verdrängt, sondern auf-geklärt wird, z.B. der Zusammenhang von Freiheit und Verantwortung beim Eigentum.<sup>76</sup>

## V. TEILHABE AN LEISTUNGEN DES GEMEINWESSENS

### 1. Was zu erwarten war

Wenn Menschen einander zu Freiheitszwecken instrumentalisieren, dann ist der eine Mensch „tatsächliche Voraussetzung“ für die Freiheit des anderen. Im Raster des

neuen Paradigmas der Freiheit springt daher ins Auge, was durch das Raster des alten Paradigmas ausgeblendet wurde, nämlich die „soziale Bedingtheit“ der Freiheit. Sie springt nicht nur ins Auge, sondern sie wird exakt auf den Begriff gebracht. Da jedoch im alten Freiheitsdenken die soziale Dimension der Freiheit ausgeblendet blieb, war zu erwarten, daß sie eines Tages in verfremdeter Gestalt die Aufmerksamkeit der Grundrechtsdogmatiker erzwingen würde. So geschah es: Ein kleiner Ausschnitt jener Freiheit, die durch Geselligkeit entsteht, betrat in der Verkleidung des „Teilhabenspruchs“ und im Kostüm der „leistungsstaatlichen Seite“ der Grundrechte die dogmatische Bühne.<sup>77</sup>

Die damit angesprochene Problematik hängt zusammen mit der Frage nach „sozialen Grundrechten“ sowie mit dem Streit um den „sozialen Rechtsstaat“.<sup>78</sup> Dabei spiegelt sich die unzulängliche Begrifflichkeit zur Freiheit in einer entsprechenden Begrifflichkeit zur Rechts- und Sozialstaatlichkeit, – und zwar insofern, als die Freiheit nach wie vor als eine Sache des Einzelnen betrachtet wird, während das Soziale nach scheinbar bewährten Mustern zur Sache des Sozialstaates wurde, der für „soziale Schranken und Bindungen“ und nunmehr eben auch für die „materiellen“, „tatsächlichen“ und „ökonomischen“ Voraussetzungen der Freiheit zu sorgen hatte: „Der Sozialstaat stellt die materielle, insbesondere ökonomische Basis dar, auf der sich Freiheit entfaltet. In diesem Sinne ist er (. . .) konstitutionelles Medium der Freiheit.“<sup>79</sup>

Da im Freiheitsbegriff kein Platz war für die anderen Menschen, die die „natürliche“, sozial-anthropologische „Voraussetzung“ der Freiheit sind, war dafür auch kein Platz im Begriff vom Rechtsstaat, der vor allem dem Schutz menschlicher Freiheit dient. Dem entspricht es, daß sich heute der „Sozialstaat“ gegenüber dem Rechtsstaat stark verselbständigt hat. So wurde das Soziale, das schon beim Freiheitsbegriff nur als antinomische Schranke und Bindung konstruiert werden konnte, nunmehr auch als antinomischer sozialstaatlicher Anbau zum Rechtsstaat untergebracht: Nicht der Rechtsstaat und die rechtsstaatliche Freiheit selbst wurden (adjektivisch<sup>80</sup> wie in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 2 GG) auch sozial begriffen, sondern die rechtsstaatliche Sphäre des homo negatorius mußte mit sozialen Bindungen überzogen und mit materiellen Voraussetzungen unterbaut werden. Die alten Widersprüche und Unverträglichkeiten, die zwischen der negativen Freiheit und der positiven Entfaltung im wirklichen Leben bestehen, kehrten wieder als Unverträglichkeiten zwischen Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit.<sup>81</sup> So steht der

<sup>70</sup> P. Häberle, (Fn. 13), S. 320 f. – a. A. inzwischen wohl P. Häberle selbst: oben bei und in Fn. 38.

<sup>71</sup> P. Häberle, a.a.O. und oben bei Fn. 31.

<sup>72</sup> P. Häberle, (Fn. 6), S. 6. „Material allgemein“ ist dort das Wertsystem und das allgemeine Gesetz, jedoch gerade nicht die Freiheit. Für Allgemeinheit und Unteilbarkeit der Freiheit demgegenüber: D. Suhr, (Fn. 11), S. 105 ff., exemplarisch entwickelt zu Art. 2 I GG. – Zur Kritik des institutionellen Denkens: B. Rütters, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970.

<sup>73</sup> BVerfGE 8, S. 210 (216); 17 S. 148 (155); 22, S. 163 (172).

<sup>74</sup> BVerfGE 10, S. 59 (66 ff.); auch 48 S. 327 (337) = EuGRZ 1978, 296 (297) zum Familiennamen.

<sup>75</sup> Fn. 6, S. 36. Kritik und zutreffende Betonung von normativem Rang und Maßstabcharakter der Freiheit bei E. Grabitz, (Fn. 8), S. 233.

<sup>76</sup> BVerfGE 50, S. 290 (342 f., 348) = EuGRZ 1979, 121 (134, 135 f.), Mitbestimmungsurteil; D. Suhr, (Fn. 46), S. 46 ff., 113 ff., 127 ff., ders. (Fn. 11), S. 195 ff.; ders. (Fn. 42), S. 2367.

<sup>77</sup> Zum Folgenden: W. Martens/P. Häberle, (Fn. 5), S. 7 ff., Albert von Mutius, Grundrechte als „Teilhaberechte“ – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des numerus clausus, VerwArch. 64 (1973), S. 183 ff.

<sup>78</sup> Ernst Forsthoff/Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStrRL 12 (1954), S. 8 ff., 37 ff.; Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968.

<sup>79</sup> Young Huh, Rechtsstaatliche Grenzen der Sozialstaatlichkeit, Der Staat 18 (1979), S. 183 ff., 191/2.

<sup>80</sup> Georg-Christoph von Unruh, Besinnung auf den Rechtsstaat, DÖV 1974, S. 508; Christoph Degenhart, Gesetzgebung im Rechtsstaat, DÖV 1981, S. 477, 478; D. Suhr, (Fn. 33), S. 70 ff.

<sup>81</sup> Am dezidiertesten hat E. Forsthoff, (Fn. 78) die Unverträglichkeit von Rechts- und Sozialstaat auf verfassungsrechtlicher Ebene betont.

nach wie vor gesellschaftlichen Freiheit das Soziale vor allem in Form des Sozialstaates, also in etatistischer Gestalt, gegenüber: privatisierte Freiheit, etatisierte Sozialstaatlichkeit. Versuche, gegen dieses Auseinanderreißen begrifflich anzugehen,<sup>82</sup> hatten als Fremdkörper im gewohnten Raster kaum eine reale Chance. Jetzt, wo die „Grenzen des Wohlfahrtsstaates“ auch anderen bewußt werden, sind sie vielleicht fähig zu begreifen, was der „Umweg“ des Sozialen „über den Staat“ bedeutet, von dem damals schon die Rede war.

## 2. Originäre und derivative Teilhaberechte

Zum Schwur wegen der Teilhabedimension der Grundrechte kam es, als Grundrechtsträger den positiv leistenden Sozialstaat im Namen der rechtsstaatlichen „gleichen Freiheit“ beim Wort und in Anspruch nahmen. Die Formel dafür lautete: Man nehme die Summe aus grundrechtlicher Freiheit und grundrechtlicher Gleichheit, und man multipliziere sie mit der Sozialstaatlichkeit; das ergibt einen grundrechtlich-sozialstaatlichen Teilhabeanspruch:

„Selbst wenn grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß auch im modernen Sozialstaat es der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und inwieweit er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren will, so können sich doch, wenn der Staat gewisse Ausbildungseinrichtungen geschaffen hat, aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen ergeben. Das gilt besonders, wenn der Staat – wie im Bereich des Hochschulwesens – ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol für sich in Anspruch genommen hat und wo, – wie im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen – die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzungen für die Verwirklichung von Grundrechten ist.“<sup>83</sup>

Diese „derivativen“<sup>84</sup> Teilhaberechte werden nicht direkt und ausschließlich aus der Verfassung gewonnen, sondern abgeleitet aus dem Zusammentreffen verfassungsrechtlicher Garantien mit einem Bestand von staatlichen Einrichtungen, welche „staatliche Leistungen“ erbringen und dadurch die „Teilhabe an den staatlichen Leistungen“ verschaffen.

## 3. Teilhabe als Freiheit durch andere auf dem Umweg über den Staat

Bei der Teilhabe und bei der „leistungsstaatlichen Seite“ der Grundrechte geht es um die „materiellen“ oder „ökonomischen Voraussetzungen“, um die „materielle Basis“ und die „tatsächlichen Bedingungen“ der Grundrechtsausübung. Worauf zielen diese Formulierungen, wenn man sie nicht so abstrakt beläßt, sondern konkret fragt, was sich dahinter im einzelnen an „leistungsrechtlichen“ Darbietungen verbirgt? Ganz einfach: Sie zielen darauf, daß z. B. der Medizinstudent, der in den Genuß der „tatsächlichen Voraussetzungen“ seiner späteren Berufstätigkeit kommen will, auf mehr oder weniger direkten oder indirekten Wegen Leistungen entgegennehmen möchte, die andere Menschen für ihn erbringen. Er verlangt, durch die Leistungen anderer frei zu werden. Er verlangt, daß andere zu Mitteln und Instrumenten seiner Freiheit werden. Der wahre Charakter seines Verlangens bleibt der Dogmatik jedoch verborgen, weil er durch die Ausdrucksweise verfremdet und verdinglicht wird: „Materielle“, „ökonomische“, „tatsächliche“ Voraussetzungen. Das alles erinnert an Haus, Hof und Brunnen als der materiellen Basis urtümlich-selbständiger Freiheit (beherrschter Lebensraum),<sup>85</sup> – und es ist geeignet dazu, den Befund zu verschleiern, daß es sich um Leistungen anderer Menschen handelt (sozialer Lebensraum).<sup>86</sup>

Die mit dem Teilhabeanspruch reklamierte Freiheit wird durch den Staat vermittelt. Auch das trägt zur Verschleiern der wahren Zusammenhänge bei; denn so erscheint die Freiheit-durch-andere in einer höchst generalisierten und abstrahierten Form. Gleichwohl fungieren dabei die Mitglieder des Gemeinwesens insgesamt als indirekte Anspruchsgegner des Teilhabeanspruchs. Der Staat ist gewissermaßen nur als

ihr Prozeßstandschafter passiv-legitimiert: Was der Teilhabeberechtigte als Aktiva seiner Freiheitsmöglichkeiten verbucht, erscheint beim Staat als durchlaufender Posten, der Verwaltungskosten verursacht, und schlägt sich in der Hauptsache beim Staatsbürger in Form der fiskalischen Gegenbuchung von Aufwand nieder.

