

populären Initiative durch das Parlament. Diese Volksgesetzgebung kann auch mit dezentraler Gesetzgebung verbunden werden; und zwar auf Gebieten, die den Alltag aller betreffen, etwa im Tarif- und Arbeitsrecht, im Mietrecht, im Umwelt- und Verbraucherschutz.⁸

V.

Zur theoretischen Strukturierung der hier entwickelten Überlegungen deute ich noch zwei Punkte an:

Einmal kann nur so die Polarisierung zwischen globalem Turbokapitalismus und dem überwunden werden, was Jean Baudrillard die »Singularitäten« nennt. Nur diese, schreibt er, könnten sich dem universal gewordenen System der Domination entgegensetzen, wobei namentlich der Terrorismus zu diesen Singularitäten zählt. Die weltweite Résistance einer sich gleichfalls globalisierenden Zivilgesellschaft entwickelt nun aber nach ihren Inhalten und Handlungsweisen einen *verallgemeinerungsfähigen* Gegenpol.

Und zweitens: Dieser Widerstand der Zivilgesellschaft hat nur in einer doppelten Bewegung reale Erfolgsaussichten; wer will, kann darin eine Realdialektik erkennen. Zum einen ist der *Nationalstaat* als Form schon zu sehr geschwächt und ist die *Zivilgesellschaft* als globale noch nicht stark genug, um über die Rebellion als Ensemble von Singularitäten hinauszukommen. Die Zivilgesellschaft als jeweils nationale muss die Staaten zum Widerstand motivieren, sie im Widerstand orientieren; damit diese dann international, in Europa auch supranational und im ganzen global mit den Mitteln des internationalen Rechts (Abkommen, Pakten, Konventionen, Politik im Rahmen der UN und der anderen genannten Einrichtungen) agieren. Das wiederum wird die als solche informelle globale civil society auf ihrem Weg zu Gegenstrategien stärken, die dem globalen Gegendruck noch einmal werden standhalten können.

Thomas B. Petri

Zum Verhältnis der »modernen« Grundrechtsdogmatik zum modernen Grundrechtsschutz –

Betrachtungen anlässlich des neu herausgegebenen Handbuchs der Grundrechte von Merten/Papier¹

1. Einleitung: Wozu ein neues Handbuch der Grundrechte?

Vierzig Jahre nach dem Erscheinen des Handbuchs der Grundrechte von *Hans Carl Nipperdey*, *Ulrich Scheuner* und *Karl August Bettermann* und gut zehn Jahre nach dem des Handbuchs des Staatsrechts von *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof* geben *Detlef Merten* und *Hans-Jürgen Papier* ein Werk heraus, das »als ein Nachschlagewerk für

⁸ Zu den einzelnen Formen: I. Maus, Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung, in: Kreuder (Hrsg.), *Der orientierungslose Leviathan*, 1992, S. 99 ff.

¹ Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004. Beiträge aus diesem Werk werden im Folgenden mit Autorennamen und Abschnittsparagrafen zitiert.

den gegenwärtigen Stand und die Entwicklung der Grundrechte und ihrer Dogmatik dienen und zugleich grundrechtliche Wechselwirkungen verdeutlichen« soll. Eine besondere Berücksichtigung sollen internationale Wechselwirkungen des Grundrechtsschutzes finden.

Der erste Band des Handbuchs ist nunmehr auf dem Markt erhältlich. Er soll die Entwicklung und die Grundlagen der Grundrechte nachzeichnen. Inwiefern wird der erste Band diesen Anforderungen gerecht? Um hierauf eine anschauliche Antwort zu finden, sollen die nachfolgenden Betrachtungen auf den inhaltlichen Abhandlungen zum zweiten Teil des Bandes liegen, der die Grundlagen der Grundrechte behandelt. Besonderes Augenmerk verdient dabei die Auseinandersetzung mit der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte, die nicht nur in dem Werk eine wesentliche Rolle spielt, sondern auch in der letzten Zeit Gegenstand mehrerer Monographien war.² Anschließend sollen Fragen eines modernen Grundrechtsschutzes herausgearbeitet und überprüft werden, inwiefern der erste Band des Handbuchs Antworten anbietet.

2. Differenzierung zwischen Grund- und Menschenrechten

Was zeichnet Grund- und Menschenrechte aus? Der Versuch des Handbuchs, bei der Auseinandersetzung mit dieser Frage internationale Entwicklungen abzubilden, scheint hier und da eine begriffliche Verwischung der Grenzen zwischen Menschenrechten und Grundrechten zu erzeugen.³ Offen bleibt dabei, ob diese Aufhebung der *begrifflichen* Differenz beider Kategorien von Freiheitsgewährleistungen bewusst-reflexiv oder nur intuitiv erfolgt.

