

# Freiheitsrechte als subjektive Rechte

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld

## I. Einführung

Rechtsnormen bestehen (mindestens) aus Tatbestand und Rechtsfolgen.<sup>1</sup> Was als allseits bekannte Beschreibung vorausgesetzt werden kann, findet sich in der Formulierung der Grundrechte schwerlich wieder. Die hier regelmäßig anzutreffende Terminologie von „Schutzbereich“ und „Schranken“ stellt der allgemeinen Beschreibung scheinbar ein anderes, spezielleres Konzept an die Seite. Daraus ließe sich schließen: Grundrechte sind anders!<sup>2</sup> Zwar haben sich Versuche, auch die Grundrechte nach Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zu analysieren, nicht durchgesetzt. Doch zeigen sie immerhin, dass solche Versuche juristisch möglich und wissenschaftlich aussichtsreich sein können. Denn stets bleibt die Frage: Was kann ein Grundrechtsträger aus den Grundrechten eigentlich beanspruchen? „Freiheit“ ist – ebenso wie „Gleichheit“ – keine Rechtsfolge, sondern ein Zustand, welcher durch Grundrechte intendiert werden soll. Zugleich ist aber auch gewiss: Freiheit ist kein ausschließlich rechtlicher Zustand. Was also sind dann die Rechtsfolgen der Freiheitsrechte? Da diese Frage für Freiheits- und Gleichheitsrechte möglicherweise unterschiedlich beantwortet werden muss, sollen hier allein erstere behandelt werden.<sup>3</sup>

Ob eine Norm den Einzelnen schützt und von ihm als Anspruchsgrundlage mit staatlicher Hilfe durchgesetzt werden kann, ergibt sich aus ihrer Auslegung.<sup>4</sup> Dabei wird unterschieden zwischen Normen, welche ausschließlich dem objektiven Recht zugehören (dieses umfasst letztlich die gesamte Rechtsordnung) und welche darüber hinaus einer Teilmenge von Normen zugehören, die subjektive Rechte zuerkennen, also auch einzelne Personen berechtigen können. Im Öffentlichen Recht wird eher von „subjektiven Rechten“ als von

Anspruchsgrundlagen gesprochen. Der Sache nach gilt jedoch hier wie anderswo auch: Anspruchsgrundlage ist jede Rechtsnorm, welche eine Person oder einen abgrenzbaren Kreis von Rechtssubjekten berechtigt, von einem anderen Rechtssubjekt ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen (entsprechend § 194 Abs. 1 BGB). Die Geltendmachung eines solchen Anspruchs begründet darüber hinaus das Recht, zu seiner Durchsetzung staatliche Instanzen – zumeist Gerichte – in Anspruch nehmen zu dürfen. Diese Folge ist für die in den Freiheitsrechten zentral thematisierte Staat-Bürger-Beziehung in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausdrücklich geregelt: Wo ein subjektives Recht des Bürgers gegen den Staat garantiert ist, dort ist zugleich ein Rechtsweg garantiert.

Aber wann ist ein subjektives Recht garantiert? Dies folgt regelmäßig aus der Rechtsfolge der Vorschrift. Hat jemand einen Kaufvertrag geschlossen und ist er der Käufer, so kann er (und nur er) Übergabe und Übereignung der Kaufsache verlangen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Ist eine Person in ihrer Gesundheit verletzt worden, hat sie (und nur sie) Anspruch auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 1 BGB). Was hier in den jeweiligen Anspruchsgrundlagen eindeutig formuliert ist, findet sich in den Freiheitsrechten jedenfalls nicht in der gleichen Deutlichkeit. Zwar ist der Kreis der Berechtigten vergleichsweise eindeutig benannt („alle Menschen“ bzw. „alle Deutschen“, d.h. jeder Mensch bzw. jeder Deutsche) und hinreichend individualisiert. Auch sind einzelne Rechtsfolgen mitunter klar beschrieben („Eine Zensur findet nicht statt“, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG), doch ist auch in diesem Kontext von „Ansprüchen“ jedenfalls ausdrücklich keine Rede. Dies alles zeigt: Das Grundgesetz benennt zwar eindeutig, wen die Grundrechte binden (Art. 1 Abs. 3 GG), nicht aber, was diese schulden bzw. was andere von ihnen beanspruchen können. Letzteres ist also nicht allein eine Frage des Normtextes, sondern darüber hinaus auch seiner Auslegung. Hier erlangen die viel diskutierten Grundrechtstheorien<sup>5</sup> Relevanz. Sie liefern Material für die Frage, wie die Grundrechte – namentlich die Freiheitsrechte – ausgelegt werden können. Auch wenn ihr Status dabei nicht immer eindeutig geklärt erscheint, bleibt doch festzuhalten: Eine Theorie ist niemals allein geeignet, Rechtspflichten oder Ansprüche zu begründen. Solche entstehen nur durch Rechtsnormen. Maßgeblich ist demnach stets, ob eine Theorie in einem (ausgelegten) Freiheitsrecht hinreichend Niederschlag bzw. Anerkennung gefunden hat, so dass das Grundrecht (nicht die Theorie allein) einen Anspruch begründen kann. Nicht die Theorie ist die Anspruchsgrundlage, sondern die – theoriegeleitete – ausgelegte Norm. Da der Text der Freiheitsrechte mögliche Ansprüche nicht ohne Weiteres erkennen lässt, ist hier der Auslegungsbedarf allerdings besonders hoch. Und das heißt wiederum: Den als möglichen Auslegungsmaßstäben konzipierten Grundrechtstheorien kommt hier eine Bedeutung zu, welche diejenige von Auslegungstheorien bei sonstigen Anspruchsgrundlagen deutlich übersteigt. Hier gilt tatsächlich: Grundrechte sind anders.

<sup>1</sup> Hierzu näher etwa *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005, S. 8 ff.

<sup>2</sup> Zu den Besonderheiten der Grundrechte eindrucksvoll nach wie vor *Böckenförde*, NJW 1975, 1529; *ders.*, DSt 1990, 1. Zu den „Grundrechtsfunktionen“ nun Überblick bei *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte II, 2006, S. 625; grundlegend *Cremer*, Freiheitsrecht. Funktionen und Strukturen, 2003.

<sup>3</sup> Zu solchen und weiteren „Einteilungen“ der Grundrechte s. etwa *Heun*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 437.

<sup>4</sup> Zum sog. „Schutznormkriterium“ s. näher BVerfGE 31, 33 (39 ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 127 ff.; *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 170 ff. Der früher breit ausgetragene Streit um die (fortdauernde) Notwendigkeit und Anerkennung des subjektiven öffentlichen Rechts – dazu etwa Überblick bei *Zuleeg*, DVBl 1976, 509, hat die Grundrechte nicht tangiert. Ihr Rechtscharakter als subjektive Rechte ist stets unbestritten geblieben. Dass die Diskussion um solche subjektiven Rechte gegenwärtig unter dem Einfluss des Europarechts einen gewissen Bedeutungswandel erfährt, ist unbestritten, tangiert aber die hier aufgeworfene Fragestellung nicht.

<sup>5</sup> Überblicke etwa bei *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 23. Aufl. 2007, Rn. 47 ff.