Die geläufige „Teilhabe an staatlichen Leistungen“ ist also, genau genommen, eine etatistisch mediatisierte „Freiheit durch andere“. Und je hartnäckiger wir den Begriff der privaten Freiheit von sozialen Momenten freihalten, desto weiter müssen wir die Etatisierung der Sozialdimension unserer Freiheit treiben. So erzeugt das individualistische, liberalistische Denken, je engstirniger es auf seinen Interessen und Irrtümern beharrt, das Gegenteil von dem, was es schützen und erhalten will. Ebenso befestigt auch und gerade das landläufige sozial-staatliche, leistungsstaatliche Denken den individualistischen Begriff von der Freiheit, den zu überwinden es angetreten ist: Der eine grundlegende Widerspruch gebiert immer wieder neue Widersprüchlichkeiten.<sup>87</sup>

Anschaulich treten die Widersprüche der derzeitigen Dogmatik bei P. Häberle hervor: Häberle wird bekanntlich nicht müde, den Etatismus in der Verfassungstheorie und Verfassungspraxis zu bekämpfen. Er streitet für das Konzept eines „verfaßten Gemeinwesens“. Und er betont: „Die Dogmatik zu grundrechtlichen Teilhabestrukturen ist von dem Anliegen getragen, den Bürgern in der Gesellschaft reale Freiheitschancen zu ermöglichen.“<sup>88</sup> Und doch läuft gerade seine eigene Teilhabedoktrin, auf die er sich dabei ausdrücklich bezieht, hinaus auf nichts anderes als auf die Teilhabe an Leistungen – des Staates (und an staatlichen Verfahren): Sie ermöglichen „menschliche Selbstentfaltung, Humanitas, individuelles Glück“.<sup>89</sup> Freilich wirkt sich die etatisierte Teilhabe mittelbar auf die gesellschaftliche Freiheit aus. Daß aber die gesellschaftliche Freiheit schon selbst zunächst vor allem Freiheit durch andere Menschen in der Gesellschaft ist, daß also auch die Teilhabe zunächst vor allem ein gesellschaftliches Phänomen der Freiheit als solcher ist (und daß deshalb die Freiheit der einen mit entsprechenden Leistungen und Belastungen anderer in der Gesellschaft verbunden ist): das wird nicht hinreichend bewußt. Deshalb trägt ihn sein Anliegen, den Etatismus hinter sich zu lassen und den Bürgern Freiheitschancen in der Gesellschaft zu eröffnen, direkt und gewissermaßen wider besseres Wollen in die Arme des „Gegners“, nämlich in die etatistische Variante der Teilhabe: „Soziales Grundrechtsverständnis ist vor allem sozialstaatliches Grundrechtsverständnis“ (Hervorhebung im Original<sup>90</sup> und im Gedanken an den „Leistungsstaat“).

## 4. Freiheit als Teilhabe, Teilhabe als Freiheit

Uns erscheint die „Teilhabe“ als junge, moderne Erscheinung des Sozialstaates. Die „Freiheit“ dagegen war und ist das höchste Schutzgut für den altherwürdigen Rechtsstaat. Gemeinsam ist der Teilhabe und der Freiheit ihre Ausrichtung auf den Staat: Wie die Grundrechte „klassische Abwehrrechte gegen den Staat“ waren, so wird jetzt auch die Teilhabe als „Teilhabe an staatlichen Leistungen“ gedacht. Bei den Grundrechten gibt es zwar inzwischen die Wirkung

<sup>82</sup> D. Suhr, (Fn. 33), S. 72 ff.; ders. (Fn. 11), S. 14 ff.

<sup>83</sup> BVerfGE 33, S. 303, (330 ff.), 1. NC-Urteil; 43, S. 291 = EuGRZ 1977, 66, 2. NC-Urteil 54, S. 173 = EuGRZ 1980, 420; BVerfG EuGRZ 1982, S. 81.

<sup>84</sup> W. Martens, (Fn. 5), S. 21.

<sup>85</sup> E. Forsthoff, (Fn. 78), S. 146 f.

<sup>86</sup> D. Suhr, (Fn. 33), S. 79 ff.; E. Grabitz, (Fn. 8), S. 253 f.

<sup>87</sup> Mit der Folge, daß mit der Bereinigung des einen grundlegenden Widerspruches auch die mit ihm zusammenhängenden anderen verschwinden.

<sup>88</sup> P. Häberle, (Fn. 13), S. 320.

<sup>89</sup> P. Häberle, (Fn. 5), S. 43, 125.

<sup>90</sup> P. Häberle, (Fn. 5), S. 138, Leitsatz 31. Dagegen schon D. Suhr, (Fn. 33), S. 75, 78: Soziales Ordnen gehe vor sozialem Gewähren; gegen Symptomtherapie, für Besinnung auf den sozialen Charakter der Freiheit. Soziales Grundrechtsverständnis ist vor allem soziales Freiheitsverständnis. Kritisch auch Friedhelm Hufen, Gleichheitssatz und Bildungsplanung, 1975, S. 29, 54 ff.

in der Drittrichtung, vermittelt durch die Grundrechte als „Elemente einer objektiven Wertordnung“, – aber sich gesellschaftliche Freiheit als Teilhabe und Teilhabe als gesellschaftliche Freiheit vorzustellen:<sup>91</sup> Das erscheint absurd; das übersteigt das Vorstellungsvermögen; kann das dogmatisch noch ernstgenommen werden?

a) In den *vor-sozialstaatlichen* Epochen der Menschheit, als die Grundrechtsdogmatiker die Teilhabe noch nicht entdeckt oder erfunden hatten, – haben da die Menschen teilhabelos als ungesellige Einzelgänger gelebt? Zweifel sind angebracht; denn kein geringerer als Aristoteles hatte den Menschen als *zoon politikon* definiert. Wie aber hatte in vor-sozialstaatlicher Zeit der Schuster teil an den Leistungen des Schmiedes, der Schmied teil an den Leistungen des Schneiders, die Kinder teil an den Leistungen der Eltern, die Großeltern teil an den Leistungen der Jüngeren? Sie alle lebten und sie alle entfalteten sich in ihren Gemeinschaften, indem sie wechselseitig teilhatten an den Leistungen, die sie als Mitglieder dieser ihrer Gemeinschaften einander erbrachten. Sie hatten aneinander umso eindringlicher teil, je gründlicher sie die Vorteile der Arbeitsteilung zu nutzen verstanden.

Die „Teilhabe“ ist also eine uralte, allgegenwärtige gesellschaftliche Tatsache. Die großen Veränderungen haben sich auf bloß ideologisch-begrifflicher Ebene vollzogen: die hemmungslos sozial-anthropologische Reduktion des Menschen auf den *homo negatorius* in der Freiheitsdogmatik; die Ausblendung alles Sozialen aus der menschlichen Freiheit und die damit verbundene drastische Beschränkung des Sichtfeldes der Grundrechtsdogmatiker.

Man kann den Befund auch so ausdrücken: Die Menschen sind gesellschaftlich voneinander abhängig. Also haben sie, ob wir es wissenschaftlich wahrhaben wollen oder ideologisch verdrängen, ob wir es offen beim Namen nennen oder wohlweislich bestreiten, auch und gerade innerhalb der Gesellschaft aneinander teil: Die Menschen sind der Menschen Teilhaber. Vielfältig sind nicht nur die Formen, sondern auch die Themen und die Inhalte dieser Teilhabe: Teilhabe an Sprache und Bewußtwerdung; Teilhabe an Beute und Ertrag; Teilhabe vermittelt durch Tausch von Naturalien; Teilhabe durch Tauschgeschäfte unter Verwendung von Geld; Teilhabe durch Sozialrenten und Teilhabe durch Kapitalrenten; Teilhabe durch Unterhaltsanspruch von Kindern gegenüber ihren Eltern und von Eltern gegenüber ihren Kindern; – bis hin zu der etatistisch mediatisierten Teilhabe des Medizinstudenten an der universitären Ausbildung.

„Soziale Teilhabe“ der Menschen aneinander war gang und gäbe, längst bevor die Grundrechtsdogmatiker des bürgerlichen Rechtsstaates sich darin übertrafen, sie nicht wahrzunehmen, sondern unter einem begrifflichen Schleier von „negativer Eingriffsfreiheit“ verschwinden zu lassen. Jahrhunderte, bevor die Schriftgelehrten des Verfassungsrechts die Vertragsfreiheit und das Eigentum grundrechtsdogmatisch für schutzwürdig gegenüber staatlichen Eingriffen erklärten, waren Vertrag und Eigentum weit verbreitete und anerkannte Einrichtungen des Rechts- und Wirtschaftswesens zur wechselseitigen Vermittlung sozialer Teilhabe auf optimal kurzen Transferstrecken. Eigentumsschutz und Vermögensschutz: Das war seit Beginn des Grundrechtsschutzes weitgehend materieller Teilhabeschutz in der formellen Verkleidung bloßen Eingriffsschutzes. Eigentum: Das war schon immer und ist noch heute weitgehend Teilhabe. Nicht erst das Sozialrecht mit seinen Sozialrenten, sondern schon das Kapitalrecht mit seinen Kapitalrenten vermittelte die Teilhabe an den Leistungen des Gemeinwesens.