Was die Frage nach dem Wesen der Grundrechte angeht, geben die Autoren (wie bei einem rechtswissenschaftlichen Handbuch nicht anders zu erwarten) unterschiedliche Antworten. *Paul Kirchhof* sieht in den Freiheitsrechten Angebote, die der Berechtigte annehmen oder auch ausschlagen kann,⁴ aber auch Selbstbeschränkungen des Staates.⁵ *Klaus Stern* charakterisiert Menschenrechte zuvörderst als einen »fundamentalen Ordnungsfaktor«,⁶ bevor er seine Ausführungen über die Idee und die Entwicklung der Grundrechte beginnt. Ähnlich vertritt *Fritz Ossenbühl* in seiner Abhandlung über die Grundrechtsinterpretation, die praktisch wichtigste Bedeutung der Grundrechte bestehe in der Funktion als »objektive Wertentscheidung« (Grundsatznormen).⁷

2 Vgl. etwa *Wolfgang Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, Tübingen 2003; *Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen 2002; *Matthias Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen 2001; *Michael Bäuerle*, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, Baden-Baden 2001.

3 Bemerkenswerter Weise nehmen die Herausgeber keine terminologische Unterscheidung zwischen Grund- und Menschenrechten vor. Zur Unterscheidung vgl. die Hinweise von und bei *Paul Kirchhof* § 21 (Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen) Rn. 14.

4 § 21 (Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen) Rn. 2.

5 § 21 Rn. 4.

6 § 1 (Die Idee der Menschen- und Grundrechte), Rn. 2. Der Beitrag von *Klaus Stern* ist seine dritte Abhandlung in einem Handbuch zu dem Thema »Ideen der Grundrechte«, vgl. § 58 seines Werkes *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (III/1, 1988) und § 108 in *Josef Isensee und Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992. Leider merkt man dies den Ausführungen an, weil es ihnen an Lebendigkeit fehlt. Außerdem setzt *Stern* Wissen über Gegebenheiten voraus, die er in den vorangegangenen Beiträgen noch erläutert hat. So bezieht er sich auf Philosophen und Rechtslehrer, ohne deren spezifischen Beitrag für die Entwicklung der Menschenrechtsidee zu erwähnen. Vgl. etwa Rn. 17 mit Hinweisen auf *Thomas von Aquin* und *Pico della Mirandola*. Insoweit besser gelungen: *Stern*, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/1 § 58 I 1a.

7 § 15 (Grundsätze der Grundrechtsinterpretation) Rn. 44 und 49 ff.

Ossenbühl bezieht sich dabei auf die richtungweisende Lüth-Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht versucht hat, den Grundrechtsschutz des Einzelnen auch auf das einfache (Privat-)Recht zu erstrecken: »Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt. Im bürgerlichen Bereich entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte unmittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften.«⁸

Diese These der so genannten »mittelbaren Drittwirkung« von Grundrechten wird von Ossenbühl keineswegs unkritisch gesehen. Er beanstandet eine grundrechtliche »Verstrahlung« der gesamten Rechtsordnung⁹ und sieht die Gefahr eines aufkommenden Jurisdiktionsstaates.¹⁰ Rainer Wahl sieht die objektiv-rechtliche Dimension als Fundament des deutschen *Öffentlichen Rechts* an.¹¹ Auch bei ihm ist eher eine kritische Haltung zu dem genannten Lüth-Urteil zu verspüren, das eine Grundrechtserstreckung in das Privatrecht versucht.

Zunächst ist an Ossenbühl und Wahl die Frage zu stellen, ob aus verfassungsrechtlicher Sicht die Untergliederungen der »gesamten Rechtsordnung« in Kategorien wie Privatrecht und Öffentliches Recht nicht auf historisch begründeten, aber überlebten Fiktionen beruhen.¹²

Darüber hinaus ist ihnen aber auch in der Bewertung der Drittwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichts nicht zuzustimmen.