Rechtsfolgen von Normen können ganz unterschiedlich ausfallen und Ansprüche begründen, aber auch andere Anordnungen treffen.<sup>6</sup> Ein relativ eindeutiger Fall findet sich etwa in Art. 22 Abs. 2 GG, welcher als Grundlage möglicher Ansprüche kaum denkbar ist. Ganz entgegengesetzt sieht es hingegen bei den bereits genannten §§ 433, 823 Abs. 1 BGB aus. Hier mag der Wortlaut ihre Qualifikation als Anspruchsgrundlage bereits indizieren. Doch wäre es ganz unzutreffend, aus dieser Entgegensetzung herleiten zu wollen, dass es im geltenden Recht nur Anspruchsnormen einerseits und andererseits Normen entgegengesetzten Charakters, gleichsam ausschließliche Regeln des objektiven Rechts, gäbe. Im Gegenteil: Rechtsnormen können sehr wohl zugleich subjektive Rechte begründen als auch daneben bzw. darüber hinaus weitere, objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. So soll etwa das Schadensrecht nicht nur den subjektiven Interessen des Geschädigten zur Durchsetzung verhelfen, sondern daneben und darüber hinaus den Rechtsfrieden schützen und das Verbot der Selbsthilfe bzw. der „Selbstjustiz“ sichern. Diese letzteren Zwecke sind jedenfalls keine Ansprüche. Ganz Ähnliches gilt etwa für die Grundrechte auch:<sup>7</sup> Sie können sowohl subjektiv-rechtliche als auch objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. Was soeben am Beispiel des Deliktsrechts gezeigt wurde, gilt für die Freiheitsrechte in ähnlicher Weise. Ob ein Grundrecht „für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstituierend“ ist oder aber in der Rechtsordnung einen „hohen Rang“ einnimmt,<sup>8</sup> ob es einen bestimmten Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber (so z.B. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)<sup>9</sup> enthält oder ob es bei der Gestaltung oder Auslegung der gesamten Rechtsordnung zu berücksichtigen ist: Dies allein sind zunächst Aussagen des objektiven Rechts. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Grundrechte grundsätzlich als subjektive Rechte der Bürger konzipiert sind und verstanden werden müssen. Denn hier gilt erneut: Auch wenn ein Recht als subjektives Recht anerkannt ist, ist damit noch nicht ausgesagt, welche subjektiven Rechte seine Träger aus ihm herleiten können.<sup>10</sup> Und keineswegs ist – insoweit ganz analog dem Schadensersatzrecht – jeder Zweck und jede „Bedeutung“ einer Norm bereits von ihrem Charakter als Anspruchsgrundlage erfasst.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten: Freiheitsrechte sind in den seltensten Fällen „bloß“ Anspruchsgrundlagen. Vielmehr können sie auch Anspruchsgrundlagen sein, sie können daneben aber auch andere – und möglicherweise sogar wichtigere – objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. Aber auch da-

mit ist immer die Frage, welche Ansprüche aus ihnen hergeleitet werden können bzw. welche nicht, allenfalls gestellt, aber noch längst nicht beantwortet.

Eine solche Antwort muss schließlich mitbedenken: Das Grundgesetz kennt nicht „den“ Freiheitsschutz oder aber „das“ Freiheitsrecht. Es statuiert vielmehr eine größere Zahl einzelner, thematisch und ggf. auch inhaltlich unterschiedlicher Freiheitsrechte. Daher ist nie völlig ausgeschlossen, dass einzelne dieser Garantien Ansprüche begründen, welche andere von ihnen nicht zu begründen geeignet sind. Allgemeine Aussagen lassen sich auch hier daher nur um den Preis treffen, dass einzelne Grundrechte spezielle Abweichungen aufweisen können. Dies ist eine Frage der Dogmatik der Einzelgrundrechte, deren Beantwortung hier schon aus Raumgründen nicht geleistet werden kann.

## II. Abwehrrechtliche Ansprüche

Dass die Freiheitsrechte „zuvörderst“ Abwehrrechte ihrer Träger gegen den Staat sind, ist eine ebenso alte wie viel diskutierte Einsicht.<sup>11</sup> Als solche untersagen sie rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Hände in die verbürgten Rechtspositionen. Sie stellen also Verbotsnormen dar, welche ihren Adressaten bestimmte Eingriffshandlungen untersagen. Schlüsselbegriff dieses Konzepts ist demnach derjenige des „Eingriffs“. Er wird vom Konzept der Grundrechte als Abwehrrechte vorausgesetzt. Darunter werden alle staatlichen Maßnahmen verstanden, welche geeignet sind, die Ausübung einer grundrechtlich garantierten Freiheit unmöglich zu machen oder zu erschweren. Das sich auf dieser allgemein anerkannten Grundlage immer stärker ausweitende Konzept vom „Grundrechtseingriff“<sup>12</sup> umfasst gewiss imperative (befehlende) Eingriffe durch Gesetze oder Verwaltungsakte; darüber hinaus aber auch finale (zielgerichtete) Beeinträchtigungen ohne Befehl (z.B. die Überwachung vertraulicher Kommunikation) und wohl auch unmittelbar grundrechtsbeschränkende Maßnahmen, welche weder befehlend noch final sind (etwa die Verletzung Unbeteiligter bei einem ansonsten zulässigen polizeilichen Schusswaffeneinsatz). Welche Maßnahmen im Einzelfall unter diese Formeln zu subsumieren sind und ob noch weitere Eingriffsformen anzuerkennen sind, ist umstritten und kann hier nicht abschließend diskutiert werden. Grundrechte sind auch Abwehrrechte und untersagen bestimmte Handlungen, welche als rechtswidrige Eingriffe und daher als „Grundrechtsverletzungen“ zu qualifizieren sind. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche subjektiven Rechte der Grundrechtsträger aus diesem Verbot von Freiheitsrechtsverletzungen folgen können.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Zu anderen denkbaren Rechtsfolgen näher *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 15 f.

<sup>7</sup> Zur folgenden Unterscheidung näher *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000.

<sup>8</sup> So BVerfGE 7, 198 (208), für das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

<sup>9</sup> Zu diesem Auftrag näher BVerfGE 25, 112 (117); 52, 1; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 74 ff.

<sup>10</sup> Hierzu instruktiv schon *Breuer*, in: Bachof u.a. (Hrsg.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 89.

<sup>11</sup> Wichtige Überblicke bei *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003.

<sup>12</sup> Dazu etwa BVerfGE 105, 252 (273, 279, 300 f.); 113, 63 (76 f.); *Bethge/Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 1 (57); *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992; *Rottmann*, EuGRZ 1985, 277; *Gusy*, NJW 2000, 977 (982 f.).

<sup>13</sup> Zum Ganzen Überblick bei *Sachs*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 655.

1. *Unterlassungsansprüche*

Freiheitsrechte benennen eine bestimmte soziale Sphäre (Gewissen, Kunst, Beruf u.ä.) und ordnen sie individualisierbaren Personen, nämlich den Grundrechtsträgern, als rechtlich frei zu. Zugleich enthalten sie ein an die öffentliche Hand gerichtetes Verbot, in diese Sphäre rechtswidrig einzugreifen. In diesem Sinne begründen sie zugunsten der Berechtigten einen *Unterlassungsanspruch*. Er hat das Recht, die Unterlassung verbotswidriger Handlungen zu fordern.<sup>14</sup> Voraussetzungen dieses Anspruchs sind:

- (1) die Einschlägigkeit eines Freiheitsrechts, also die mögliche Berührung eines Grundrechtsschutzbereichs;
- (2) die Qualifikation einer Maßnahme als Eingriff im genannten Sinne;<sup>15</sup>
- (3) die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs und
- (4) dessen Bevorstehen oder Fortdauer. Unterlassen werden können nur *zukünftige Handlungen*, also solche, die noch nicht stattfinden oder jedenfalls noch nicht abgeschlossen sind.

Dieser grundrechtliche Unterlassungsanspruch ist nicht der einzige seiner Art im Öffentlichen Recht. Auch andere Rechtspositionen, etwa aus einfachen Gesetzen, können derartige Rechte begründen. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch<sup>16</sup> geht weit über seine grundrechtliche Dimension hinaus. Wichtig ist hier lediglich: Auch aus Freiheitsrechten können Unterlassungsansprüche folgen.

Dessen zuletzt genanntes Merkmal ist ein wesentlicher Grund dafür, warum dem Unterlassungsanspruch im Öffentlichen Recht eher geringe praktische Relevanz zukommt. Zentrales Mittel der Eingriffsabwehr ist der Rechtsschutz, der aber seinerseits vorsieht, dass jemand in seinen Rechten verletzt „wird“ (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG), die Verletzung also jedenfalls schon begonnen hat.<sup>17</sup> Auch die Verfassungsbeschwerde kann nur erheben, wer behaupten kann, in seinen Rechten verletzt zu „sein“.<sup>18</sup> Der Unterlassungsanspruch ist zukunftsgerichtet, der Rechtsschutz hingegen nachträglich. Ausnahmen werden nur anerkannt bei „Unzumutbarkeit“ des Zuwartens.<sup>19</sup> Von daher hat der Unterlassungsanspruch eine geringe prozessuale Relevanz. Seine hohe materielle Bedeutung als Ursprungsrecht zahlreicher anderer Ansprüche aus Grundrechten bleibt davon unberührt.