b) In einer freiheitlichen, arbeitsteiligen Wirtschaft existiert ökonomische Freiheit in der Form von Tauschfreiheit, und Tauschfreiheit ist Teilhabefreiheit. Als Tauschanwart-

schaft<sup>92</sup> ist daher das Geld ein Teilhabemedium und ein Freiheitsmedium<sup>93</sup> zugleich. Die Identität von Teilhabe und Freiheit<sup>94</sup> erscheint am Umgang mit dem valutierten Tauschmedium „Geld“ auf geradezu idealtypische Weise. So ist die *Geldordnung* zugleich der Idealtyp einer Freiheits- und einer Teilhabeordnung. Sie ordnet und organisiert die monetär vermittelte ökonomische Teilhabefreiheit bzw. Freiheitsteilhabe. Vergleicht man die Vermittlung von Teilhabefreiheit durch den Sozialstaat einerseits und durch das Geld andererseits, so erscheint die Geldordnung als die primäre, monetäre und der Sozialstaat als die sekundäre, etatistische Ordnung der Teilhabefreiheit. Soweit die primäre Teilhabeordnung Mängel größeren Stils aufweist, müssen sie weitgehend durch die sekundäre Teilhabeordnung wieder behoben werden. Wer Fragen des sozialen Rechtsstaates auf den Grund gehen will, muß also der Geldordnung auf den Grund gehen. Diese weist in der Tat einen fundamentalen Mangel genau dort auf, wo im großen Stil über die gerechte oder ungerechte Teilhabe durch geldvermittelten Tausch entschieden wird.<sup>95</sup>

Die Menschen sind voneinander abhängig. Soweit diese Abhängigkeit als ökonomisches Angewiesensein aufeinander erscheint, ist das Geld ein Medium zur Verwandlung dieser sozialanthropologischen Abhängigkeit der Menschen voneinander in ihre sozial-anthropologische Freiheit durch-einander: Ein generalisiertes Medium der Tauschfreiheit sowohl als auch der Tauschabhängigkeit, – ein Medium der Freiheitsteilhabe sowohl als auch der Teilhabefreiheit. Dabei zeigt sich, wie jede solche Freiheit durch den anderen verbunden ist mit einer Belastung des anderen: Den Aktiva auf der einen Seite stehen gegenüber die Passiva auf der anderen Seite.<sup>96</sup> Dieser Zusammenhang gerät bei der umständlichen, etatistischen Vermittlung der Teilhabefreiheit/Teilhabefreiheit leicht aus dem Blick. Bei Tauschgeschäften der Bürger untereinander jedoch springt der Zusammenhang geradezu in die Augen: Buchung und Gegenbuchung ergeben eine sozial-anthropologische Saldenmechanik<sup>97</sup> der ökonomischen Freiheit. Die Lenkung von Geldströmen und die Verteilung von Vermögen ist identisch mit der Verteilung und Lenkung von ökonomischer Freiheit, – und sie ist vor allem identisch mit der Verteilung und Lenkung der Belastungen, welche die anderen zu tragen haben, durch welche die einen frei sind. Zugespißt: Man darf gerade nicht nur auf die Verteilung der Einkünfte, Leistungen, Vorteile und Freiheiten schauen; es kommt vielmehr jetzt auf die Verteilung der Belastungen an, und die kann man nur erkennen und in ihrem existentiellen oder bloß marginalen Gewicht nur messen an der wirklichen, physischen und psychischen Belastung derjenigen, die das zu Verteilende „im Schweiß ihres Angesichts“ erarbeiten.

c) Die Einsicht, gesellschaftliche Freiheit erscheine vielfach als Freiheit durch andere, also als Teilhabe der Menschen an den Menschen, darf nicht mißverstanden werden: *Als ob jedermann gegen jedermann bestimmte Teilhabeanprüche*<sup>98</sup> geltend machen sollte! Man kann das Konzept und

<sup>91</sup> Treffend: H. Willke, (Fn. 1), S. 216 ff., und Gerd Hoffmann, Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit, 1981, S. 207: prinzipiell kein Gegensatz mehr zwischen Freiheit und sozialer Teilhabe, stattdessen „Freiheit in der Teilhabe“.

<sup>92</sup> D. Suhr, Die Geldordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Joachim Starbatty (Hrsg.), Geldordnung und Geldpolitik in einer freiheitlichen Gesellschaft, Tübingen 1982, S. 91–116; ders., Gerechtes Geld, ARSP LXIX (1983), S. 322–339; ders., Geld ohne Mehrwert, 1983.

<sup>93</sup> Schon D. Suhr, (Fn. 46), S. 22 ff.; ders. (Fn. 11), S. 189 ff.

<sup>94</sup> Siehe G. Hoffmann, (Fn. 91).

<sup>95</sup> D. Suhr, (Fn. 92).

<sup>96</sup> Genaue dogmatische Konstruktion: D. Suhr, (Fn. 46), S. 43 f., mit Hinweisen auf Ferdinand Tönnies, Das Eigentum, Wien 1926, S. 22 (Forderung lusthaft, Schulden unlusthaft, entgegengesetzt wie Plus und Minus): des einen (verfassungsrechtliches) Eigentum als des anderen Schuld.

<sup>97</sup> Eine nicht bloß terminologische Anspielung auf und Anleihe bei Wolfgang Stützel, Volkswirtschaftliche Saldenmechanik, 2. Aufl., 1978.

<sup>98</sup> Lehrreiches Paradigma für die rechtstechnische Transformation wechselseitiger Abhängigkeit in wechselseitige Freiheit bietet →

die Problematik der „Freiheit der Menschen durch die Menschen“ nicht gründlicher verdrehen und verkehren, als daß man ihm solche primitiven Vorstellungen auch nur andeutungsweise unterstellt.

Es geht darum, die Freiheit richtig zu begreifen, um die anstehenden Freiheitsprobleme sodann angemessener bewältigen zu können. So bestätigt die „Teilhabe an staatlichen Leistungen“ zunächst nur, daß man, wo immer man den Fragmenten der heutigen Grundrechtsdogmatik auf den Grund geht, auf die Grundstrukturen der Freiheit stößt. Auch die „eingesetzten Lebensbereiche“ erscheinen nun weitgehend als institutionelle Ausformungen jener gesellschaftlichen Freiheiten, die als gesellschaftliche Teilhabe erscheinen.

Die Einführung eines neuen Paradigmas in die Sprache einer Wissenschaft löst ihre Probleme nicht, sondern eröffnet nur *neue Strukturen und Sprechweisen für die Lösung der Probleme*. Ein Paradigma, das sich selbst als Lösung eines Problems anbieten würde, ist kein Paradigma, sondern ein falsch etikettierter Vorschlag zur Lösung eines Problems. Wer mich also kritisiert, mit meinem Begriff der Freiheit durch andere sei noch kein einziges Problem gelöst, liefert dadurch nur ein Indiz dafür, daß das, was ich biete, wenn es taugt, wirklich ein neues Paradigma ist und nicht nur irgendeine Meinung zu irgendeinem Problem oder irgendein dogmatischer Behelfsbau wie „Institut“, „Teilhabe“, usw.

## VI. „VERFAHREN“ BEIM SCHUTZ UND BEI DER AUSÜBUNG VON GRUNDRECHTEN

### 1. Was zu erwarten war

Die alte Freiheit war Freiheit vom Staat. Daher war Freiheit durch den Staat<sup>99</sup> undenkbar. Es blieb im Schatten grundrechtlicher Indifferenz, daß staatliche Gerichte staatliches Recht anwendeten und dadurch erst den Bürgern zu ihrer Freiheit verhalfen, wenn die Schuldner trotz drohenden Rechtsschutzes den Willen ihrer Gläubiger nicht erfüllen wollten.<sup>100</sup> Zwar war ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz anerkannt, und dieser Anspruch war für die tatsächliche Ausübung und Durchsetzung grundrechtlicher Freiheiten in der Gesellschaft auch schlechthin konstituierend; nur eben grundrechtsdogmatisch war das alles unsichtbar und uninteressant,<sup>101</sup> so lange das, was grundrechtsdogmatisch verdrängt war, in der Verdrängung wunsch- und interessengemäß funktionierte. Noch heute betrifft Art. 19 Abs. 4 GG nicht die privatrechtlichen Streitigkeiten.

Der konstruktiv-begriffliche Zusammenhang zwischen negativer Freiheitssphäre, positivem Rechtsschutz und Rechten der Persönlichkeit war *Georg Jellinek*<sup>102</sup> freilich noch genau bewußt, und zwar, weil er seine Dogmatik analog den negatorischen Rechten des bürgerlichen Rechts konstruiert hatte: Der Anspruch des Bürgers auf „Unterlassung und Beseitigung von Störungen seines negativen Status“ gehört „wie jeder Anspruch auf bestimmtes staatliches Verhalten zum positiven Status des Individuums“, denn das Individuum „hat die Fähigkeit, in seinem eigensten Interesse Normen der Rechtsordnung in Bewegung zu setzen und Aktionen der Behörden herbeizuführen“. Damit lag der Zusammenhang zwischen Gewährleistungen von Freiheit und staatlichem Rechtsschutz auf der Hand; er sollte jedoch unter dem Grundgesetz erst anlässlich einschlägiger praktischer Fälle spruchreif werden: Wieder war es der Eigentumschutz, bei dem sich unser Grundrechtsdenken als besonders sensibel erwiesen hat. Die klassischen Prozeß-Grundrechte (gesetzlicher Richter, rechtliches Gehör, gesetzliche Vorherbestimmtheit der Strafbarkeit eines Verhaltens) zeigen jedoch, daß der Zusammenhang zwischen grundrechtlicher Freiheit und verfassungsrechtlichen Garantien auch verfassungsrechtstechnisch nichts strukturell Neues bietet.