Anders als wohl beabsichtigt und gegen die weitläufige Annahme in der Literatur führt die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nicht zu einer realen Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten. Dies zeigt bereits ein einfacher Vergleich zwischen hoheitlichen Eingriffen und grundrechtsrelevanten Reglementierungen des Privatrechtsverkehrs. Vereinfacht ausgedrückt, erfolgt ein hoheitlicher Eingriff in der Regel zum Schutz eines öffentlichen Gutes.¹³ Ob dieser Eingriff grundrechtskonform erfolgt, wird zumeist anhand der Tatbestandsvoraussetzungen etwaig betroffener Grundrechte, ihrer Schranken und Schrankenschranken untersucht.¹⁴ Bei letzterer wird vor allem betrachtet, ob der

8 BVerfGE 7, 198, 206, st. Rspr.

9 Rn. 50.

10 Rn. 49.

11 § 19 (Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich) Rn. 27 ff.

12 Vgl. ferner Peter Badura § 20 (Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft), Rn. 27 m.w.N., der allerdings einseitig auf die Frage der Behauptung der Eigenständigkeit des Zivilrechts gegenüber verfassungsrechtlichen Wirkungen abstellt. Badura geht dabei offenbar von einer prinzipiell unantastbaren Selbständigkeit der Privatrechtsordnung gegenüber anderen Rechtsgebieten aus (vgl. a.a.O. Rn. 29). Die wirtschaftliche Privatautonomie ist jedoch lediglich ein verfassungsrechtliches Gut unter vielen. Ebenso wenig wie ihre Steuerung durch das einfache Recht im Kern angetastet werden darf, gebührt ihr gegenüber ein prinzipieller Vorrang gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern. Anderes ergibt sich auch nicht aus der von Badura zitierten Entscheidung zu Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger (BVerfGE 89, 214, 231 f.).

13 So ermächtigen die polizeilichen Generalklauseln die Gefahrenabwehrbehörden zu notwendigen Maßnahmen, um eine Gefahr »für die öffentliche Sicherheit« abzuwenden, vgl. z. B. § 3 PolG BW, Art. 11 Abs. 1 BayPAG, § 11 HSOG; § 11 NGefAG; § 3 Abs. 1 SächsPolG. Rechtsgüter Einzelner werden dabei nur ausnahmsweise von dem Schutzgut der Öffentlichen Sicherheit erfasst, wenn sie als »Repräsentanten der Allgemeinheit« gelten, vgl. Erhard Denninger, in: Denninger/Lisken (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage, München 2001, Abschnitt E, Rn. 20.

14 Zu den Anforderungen der Schrankenschrankenprüfungen im Einzelnen vgl. Hans Hugo Klein, § 6 Rn. 59 ff. sowie Juliane Kokott, § 22 (Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken), insbesondere ab Abschnitt C mit zahlreichen Bezügen zum Recht der EMRK und der EU.

Schutzeingriff in Ansehung des beeinträchtigten Rechtsgutes verhältnismäßig ist. Stets bleibt der Bezugsrahmen der Schutzbereich des betroffenen Grundrechts. Im Privatrechtsverkehr hingegen sollen der Lüth-Entscheidung zufolge neben die etwaigen staatlichen Regulierungsinteressen auch die widerstreitenden Rechtsgüter verschiedener Grundrechtsträger treten. Ganz offensichtlich und zwingend führt dies zu einer erheblichen Verkomplizierung der Abwägungslage. Bereits das einfache Beispiel der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber mag dies veranschaulichen.¹⁵ Der Drittwirkungslehre zufolge beeinträchtigt der Arbeitgeber mit seiner Kündigungserklärung mittelbar die Grundrechte des Gekündigten. Hebt ein Gericht diese Kündigung auf, so greift es unmittelbar in die grundrechtlichen Freiheiten des Arbeitgebers ein (Art. 2, 12, 14 GG). Im Verhältnis zum Arbeitnehmer soll das entscheidende Arbeitsgericht indes als Grundrechtsschützer auftreten, während der Arbeitgeber mittelbarer Grundrechtsadressat sein soll.