2. *Aufhebungsansprüche*

Der Aufhebungsanspruch stellt eine Fortsetzung und Effektivierung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs dar. Unterlassen werden können nur zukünftige Handlungen. Ist dagegen die Handlung vorgenommen, so läuft der Unterlas-

sungsanspruch leer. Er kann nicht mehr erfüllt werden. Von daher liegt es nicht zuletzt in der Hand des Verpflichteten, ob er den Anspruch zum Erlöschen bringen kann: Unterlässt er die Handlung, so ist er weiterhin verpflichtet; nimmt er sie vor, ist er nicht mehr verpflichtet, und zwar gerade wegen eines eigenen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht. Um diesem Effekt entgegenzuwirken, entsteht der Aufhebungsanspruch. Wer gegen eine Unterlassungspflicht verstoßen hat, ist verpflichtet, denjenigen Zustand wiederherzustellen, welcher bestehen würde, wenn er pflichtgemäß gehandelt hätte. Insoweit kann man den Aufhebungsanspruch entweder als zeitliche Fortsetzung oder als Annexanspruch oder aber als (nachträgliches) Durchsetzungsinstrument des Unterlassungsanspruchs begründen. Wie auch immer diese Frage zu beantworten ist:<sup>20</sup> Hat ein Staatsorgan rechtswidrig in ein Grundrecht eingegriffen, so ist es verpflichtet, diesen Eingriff aufzuheben.<sup>21</sup> Anspruchsvoraussetzungen sind demnach:

- (1) ein Grundrechtseingriff, der in der Vergangenheit stattgefunden hat,
- (2) dessen Rechtswidrigkeit,
- (3) Andauern des rechtswidrigen Eingriffs bis in die Gegenwart: Ist der Eingriff endgültig abgeschlossen, kommt eine Aufhebung nicht mehr in Betracht: Sie wäre einfach sinnlos. Die grundrechtlich garantierte Freiheit, welche dadurch beeinträchtigt wurde, dass eine Person im Jahre 2007 nicht am Weihnachtsmarkt teilnehmen oder damals eine angemeldete Versammlung nicht abhalten durfte, ist inzwischen fortgefallen und daher auch durch Aufhebung der Verbote nicht mehr (wieder)herstellbar.<sup>22</sup>
- (4) Möglichkeit seiner Rückgängigmachung durch Aufhebung. Von daher kommen ganz überwiegend Rechtsakte – Verbote, Verbotsgesetze – als Gegenstände des Aufhebungsanspruchs in Betracht. Eine tatsächliche Handlung – ein Schlag mit dem Gummiknüppel, ein Verkehrsunfall wegen „feindlichen Ampelgrüns“ – kann nicht „aufgehoben“ werden. Eine nachträgliche Aufhebungserklärung ließe den Eingriffserfolg vielmehr unberührt.

Die Aufhebung erfolgt durch Ausspruch des Gerichts. Der zugrunde liegende Aufhebungsanspruch wird in den Prozessgesetzen zwar vorausgesetzt, aber nicht selbst statuiert. Richtet sich etwa die Anfechtungsklage auf „Aufhebung eines Verwaltungsakts“ (§ 42 Abs. 1 VwGO) und hebt das Verwaltungsgericht den rechtswidrigen Verwaltungsakt auf (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), so sind dies prozessuale Handlungen, welche der Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Aufhebungsanspruchs dienen. Ähnliches gilt für Entschei-

<sup>14</sup> Näher dazu *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Rechtsfolge des fehlerhaften Verwaltungsakts, 2006, S. 22 ff. (Nachw.).

<sup>15</sup> S.o. II. vor 1.

<sup>16</sup> Dazu näher *Laubinger*, Verwaltungsarchiv 1989, 261.

<sup>17</sup> Dazu näher BVerfGE 51, 97.

<sup>18</sup> Dazu näher BVerfGE 60, 360 (371); 74, 297 (319); 114, 258 (277).

<sup>19</sup> Dazu näher *Ule*, VerwA 1974, 291 (304 f.); zum vorbeugenden Rechtsschutz *Dreier*, JA 1987, 415.

<sup>20</sup> Jüngere Übersicht zur Begründung solcher Ansprüche bei *Baumeister* (Fn. 14), S. 6 ff.

<sup>21</sup> *Baumeister* (Fn. 14), S. 345 ff. In diesem Buch werden Aufhebungs- und Beseitigungsansprüche als Reaktionsansprüche auf rechtswidriges Staatshandeln weitgehend ungetrennt behandelt.

<sup>22</sup> In solchen Fällen kann nach BVerfGE 96, 27 (40), ein nachträglicher Feststellungsanspruch in Betracht kommen, wenn der Eingriff schwerwiegend war, er seiner Natur nach auf kurzfristige Erledigung angelegt war und andernfalls gerichtlicher Rechtsschutz regelmäßig nicht möglich wäre.

dungen des Bundesverfassungsgerichts, welche grundgesetzwidrig – und damit auch grundrechtswidrig – Gesetze für „nichtig“ erklären (§ 78 S. 1 BVerfGG; s. auch § 82 Abs. 1 BVerfGG). Die Nichtigklärung hat Aufhebungswirkung: Begründet der Erlass eines Gesetzes seine Wirksamkeit, so kommt die Beendigung dieser Wirksamkeit durch Nichtigklärung einer Aufhebung gleich.<sup>23</sup> Beide Vorschriften regeln also die Durchsetzung der genannten Aufhebungsansprüche. Diesen Anspruch selbst enthalten sie jedoch nicht. Er ist vielmehr als Fortsetzung desjenigen (materiellen) Rechts, in welches rechtswidrig eingegriffen worden ist, zu begreifen. Hier stellt er sich als Reaktionsrecht auf Verletzung des grundrechtlichen Eingriffsverbots dar.<sup>24</sup> Die Aufhebung stellt den rechtmäßigen Zustand wieder her.

Daraus erklärt sich auch seine prozessual höhere Relevanz gegenüber dem Unterlassungsanspruch: Aufgehoben werden nur Eingriffe, die schon stattgefunden haben. Der Anspruch ist also notwendigerweise nachträglich – ebenso wie der gerichtliche Rechtsschutz selbst.

### 3. Beseitigungsansprüche

Beseitigungsansprüche sind ebenso wie der zuvor genannte Aufhebungsanspruch Reaktionsansprüche auf Verstöße gegen Unterlassungspflichten. Wie bereits gesehen, ist die Sinnhaftigkeit eines Aufhebungsanspruchs begrenzt: Er kann den rechtmäßigen Zustand nur herstellen, wenn und soweit es (noch) etwas aufzuheben gibt und wenn und soweit durch bloße Aufhebung der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt werden kann. Dies kann bei grundrechtsbeeinträchtigenden Gesetzen und Verwaltungsakten häufiger, bei anderen Maßnahmen hingegen durchaus seltener der Fall sein. War etwa der Steuerbescheid falsch und sind deshalb überhöhte Abgaben gezahlt worden, so ist die Aufhebung des Bescheids allein nicht geeignet, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Ähnliches gilt, wenn etwa ein eingreifender Verwaltungsakt vollstreckt wurde (eine Sache wurde in amtliche Verwahrung genommen; eine sichergestellte Wohnung einem Dritten zugewiesen) oder ein faktischer Grundrechtseingriff stattfand (personenbezogene Daten wurden gespeichert oder an andere Behörden weitergegeben, auf einem Grundstück wurde ein Sendemast errichtet). In allen diesen und weiteren Fallgruppen genügt ein gerichtlicher Aufhebungsausspruch nicht, um die Beeinträchtigung rückgängig zu machen und dadurch den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Die überhöhte Abgabe fällt wegen der Aufhebung des Bescheids nicht an den Zahler zurück, die Sache bleibt in amtlicher Verwahrung, der Dritte in der Wohnung, die Daten in den Computern der speichernden oder anderer Behörden und der Sendemast auf dem Grundstück. Soll hier der grundrechtskonforme Zustand wiederhergestellt werden, sind demnach weitergehende Ansprüche erforderlich. Deren Begründung und Herleitung ist ähn-

<sup>23</sup> Zur Nichtigklärung näher *Graßhoff*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 78 Rn. 11 ff.