### 2. Grundrechte in staatlichen Verfahren<sup>103</sup>

Das Bundesverfassungsgericht<sup>104</sup> geht in einer von ihm selbst als „gefestigt“ bezeichneten Rechtsprechung davon

aus, „daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Rechtsschutz von Bedeutung ist“. Nachdem der Verfahrensaspekt der Grundrechte in der Entscheidung über das Hamburger Deichordnungsgesetz zuerst im Zusammenhang mit Enteignungsfragen bewußt geworden war,<sup>105</sup> wurde er alsbald auch für das Zwangsversteigerungsverfahren anerkannt und zum Teil zum Anspruch auf faires Verfahren konkretisiert.<sup>106</sup> Inzwischen ist anerkannt, daß die Grundrechte auch die Ausgestaltung behördlicher Verwaltungsverfahren beeinflussen: Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG beeinflusst z. B. die Anwendung der Vorschriften über das behördliche und gerichtliche Verfahren bei der Genehmigung von Kernkraftwerken: deren vorrangige Aufgabe gerade darin bestehe, Leben und Gesundheit zu schützen; zwar sei nicht jede Verfahrensverletzung auch eine Grundrechtsverletzung, wohl aber komme eine solche in Betracht, wenn Verfahrensvorschriften außer acht gelassen würden, „die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 genannten Rechtsgüter erlassen hat“.<sup>107</sup>

Die dogmatische Einordnung des effektiven Rechtsschutzes im Zusammenhang mit Grundrechten bereitet erhebliche Schwierigkeiten: Wurde früher eher streng zwischen dem „materiellen“ Grundrecht (z. B. des Art. 1 GG) und „formellen“ Grundrechten unterschieden (z. B. Art. 19 Abs. 4, 101–104 GG), wie es die Systematik des Grundgesetzes nahelegt, zeichnet sich nunmehr eine noch nicht geklärte Verbindung bestimmter Elemente des Rechtsschutzes und des Verfahrensschutzes mit dem materiellen Grundrecht ab.<sup>108</sup> Wie immer die dogmatische Konstruktion ausfallen mag: Das Ergebnis der Rechtstechnik läuft darauf hinaus, daß es grundrechtlich gerade nicht mehr „indifferent“ bleibt, wie der Staat mit seinem Bürger in öffentlich-rechtlicher, eigener, oder in zivilrechtlich, „fremder“ Sache verfährt. Miteinander zu verfahren, das bedeutet: miteinander umzugehen. „Isolierte einzelne“, wie sie in Gestalt des Sacheigentümers Modell gegessen hatten für das Freiheitsverständnis, „verfahren“ nicht miteinander, sie „stören“ oder „beschränken“ einander nur. „Verfahren“ vollzieht sich als Zusammenspiel mehrerer im Ablauf der Zeit, und es zielt als staatliches Verfahren in der Regel darauf, daß Entscheidungen gefunden und durchgesetzt werden. Es geht – soziologisch ausgedrückt – darum, daß „neue Erwartungs-

→ das Geld: Die Geldordnung richtet die „Pflicht“, zum Sozialprodukt beizutragen, wenn man daran teilhaben will, ein als bloße Tauschobliegenheit; und sie lockert das „Recht“ auf Teilhabe zur monetären Tauschanwartschaft. So steht es dem individuellen Belieben trotz aller unerbittlichen Abhängigkeit „frei“, wo, wann, wie und bei wem es seine Obliegenheit zum Tausch erfüllt und wo, wann, wie und bei wem es für seine monetäre Anwartschaft etwas einkauft. Zum Kontrahierungsdruck: oben im Text nach Fn. 59!

<sup>99</sup> Inzwischen ist die Formel geläufig: z. B. *Hans Heinrich Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, AÖR 101 (1976), S. 175; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe, 1979, S. 6; *G. Hoffmann*, (Fn. 91), S. 20.

<sup>100</sup> Kein Zufall, daß die Frage später wieder spruchreif wurde an Fällen der Zwangsversteigerung: BVerfGE 42, S. 64 (72) = EuGRZ 1976, 250; 46, S. 325 (333 ff.) = EuGRZ 1978, 29.

<sup>101</sup> Überlegungen zum Warum: *Helmut Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 22 ff., 42 ff.

<sup>102</sup> Fn. 27, S. 105 f., 124 ff.: das Persönlichkeitsrecht selbst als Quelle des Rechtsschutzanspruchs.

<sup>103</sup> Zum Folgenden: *Herbert Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1–7. Außerdem etwa *Dieter Lorenz*, Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, S. 865; *H. Goerlich*, (Fn. 101); Willi Blümel, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: *ders.* (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23–91.

<sup>104</sup> BVerfGE 53, S. 30 (65) = EuGRZ 1980, 57 (66), Mülheim-Kärlich.

<sup>106</sup> Fn. 100.

<sup>107</sup> Fn. 104.

<sup>108</sup> Jedenfalls bei *H. Goerlich*, (Fn. 101).

strukturen in die alte, identisch bleibende Persönlichkeit“ des Entscheidungsbetroffenen „eingebaut“ werden, damit er die Entscheidung akzeptiert.<sup>109</sup> So dringen die anderen kraft des Verfahrens in ihn ein; er muß „schlucken“ was entweder der Staat selbst oder was ein Dritter mit staatlicher Eindring- und Vollstreckungshilfe von ihm zu „schlucken“ verlangt.

Da „Freiheit durch andere“, anders als negatorische Sphären, häufig nur als schuldrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Anspruch rechtliche Gestalt hat und bei Leistungsverweigerung nur mit Hilfe des Staates „durchgesetzt“ werden kann, geht solche Freiheit nicht weiter als der im Hintergrund stehende Rechtsschutz. Hier besteht auch das „Eigentum“ (im verfassungsrechtlichen Sinne) nicht nur nach Maßgabe der objektiven Gesetze, nicht nur nach Maßgabe des Haftungs- und Konkursrechts,<sup>110</sup> sondern nach Maßgabe des tatsächlichen Gerichtsverfahrens sowie der Zwangsvollstreckung. Das ist Freiheit nicht ohne andere und nicht ohne den Staat, sondern durch andere und durch den Staat. Dieser Staat bedroht die Freiheit nicht; er macht auf rechtstechnisch exakt nachvollziehbare Weise frei durch Einrichtung von Verfahren der „Durchdringung“.

### 3. Privatrechtliche Verfahren der Freiheit durch andere

Nicht nur der Staat „verfährt“ in gerichtlichen und Verwaltungsverfahren mit dem Bürger, sondern auch Bürger „verfahren“ miteinander auf eine mehr oder weniger förmliche Weise, sobald sie aus sich herausgehen und in Verkehr mit anderen Menschen treten. Wir sind allerdings nicht gewohnt, den Verkehr der Menschen untereinander unter dem Aspekt des Prozedierens<sup>111</sup> zu betrachten. Denn für die vielen unterschiedlichen Themen und Operationsfelder, auf denen die Menschen einander begegnen und miteinander verkehren, stehen uns unterschiedliche und konkrete Begriffe des Zivilrechts zur Verfügung, die genau bestimmen, in welcher Weise die Bürger miteinander von Rechts wegen „verfahren“ dürfen und welche Folgen sich daran knüpfen. Das alles betrachten wir als „materielles“ Zivilrecht, und nur gelegentlich scheint der Verfahrensaspekt auf, z. B. in der Formel des „venire contra factum proprium“.

Diese zivilrechtliche Vielfalt und Konkretetheit ist notwendig. Sie soll hier durchaus nicht durch einen Oktroy eines für die Praxis weitgehend überflüssigen Begriffapparates verwischt und belastet werden. Es geht nur darum, bewußt zu machen, daß Freiheit durch andere eine Freiheit des (mehr oder weniger wechselseitigen) Durchdringens des anderen mit den eigenen Willensvorstellungen ist und daß diese alltägliche Durchdringung als Prozeß, als Verfahren aufgefaßt werden muß, als kommunikative Interpenetration in der Zeit. Insofern ist Privatrecht genuines Sozialrecht: im ursprünglichen, nicht fürsorge-, sozial- und wohlfahrtsrechtlich verengten Sinne. So wie das Verwaltungsverfahren in der Regel formlos ist, so auch das Verfahren der Bürger untereinander, z. B. bei vorvertraglichen Gesprächen, die jedoch immerhin so viel Rücksichtnahme gebieten, daß man bei Verletzung der Gesprächsregeln den Ersatz des Vertrauensschadens riskiert. So konstituiert das Zivilrecht Elemente des sozialen Verfahrens, das die Bürger im Verkehr miteinander zu beachten haben. Aber nochmals: Hier will nicht der Grundrechtler den Zivilrechtler belehren und bevormunden, sondern im Gegenteil, durch Beobachtung des Zivilrechts können Grundrechtsdogmatiker allmählich merken, was es wirklich heißt, wenn die Grundrechte den Bereich menschlicher Freiheit „abdecken“ und wenn diese Grundrechte durch das einfache Recht „konkretisiert“ werden. Die Grundrechtsdogmatiker haben von den Zivilrechtlern sehr viel mehr zu lernen als die Zivilrechtler von den Grundrechtsdogmatikern: Die Rechtstechniken des Zivilrechts sind ein „aufgeschlagenes Buch“, in dem die Techniken, Verfahren und Operationalismen der sozialen Freiheit-durch-andere studiert werden können.

## VII. ORGANISIERTE FREIHEIT

### 1. Was zu erwarten war

Die Menschen hocken nicht jeder für sich auf ihren negatorisch umhegten Parzellen der Einzelheit, sondern befreien

einander aus der Beschränkung auf sich selbst, indem sie einander zu Willen sind. Das geschieht nicht nur in gelegentlichen Begegnungen, sondern schon seit eh und je auch in Formen organisierten Zusammenwirkens. Also war zu erwarten, daß sich die Grundrechtsdogmatik eines Tages mit dem Befund der organisierten Freiheit der Bürger durcheinander würde auseinandersetzen haben. Vorboten des Problems waren Streitigkeiten zur Weimarer Reichsverfassung über die Geltung der Grundrechte für juristische Personen; denn juristische Personen sind der rechtstechnische Idealtyp des organisierten und personifizierten Zusammenwirkens von Grundrechtsträgern in der Gesellschaft.

Da man damals noch ganz davon gefesselt war, ob juristische Personen überhaupt rechtstechnische Zurechnungsobjekte für Grundrechtsgeltung sein könnten, – aber vor allem auch, weil die Dogmatiker noch in der Vorstellung von der negativen Freiheit befangen waren, stellte sich die Frage nach der rechtlichen Innenarchitektur der betroffenen juristischen Personen nicht. Nachdem jedoch durch Art. 19 Abs. 3 GG die Weimarer Streitfrage entschieden war, hätte das Problem spätestens im Rahmen des institutionellen Rechtsdenkens bei P. Häberle als eine der heikelsten Fragen gesetzlich eingerichteter und mediatisierter grundrechtlicher Freiheit ins Bewußtsein dringen müssen, sofern das Problem der „Instrumentalisierung“ von Menschen zu Freiheitszwecken auch nur ein wenig erahnt worden wäre. Da jedoch das institutionelle Rechtsdenken rezeptiv, konservierend und anti-generalisierend ist, hat es Sinn zwar für konkrete Lebensbereiche, nicht aber für die freiheitspolitisch brisante „Institution“ der juristischen Grundrechtsperson und das Problem normativer Maßstäbe allgemeiner Freiheit in solchen korporativen Gebilden<sup>112</sup> entwickeln können; – obwohl doch Art. 19 Abs. 3 unmittelbar neben Art. 19 Abs. 2 GG steht, zu dem Häberle sein institutionelles Rechtsdenken entfaltet hat, und obwohl in beiden Vorschriften das Wesen der Grundrechte angesprochen wird. Auch der Streit um die „Verbandsperson“ in der Zivilistik des ausgehenden 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Pluralismus<sup>113</sup> hätte für die Problematik sensibilisieren müssen.