Wie soll in einer solchen Situation anhand von unbestimmten Rechtsnormen, die nach dem Bundesverfassungsgericht ja »Einbruchstellen« für die grundrechtlichen Wertungen sein sollen,¹⁶ eine Abwägungsentscheidung getroffen werden, welche gleichzeitig die Interessen des Rechtsverkehrs und die widerstreitenden grundrechtlichen Belange dogmatisch korrekt und rational nachvollziehbar ermittelt? Angesichts der grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller Grundrechte¹⁷ scheint die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Frage ein unmögliches Unterfangen zu sein – oder allenfalls von einem *Fritz Ossenbühl* zu bewältigen, der mittels eines fein austarierten »Kanons von Interpretationsmethoden« »die richtige« Grundrechtserfassung und -anwendung zu erlangen sucht.¹⁸ Wie man »richtig« vorgeht, legt er in anderem Zusammenhang, nämlich in Bezug auf die dogmatische Figur der praktischen Konkordanz dar. Danach darf im Kollisionsfalle kein Verfassungsgut dem anderen, kollidierenden Rechtsgut einseitig vorgezogen werden: »Vielmehr sind beide zueinander so in Beziehung zu setzen und abzugrenzen, dass sie zu ›optimaler‹ Wirkung gelangen... Ein eindrückliches Beispiel dafür, wie bei Grundrechtskollisionen praktische Konkordanz durch Abwägung im Einzelfall erreicht werden kann, bilden die unterschiedlichen Lösungen im Falle des Streits um das Schulgebet. Das extreme Gegenstück bildet demgegenüber der grobe Keil des Kreuzifix-Beschlusses, welches das feinsinnige Gespür anderer einschlägiger Urteile zu Art. 4 GG vollends vermissen lässt.«¹⁹ Aus Sicht eines Katholiken kann der Rezensent den durch das Zitat zum Ausdruck kommenden Unwillen am Ergebnis des Kreuzifix-Beschlusses durchaus nachvollziehen. Schließlich wird der Obrigkeit untersagt, die (mutmaßliche) Mehrheit in der Ausübung ihrer christlichen Religion zu unterstützen. Aus *verfassungsrechtlicher* Sicht ist jedoch anzumerken, dass *Ossenbühl* seinerseits der Bewertung des Bundesverfassungsgerichts keine rational nachvollziehbaren Argumente entgegenhält, sondern lediglich eigene Wertungen. In allererster Linie sind Grundrechte eben Freiheitsrechte Einzelner. Wie *Hans Kelsen* einst nachgewiesen hat, ist die Beachtung von *Minderheitenrechten* Grundvoraussetzung für das Majoritätsprinzip, das für eine rechtsstaatliche, freiheitlich-demokratische Rechtsordnung konstitutiv ist.²⁰

¹⁵ Das Beispiel findet sich auch bei *Peter Badura* § 20 Rn. 30.

¹⁶ *BVerfGE* 7, 198, 206 unter Berufung auf *Günter Dürig*.

¹⁷ Ähnlich *Hans Hugo Klein*, § 6 Rn. 5 mit dem Hinweis auf die Herstellung einer »praktischen Grundrechtskonkordanz« (Anlehnung an *Konrad Hesse*).

¹⁸ Man vergleiche nur *Ossenbühl* § 15 Rn. 8, 65 f., der konsequenterweise, aber wenig realitätsnah für den »Zugang zum Amt des Bundesverfassungsrichters eine gründliche Kenntnis des Verfassungsrechts« verlangt. Wer soll die Prüfung abnehmen? Etwa Professoren der Rechtswissenschaft?

¹⁹ *Ossenbühl* § 15 Rn. 30.

²⁰ Vgl. *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Auflage, Tübingen 1929 – Nachdruck Darmstadt 1981), Kapitel VI, S. 53 ff.

Die zur praktischen Konkordanz geschilderte Problematik einer nahezu unmöglichen rationalen Nachvollziehbarkeit von rechtlichen Entscheidungen verschärft sich bei der Feststellung von mutmaßlichen »Ausstrahlungswirkungen« der Grundrechte im Privatrecht, die neben Verfassungsgütern auch noch die Rahmenbedingungen des einfachen Rechts beachten muss.²¹ In der Praxis läuft die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten daher auf das eigentlich selbstverständliche Gebot an den Fachrichter hinaus, im Rahmen der Gesetzesauslegung widerstreitende Interessen der Prozessparteien sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Durch die geforderte Einbeziehung *aller* als mittelbar betroffen geltenden grundrechtlichen Belange zusätzlich der staatlichen Regulierungsinteressen wird indes der Grundrechtsschutz in der Realität aufgehoben. In ihren gegenwärtigen Auswirkungen scheint die Lüth-Entscheidung daher auf einen *lediglich terminologischen Grundrechtsschutz* hinauszulaufen.