<sup>24</sup> Findet der Eingriff hingegen in ein anderes als ein Grundrecht statt, so begründet dieses zugleich den Aufhebungsanspruch.

lich derjenigen zum Aufhebungsanspruch;<sup>25</sup> seine Rechtsfolgen gehen jedoch über diesen hinaus.<sup>26</sup> Derartige Beseitigungsansprüche setzen voraus:

- (1) das Stattfinden eines Grundrechtseingriffs,<sup>27</sup>
- (2) Folgen aus diesem Eingriff, welche nicht durch bloße Aufhebungserklärung rückgängig gemacht werden können,
- (3) Rechtswidrigkeit des aus diesen Folgen resultierenden Zustands,
- (4) Fortwirkung dieses Zustands bis in die Gegenwart und
- (5) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigung. Ist die Beseitigung unmöglich (die verletzte Person ist gestorben) oder wegen übermäßigen finanziellen Aufwands unzumutbar (der Rhein-Main-Donau-Kanal müsste verlegt werden, weil ein in Anspruch genommenes Grundstück rechtswidrig in Anspruch genommen worden war), ist der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen.

Der Beseitigungsanspruch tritt in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft z.T. unter divergierenden Bezeichnungen auf (etwa: Folgenbeseitigungsanspruch, Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch). Sie vermögen einerseits durchaus klarer zu umreißen, worum es im Einzelfall geht; umfassen aber andererseits nur Teilbereiche des möglichen Anspruchsspektrums. Der Anspruch ist auf Rückgängigmachung derjenigen andauernden Folgen gerichtet, welche durch einen rechtswidrigen Grundrechtseingriff verursacht worden sind und die nicht durch bloße Aufhebung bereits kompensiert werden können. Infolge der Unterschiedlichkeit solcher Folgen kann auch der Anspruch im Einzelfall ganz unterschiedliche Inhalte aufweisen, z.B. Rückzahlung überzahlter Abgaben, Herausgabe sichergestellter Sachen, Verweisung dritter Personen aus einer Wohnung, Löschung gespeicherter Daten bzw. Berichtigung gegenüber empfangenden Behörden, Entfernung des Sendemastes. Wichtig ist: Ziel des Beseitigungsanspruchs ist die Herstellung des status quo ante, also des Zustands vor der Vornahme der rechtswidrigen Handlung einschließlich der Setzung ihrer Folgen. Sein Inhalt ist – soweit möglich – die Rückgängigmachung der fehlerhaften Folgen eines Staatshandelns. Weitergehende Kompensation ist nicht mehr Gegenstand und Inhalt des Beseitigungsanspruchs.

### 4. Entschädigungsansprüche?

Die letzte Aussage deutet bereits an: Es gibt Fälle, in welchen die genannten Ansprüche nicht zur Wiederherstellung eines (grund)rechtmäßigen Zustands führen können. Wer einen Beruf nicht ausüben kann, weil ihm die dafür erforderliche Zulassung rechtswidrig verweigert worden ist; wer mit großem Aufwand eine Demonstration organisiert hat, die letztlich

<sup>25</sup> Dazu o. 1.

<sup>26</sup> Klassisch *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 98 ff. Aus neuerer Zeit *Schoch*, Verwaltungsarchiv 1988, 1; *Baumeister* (Fn. 14), S. 90 ff.

<sup>27</sup> Die Rechtsordnung kennt auch andere als grundrechtliche Beseitigungsansprüche; s. etwa *Lettl*, JuS 2005, 871; *Gursky*, JZ 1996, 683 (zu § 1004 BGB); *Fritzsche*, WRP 2006, 42 (zu § 33 GWB); *Thalhofer*, Betriebsverfassungsrechtlicher Beseitigungsanspruch, 1999.

infolge eines rechtswidrigen Verbots nicht stattfinden konnte; wer infolge einer rechtswidrigen staatlichen Warnung einen erheblichen Schaden erlitt: In derartigen Fällen können die bislang genannten Anspruchsgrundlagen nicht stets einen Ausgleich schaffen. Für solche Fallkonstellationen stellt sich die Frage nach der Anerkennung eines *Folgenentschädigungsanspruchs*. Ihm geht es nicht um (Wieder)Herstellung eines rechtmäßigen Zustands (sog. Primäranspruch), sondern um Ausgleich für eine nicht mehr vollständig herstellbare rechtmäßige Lage (sog. Sekundäranspruch). Ob den Freiheitsrechten solche Ansprüche entnommen werden können, ist Gegenstand einer intensiven Kontroverse.

Die klassische Antwort verneint dies. Sie beruft sich dazu namentlich auf ein grundrechtssystematisches Argument. Entschädigungsansprüche sind im Grundgesetz in Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich angesprochen. Sie sollen bestimmte Einbußen am Eigentum kompensieren, welche sich als Folge einer Enteignung darstellen. Aber selbst hier gilt: Obwohl die Entschädigungsfrage im Grundgesetz selbst angesprochen ist, findet sich hier kein unmittelbarer Anspruch. Vielmehr statuiert Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, dass die Entschädigung „durch Gesetz“ zu regeln ist. Mehr noch: Das Gesetz soll „Art und Ausmaß“ der Entschädigung regeln, also deren Voraussetzungen, Inhalt und Grenzen.<sup>28</sup> Daraus wird systematisch gefolgert: Wenn Eigentum, Enteignung und Entschädigung nach traditioneller Grundrechtsdogmatik eng zusammengehören, zugleich aber selbst hier kein verfassungsunmittelbarer Folgenentschädigungsanspruch gewährt wird, so kann den anderen Grundrechten erst recht kein derartiger Anspruch entnommen werden.<sup>29</sup> Als daraus unmittelbar herzuleitende Folgerung würde demnach gelten: Kein Folgenentschädigungsanspruch des Bürgers gegen den Staat ohne gesetzliche Grundlage.<sup>30</sup> In der Konsequenz der genannten klassischen Auffassung könnte allenfalls erwogen werden, aus einzelnen Grundrechten einen Anspruch auf gesetzliche Regelung der Folgen rechtswidriger Eingriffe herzuleiten.<sup>31</sup>

Doch gilt jene Antwort heute nicht mehr unangefochten. Gegen sie werden zahlreiche Argumente angeführt.<sup>32</sup> Zunächst habe die Rechtsprechung schon in der Vergangenheit einzelne Entschädigungsansprüche unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 GG hergeleitet.<sup>33</sup> Der Wortlaut dieser Bestimmung habe sich

also nicht stets als Hindernis erwiesen, in Einzelfällen derartige Ansprüche zu begründen. Weiter sei es bisweilen ein Zufall, ob jemand durch eine staatliche Maßnahme in Art. 14 GG oder aber in Art. 12 GG betroffen sei: Eine rechtswidrige Gewerbeuntersagung könne denjenigen, der seinen Betrieb bereits eröffnet habe, in Art. 14 GG treffen; denjenigen hingegen, der seinen Betrieb erst gerade eröffnen wolle, in Art. 12 GG. In solchen Fällen sei es ungerecht bzw. gleichheitswidrig, dem einen Entschädigung zuzugestehen, dem anderen hingegen nicht. Insoweit könne ein derartiger Anspruch jedenfalls aus dem betroffenen Einzelgrundrecht in Verbindung mit Art. 3 GG hergeleitet werden. Schließlich werden auch Rechtsgedanken des Europarechts oder solche rechtsvergleichender Art herangezogen.

Die Diskussion ist keineswegs abgeschlossen.<sup>34</sup> Als aktuelle Zwischenbilanz bleibt aber festzuhalten: Die neuere Richtung hat sich gegenwärtig im Verfassungsrecht und in der Rechtsprechung zum Verfassungsrecht nicht als vorherrschende durchgesetzt. Ungeachtet einzelner Anläufe, die aber bislang isoliert geblieben sind, gilt: Folgenentschädigungsansprüche werden grundsätzlich nur dort anerkannt, wo es für sie auch eine gesetzliche Grundlage gibt. Dafür finden sich auch Argumente aus der Rechtsordnung: Die Anerkennung eines Folgenentschädigungsanspruchs würde im Ergebnis dazu führen, dass die öffentliche Hand weitgehend verschuldensunabhängig haften müsste. Ein solches Haftungsrecht ist aber der deutschen Rechtsordnung fremd und bedürfte daher jedenfalls seiner grundsätzlichen gesetzlichen Anerkennung. Dies gilt umso eher, als Voraussetzungen, Umfang und Grenzen eines solchen Anspruchs nirgends näher geregelt sind und auch den Freiheitsrechten nicht einfach entnommen werden können. Auch eine Übernahme aus dem Europarecht bzw. rechtsvergleichend dem „gemeineuropäischen Verfassungsrecht“ kommt wegen der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Haftungssysteme nicht einfach in Betracht. Insoweit bleibt es eine Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers, einen solchen Anspruch ggf. einzuführen und auszugestalten. Jedenfalls in der Gegenwart lässt sich ein allgemeiner verfassungsunmittelbarer Entschädigungsanspruch daher nicht bejahen. Doch ist die weitere Diskussion – wie gesagt – offen.<sup>35</sup>

Die Ablehnung eines Entschädigungsanspruchs aus dem Grundgesetz und mit Verfassungsrang bedeutet nicht, dass Betroffene staatlicher Grundrechtseingriffe stets leer ausgehen müssen. Vielmehr können sich Ansprüche aus dem geltenden Staatshaftungs- und Entschädigungsrecht herleiten lassen. Sie berechtigen – außerhalb des Art. 14 Abs. 3 GG – namentlich zum Ausgleich bei rechtswidrigen, vereinzelt so-

<sup>28</sup> Dazu näher *Wieland* (Fn. 9), Art. 14 Rn. 108 ff.; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 14 Rn. 83 ff.