### 2. Modellfall „aktienrechtlich organisiertes Eigentum“

Wie beim „Grundrechtsinstitut“ und bei den „Grundrechten als Verfahrensgarantien“, so war es auch bei der „organisierten Grundrechtsausübung“ wiederum das Eigentum, an dem die bis dahin verdrängten Dimensionen der Freiheit sichtbar wurden: nämlich die Frage nach der Innenarchitektur von Gebilden organisierter Grundrechtsausübung. Sie wurde spruchreif, als der Gesetzgeber im Zuge der Aktienrechtsreform 1958–1965 sich unter Berufung auf das verfassungsrechtliche Eigentum an die Umorganisation der Binnenstruktur der Aktiengesellschaften heranmachte und als dieser Vorgang verfassungsrechtlich in Form einer „verfassungsrechtlichen Analyse der Grundstruktur des aktienrechtlich organisierten Eigentums“ reflektiert wurde: nicht im Sinne einer innovativen und neue Dimensionen erschließenden grundrechtsdogmatischen Erfindung oder Entdeckung wie in den Fällen des „Instituts“ und der „Teilhabedimension“, sondern schlicht und konkret auf der Su-

<sup>109</sup> Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975, S. 33.

<sup>110</sup> D. Suhr, (Fn. 11), S. 201; ders. (Fn. 52, 1979), S. 146.

<sup>111</sup> Hinweise: D. Suhr, (Fn. 11), S. 81, 116, 151 ff., 39; ders. (Fn. 52, 1979), S. 146; Wolfgang Hoffmann-Riem, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 385, 387 mit Anm. 10; H. Bethge, (Fn. 103), S. 2 ff.

<sup>112</sup> Noch jetzt (Fn. 38) unterschätzt P. Häberle den Wesensvorbehalt des Art. 19 Abs. 3 GG für Probleme der gesetzlichen Einrichtung der Binnenstrukturen und für Probleme der Grundrechtsmediatisierung.

<sup>113</sup> Neuerdings Helmut Quartausch: Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus, in: Der Staat 19 (1980), S. 29–56.

che nach Einrichtungsmaßstäben für die organisierte Ausübung der Eigentümerfreiheit bei aktienrechtlich organisiertem Produktionseigentum.<sup>114</sup>

Es ging darum, den Befund des arbeitsteiligen organisierten und daher entsprechend ausdifferenzierten<sup>115</sup> Eigentums dogmatisch aufzuarbeiten und allgemeine Einrichtungsmaßstäbe oder wenigstens Richtlinien für die Organisation solchen Eigentums zu finden, das, wie es heute teilweise heißt, „in arbeitsteiligem Verbund“<sup>116</sup> ausgeübt wird. Dabei zeigte das differenzierte und „mediatisierte“ Eigentum sowohl eine „Konstellation der Freiheitskomponenten“ als auch eine „Konstellation der Verantwortlichkeiten“, und es ging insbesondere um die „organisatorische Verknüpfung der Wirkungskreise“ als „Verantwortungskreise“<sup>117</sup> im Sinne der jetzt auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannten „Konnexität von Freiheit und Verantwortung“.<sup>118</sup> Doch dieser Versuch einer Analyse organisierter korporativer Grundrechtsausübung kam viel zu früh: Das grundrechtsdogmatische Bewußtsein war noch nicht so weit vorgeschritten, daß es darauf anders als durch Ignorieren hätte eingehen können.<sup>119</sup> Teilweise wollte man ihn wohl auch ignorieren: Wird nämlich die Innenarchitektur organisierter und personifizierter Eigentumsnutzung ernsthaft und konsequent dogmatisch reflektiert, stehen die Instrumentalisierungsintressen der Kapitaleigentümer gegenüber den übrigen Unternehmensbeteiligten auf dem Spiel. So erfolglos also der damalige Versuch war, die organisierte Grundrechtsausübung zum dogmatischen Problem zu machen, – didaktisch und grundrechtspolitisch eignet er sich nach wie vor vorzüglich als Schulfall: Erstens, weil er die Tradition fortsetzt, nach der das Eigentum den Konstrukteuren des Freiheitsbegriffes schon früher mehrfach Modell gegessen hat, so daß jetzt an den Rechten von Gesellschaftern im Unternehmen gegenüber den anderen Unternehmensbeteiligten der Kontrast zum schlichten homo negatorius besonders deutlich wird; zum anderen, weil die Strukturen des organisierten Eigentums die Strukturen unseres Gemeinwesens wesentlich mitprägen. Zudem liefert das aktienrechtlich organisierte Eigentum mit der typischen Verdinglichung<sup>120</sup> gesellschaftspersonenrechtlicher Mitgliedschaften Formen und Techniken der Instrumentalisierung, an denen die Grundrechtsdogmatik ihre Begriffe, ihre Maßstäbe und ihre Grundrechtsanthropologie erproben kann.

### 3. Modellfall Privatrundfunk

Inzwischen hat sich die Wissenschaft des Problems angenommen<sup>121</sup> und das Bundesverfassungsgericht auf verschiedenen Gebieten anerkannt, daß bestimmte grundrechtliche Freiheiten der „organisatorischen und verfahrensmäßigen“ Vorkehrungen bedürfen und daß der Gesetzgeber, wenn „wesentliche“ Fragen zu regeln sind, die einschlägigen Entscheidungen selbst zu treffen habe (Wesentlichkeitslehre für den gewandelten Vorbehalt des Gesetzes). Besonders eindeutig hat das Bundesverfassungsgericht dazu in seiner Entscheidung betreffend das Gesetz über die Veranstaltung von Rundfunksendungen im Saarland<sup>122</sup> Stellung genommen:

„Freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung durch Rundfunk verlangt zunächst die Freiheit des Rundfunks von staatlicher Beherrschung und Einflußnahme. Insoweit hat die Rundfunkfreiheit, wie die klassischen Freiheitsrechte, abwehrende Bedeutung. Doch ist damit das, was zu gewährleisten ist, noch nicht sichergestellt. Denn bloße Staatsfreiheit bedeutet noch nicht, daß freie und umfassende Meinungsbildung durch den Rundfunk möglich wird; dieser Aufgabe läßt sich durch eine lediglich negatorische Gestaltung nicht gerecht werden. Es bedarf dazu vielmehr einer positiven Ordnung, welche sicherstellt, daß die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichstster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und daß auf diese Weise umfassende Information geboten wird.“

Im Bereich von Meinungsfreiheit, Pressefreiheit und Rundfunk hat man es mit Kommunikation zu tun, und Kommunikation ist per se ein Vorgang der geistigen Interpenetration, also der Einwirkung auf andere: eine Erscheinungsweise der Freiheit durch andere par excellence. Auch hier hat man es im großen Stil mit Instrumentalisierungsinteressen und mit Gefahren der Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen zu Zwecken ihrer Freiheit zu tun. Zwar wird nach wie vor die Problematik regelmäßig unter dem Stichwort der „Kollision“ abgehandelt, und auf der Ebene des Verfassungsgesetzes mag es auch richtig sein, daß „Grundrechte“, die in verschiedenen Artikeln garantiert sind oder verschiedenen Personen zustehen, „in Kollision“ geraten können. In der Wirklichkeit jedoch werden Betroffene zum Medium der Freiheit anderer. Also stehen Instrumentalisierungsprobleme zur Debatte.

Es läuft daher nach wie vor teilweise auf eine Verharmlosung hinaus, wenn das Zusammenwirken der Betroffenen in einem Unternehmen, insbesondere in einem Presseunternehmen, bloß bezeichnet wird als „arbeitsteiliger Verbund“.<sup>123</sup> Bei diesem „arbeitsteiligen Verbund“ handelt es sich lediglich um eine begriffliche Extrapolation dessen, was schon mit der Formel von der Freiheit „einzelner in Verbindung mit anderen einzelnen“ eingefangen werden konnte.<sup>124</sup> Der „arbeitsteilige Verbund“ suggeriert zwar die Zusammengehörigkeit, macht aber die wechselseitige Instrumentalisierung nicht hinreichend deutlich, kann also auch den Begriff von der „Freiheit durch andere“ nicht erübrigen.

Das Problem der gesetzlichen Einrichtung von Organisation und Verfahrensstrukturen im Bereich von Presse und Rundfunk ist besonders aufschlußreich und lehrreich, weil zwei grundlegende Dimensionen der „Freiheit durch andere“ spruchreif werden: Zum einen geht es darum, die Organisationsstrukturen von Unternehmen der Presse und des Rundfunks im Innern grundrechtsgerecht auszubalancieren, zum anderen müssen diese Organisations- und Verfahrensstrukturen von solcher Art sein, daß die Freiheit insbesondere des Art. 5 GG in der Gesellschaft insgesamt erhalten bleiben. Auf dem Wege zur Lösung dieses Problems ist man schon sehr weit vorgekommen, – und das Bewußtsein davon, daß es sich um „Freiheit durch andere“, also auch um Prozesse der Instrumentalisierung, handelt, löst, für sich genommen, noch kein einziges der anstehenden Probleme. Wohl aber ist die Frage: „Wer instrumentalisiert wen zum Zwecke welcher Freiheiten?“ geeignet, das Bewußtsein für die anstehenden Grundrechtsprobleme zu wecken und zu schärfen.

<sup>114</sup> Siehe den Untertitel von *D. Suhr*, (Fn. 46): „Eine verfassungsrechtliche Analyse der Grundstruktur des aktienrechtlich organisierten Eigentums“.

<sup>115</sup> *D. Suhr*, (Fn. 46), S. 113 ff.