4. Reflektiert die heutige Grundrechtsdogmatik Ansätze eines modernen Grundrechtsschutzes?

Es wäre freilich realitätsfremd anzunehmen, dass das Bundesverfassungsgericht von seiner ständigen Rechtsprechung zur mittelbaren Drittwirkung abrücken würde. Eine absolute Grundrechtswirkung unter Privaten, wie sie einst *Hans Carl Nipperdey* forderte,²² würde im Übrigen ähnlichen Einwänden begegnen, wie sie die mittelbare Drittwirkung erfährt.²³ Wie dem auch sei: Das Problem, wie auf Freiheitsbedrohungen in dem privatrechtlich-gesellschaftlichen Bereich *heute reagiert wird und werden soll*, wird von den zitierten Autoren des Handbuchs nicht bzw. nur unbefriedigend beantwortet.

Will man den Grundrechtsschutz als realen Schutz der Menschen vor Freiheitsbeschränkungen begreifen, müssten also weitere Facetten der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension die Aufmerksamkeit der Dogmatik erhalten. Zu suchen ist nach Elementen eines modernen Grundrechtsschutzes, die den (terminologischen) Schutz des Einzelnen real verstärken. Hierzu ist es allerdings zunächst erforderlich, nach den *heutigen* Schutzrichtungen der Grund- und Menschenrechte zu fragen. Der Schwerpunkt, den die im Handbuch dargestellte Dogmatik auf die »klassische« Abwehrfunktion der Grundrechte gegen den Staat offenbar nach wie vor legt,²⁴ verstellt den Blick auf das Wesen der Grundrechte als historisch-konkrete normative Antworten auf jeweils als unerträglich empfundene Freiheitsgefährdungen und –besneidungen. Die Abwehrfunktion der Grundrechte richtet sich nicht einfach gegen das »Abstractum Staat«, sondern gegen jeweils diejenige Gewalt, von der die Freiheitsbeschränkung ausgeht.²⁵ Schon *Georg Jellinek* hat diesen steten Bezug der Grundrechte auf historische Unfreiheitserfahrungen mit folgenden Worten beschrieben: »Die einzelnen Grundrechte sind jedoch, wie auf den ersten Blick klar, nicht nach

21 Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass einfaches Recht nicht nur vom Verfassungsrecht geprägt wird, sondern selbst notwendig auf das Verfassungsrecht einwirkt. Dies eingehend zu erläutern würde allerdings den Rahmen einer Rezension sprengen. Als sinnfälliges Praxisbeispiel sei jedoch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) genannt, das die Ausgestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das Bundesverfassungsgericht nachhaltig geprägt hat, vgl. *BVerfGE* 65, 1 ff.

22 Vgl. *Hans Carl Nipperdey*, in: *Bettermann/Nipperdey* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV2, S. 752 ff., der die unmittelbare Drittwirkung allerdings auf bestimmte »geeignete« Grundrechte beschränkt wissen wollte.

23 Es sei denn, man fände »rational nachvollziehbare« Regeln zur Abstufung des Grundrechtsschutzes.

24 Vgl. *Stern* § 1 Rn. 59; *Ossenbühl* § 15, Rn. 45 sowie *Klein* § 6 Rn. 63 (ohne allerdings den Adressaten der »Abwehr« zu benennen).

25 So auch *Erhard Denninger*, in: *Alternativkommentar zum Grundgesetz* (3. Auflage, Neuwied 2001) vor Art. 1 Rn. 1.

einem bestimmten System geordnet, sondern durch den Kontrast mit der früheren Staatsordnung hervorgerufen. Trotzdem sie sich als das logische Produkt einer allgemeinen Lehre vom Menschen und Staat geben wollen, sind sie doch in ihrer konkreten gesetzlichen Fassung nur historisch verständlich ... Am klarsten tritt dies hervor in den Verfassungsgesetzen jener Staaten, in welchen bis zur Einführung der Verfassung spezielle Beschränkungen der individuellen Freiheit herrschten, wo dann die Aufhebung gerade dieser eigentümlichen Restriktionen der Freiheit zu besonderen, anderswo natürlich nicht aufgezählten Nummern in dem Katalog der Grundrechte geführt haben. So sind in Österreich z. B. unter dem unmittelbaren Eindrucke der Aufhebung der Gutsuntertänigkeit und der damit verbundenen Fronen in der Verfassung vom 4. 3. 1849 die Freiheit von jedem Untertänigkeits- und Hörigkeitsverband und in Konsequenz der Abschaffung beschränkender Bestimmungen über den Erwerb von Immobilien für gewisse Kategorien von Untertanen die unbeschränkte Erwerbsfähigkeit bezüglich solcher Objekte zu einem Bestandteil der Grundrechte erhoben worden.«²⁶