<sup>29</sup> So etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, S. 775 ff.

<sup>30</sup> So zutr. z.B. *Schmitt-Kammler*, JuS 1995, 473.

<sup>31</sup> Dies wäre nun wiederum genau das, was Art. 14 Abs. 3 S. 1, 2 GG für Enteignungen vorschreibt. Ein ähnlicher, allerdings ungeschriebener Rechtsgedanke soll demnach darüber hinaus auch anderen Freiheitsrechten entnommen werden.

<sup>32</sup> Aus jüngerer Zeit namentlich *Röder*, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002. Ganz grundsätzlich *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002.

<sup>33</sup> Dies gelte namentlich für Ansprüche aus „enteignendem“ bzw. „enteignungsgleichem Eingriff“; dazu Darstellung und Kritik z.B. bei *Maurer* (Fn. 28), S. 748 ff., 762 ff.

<sup>34</sup> Zum Meinungsstand umfassend *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), 260.

<sup>35</sup> Dieses Zwischenergebnis wird nicht widerlegt, sondern im Gegenteil bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 29.2.2008, Az. 1 BvR 1807/07. Dort ging es nämlich nicht um einen unmittelbar aus Grundrechten herzuleitenden Entschädigungsanspruch (dieser wurde von der Kammer des BVerfG nicht einmal erwähnt), sondern um eine Klage wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG), also einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch.

gar bei bestimmten rechtmäßigen Grundrechtseingriffen durch die Exekutive. Soweit nicht eine der zahlreichen, bisweilen wenig systematischen gesetzlichen Sonderregelungen (etwa des Polizei- oder Ordnungsrechts, des Infektionsschutz- oder des Opferentschädigungsrechts) einschlägig ist, kommen namentlich die allerdings verschuldensabhängige Staatshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) sowie darüber hinaus in Einzelfällen der Aufopferungsanspruch in Betracht.<sup>36</sup> Doch bleiben erkennbar einzelne Anspruchs- und Gerechtigkeitslücken, die allerdings allein vom Gesetzgeber nach Maßgabe auch des Art. 3 Abs. 1 GG bereinigt werden können und ggf. müssen. Ein solches Gesetz kann allerdings nicht durch Auslegung der Freiheitsrechte des GG – und dann noch mit Verfassungsrang – ersetzt werden.

### III. Andere freiheitsrechtliche Ansprüche

Freiheitsrechte sind zwar „zuvörderst“, aber nicht ausschließlich Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Sie sind also nicht allein auf die Abwehr rechtswidriger Eingriffe ausgelegt. Zwar ist dies eine praktisch wie dogmatisch wichtige Fallgruppe elementaren Schutzes individueller Freiheit gegen die Staatsgewalt. Doch kann es auch Fälle der Grundrechtsbeeinträchtigung ohne Eingriff geben. Das Merkmal des „Eingriffs“ begründet nicht die Anwendbarkeit von Freiheitsrechten. Es begründet vielmehr allein die Anwendbarkeit bestimmter Rechtmäßigkeitsanforderungen (Zitiergebot, Wesensgehaltssperre, Übermaßverbot),<sup>37</sup> die in dieser Form nur „passen“, wenn ein Eingriff stattgefunden hat. Andere grundrechtsrelevante Maßnahmen sind also nicht ausgeschlossen. Sie unterliegen allerdings anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen als der Eingriff und daher anderen grundrechtlichen Ansprüchen bzw. können solche begründen.

#### 1. Schutzansprüche

Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte ist eine Spätfolge der Einsicht in ihre (mittelbare) Drittwirkung. Seit deren Anerkennung<sup>38</sup> steht fest, dass die Freiheitsrechte nicht allein als Eingriffsabwehrrechte, sondern darüber hinaus als „objektive Werte“<sup>39</sup> in der gesamten Rechtsordnung gelten und wirken sollen. In dieser Dimension gelten sie als Auftrags- und Auslegungsnormen auch im Bürgerlichen Recht, und zwar nicht allein seiner Generalklauseln, sondern sämtlicher Normen der Privatrechtsordnung. Daher schützen sie nicht allein vor Eingriffen der öffentlichen Hand i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG, sondern darüber hinaus auch vor bestimmten Beeinträchtigungen seitens „Privater“. Eine solche teils als mit-

telbare, teils als unmittelbare konzipierte „Drittwirkung“<sup>40</sup> soll etwa Kollisionen zwischen Meinungs- bzw. Kunstfreiheit und der Ehre davon evtl. betroffener Personen regeln,<sup>41</sup> kleine und schwächere Marktteilnehmer vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung durch große Wettbewerber schützen<sup>42</sup> oder das Arbeitsrecht inhaltlich ausgestalten<sup>43</sup>. Die so konzipierte, nie ganz unumstrittene Drittwirkungslehre ist später als *Schutzpflicht* neu formuliert<sup>44</sup> und dadurch nicht zuletzt von dem inzwischen weitgehend aufgegebenen Wertordnungskriterium losgelöst worden. Der Staat ist verpflichtet, die Grundrechte zu schützen; und zwar nicht bloß gegen eigene Eingriffe (dafür hätte die zuvor dargestellte Abwehrdimension weitgehend ausgereicht), sondern gegen Freiheitsbeeinträchtigungen seitens Dritter. Diese Verpflichtung ist nicht allein als solche des objektiven Rechts konzipiert, sondern zugleich als subjektives Recht der Grundrechtsträger anerkannt. Voraussetzungen eines derartigen Schutzanspruchs sind:<sup>45</sup>

(1) das Verhalten eines Privaten, welches die Freiheit eines anderen Privaten zu beeinträchtigen geeignet ist;<sup>46</sup>

(2) die tatbestandliche Einschlägigkeit eines betroffenen Grundrechts auf der Seite des Beeinträchtigten, welches die Schutzpflicht begründen kann;

(3) ein wirtschaftliches, soziales u.a. „starkes Übergewicht“ des Beeinträchtigten gegenüber dem Beeinträchtigten, welches sich als fehlendes „annäherndes Kräftegleichgewicht“ äußert und ihm ermöglicht, die Zivilrechtsbeziehungen „faktisch einseitig“ zu gestalten;

(4) eine daraus resultierende „Fremdbestimmung“ des Beeinträchtigten, welche ihm nicht ermöglicht, einen „sachgerechten Ausgleich“ ohne besonderen staatlichen Schutz herbeizuführen.

Was der Betroffene aus dem grundrechtlichen Schutzanspruch konkret beanspruchen kann, richtet sich nach der Eigenart seiner jeweiligen Rechtseinbuße. Diese soll mit staatlichen Mitteln rückgängig gemacht bzw. kompensiert werden. Dazu kann Inhaltskontrolle von Verträgen ebenso zählen

<sup>36</sup> Zu dessen Anerkennung, Voraussetzungen und Grenzen z.B. *Schmitt-Kammler* (Fn. 30); *Maurer* (Fn. 29), S. 773 ff.

<sup>37</sup> An dieser Stelle ließe sich auch formulieren: Es begründet die Anwendbarkeit eines bestimmten „Prüfungsschemas“, eben der „klassischen Eingriffsprüfung“, wie sie in Lehrbüchern und Fallsammlungen ausführlich dargestellt ist.

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f.). Später etwa BVerfGE 73, 261 (269); 84, 192 (195).

<sup>39</sup> Dazu näher *di Fabio*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 1031.

<sup>40</sup> Für letztere BVerfGE, Beschl. v. 29.2.2008, Az. 1 BvR 1807/07; für erstere etwa BAGE 2, 221 (224); 4, 22 (25); 4, 274.