<sup>116</sup> Was die Träger verschiedener Grundrechte (und nicht nur verschiedene Funktionsträger eines multifunktionalen Grundrechts) miteinschließt. – *Peter Hanau*, Pressefreiheit und paritätische Mitbestimmung, 1975, S. 13; *H. Bethge*, (Fn. 103), S. 3; *W. Hoffmann-Riem*, (Fn. 111), S. 390 ff.; *G. Hoffmann* (Fn. 91), S. 14, 187 ff.

<sup>117</sup> *D. Suhr*, (Fn. 46), S. 120 (Kreisstruktur), 136 (Wirkungskreis), 47 (Zusammenschluß); *ders.*, Zur Einführung: Recht und Kybernetik, *JuS* 1968, S. 351; *ders.* (Fn. 11), S. 198 ff.

<sup>118</sup> Mitbestimmungsurteil, BVerfGE 50, S. 290 (342 f., 348) = *EuGRZ* 1979, 121 (134, 135 f.); *D. Suhr*, (Fn. 42), S. 2367; *ders.* (Fn. 46), S. 46 ff., 127 ff.; *ders.* (Fn. 11), S. 195 ff., 210 ff.

<sup>119</sup> z. B. in der Diskussion um die Mitbestimmung sowohl vor als auch nach dem einschlägigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts, oben Fn. 118.

<sup>120</sup> Mit der Verkehrsfähigkeit der Aktie wird nicht nur die Mitgliedschaft, sondern auch die damit verbundene Verantwortung zur verkehrsfähigen Sache.

<sup>121</sup> *H. H. Rupp*, (Fn. 99), S. 187 ff., und Nachweis bei *H. Bethge* (Fn. 103), S. 3 ff.

<sup>122</sup> BVerfGE 57, S. 295 (320) = *EuGRZ* 1981, 295 (301 f.).

<sup>123</sup> Siehe Fn. 116.

<sup>124</sup> Siehe Fn. 33.

#### 4. Die juristische Grundrechtsperson (Art. 19 Abs. 3 GG)

Durch Art. 19 Abs. 3 GG wird die organisierte Grundrechtsausübung in der idealtypischen Weise ihrer rechtstechnischen Personifizierung verfassungsrechtlich anerkannt, – freilich unter Wesensvorbehalt: Nämlich unter dem „Vorbehalt des Wesens (der Personen wie der Grundrechte)“<sup>125</sup> in dem Sinne, daß das Grundrecht, dessen Ausübung in Betracht kommt, seinem Wesen nach auf die juristische Person, welche die Form der organisierten Grundrechtsausübung konstituiert, anwendbar ist.

a) Die juristische Grundrechtsperson wird regelmäßig gedacht als *juristischer homo negatorius*: als eine juristische Person, die sich wie der Bürger auf die Grundrechte zur Abwehr staatlicher Eingriffe berufen und Verfassungsbeschwerde einlegen kann. Dabei lautet die Frage: Ist das betroffene Grundrecht auf juristische Personen, insbesondere auf solche des öffentlichen Rechts, anwendbar? Dabei spielt der Durchblick auf das personale Substrat eine nicht ganz einheitlich bewertete Rolle.<sup>126</sup> Die Brisanz der Problematik steckt jedoch in Wirklichkeit ganz woanders, und sie beginnt erst, wenn die Frage nach der abstrakten Anwendbarkeit des betroffenen Grundrechts auf juristische Personen längst behaftet ist: Die grundrechtspolitisch entscheidende Frage nämlich zielt nicht nur darauf ab, ob das Grundrecht auf juristische Personen anwendbar ist, sondern wie die juristische Person im Innern organisiert und eingerichtet sein muß, damit das Wesen der betroffenen Grundrechte trotz Mediatisierung erhalten bleibt.

Entscheidend ist nicht die abstrakte Anwendbarkeit des Grundrechts, sondern die konkrete Rechtstechnik für die Vermittlung der Grundrechtsausübung an die Personen hinter der juristischen Fassade.<sup>127</sup> Diese Frage tritt zurück, solange es, wie bisher, nur um die Frage geht, ob eine zufällig von exekutiven Einzeleingriffen betroffene juristische Person sich kraft ihrer Grundrechte wehren kann. Diese Frage springt hervor, sobald der Gesetzgeber die rechtstechnische Innenarchitektur von juristischen Grundrechtspersonen konzipiert oder verändert.

Schafft der Gesetzgeber das normative Skelett für juristische Personen, die Grundrechte tragen und also auch Grundrechte vermitteln sollen, muß er den Wesensvorbehalt beachten und dafür sorgen, daß die Grundrechte ihrem Wesen gemäß den Ausübenden vermittelt werden: Das ist ein Problem der Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG und nicht nur eine Frage, die sich in den grundrechtstheoretischen Sprachspielen über die „verfahrensmäßigen und organisatorischen Vorkehrungen der Grundrechtsausübung“ vielleicht auch noch stellt. Diese grundrechtstheoretischen Sprachspiele nämlich entbehren nicht nur der straffen Verbindung zum Text des Verfassungsgesetzes, sondern wegen dieses Mangels auch der begrifflich-konstruktiven Verbindung mit dem Freiheitsbegriff: Sie machen zwar die „Funktion von Verfahren und Organisation für die Ausübung von Grundrechten“ (endlich) bewußt, lassen aber den Bezug zur (allgemeinen) grundrechtlichen Freiheit und Gleichheit im Trüben. So klären sie nicht, sondern verdecken, daß es auch bei der „organisierten Grundrechtsausübung“ um immer wieder ein und dasselbe allgemeine Problem, nämlich um die grundrechtliche Freiheit unter den Bedingungen der Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen geht: Diese Instrumentalisierungsfreiheit ist – in erster Annäherung an eine vielschichtige Problematik – regelmäßig nur dann eine Freiheit für die Betroffenen, wenn sie peinlich ausbalanciert und als Instrumentalisierungsfreiheit auf Gegenseitigkeit eingerichtet wird.

b) Die juristische Person ist ein *rechtstechnisches Instrument*. Auch in der Grundrechtsdogmatik muß man sich ver-

gegenwärtigen, daß die „juristische Person“ ein normatives Kunstgebilde in dem ganz und gar nicht „staats- und rechtsfreien Raum“ gesellschaftlicher Freiheit ist, um zu erkennen, wo das Hauptproblem der Grundrechtsmediatisierung (Art. 19 Abs. 3 GG) liegt: nämlich bei der Frage, wie juristische Personen im Inneren eingerichtet sein müssen, damit Grundrechte nicht ihrem personalen, menschenrechtlichen Wesen durch die Mediatisierung entfremdet und ihrerseits rechtstechnisch in grundrechtswidriger Weise instrumentalisiert werden.

c) Das Grundgesetz sieht *Gefahren der Grundrechtsmediatisierung*; denn es gebietet Vorsicht dabei: „Achtung Grundrechtsgefährdung durch Mediatisierung! Wesensvorbehalt beachten!“

Um die Gefahren der Grundrechtsmediatisierung zu meiden, muß man sie kennen.<sup>128</sup> Welches sind die spezifischen Gefahren der Grundrechtsmediatisierung? – Da Freiheit gerade nicht nur als negatorisch umhegte Einzelheit existiert, sondern vor allem als Freiheit durch andere, als Instrumentalisierung anderer, droht die Gefahr von den Rechtstechniken der Instrumentalisierung her. Die Grundrechtsgefährdungen der Mediatisierung sind vor allem Grundrechtsgefährdungen durch Instrumentalisierungen. Um sich für die Wahrnehmung der rechtstechnischen Formen grundrechtswidriger Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen zu sensibilisieren, tut man gut daran, historische Modelle der Instrumentalisierung zu studieren und die in ihnen enthaltenen „rechtstechnischen Kunstgriffe“ zu verallgemeinern, um sie in anderen Kontexten wiederzuerkennen.

Das klassische, zivilrechtliche Modell der Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen zu Zwecken ihrer „Freiheit“ ist das Institut der Sklaverei. Dabei wird für die rechtstechnische Realisierung der Instrumentalisierung des Sklaven für den Herrn das denkbar einfachste Mittel angewandt: Die Regeln, die für den Umgang mit Sachen (Instrumenten) gelten, werden auf den Umgang mit den betroffenen Menschen übertragen (die daher auch keine „Menschen“ im rechtstechnischen Sinne sind). Diese Zivilrechtstechnik hatte zur Folge, daß alle „Freiheit“, „Entscheidungsgewalt“ und „Autonomie“ auf Seiten des Herrn, alle „Unfreiheit“ und „Passivität“ auf Seiten des Sklaven angesiedelt und „institutionell abgesichert“ waren. Ganz ähnliche Formen kann das Grundmuster der Leibeigenschaft annehmen. Generalisiert man die Rechtstechnik, so hat man es damit zu tun, daß personalrechtliche Beziehungen nach dem Muster der Eigentümerherrschaft eingerichtet werden: Dann ist die Instrumentalisierung der Menschen nach dem Muster der Instrumentalisierung von Sachen schon in der Zivilrechtstechnik mitbegriffen und „eingerichtet“. Die Sklaven und Leibeigenen wurden rechtstechnisch um ihre Subjektivität betrogen; man machte sie zu Objekten: rechtstechnische Verdinglichung durch juristische Manipulation der Anerkennung als Subjekte und durch Übertragung sachherrschafter Vorstellungen auf personenrechtliche Beziehungen.

Selbstverständlich gehören Sklaverei und Leibeigenschaft der Vergangenheit an! Aber gerade als Extremfälle, zu denen weit genug Distanz besteht, zeigen sie, in welcher Richtung vielleicht auch heute noch Gefahren liegen könnten: rechtstechnische Manipulation an der Subjekteigenschaft; Übertragung des Regelmusters „Eigentum“ auf nicht sachenrechtliche, sondern zwischenmenschliche Verhältnisse; Reservierung von Vorteilen, Freiheiten und Autonomien für eine Seite bei gleichzeitiger Zuordnung der Nachteile, Unfreiheiten und Heteronomien zu der anderen Seite; einseitige Gefällestrecken der Instrumentalisierung überhaupt.

Wendet man nun im Bewußtsein dieser Gefährdungsrichtungen den Blick zurück auf die Grundrechtsdogmatik, so zeigen sich Parallelen, die den Dogmatiker geradezu aufschrecken und hellwach werden lassen müßten: Unsere gesamte Grundbegrifflichkeit von

<sup>125</sup> C. Schmitt, (Fn. 24), S. 231.