Heute freilich wird man in der Bundesrepublik Deutschland oder einem anderen westeuropäischen Staat wohl kaum die Erfahrung einer personal gebundenen Fron des 19. Jahrhunderts machen. Eher ist es nachvollziehbar, dass, wie in der Lüth-Entscheidung versucht, Grundrechte gegen *soziale Machtgefälle* positioniert werden. Die Bedrohung der individuellen Freiheit erfolgt heute neben dem Staat auch durch gesellschaftlich-wirtschaftliche Systeme. Konkret gesprochen kann der »Normalbürger« etwa durch sein Abhängigkeitsverhältnis zu Kreditinstituten und Versicherungen stärker in seinen Freiheiten beeinträchtigt sein als durch manche Maßnahmen des Staats. Ohne ein Girokonto, bestimmte Versicherungen usw. ist der Verbraucher in Deutschland nicht in der Lage, am Wirtschaftsleben und damit an relevanten Teilen des gesellschaftlichen Lebens teilzunehmen. Gleichzeitig beanspruchen beispielsweise Kreditinstitute für sich, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen eines Girovertragsverhältnisses nahezu willkürlich einseitig nach ihren Interessen zu verändern. Versicherungen gehen Vertragsabschlüsse erst ein, wenn sie die betroffenen Verbraucher komplett nach etwaigen Schwächen durchleuchtet haben. Da insoweit die Verhaltensweisen der konkurrierenden Unternehmen einander angeglichen sind, steht der betroffene Verbraucher in der Regel einem solchen gesellschaftlich-wirtschaftlichen System hilflos gegenüber. Sich mit einer Klage gegen eine fristlose Kürzung eines Kontokorrents zu wehren, scheint wenig erfolgversprechend zu sein, zumal wenn man als Verbraucher auf die Fortsetzung des Giroverhältnisses im Übrigen angewiesen ist. Wie geht der heutige Grundrechtsschutz, die heutige Grundrechtsdogmatik mit solchen Situationen um?

5. *Systemischer Grundrechtsschutz als mögliche Antwort auf Grundrechtsbedrohungen durch gesellschaftlich-wirtschaftliche Systeme*

Zu Recht arbeitet *Hans-Peter Schneider* heraus, dass die »klassische« Abwehrfunktion der Grundrechte im Rahmen der objektiven Schutzpflicht dem Staat das Ziel einer präventiven Eingriffsabwehr auch gegenüber *privaten Dritten* auferlegt.²⁷ Weitgehend zu vermissen sind leider Ausführungen darüber, wie dies konkret geschehen soll.

²⁶ *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage 1905 (unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1963), S. 95 f.

²⁷ § 18 (Grundrechte und Verfassungsdirerktiven) Rn. 44, insb. 47, 48.

Müsste moderner Grundrechtsschutz nicht dadurch charakterisiert sein, dass er auf Freiheitsbedrohungen durch gesellschaftlich-wirtschaftliche Systeme systemische Antworten gibt?

Das Handbuch behandelt insoweit nur Beispiele über *organisations- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen* zur Gewährleistung materieller Bestimmungen, die sich im *gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Rechtsschutz* niederschlagen. In Anlehnung an den Rechtsgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG sind die betroffenen Grundrechtsträger in die Lage zu versetzen, sich erfolgreich gegen systemische Bedrohungen der individuellen Freiheit zu wehren. Dies kann durch die *Einrichtung von Institutionen* geschehen, die als Grundrechtsfürsprecher den Einzelnen in seinen Rechten schützen sollen. So erwähnen *Karl Korinek* und *Elisabeth Duymovits* (soweit ersichtlich als einzige der fünfundzwanzig Autoren) Institutionen wie den österreichischen Menschenrechtsbeirat und die Gleichbehandlungskommissionen, die als sachverständige und unabhängige Behörden dazu berufen sind, staatliches Handeln einer Missbrauchskontrolle zu unterwerfen.²⁸ Gegenüber dem staatlichen Handeln kennt das deutsche Recht²⁹ zahlreiche weitere Institutionen, die spezifischen Grundrechtsgefährdungen begegnen sollen: Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder dienen der Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber öffentlichen Stellen, Bürgerbeauftragte unterstützen Sozialhilfebedürftige in ihrem Anliegen, vom Staat einen menschenwürdigen Lebensunterhalt zu erlangen. Der Hohe Flüchtlingskommissar unterhält in nahezu allen westeuropäischen Staaten Niederlassungen, die Asylsuchende mit Rechtsbeistand unterstützen.³⁰ Im Verhältnis des Verbrauchers gegenüber *nichtstaatlichen* Bedrohungen seiner informationellen Freiheiten sind die Datenschutzaufsichtsbehörden zu nennen. Der Einzelne kann sich an diese Behörden wenden, um Unterstützung in der Wahrnehmung seiner Freiheiten zu erhalten. Ein offenes, (auch) nicht behandeltes Problem scheint in diesem Zusammenhang zu sein, dass die heutige Grundrechtsdogmatik, von wenigen Ausnahmen des vorbeugenden prozessualen Schutzes abgesehen, kaum Elemente herausarbeitet, die zur Vorbeugung gegen systemische Freiheitsbeeinträchtigungen geeignet sind.