<sup>41</sup> Etwa BVerfGE 7, 198; 30, 192 (Mephisto); NJW 2008, 39 (Esra).

<sup>42</sup> BVerfGE 25, 256 (Blinkfuer).

<sup>43</sup> BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz); 81, 242 (Handelsvertreter); s.a. BVerfGE 92, 26 (46).

<sup>44</sup> S. insbes. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 102 (164 f.); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (65 f.); 79, 174 (202); 81, 242 (254 ff.); 88, 203 (251); *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005; s.a. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003.

<sup>45</sup> Nach BVerfGE 81, 242 (255 f.).

<sup>46</sup> Das beeinträchtigende Verhalten kann seinerseits grundrechtlich geschützt sein; in diesen Fällen entsteht die Situation einer Grundrechtskollision; dazu etwa *Winkler*, Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen, 2000.

wie die Unterbindung weiterer Beeinträchtigungen durch den Dritten, Ansprüche auf Vernichtung oder Veröffentlichungsverbote hinsichtlich Bild- und Tonaufnahmen oder auch Schadensersatzansprüche. Die Palette möglicher Anspruchsinhalte ist demnach denkbar weit; sie folgt im Einzelfall aus dem verfassungskonform auszulegenden Privatrecht. Der daraus erkennbar werdende Vorrang zivilrechtlichen und zivilgerichtlichen Schutzes begründet eine gewisse Zurückhaltung des BVerfG bei der Prüfung im Einzelfall, welche nach der Intensität der Rechtsbeeinträchtigung und der Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit anderweitigen Schutzes abgestuft sein soll. Solche Differenzierungen berühren allerdings nicht den Bestand bzw. den Inhalt des Schutzanspruchs, sondern allein die Mechanismen seiner gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung. Auch insoweit gilt: Grundrechte sind primär vor den einschlägigen Fachgerichten und erst danach subsidiär beim BVerfG einzuklagen.

Weitergehend wird aus den grundrechtlichen Schutzansprüchen ein Anspruch des Einzelnen auf Schutz gegen schwere Kriminalität,<sup>47</sup> gegen Gefahren für die individuelle Sicherheit und bestimmte Risiken, etwa der Technik,<sup>48</sup> herzu-leiten versucht. Solche Ansätze, nicht zuletzt mit plakativen Titeln wie dem „Grundrecht auf Sicherheit“<sup>49</sup> begründet, verweisen allerdings eher auf teilhaberechtliche<sup>50</sup> als auf schutzpflichtenbezogene Grundrechtsdimensionen.

## 2. Leistungs- und Teilhabeansprüche

Dass Grundrechte im Allgemeinen und Freiheitsrechte im Besonderen<sup>51</sup> keine Zahlungs- bzw. originären Leistungsansprüche gegen die öffentliche Hand begründen, ist eine stets wiederholte Formel in Rechtsprechung<sup>52</sup> und Rechtswissenschaft.<sup>53</sup> Deren Berechtigung ergibt sich letztlich aus dem Umstand, dass die knappen Formulierungen der Freiheitsrechte keine ausreichende Grundlage dafür bieten, sie in „kleine Münze“ umzurechnen und konkret zu beanspruchende Summen berechnen zu lassen. Zudem ermöglichen die Grundrechte allein keinen ausreichenden Interessenausgleich zwischen den Belangen potentieller Zahlungsempfänger einerseits und potentieller Steuerpflichtiger andererseits. Dafür sind im Grundgesetz das demokratische Gesetzgebungsverfahren und die Finanzverfassung enthalten, welche ihrerseits zwar auch, aber eben nicht überwiegend grundrechtlich geprägt sind. In Übereinstimmung hiermit hat das BVerfG

stets erklärt, dass es Aufgabe primär des Gesetzgebers sei, durch die Ausgestaltung der Rechtsordnung notwendige und angemessene Leistungen sicherzustellen, um ein Leben in Menschenwürde und Freiheit zu ermöglichen.<sup>54</sup> Anders ausgedrückt: Die notwendigen Grundrechtsvoraussetzungen, konkreter: die notwendigen Menschenwürde- und Freiheitsvoraussetzungen, sind durch alle Zweige der Staatsgewalt zu schaffen und zu erhalten.

Hat der Staat solche freiheitsfördernden Leistungen geschaffen, so steht den einzelnen Grundrechtsträgern ein *Teilhabeanspruch* (auch *derivatives Leistungsrecht* genannt)<sup>55</sup> zu. Da die Leistung in ihrem Interesse geschaffen ist und zur Verwirklichung und Durchsetzung ihrer Grundrechte dienen soll, ist ihre Teilhabe grundrechtlich geschützt. Rechtsgrundlage der genannten Ansprüche sind partiell Freiheits-, partiell Gleichheitsrechte des GG. Als Anspruchsvoraussetzungen können namentlich gelten:

(1) Vorhandensein rechtlicher, organisatorischer, personeller<sup>56</sup> oder finanzieller Ressourcen zum Schutz oder zur Förderung der Grundrechtsausübung,<sup>57</sup>

(2) Grundrechtsberechtigung des jeweiligen Interessenten aus dem zu schützenden Grundrecht,

(3) Ausreichende Kapazitäten der jeweiligen Ressourcen: Sind die Studienplätze besetzt, die Standplätze auf dem Markt vergeben, ist die Subventionssumme erschöpft, erlischt der Anspruch. Vorhandene Kapazitäten sind auszuschöpfen, soweit geeignete Bewerber vorhanden sind.<sup>58</sup>

(4) Kein in der Person des Grundrechtsträgers liegender Ausschlussgrund von der Leistung. Dazu kann auch der Umstand zählen, dass bestimmte Interessenten die Leistung für ihre Freiheitsausübung nicht benötigen. Nicht hierzu zählt dagegen die Art und Weise zulässiger Freiheitsausübung. Soll etwa die Kunst gefördert werden, darf der Staat nicht als Kunstrichter oder gar -zensor auftreten.<sup>59</sup>

Bei den oft knappen staatlichen Ressourcen ist die wichtigste Teilhabevoraussetzung regelmäßig die Geltung ausreichender Zugangsregelungen, namentlich im Hinblick auf die Bewirtschaftung knapper Ressourcen, die Prioritäten bei der Vergabe sowie die Zulassungs- bzw. Versagungsbedingungen. Sie sind durch die Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der Zwecksetzung der jeweiligen Leistung zu regeln. Vor diesem Hintergrund muss sie hinreichend neutral sein, ausrei-

<sup>47</sup> BVerfGE 46, 160 (terroristische Bedrohung); 39, 1 (42); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch).

<sup>48</sup> BVerfGE 55, 74; 79, 174 (201 f.) (Flug-/Verkehrslärm); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.) (Atomkraft); BVerfG NJW 2002, 1638 (elektromagnetische Strahlungen).

<sup>49</sup> *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983.

<sup>50</sup> Dazu sogleich 2.

<sup>51</sup> Einzelne Formulierung im Grundrechtsteil des GG könnten eine andere Annahme nahe legen; namentlich Art. 3 Abs. 3 S. 2; 6 Abs. 1, 4; 19 Abs. 4 S. 1 GG. Doch sind diese jedenfalls keine Freiheitsrechte und werden zudem ganz überwiegend als Teilhaberechte gedeutet.

<sup>52</sup> Seit BVerfGE 1, 97 (100 f.).

<sup>53</sup> Überblick bei *Rüfner*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 679.

<sup>54</sup> Am Beispiel der Kunst- und Kulturförderung BVerfGE 36, 321 (331 f.); 81, 108 (116); BVerfG NJW 2005, 2843; BVerwG NJW 1980, 718.

<sup>55</sup> Diese Formulierung ist namentlich im Umfeld des *numerus-clausus-Urteils* (BVerfGE 33, 303) vielfach verwendet worden. Der Sache nach dürfte es aber auch hier eher um Teilhabe- als um Leistungsrechte gehen.

<sup>56</sup> Hierzu können auch die vorhandenen staatlichen Ressourcen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit (Polizei, technische Überwachung u.ä.) zählen.

<sup>57</sup> Dazu können Ausbildungsstätten, Schulen, Vergabesysteme von Studienplätzen, Marktständen u.ä., Beihilfen oder Subventionen etwa für die Kunst u.ä. zählen.

<sup>58</sup> BVerfGE 33, 303 (331 ff.).