<sup>126</sup> Nachweise bei H. Bethge, (Fn. 2), S. 75 ff.

<sup>127</sup> D. Suhr, (Fn. 46), S. 141 ff.; ders. (Fn. 11), S. 165–174.

<sup>128</sup> z. B. H. Ridder, (Fn. 17), S. 69: Metamorphose von Freiheit in Kompetenz.

der Freiheit schlechthin wurde konzipiert nach dem Menschmodell des Sacheigentümers, trägt also latent in sich Strukturen der Instrumentalisierung herum, die, weil sie nicht bewußt, sondern latent sind, nur umso gefährlicher wirken können. Die juristische Grundrechtsperson läuft auf Manipulation an der Subjekteigenschaft hinaus, – zwar nicht derart, daß Subjektivität ausdrücklich abgesprochen würde, wohl aber derart, daß künstliche Subjektivität geschaffen wird: Wer ist Nutznießer, wer Herr und wer womöglich „Eigentümer“ des künstlichen Subjekts, und was oder wer wird dabei zum „Eigentum“ des künstlichen Subjekts erklärt und dann nach mehr oder weniger sachenrechtlichen Verhaltensmustern behandelt? Wer bekommt also Entscheidungsrechte, Autonomie, Subjektivität, wer Passivität, Heteronomie, Gegenständlichkeit zugeteilt?

Der Grundgesetzgeber tat sehr weise daran, in Art. 19 Abs. 3 GG Vorsicht walten zu lassen und den Wesensvorbehalt anzubringen: Wie schon so oft erweist sich hier einmal mehr der Gesetzgeber als sehr viel „klüger“, nämlich instinktsicherer, als seine Interpreten, – als seine Interpreten, die freilich auf ihre Weise Instinktsicherheit dadurch bewiesen haben, daß sie wiederum mit nachtwandlerischer Sicherheit vermieden haben, eine für die heikelsten Fragen der Grundrechtsdogmatik und der Grundrechtsmediatisierung angemessene Begrifflichkeit zu entwickeln oder eine dafür entwickelte zur Kenntnis zu nehmen oder gar zu rezipieren.

5. Am Schluß bietet es sich an, die verschiedenen Gesichtspunkte, die im Zusammenhang mit dem Paradigmenwechsel angesprochen sind, am konkreten Beispiel der **Mitbestimmung** in wirtschaftlichen Unternehmen zu erproben.

a) Im Bereich der großen mitbestimmten Unternehmen hat man es mit verschiedenen überlieferten *Institutionen* zu tun: Mit dem Begriff der Eigentumsordnung; mit gesellschaftsrechtlichen Institutionen, zu denen unterschiedliche Formen der Haftungsbeschränkung und der Liquidität von Mitgliedschaften gehören; mit juristischen Personen; mit Institutionen des individuellen und des kollektiven Arbeitsrechts; . . . usw., – mit Institutionen also, die selbst in unterschiedliche Grundrechtbereiche fallen. Alle diese Einrichtungen stehen, als Erscheinungsformen grundrechtlicher Institute gedeutet, einer etwaigen Umformung des Unternehmenseigentums entgegen: Als Maßstab könnten sie nur insoweit dienen, wie sie konservierend wirken. Solche „institutionellen Festungen“ und die in ihnen womöglich überlieferten Ungleichheiten können nur aufgebrochen werden, wenn es – nach dem Vorbild der Gleichberechtigung von Mann und Frau oder der unehelichen Kinder oder wie beim besonderen Gewaltverhältnis – gelingt, allgemeine Grundsätze gleicher Freiheit einzuschleusen und zur Wirkung zu bringen. Dazu ist das institutionelle Rechtsdenken wegen seiner Abwehrstellung gegenüber „Allgemeinheit“ im Sinne der Aufklärung unfähig.<sup>129</sup>

Sehr viel fruchtbarer ist die institutionelle Betrachtungsweise, wenn man sie nicht mit normativ-konservierender, sondern mit analytisch-kritischer Absicht betreibt: Was rechtfertigte die Stichtscheidrechte des Ehemannes in der Ehe und woher kamen sie? Was rechtfertigt die Stichtscheidrechte des Kapitaleigentümers im Unternehmen und woher kommen sie? Warum sind Koalitionen typisch überbetrieblich (überunternehmerisch) eingerichtet und garantiert? Verbirgt sich hinter den institutionellen Ausformungen ein überliefertes Instrumentalisierungsgefälle zugunsten bestimmter Beteiligter und zu Lasten anderer? – So dürften die überlieferten und vom einfachen Recht ausgeformten Vorrechte des Kapitals in wirtschaftlichen Unternehmungen und ihre hartnäckige Beständigkeit zu erklären sein gerade nicht nur durch die Abhängigkeit Nichtvermögender (Kaufleute, Unternehmer, Arbeitnehmer) von Vermögenden (Kapitalgebern), sondern durch spezifische Vorteile, die Geld in der Zirkulationssphäre der Wirtschaft bietet, weil es eine Art Joker unter den im Verkehr befindlichen Waren und Leistungen darstellt. Das Geld wirkt in der Zirkulation nicht „neutral“, sondern ungleich.<sup>130</sup> Der Vorteil, den es gegenüber anderen Waren und Leistungen bietet, ist meßbar in den Prozenten des Zinses, der für Liquidität bezahlt wird. So verschafft das Geld dem Kapitalgeber jenen Vorteil im monetär vermittelten Tauschverkehr, den er dazu nutzen kann, stärkeren Einfluß als der Partner darauf zu nehmen, zu welchen Bedingungen er sein Kapital zur Verfügung stellt. Dieser

Joker-Vorteil des Geldes hat seine Spuren in den gewachsenen und in den vom Recht rezipierten und geformten Institutionen hinterlassen: Er ist geronnen zu den allgegenwärtigen Entscheidungsvorrechten der „Kapitaleigner“. So wird den Kapitalgebern noch heute wissenschaftlich recht gegeben darin, daß sie die „Subjekte“ („Unternehmensträger“) seien, und daß die Arbeitnehmer zum „Unternehmensgegenstand“ gehörten.

b) Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im *Mitbestimmungsurteil* nunmehr anerkannt, es bedürfe „zur Nutzung des Anteilseigentums immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer“;<sup>131</sup> doch scheut das Bundesverfassungsgericht davor zurück, diese Erweiterung der Freiheit von Anteilseignern auf den adäquaten Begriff zu bringen: „Freiheit durch andere.“ Das Problem der „Instrumentalisierung“ bleibt daher verborgen. Stattdessen folgen Überlegungen dazu, daß sich die Verfügungsbefugnis der Anteilseigner auf die Daseinsgrundlage der Arbeitnehmer auswirken könne, also die Grundrechtssphäre der Arbeitnehmer berühre: Diese Grundrechte „verdeutlichen und verstärken (. . .) die durch den Gesetzgeber zu konkretisierende soziale Bindung des Anteilseigentums“.<sup>132</sup> Ebenso bleibt unsichtbar, daß die Arbeitnehmer bei ausdifferenziertem Eigentum „Gebrauchsfunktion“ des Eigentums wahrnehmen, also von Grundrechts wegen Mitglieder der Ausübungsgemeinschaft sind, innerhalb derer die Betroffenen ihre Freiheit durch andere auf Gegenseitigkeit ausüben.

In Wahrheit sind sämtliche Unternehmensbeteiligten dadurch frei, daß sie teilhaben an den Leistungen, die die jeweils anderen erbringen: Freiheit durch Teilhabe, Teilhabe an der Freiheit. Das dogmatisch-konstruktive Dilemma, in dem das Bundesverfassungsgericht sich befindet, wird besonders deutlich dort, wo davon die Rede ist, in welche Form der Gesetzgeber die Sozialbindung der Anteilsrechte gekleidet habe:

„Daß der Gesetzgeber für ihre Beschränkung nicht die herkömmliche Form des Eingriffsgesetzes, sondern die einer Organisations- und Verfahrensregelung gewählt hat, ändert an der Beurteilung nichts. Jedenfalls bei einem Wirtschaftsunternehmen, das nicht nur der rechtlich-organisatorischen Zuordnung zum Kapitaleigner, sondern auch der Zuordnung der unternehmensinternen Freiheitssphäre bedarf, erscheint es nicht unangemessen, wenn der Gesetzgeber eine ausgewogene Sozial- und Eigentumsordnung durch Organisationsmaßnahmen zu verwirklichen sucht.“<sup>133</sup>

Als ob der Gesetzgeber bei der Einrichtung von Privatrecht die Wahl hätte, die „herkömmliche Form des Eingriffsgesetzes“ auszusuchen! Die „Organisationsmaßnahmen sozial-ordnender Art“ werden nicht als „Organisationsmaßnahmen freiheits-ordnender Art“ begriffen, sondern, wie im Rahmen des überlieferten Freiheitsparadigmas nicht anders möglich, als eine Begrenzung, Beschränkung und Bindung des Anteilseigentums,<sup>134</sup> – obwohl kurz zuvor davon die Rede war,<sup>135</sup> es gehe um die „Zuordnung der unternehmensinternen Freiheitssphären“. So bleibt dann zu prüfen „die Intensität der Beschränkung der Anteilsrechte“, und gerade nicht die Kernfrage der „Freiheit durch andere“, nämlich die Frage nach der Ausgeglichenheit und Wechsel-

<sup>129</sup> Oben bei Fn. 42.

<sup>130</sup> Oben bei Fn. 92–95.

<sup>131</sup> BVerfGE 50, S. 290 (349, 356) = EuGRZ 1979, 121 (136, 138).

<sup>132</sup> S. 349, auch 341.

<sup>133</sup> S. 349.

<sup>134</sup> S. 350.