6. Zur Appellfunktion der Grundrechte

Im Rahmen eines modernen Grundrechtsschutzsystems wäre dementsprechend auch zu untersuchen, wie die *Appellfunktion von Grundrechten* verstärkt werden kann. Angesprochen ist damit die Rolle der Grundrechte im Zusammenhang mit dem gesellschaftlich-staatlichen Paradigma der Solidarität, wie sie *Erhard Denninger* formuliert hat.³¹ Solidarität im Sinne der Achtung und Förderung des anderen in seiner Andersartigkeit lässt sich wohl kaum durch Ge- und Verbote erzwingen.³² Durchaus erläuterungsbedürftig wäre aber, inwiefern der Staat zur Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten konkret *Anreize für ein Verhalten* zu setzen hat, das

²⁸ § 23 (Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsverwirklichung) Rn. 46.

²⁹ Für ausländische Rechtsordnungen benennen *Karl Korinek* und *Elisabeth Duymovits* (ebd.) auch den Ombudsmann (Skandinavien) und die Prokuratur für Menschenrechte (Staaten der Iberischen Halbinsel).

³⁰ Vgl. dazu *Thomas B. Petri*, in: *Roland Fritz/Jürgen Vormeier* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum AsylVfG*, Kommentierung zu § 9 (Stand: Oktober 2003).

³¹ Vgl. *Erhard Denninger*, *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt 1967; *ders.*, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994; *ders.*, Nachwort, in *Johann Bizer/Joachim Koch*, *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, Baden-Baden 1998, S. 137 ff.

³² Systeme sind nicht zu einer Haltung (Solidarität) fähig. Anders sieht dies offenbar *Uwe Volkmann*, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen 1998. Vgl. insbesondere die Zusammenfassung auf S. 403.

in den Auswirkungen für die Betroffenen solidaritätsähnlich wirkt.³³ Leider schweigt das Handbuch zu solchen Fragestellungen.³⁴

7. Zunehmende Vernetzung von Kommunikationsprozessen als Problemstellung des Grundrechtsschutzes

Im Zusammenhang mit der Internationalisierung von Wirtschaft gewinnt auch die zunehmende *Vernetzung von Kommunikationsprozessen* an Bedeutung.³⁵ Die systemische Überlegenheit privatrechtlicher Wirtschaftsorganisationen gegenüber dem Einzelnen äußert sich daher unter anderem in einem nachhaltigen Wissensvorsprung: Während der Verbraucher in seinem Verhalten systematisch ausgeforscht und analysiert wird,³⁶ werden ihm vice versa maßgebliche Informationen vorenthalten, die zu ihn betreffenden Entscheidungen der Unternehmen geführt haben. Um ein Beispiel zu nennen: Nahezu alle Unternehmen der Kreditwirtschaft sind an die Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (Schufa) und an weitere Wirtschaftsauskunfteien angeschlossen. Diese Unternehmen untersuchen die Verbraucher systematisch auf ihre Kreditwürdigkeit. Dabei bleibt es indes nicht. Verbraucher werden überdies Rating- und Scoringverfahren unterzogen, die anhand statistischer Erfahrungen Risikoprognozen für den Betroffenen erzeugen. Diese erzeugen oft negative Kreditentscheidungen selbst dann, wenn sich die betroffenen Verbraucher in der Vergangenheit vertraglich einwandfrei verhalten haben.³⁷

Diese Durchleuchtung des Verbrauchers bzw. mittelständischer, durch natürliche Personen geprägter Unternehmen kennt auf der anderen Seite keine Entsprechung. Denn welcher Verbraucher ist beispielsweise in der Lage, vor Vertragsschluss die wirtschaftliche Zahlungswilligkeit und -fähigkeit seines Kreditinstituts oder seiner Versicherung im Schadensfall zu eruieren? Müsste nicht die *Herstellung von Transparenz auf beiden Seiten privatwirtschaftlicher Rechtsbeziehungen* als notwendige (wenngleich nicht hinreichende) Bedingung für die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen an Bedeutung gewinnen? Erhält nicht der Verbraucher als Grundrechtsträger nur so die Chance, annäherungsweise eine »informationelle Parität« zu erlangen, die gegenüber privatrechtlich geführten Systemen als Voraussetzung für die Wahrung eigener Rechte notwendig ist?³⁸ In einem Handbuch, das dem eigenen Anspruch nach die *gegenwärtigen Entwicklungen* des Grundrechtsschutzes abbilden soll, wäre eine Auseinandersetzung mit solchen Fragestellungen wünschenswert, wenn nicht notwendig gewesen.

