

II. Rechtswirkungen der Grundrechte

§ 191

Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht

Josef Isensee

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Zwei Grundrechtsfunktionen im Koordinatensystem der Dogmatik	1– 46	III. Sozialstaatliche Schutzpflicht	196–201
I. Strukturvergleich	1– 10	IV. Schutz- und Förderpflicht für Grundrechtsvoraussetzungen	202–204
II. Grundrechtsfunktionen in der Teleologie des Verfassungsstaates	11– 15	V. Schutzpflichten aus Einrichtungsgarantien	205
III. Verfassungstradition und Regelungskonvention	16– 26	VI. Schutz vor Naturkatastrophen	206–207
IV. Textbefund und Regelungsplan des Grundgesetzes	27– 42	VII. Schutz vor auswärtiger öffentlicher Gewalt	208–214
V. Folgerungen	43– 46	VIII. Schutz vor Inländerdiskriminierung	215
B. Struktur und Funktion des Abwehrrechts	47–145	IX. Abwehr des internationalen Terrorismus	216
I. Bauplan und Anwendungsschema des Abwehrrechts	47– 55	E. Struktur und Funktion der Schutzpflicht	217–324
II. Schutzbereich als Ausgangsgröße	56–104	I. Bauplan und Anwendungsschema der Schutzpflicht	217–221
III. Eingriff als Kategorie	105–122	II. Tatbestand der Grundrechtsgefährdung	222–255
IV. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs im Vorbehaltsbereich	123–143	1. Objekt der Gefährdung	222–224
V. Vorbehaltlose Grundrechte	138–143	2. Art der Gefahr	225–246
VI. Objektiv-rechtliche und subjektiv-rechtliche Folgen	144–145	3. Urheber der Gefahr	247–252
C. Entfaltung der Schutzpflicht und ihre Gründe	146–189	4. „Freiheit von Angst“	253–255
I. Paradigmatische Rechtsprechungs	146–173	III. Inkurs: Konvergenztheorie	256–262
II. Grundrechtsdogmatische Sicht	174–180	IV. Schutzpflicht als Aufgabe	263–276
III. Staatstheoretische Sicht	181–184	V. Durchführung der Schutzpflicht	277–315
IV. Verbindung von Staatszwecken und Grundrechten	185–189	1. Kompetenz und Befugnis	277–280
D. Grundrechtliche Schutzpflicht inmitten anderer Schutzpflichten von Verfassungsrang	190–216	2. Gesetz als Medium der Schutzpflicht	281–292
I. Schutzpflichten-Semantik	190–191	3. Ermessen	293–307
II. Eigenart der grundrechtlichen Schutzpflicht	192–195	4. Präterlegale Notbefugnisse in Grenzsituationen	308–315
		VI. Status des Störers und des unbeteiligten Dritten	316–319
		VII. Status des Opfers	320–324
		F. Bibliographie	

A. Zwei Grundrechtsfunktionen im Koordinatensystem der Dogmatik

I. Strukturvergleich

1. Wahrung und Schutz der grundrechtlichen Freiheit

1
Grundrechtsschutz
vor und durch den
Staat

Das Abwehrrecht und die staatliche Schutzpflicht sind gegenläufige Funktionen des Freiheitsgrundrechts¹. Sie sichern das identische grundrechtliche Gut. Aber sie sichern es nach verschiedenen Seiten; das Abwehrrecht gegen die öffentliche Gewalt, die Schutzpflicht gegen Gefahren, die von Privaten drohen. Dort geht es um die Freiheit des Bürgers in seiner Beziehung zur Staatsorganisation, hier um die Sicherheit in den zwischenbürgerlichen Beziehungen. Doch hier wie dort ist allein der Staat verpflichtet. Im ersten Fall hat er die grundrechtliche Substanz von sich aus zu schonen, im zweiten vor Dritten zu schützen. So fordert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in seiner Abwehrfunktion vom Staat, sich aller Maßnahmen zu enthalten, die diese Güter verletzen können. In seiner Schutzfunktion verlangt es von ihm positive Leistungen dahin, privaten Übergriffen auf Leben und Gesundheit zu wehren und physische Gewaltsamkeit aus dem Rechtsleben zu verbannen. Das Abwehrrecht richtet sich gegen Gefahren, die aus staatlichem Handeln erstehen können, etwa aus einem Polizeizeß; die Schutzpflicht gegen Gefahren, die aus einem Unterlassen erwachsen, etwa Indolenz der Polizei bei akuter Bedrohtheit von Leib und Leben eines Bürgers. Hier geht es um Schutz *durch* den Staat, dort um Schutz *vor* dem Staat.