<sup>135</sup> Vgl. dazu D. Suhr, (Fn. 46), S. 83 ff. (Freiheitsparzellen, Konstellation der Freiheitskomponenten des differenzierten Eigentums), S. 148 (mit Otto von Gierke: Zusammenordnung der Befugnis-sphären); W. Hoffmann-Riem, (Fn. 111), S. 379 ff., 401 f. (berufliche „Freiheitsbereiche“).

seitigkeit bei der Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen zu Zwecken ihrer Freiheit. Früher hat es das Bundesverfassungsgericht ausgeschlossen, die Maßstäbe, die für den eingreifenden Staat entwickelt worden sind, auf die Regelung des Verhältnisses der Bürger untereinander zu übertragen.<sup>136</sup> Doch jetzt leistet das „Verhältnismäßigkeitsprinzip“, ohne daß auch nur ein Gedanke auf seine Anpassung an die andere Problemstruktur verschwendet wird, gute Dienste: Die „sozialordnungsrechtlichen“ Bindungen des Anteileigentums seien „noch verhältnismäßig“.<sup>137</sup>

Man muß dieses Argumentationsmuster, um seine Unhaltbarkeit veranschaulichen zu können (und nicht aus polemischen Gründen), wiederum auf den Extremfall der Sklaverei übertragen: „Die Ausübung der Verfügungsbefugnis durch den Herrn kann sich zugleich auf die Daseinsgrundlage des Sklaven auswirken. Sie berührt damit die Grundrechtssphäre des Sklaven. Daraus ergeben sich Bindungen für den Herrn sozialordnender Art. Sofern dem Herrn der Stüchentscheid verbleibt, entspricht die Sozialbindung noch dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit.“ – Wieviel genauer hat da schon Georg Jellinek, der geistige Vater des status negativus, die privilegierte Freiheitssphäre beschrieben, bei welcher der Gesetzgeber machtverzagend und machtverleihend<sup>138</sup> tätig wird! Wäre die Problematik der Instrumentalisierung dem Bundesverfassungsgericht auch nur annähernd bewußt gewesen, so hätte ihm schon bei der Ausgangsthese, das Mitbestimmungsgesetz bliebe hinter der paritätischen Mitbestimmung zurück, der Gedanke stocken müssen: Was rechtfertigt das Instrumentalisierungsgefälle? Wie läßt sich die *Ungleichheit* in der Subjektstellung im Unternehmensverband rechtfertigen? Was legitimiert die Privilegierung?

Im Unternehmen sind übrigens zweierlei Teilhabefreiheiten (Freiheitsteilhaben) zu „verteilen“: Zum einen die Freiheiten, die mit der Ausübung der Eigentumsfunktionen und der beruflichen Tätigkeiten im Unternehmen verbunden sind, zum anderen die durch Geld mediatisierte Teilhabe an dem, was im Unternehmen erwirtschaftet wird (monetäre Anwartschaft auf Teilhabe am Sozialprodukt entsprechend dem Beitrag zum Sozialprodukt). Vielleicht sollte man so formulieren: „Teilnahme“ an den Freiheiten des Eigentums,<sup>139</sup> „Teilhabe“ an den Erträgen und an den mit Hilfe der Erträge erwerblichen Leistungen anderer im Gemeinwesen.

c) Wenn der Gesetzgeber die Geschäftsfähigkeit der Bürger auf 40 Jahre und die politische Wahlmündigkeit auf 50 Jahre festsetzte, so würde er den Betroffenen ihre politischen und ökonomischen Freiheiten vorenthalten durch mehr oder weniger offenkundige Manipulation an Sektoren ihrer Subjektivität. Ganz ähnlich kann der Gesetzgeber bei der Konstruktion von juristischen Grundrechtspersonen seine Aufgabe verfehlen, den Personenverband richtig einzugrenzen, der zur juristischen Grundrechtsperson erklärt und dadurch zum Zurechnungssubjekt von Grundrechten gemacht werden soll. Denn mit der Frage, wer Mitglied des Verbands ist und wer nicht, entscheidet sich, wer rechtstechnisch der subjektiven Sphäre der Grundrechtsausübung („Unternehmensträger“) und wer der objektiv-instrumentalen Seite („Unternehmensgegenstand“) zugerechnet wird. Auch hier geht das Bundesverfassungsgericht einer Stellungnahme zu der entscheidenden Frage aus dem Wege, obwohl es anerkennt, daß das Unternehmen Mitglieder hat, die keine Mitglieder der Kapitalgesellschaft sind: „Das von den Gesellschaften betriebene Unternehmen umfaßt sowohl Gesellschaftsmitglieder als auch Nicht-Mitglieder; erst das freiwillige Zusammenwirken beider gewährleistet das Erreichen des Gesellschaftszweckes.“<sup>140</sup> Im Wort „umfaßt“ steckt die verdrängte Problematik: Das Bundesverfassungsgericht am Scheideweg zwischen kapitalistischem Herrschaftstitel und personal-menschenrechtlichem Eigentumsgrundrecht, – über 100 Jahre nach Otto von Gierkes Diagnose, daß die Arbeiter im kapitalistischen Großbetrieb ihrer „wirtschaftlichen Persönlichkeit beraubt“ würden, daß sie nicht „lebendige Mitträger ihres Körpers, sondern Gegenstand, Werk-

zeug ihrer Tätigkeit“ seien, versammelt unter dem „mit der Intelligenz verbündeten kapitalistischen Haupt“ und in einem „Herrschaftsverband, in welchem der Repräsentant des Kapitals oder der Kapitalkörper selbst der absolute wirtschaftliche Herr ist“.<sup>141</sup>

## VIII. THESEN

1. Die allgemeinen Lehren der Grundrechte stehen weder untereinander noch mit der Grundbegrifflichkeit von Freiheit und Gleichheit überhaupt in begrifflich-konstruktivem Zusammenhang.
2. Anomalien, Brüche und Widersprüche erklären sich dadurch, daß der grundrechtliche Begriff von Freiheit bislang unzulänglich war, so daß er nicht als gemeinsamer konstruktiver Nenner fungieren konnte.
3. Freiheit muß zwar auch vor ungerechtfertigten Eingriffen geschützt werden, ist aber meist positive Freiheit von Menschen durch Menschen, die einander mehr oder weniger wechselseitig instrumentalisieren („neues Paradigma“ der Freiheit, die inhaltlich offen ist wie bisher, deren Begriff jedoch sehr viel informativer ist hinsichtlich der Struktur von Freiheit).
4. Weil Freiheit im Raster des alten Begriffs als freies Belieben in rechts- und staatsfreien Räumen gedacht wurde, während sie tatsächlich meist staatlich-rechtlich eingetragene Freiheit der Bürger durch-einander war, mußte das dogmatisch hinwegfingerte staatliche Recht als „Grundrechtsinstitut“ gesondert erschlossen werden, ohne daß sich das mit dem Freiheitsbegriff vereinbaren ließ.
5. Daß Freiheit auch tatsächlich mehr war als Belieben in rechtsfreien Räumen, wurde im institutionellen Grundrechtsdenken bewußt („Lebensbereiche“), ohne daß jedoch genauer geklärt wurde, daß die Menschen einer für den anderen zu Instrumenten ihrer Freiheit werden und daß deswegen die Gleichheit und Wechselseitigkeit der Freiheit als allgemeines Prinzip gerade gegen institutionelle Ausformungen von Grundrechtsbereichen ins Feld geführt werden muß.
6. Freiheit als Freiheit durch andere ist stets auch Teilhabe an anderen: Freiheit als Teilhabe, Teilhabe als Freiheit.
7. Der enge Begriff von der „Teilhabe an staatlichen Leistungen“ hat nur den Sonderfall des etatistischen, wohl-

<sup>136</sup> BVerfGE 30, S. 173 (199): keine, auch keine „entsprechende“ Heranziehung von Eingriffsmaßstäben, insbes. nicht des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

<sup>137</sup> BVerfGE 50, S. 290 (341, 351 f.) = EuGRZ 1979, 121 (134, 136 f.), Mitbestimmung; BVerfGE 35, S. 202 (221), Lebach.

<sup>138</sup> Fn. 61. Auch *W. Hoffmann-Riem*, (Fn. 111), S. 394: Machtbereich.

<sup>139</sup> So wie *E. Denninger*, (Fn. 1), S. 181, 193, von der Teilnahmefunktion der Meinungs- und Pressefreiheit spricht und von Teilnahmemechanismen.

<sup>140</sup> BVerfGE 50, S. 290, (355 f.) = EuGRZ 1979, 121 (138).

<sup>141</sup> *Otto von Gierke*, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 1. Band, Neudruck 1954 der ersten Ausgabe 1968, S. 1036 ff. Obwohl *H. H. Rupp*, (Fn. 99), S. 193, sich auf *O. von Gierke* beruft, macht er sich die Sache einfach, indem auch er die Arbeitnehmer und Angestellten schlicht als Nichtmitglieder der allein zu „Innen-Verfügungsmacht“ legitimierten Gesellschaften (Art. 9 Abs. 1 GG) erklärt, um dann eine paritätische Mitbestimmung als verfassungswidrig anzusehen. Alles dies muß wiederum vor dem Hintergrund gesehen werden, daß die Präponderanz des Kapitals zum großen Teil nichts anderes ist als der geronnene, verrechtlichte, institutionalisierte Joker-Vorteil des Geldes am Markt, – des Geldes, das sich Vermögende durch Liquidierung marginaler Vermögenswerte bequem verschaffen können; dazu oben bei Fn. 92.

fahrts-staatlichen Umwegs der Teilhabefreiheit zum Gegenstand; zunächst und vor allem spielt Teilhabefreiheit sich unterhalb des Staates ab, insbesondere durch Austauschgeschäfte, wobei die Geldordnung als Ordnung der Freiheitsteilhabe erscheint und kritischer Analyse bedarf.

8. Grundrechte werden als Verfahrens- und Organisationsmaximen erheblich, weil menschliche Freiheit meist gerade nicht bloß negatorisch eingemauertes Einzelbelieben ist, das nur gegen gleiches Einzelbelieben abzugrenzen wäre, sondern ein Vorgang, bei dem mehrere auf die eine oder andere Weise einander zu Willen sind und sich zu Instrumenten ihrer Freiheit machen, und weil solche

Vorgänge zur Sicherung der Freiheit einer verfahrens- und organisationsförmigen Strukturierung bedürfen: Freiheit auf Gegenseitigkeit stellt sich nicht in rechtsfreien Räumen von selbst ein.

9. Die Gefahren der Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen im Namen der Freiheit potenzieren sich, wenn juristische Personen als Grundrechtsträger eingesetzt werden; für diesen Fall gebietet Art. 19 Abs. 3 GG (Wesensvorbehalt), daß die juristische Grundrechtsperson im Inneren so eingerichtet wird, daß sie den personalen „Hintersassen“ die betroffenen Grundrechte ihrem Wesen gemäß vermittelt.