33 Beachtung verdienen auch Versuche des Staats, mittels *vergaberechtlicher Kriterien* Einfluss auf grundrechtlich relevante Lebenssachverhalte zu nehmen. Zu nennen ist etwa die Verknüpfung öffentlicher Ausschreibungen mit einem zuvor durchgeführten Datenschutzaudit. Vgl. § 9a BDSG, § 4 Abs. 2 LDSG SH. Zu wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen siehe dazu *Thomas B. Petri*, Vorrangiger Einsatz audierter Produkte – wirtschaftsrechtliche Fragestellungen zum Datenschutzaudit, DuD 2001, S. 150 ff.; *Helmut Bäumler/Albert von Mutius* (Hrsg.), Datenschutz als Wettbewerbsvorteil, Braunschweig/Wiesbaden 2002. Vergleichbare Überlegungen bestanden auch in Bezug auf Tarifreueerklärungen, die neben arbeitsmarktpolitischen Zielen auch grundrechtliche Belange verfolgen. Instruktiv hierzu *Achim Seifert*, Rechtliche Probleme von Tarifreueerklärungen, ZfA 2001, 1 ff., der allerdings zu dem Ergebnis der Unzulässigkeit kommt.

34 Am ehesten findet man Ansätze bei *Brun-Otto Bryde* § 17 (Programmatik und Normativität der Grundrechte).

35 Zu grundrechtlichen Fragestellungen der Kommunikationsvernetzung vgl. etwa die Beiträge von *Karl-Heinz Ladeur*, z. B. Regulierung des Information Highway, CR 1996, S. 614 ff.; *ders.*, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken, DuD 2000, S. 12. ff.

36 Jüngst dazu *Marcus Kieper/Thomas B. Petri*, Datenbevorratungs- und Datenanalyseysteme in der Privatwirtschaft, DuD 2003, S. 609 ff. m.w.N.

37 Kritisch dazu bereits *Thomas B. Petri*, Sind Scorewerte rechtswidrig?, DuD 2003, S. 631 ff.

38 Ansätze dieser Art könnten in den Regelungen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. §§ 305 ff. BGB) und zum Fernabsatz (vgl. § 312c BGB) zu finden sein.

Zusammengefasst: Internationale Bezüge werden in dem ersten Band des neuen Grundrechtshandbuchs durchweg berücksichtigt; bereits dies stellt eine wesentliche Bereicherung der bundesdeutschen Grundrechtsliteratur dar. Insoweit bildet das Handbuch die neueren Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik gut ab. Wer sich allerdings im Übrigen Ausführungen zu *modernen* Ansätzen des Grundrechtsschutzes erhofft, die sich von den traditionellen Linien der Grundrechtsdogmatik wesentlich unterscheiden, wird allerdings weitgehend enttäuscht. Insbesondere hätte § 6 (Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts) zu einer Auseinandersetzung mit den Perspektiven des Grundrechtsschutzes eingeladen. Abgesehen von der bereits gewürdigten Berücksichtigung internationaler Verflechtungen schlägt die Abhandlung von *Hans Hugo Klein* diese Einladung aus und bewegt sich durchweg in der Dogmatik des mittleren 20. Jahrhunderts.³⁹ Man darf gespannt sein, ob die Folgebände moderne Ansätze zum Grundrechtsschutz angemessener berücksichtigen. Falls dies geschehen sollte, wäre die eingangs gestellte Frage nach dem Sinn eines *neuen* Handbuchs der Grundrechte befriedigend beantwortet.

³⁹ Vgl. § 6 (Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts) – Was auch in den bibliographischen Nachweisen sinnfällig zum Ausdruck kommt. *Hans Hugo Klein* führt in der Bibliographie ein einziges Werk auf, das nicht aus dem zwanzigsten, sondern aus dem einundzwanzigsten Jahrhundert stammt.