2
Abwehrrecht
als Grundrechts-
funktion

Das Abwehrrecht setzt die Freiheit des Bürgers als dem Staat vorgegeben voraus und zielt darauf ab, sie vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates zu bewahren². Die „staatsfreie“ Sphäre scheidet es von der Sphäre staatlicher Herrschaft. Das Abwehrrecht umhegt Bezirke privater Selbstbestimmung

1 Beide Funktionen sind nur den Freiheitsrechten eigen. Sie lassen sich nicht auf Gleichheitsrechte übertragen. → Unten *Hillgruber*, § 200 Rn. 4. Die Kategorie der „Funktion“ hat in der Grundrechtsdogmatik zweifache Bedeutung. Zum einen bezeichnet sie die rechtlichen Wirkungen zugunsten des grundrechtlichen Schutzgutes selbst (vgl. etwa BVerfGE 6, 55 [71]; 72, 175 [195]; → oben *Stern*, § 185 Rn. 31). Diese Bedeutung liegt dem vorliegenden Text zugrunde. Zum anderen bezeichnet sie den faktischen Nutzen des Grundrechtsgebrauchs für Ziele, die außerhalb des Grundrechts selbst liegen, etwa den Nutzen der Meinungsfreiheit für die Demokratie oder des Eigentums für den Sozialstaat. → Bd. III, *Kloepfer*, § 42 Rn. 48ff. → Bd. VII, *Schmidt-Jortzig*, § 162 Rn. 3. → Bd. VIII, *Leisner*, § 173 Rn. 77ff. Die zweite Bedeutung spielt im folgenden keine Rolle.

2 Exemplarische Literatur zur Dogmatik des Abwehrrechts jeweils mit Nachweisen: *Eberhard Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 3ff.; *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, ²1997 (zitiert: ¹1977); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994; *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, ³1996 (zitiert: ¹1985), S. 249ff., 309ff.; *Gertrude Lübke-Wolf*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *Herbert Bethge*, Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57 (1998), S. 7ff.; *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998; *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998; *Andreas v. Arnault*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999; *Martin Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewand, 2000; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, in: Der Staat 42 (2003), S. 165ff.; *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003; *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003; *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; *Michael Sachs*, Abwehrrechte, in: HGR, Bd. II, 2006, § 39.

(Schutzbereiche) und schirmt sie ab gegen ein Eindringen der öffentlichen Gewalt. Den Eingriff stellt es unter Rechtfertigungszwang und knüpft seine Zulässigkeit an formelle und materielle Kautelen. So errichtet es der Wirksamkeit des Staates rechtliche Barrieren, auf daß die Freiheit des Bürgers sich möglichst ungehindert entfalte. Das Abwehrrecht gewährleistet ihm die Freiheit von staatlicher Ingerenz: einen status negativus³. Freiheit in diesem Sinne bedeutet Abwesenheit von staatlichem Zwang. Der Staat tritt einseitig als möglicher Widerpart der Grundrechte in Erscheinung. Sein Handeln ist abwehrrechtlich relevant, soweit es das in den grundrechtlichen Schutzbereichen enthaltene Freiheitspotential mindert, also in das grundrechtliche Gut „eingreift“. Das Gesetz fungiert in diesem Kontext allein als Schranke der Grundrechte, nicht jedoch auch als deren Voraussetzung.

Status negativus

Eingriff

Die staatliche (genauer: rechtsstaatliche oder grundrechtliche) Schutzpflicht⁴ dagegen vermittelt einen status positivus⁵. Der Staat hat die Unversehrtheit der grundrechtlichen Güter zwischen Privaten, damit Sicherheit in den privaten Beziehungen, zu garantieren: das „Grundrecht auf Sicherheit“⁶. Die Staatsgewalt wird hier also nicht wie beim Abwehrrecht zurückgedrängt, sondern gefordert, und zwar in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Die Schutzpflicht richtet sich nicht an den Privaten, der das grundrechtliche Schutzgut gefährdet (den Störer), sondern an den Staat. Gegen den Störer richten sich vielmehr die Maßnahmen, die der Staat in Erfüllung seiner Schutzpflicht trifft. Der grundrechtliche Schutzbereich, der dem Staat im Kontext des Abwehrrechts primär als negativ definiert erscheint, als ausgegrenzter, unzugänglicher Bezirk, stellt sich im Kontext der Schutzpflicht pri-

3Schutzpflicht
als Grundrechts-
funktion„Grundrecht auf
Sicherheit“

3 Kategorie des status negativus (status libertatis): *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905 (2. Nachdruck 1963), S. 94 ff. Analyse und Kritik dieser Lehre: *Grabitz* (N2), S. 3 ff.; *Alexy* (N2), S. 229 ff.

4 Exemplarische Literatur zur Dogmatik der Schutzpflicht (jeweils mit Nachweisen): *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 88 ff.; *Claus Dieter Classen*, Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus den Freiheitsrechten, in: JöR N.F. 36 (1987), S. 29 ff.; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: NJW 1989, S. 1633 ff.; *Jost Pietzcker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: FS für Günter Dürig, 1990, S. 345 ff.; *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553 ff.; *Johannes Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *Hans Hugo Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: DVBl 1994, S. 489 ff.; *Udo Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *Gellermann* (N2), S. 298 ff.; *Liv Jaeckel*, Schutzpflicht im deutschen und europäischen Recht, 2001; *Markus Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 42 ff.; *Peter Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und im europäischen Recht, 2002, S. 92 ff.; *Günter Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003; *Christian Calliess*, Schutzpflichten und Gemeinwohl im staatlichen Risikomanagement, in: Jörg Scharrer et alii (Hg.), Risiko im Recht – Recht im Risiko, 2011, S. 135 ff.