<sup>59</sup> OVG Münster NWVB1 1992, 279 (282).

chende und zulässige Prioritätensetzungen enthalten und darf die Teilhabe nicht von sachwidrigen Voraussetzungen abhängig machen. Jedenfalls im Falle einer Ablehnung prüft die Rechtsprechung, ob sie auf ausreichende Rechtsgrundlagen gestützt werden kann.

### 3. Insbesondere: Teilhabeansprüche an staatlichen Verfahren

Die grundrechtlichen Ansprüche verwirklichen sich vielfach nicht von selbst. Sie bedürfen vielmehr ihrer Geltendmachung, Umsetzung und Befolgung durch konkretes Handeln der Verpflichteten, regelmäßig also der öffentlichen Gewalt. Dies folgt namentlich daraus, dass gerade diese Dimension von Freiheit eben nicht bloß Abwesenheit von Staat und Recht ist. Sie ist vielmehr häufiger erst durch das Recht realisierbar, herstellbar und zu erhalten. Dabei geht es etwa um Schutzpflichten und Teilhabeansprüche, aber auch die Zuteilung und Abwägung von Freiheitspositionen: Wo mehrere Rechte kollidieren, die Entscheidung aber nur durch Eingriff in mindestens eines jener kollidierenden Rechte erfolgen kann, können sogar Abwehrrechte positives Handeln der Staatsorgane erfordern: Beispiele sind etwa die Ausgestaltung der kollidierenden Rechtsbeziehungen zwischen Vermietern und Mietern,<sup>60</sup> Unternehmen und Arbeitnehmern<sup>61</sup> oder auch nur der Frage, ob von zwei potentiell Störungsverantwortlichen der eine oder andere in Anspruch genommen werden darf. Solche und andere staatliche Abwägungs- und Zuteilungsentscheidungen bedürfen ihrerseits der erforderlichen Rechtsgrundlagen, im Bereich des Wesentlichen also der Gesetze. Freiheit und Recht sind eben nicht einfach Gegensätze, sondern bedingen einander zugleich.

Besonders deutlich wird dies schon, wenn ein Grundrecht eine Freiheit verbürgt, die nicht einfach da ist, sondern vom Gesetzgeber zunächst ausgestaltet werden muss. Was Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich normiert, gilt entsprechend etwa für Art. 6, 9, aber auch Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>62</sup> Für solche Grundrechte hat das BVerfG eine „funktionsgerechte Grundrechtsausgestaltung“ gefordert.<sup>63</sup> Was dies bedeutet, hängt weniger von der Funktion „der“ Grundrechte als vielmehr von derjenigen des jeweiligen Einzelgrundrechts ab. Deshalb lassen sich darüber hier wenig allgemeine Aussagen treffen. Für sämtliche Grundrechte ist allerdings anerkannt, dass ein Anspruch auf grundrechtsadäquate Verwaltungsorganisation und -verfahren besteht.<sup>64</sup> Beide müssen darauf ausgerichtet sein, Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsschutz zu verwirklichen und nicht etwa zu verhindern. Dies begründet eine Vielzahl unterschiedlicher Anforderungen an Organisation, Personal und Verfahren der jeweiligen staatlichen Stellen, welche nicht nur nach der Art des jeweils involvierten Freiheitsrechts, sondern daneben auch nach der Art des jeweiligen Verfah-

rens im Einzelfall erheblich variieren können.<sup>65</sup> Fest steht jedenfalls: Wo und wenn diese prozeduralen Anforderungen verwirklicht sind, hat jeder Grundrechtsträger einen Teilhabeanspruch daran.<sup>66</sup> Hier seien zwei subjektive Rechte besonders hervorgehoben.

a) Da ist zunächst der Anspruch auf *Grundrechtsberücksichtigung*.<sup>67</sup> Wo Freiheitsrechte in einem Verfahren Relevanz erlangen können, hat jeder potentiell betroffene Grundrechtsträger einen Anspruch darauf, seine Rechtspositionen in das Verfahren einbringen zu können. Entweder muss die Berücksichtigung seiner Rechtspositionen durch die entscheidende Stelle – Behörde, Gericht – von Amts wegen erfolgen. Oder aber der Berechtigte muss die verfahrensrechtliche Position erlangen, seine Rechte selbst in das Verfahren einbringen zu können. Hierzu muss ihm – ggf. auch über den Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 1 GG hinaus – Gehör gewährt werden. Daraus folgt das Gebot der Offenheit von Verfahren für potentiell entscheidungserhebliche Freiheitsrechte. Diese Offenheit darf insbesondere nicht aus Gründen der Verfahrensökonomie ausgeschlossen werden, weil etwa nur Verfahrensbeteiligte zugelassen werden oder aber Zeitdruck eine Berücksichtigung der betroffenen Rechtspositionen nicht zulasse. Wessen Grundrechte betroffen sein können, der ist zuzulassen – notfalls über den Kreis der formell Beteiligten hinaus. Voraussetzungen des Berücksichtigungsanspruchs sind:

(1) Stattfinden eines staatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens,<sup>68</sup> in welchem Verfahrenshandlungen oder das Ergebnis Freiheitsrechte berühren kann,

(2) Berechtigung einer Person aus diesem Recht,

(3) Potentielle Berührung dieser individuellen Rechtsstellung im einzelnen Verfahren: Bei einem Versammlungsverbot sind nicht sämtliche Träger der Versammlungsfreiheit (also: alle Deutschen), sondern nur Veranstalter, Organisatoren u.ä. der konkreten Versammlung berücksichtigungsfähig.

Der Berücksichtigungsanspruch ist inhaltlich neutral: Er ist allen potentiell betroffenen Grundrechtsträgern gleichermaßen zu gewähren. Differenzierungen müssen ihrerseits grundrechtskonform sein. So wäre es grundsätzlich etwa zulässig, für die Geltendmachung grundrechtlicher Ansprüche angemessene Formen<sup>69</sup> oder Fristen zu setzen.<sup>70</sup> Ungeachtet der Tat-

<sup>65</sup> So lässt sich etwa die Forderung nach bestmöglicher Grundrechtsverwirklichung im Einzelfall nur realisieren, wenn es nicht in die Abwägung zwischen zwei kollidierenden Grundrechtspositionen geht. In einem solchen Falle wäre in jedem Falle nur ein Grundrecht auf Kosten des jeweils anderen bestmöglich zu verwirklichen.

<sup>66</sup> Dazu o. 2.

<sup>67</sup> Ganz grundsätzlich Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000.

<sup>68</sup> Für die Legislative müssen wegen der potentiell völlig unübersehbaren Zahl von Betroffenen (s. etwa Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) Sonderregelungen gelten.

<sup>69</sup> Dies kann etwa Schriftform oder mündliche Formen, das Recht auf persönliche Anhörung oder auch die Zulässigkeit oder Notwendigkeit der Beiziehung von Bevollmächtigten betreffen, soweit dadurch dem Grundrechtsschutz keine unzumutbaren Hürden gesetzt werden. Für Massenverfahren kön-

<sup>60</sup> BVerfGE 49, 244 (247 ff.); 68, 361 (370).

<sup>61</sup> Etwa BVerfGE 50, 290.

<sup>62</sup> Dazu näher etwa Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1983, S. 27 ff., 50 ff.

<sup>63</sup> Dazu näher Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; Gellermann, Grundrechte in einfach-gesetzlichem Gewande, 2000.

<sup>64</sup> Schmidt-Aßmann, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 993 ff.



sache, dass der Grundrechtsschutz nicht verjährt, ist auch die zeitliche Begrenzung seiner Berücksichtigung einschließlich eines möglichen Ausschlusses bei Fristversäumnis nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>71</sup>

Der Berücksichtigungsanspruch garantiert den Grundrechtsträgern insbesondere, dass ihre *Rechte und deren Betroffenheit im Einzelfall in das Verfahren eingebracht werden* können. Dazu zählt namentlich die *Information der entscheidenden Behörde* oder des Gerichts über die Tatsache, dass eine Person durch das Verfahren oder die Entscheidung in ihren Grundrechten betroffen sein könnte, welches Recht dies sei und worin die Betroffenheit im Einzelfall liegen kann. Diese Informationen sind von der entscheidenden Stelle *zur Kenntnis zu nehmen und in das jeweilige Verfahren einzuführen*. Sie müssen also zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden und dürfen nicht bloß abgelegt werden. Ein individueller Auskunft- oder Begründungsanspruch des Betroffenen darüber, ob und wie seine Rechtspositionen in das Verfahren eingeflossen sind, wird demgegenüber aus den Grundrechten selbst wohl nicht herzuleiten sein. Alle diese Verfahrensgarantien sind gesetzlicher Ausgestaltung zugänglich, vielfach ist dies auch in besonderen Verfahrensgesetzen oder subsidiär in den VwVfGen von Bund und Ländern geschehen.

b) Da ist zudem der Anspruch auf *Grundrechtsabwägung*. Soweit im Verfahren ein Grundrecht mit einem anderen öffentlichen oder privaten Belang kollidieren kann, ist eine Abwägungsentscheidung erforderlich. Deren Ziel wird im Sinne der Herstellung „praktischer Konkordanz“ vielfach so beschrieben, dass beide kollidierenden Interessen miteinander zu einem bestmöglichen schonendsten Ausgleich gebracht werden müssen.<sup>72</sup> Es geht also nicht um ein „Entweder – Oder“, sondern vielmehr um ein „Sowohl – als auch“. Garantiert und damit rechtlich geboten sind Meinungsfreiheit und Ehrenschutz,<sup>73</sup> öffentliche Sicherheit und Datenschutz,<sup>74</sup> Versorgungssicherheit mit Energie und technische Sicherheit zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bürger.<sup>75</sup> Der Abwägungsanspruch stellt sich als Fortsetzung des Berücksichtigungsanspruchs dar. Er umfasst zwei Dimensionen: In verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass überhaupt eine Abwägung

nen zudem besondere Regelungen getroffen werden, wenn es faktisch ausgeschlossen ist, alle potentiell Betroffenen einzu beziehen.

<sup>70</sup> S. etwa BVerfGE 47, 146 (164 ff.); 60, 253 (266 ff.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), Art. 103 Rn. 122 ff.

<sup>71</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit von Präklusionsnormen BVerfGE 69, 145 (149); 75, 302 (315); 81, 97 (105).

<sup>72</sup> Klassisch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.

<sup>73</sup> Zu den schwierigen Abwägungsfragen und den (früher) unterschiedlichen Konzepten von BVerfG und EGMR *Hochhuth*, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, 2007.

<sup>74</sup> Eingehend dazu *Petri*, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, H Rn. 1 ff.

<sup>75</sup> BVerfGE 89, 140, am Beispiel der Nutzung der Atomenergie.

stattfindet; in materiell-rechtlicher Hinsicht, dass die Abwägung fehlerfrei vorgenommen wird.

Verfahrensrechtlich sind alle potentiell erheblichen Belange in die Abwägung einzustellen. Die bekannten und relevanten Informationen sind daher vollständig zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Die Abwägung hat sich auf alle Belange zu erstrecken, welche berücksichtigungsfähig sind. Ausgeschlossen werden dürfen nur Rechtspositionen, welche nicht in zulässiger Form oder innerhalb einer zulässigerweise gesetzten Frist in das Verfahren eingeführt worden sind. Sie müssen von der entscheidenden Instanz als Basis ihrer Entscheidung herangezogen, bewertet und in die Abwägung eingestellt werden. Dabei können in Einzelfällen verfassungsunmittelbare Dokumentations- oder Begründungspflichten entstehen.<sup>76</sup>

Materiell-rechtlich muss die Abwägung fehlerfrei sein. Grundlage hierfür ist eine *zutreffende Gewichtung* der einzelnen Rechtspositionen, deren Bedeutung jedenfalls nicht völlig verkannt werden darf.<sup>77</sup> Sodann sind sie vor dem Hintergrund des jeweiligen Abwägungsmaßstabes zueinander in das Verhältnis zu setzen. Dabei geht es namentlich um die Bestimmung von Vor- und Nachrangigkeit im Einzelfall. Die Abwägung ist also nicht abstrakt („die“ Meinungsfreiheit gegen „die“ Ehre), sondern konkret vorzunehmen (die Meinungsfreiheit des A gegen die Ehre des B anhand der konkreten Meinungsäußerungen und ihrer konkreten Wirkung auf die Ehre des Betroffenen).<sup>78</sup> Auf den abstrakten Wert der kollidierenden Rechtspositionen kommt es dabei allenfalls subsidiär nicht an.<sup>79</sup> Als Abwägungsmaßstab kommt namentlich das im Einzelfall anwendbare, verfassungsgemäße Gesetz in Betracht, das zu diesem Zweck seinerseits grundrechtskonform auszulegen ist. Der Anspruch auf fehlerfreie Abwägung impliziert damit einen *Anspruch auf grundrechtskonforme Gesetzesauslegung*.<sup>80</sup> Vor diesem Hintergrund darf weder der Rang der einzelnen Garantie noch deren sich aus dem konkreten Maßstab ergebendes Verhältnis zueinander verkannt werden.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Zur Gefahr im Verzug i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG s. BVerfGE 103, 142 (153 ff.); NVwZ 2006, 926.

<sup>77</sup> BVerfGE 17, 198 (208); 10, 118 (121); 20, 56 (97); 59, 172 (210); 32, 311 (317); weit. Nachw. bei *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht III/2, 1994, § 84 IV 5 a).

<sup>78</sup> S. etwa BVerfGE 35, 202 (224 f.); 85, 1 (16); 86, 122 (129 f.).

<sup>79</sup> Ganz ausgeschlossen kann er allerdings nicht sein, wenn das BVerfG etwa in einem konkreten Einzelfall zur Filmkritik auf die „schlechthin konstituierende“ Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie hinweist; s. BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>80</sup> *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 84 ff., ordnen diesen Anspruch der Schutzfunktion der Grundrechte zu. Möglicherweise deutet dies darauf hin, dass die hier beschriebene Variante der verfassungskonformen bzw. verfassungssystematischen Gesetzesauslegung über die einzelnen subjektiv-rechtlichen Grundrechtspositionen hinaus allgemeine Geltung beanspruchen kann.

<sup>81</sup> Beispiel: BVerfGE 7, 198 (208); 35, 202 (271 f.); 71, 206 (219 f.).

Obwohl diese Ansprüche in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelt worden sind, gelten sie nicht nur vor diesem, sondern in allen staatlichen Verfahren und Entscheidungen. Wenn das BVerfG seinen Prüfungsmaßstab demgegenüber partiell zurücknimmt,<sup>82</sup> so ist dies nicht Ausdruck einer nur eingeschränkten Anerkennung jener Ansprüche. Es ist vielmehr demgegenüber eine Konsequenz der nur subsidiären verfassungsgerichtlichen Überprüfung fachbehördlicher bzw. -gerichtlicher Entscheidungen. Hier geht es also nicht um materiell-rechtliche Probleme des „Ob“ der genannten Ansprüche, sondern allein um kompetenzrechtliche Fragen ihrer gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung.

#### IV. Zusammenfassung

Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes weisen sowohl objektiv-rechtliche als auch subjektiv-rechtliche Komponenten auf. Die hier untersuchte Frage nach grundrechtlichen Ansprüchen ergab

- Unterlassungsansprüche,
- Aufhebungsansprüche,
- Beseitigungsansprüche,
- Schutzansprüche,
- Teilhabeansprüche,
- Berücksichtigungsansprüche,
- Abwägungsansprüche.

Demgegenüber ließen sich Entschädigungs- und Leistungsansprüche zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) nicht aufweisen. Doch ist hier die Entwicklung gewiss noch nicht abgeschlossen und namentlich unter dem Einfluss einer weiteren Europäisierung der Rechtsordnung im Fluss.

Hier sind nur Ansprüche untersucht worden, welche für mehrere oder im Idealfall alle Freiheitsrechte Geltung beanspruchen können, um gleichsam einen „Allgemeinen Teil“ von grundrechtlichen Ansprüchen zu ermitteln. Darüber hinaus können sich aus einzelnen Grundrechten besondere Ansprüche ergeben, welche nur für einzelne oder gar nur ein einziges Grundrecht Anwendung finden können. Das Grundgesetz kennt eben weder „den“ Grundrechtsschutz noch „das“ Grundrecht, sondern spezielle Grundrechtsgarantien mit speziellen Inhalten, aus denen allgemeine Ansätze destilliert werden können. Der Schluss geht vom Besonderen zum Allgemeinen – allein Letzteres betrafen diese Ausführungen.

---

<sup>82</sup> Etwa in Formeln die „offensichtliche Verkennung“ des Ranges einer Garantie oder „objektive Willkür“ bei der Rechtsanwendung.