5 Kategorie des status positivus (status civitatis): *Jellinek* (N3), S. 114 ff.

6 *Isensee* (N4), S. 34 ff.; *Möstl* (N4), S. 84 ff.; *Martin Burgi*, Vom Grundrecht auf Sicherheit zum Grundrecht auf Opferschutz, in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 655 ff.; *Katharina Pabel*, Sicherheit als Schutzgut in der grundrechtlichen Güterabwägung, in: Österreichisches Jahrbuch für Öffentliches Recht 2008, S. 173 (178 ff.). Vgl. auch *Gerhard Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; *Cremer* (N2), S. 258 ff. – Einer grundrechtlichen Schutzpflicht nahe kommt die vernunftrechtliche Konzeption eines „Rechts der Sicherheit“ durch *Carl von Rotteck*, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. I, 1840, S. 139 ff.

Eingriff – Übergriff

mär als positiv erfaßtes Schutzgut dar, dessen Unversehrtheit der Staat gegen Übergriffe von seiten Dritter zu sichern hat. Der Übergriff ist die rechtswidrige Verletzung des Schutzgutes. Er deckt sich nicht mit dem Eingriff als dem Objekt des Abwehrrechts. Vielmehr bildet er dessen Unterfall: den rechtswidrigen Eingriff. Unter dem Regime des Abwehrrechts löst der Eingriff, der als Tatbestandsmerkmal wertindifferent ist, einen Rechtfertigungsprozeß aus, in dem er sich als rechtmäßig oder aber als rechtswidrig erweisen kann. Dagegen setzt die Schutzpflicht bereits voraus, daß ein Rechtsverstoß vorliegt. Denn nur ein Rechtsverstoß erfordert präventive oder repressive Maßnahmen des Staates gegen den Verursacher.

2. Bilaterale und trilaterale Grundrechtskonstellation

- 4** Abwehrrecht wie Schutzpflicht richten sich auf denselben Adressaten, den Staat als das Gegenüber des Bürgers. Dieser ist grundrechtsberechtigt, jener grundrechtsverpflichtet. Für das Abwehrrecht ist der Staat darüber hinaus der Urheber der möglichen Gefahr. Der Widerspruch zwischen den zwei Rollen des Staates, der des notwendigen Garanten und der des potentiellen Widersachers der Grundrechte, wird institutionell aufgenommen und ausgeglichen durch das System der Gewaltenteilung, in dem, neben dem grundrechtsgefährlich handelnden Staatsorgan, unbeteiligte und unabhängige Staatsorgane zu dessen grundrechtswahrender Kontrolle bereitstehen⁷.
- 5** Die Personalunion gilt nicht für die Schutzpflicht. Diese weist dem Staat allein die Rolle des Grundrechtsgaranten zu, indes die Rolle des potentiellen Widersachers dem Privaten zufällt, der die Gefahr verursacht und das Bedürfnis nach Schutz auslöst. Da auch dieser grundrechtsberechtigt ist, stehen zwei Grundrechtsträger mit gegensätzlichen Interessen der Staatsgewalt gegenüber: derjenige, gegen den sich der private Übergriff richtet (Opfer), und derjenige, von dem der Übergriff ausgeht (Störer). Der Staat ist gehalten, das Opfer vor dem Übergriff des Störers zu schützen. Doch in Wahrnehmung dieser grundrechtlich fundierten Pflicht stößt er wiederum in den Grundrechten auf Grenzen seiner Möglichkeiten. Denn der Schutz der Grundrechte des Opfers kann mit Abwehrrechten des Störers (oder eines unbeteiligten Dritten) kollidieren. Sofern der Schutz sich über Eingriffe in grundrechtliche Belange vollzieht, muß er sich mit Rücksicht auf den Eingriffsbelasteten an den abwehrrechtlichen Kautelen messen lassen. Die Abwehr des privaten Übergriffs durch den Staat erweist sich als ambivalent, dem einen Gunst, dem anderen Last. Im Grundrechtsdreieck Staat – Opfer – Störer kommt dem Opfer ein grundrechtlicher status positivus zu, ein Recht auf Schutz, dem Störer ein status negativus, ein Recht auf Eingriffsabwehr⁸.
- 6** Die dritte Seite des Dreiecks, das Verhältnis zwischen den Privaten in ihren gegensätzlichen Rollen, wird von den Grundrechten nicht unmittelbar gere-

Staat als Garant und Widersacher des Abwehrrechts

Staat als Adressat der Schutzpflicht

Private als Störer und Opfer

Dreieck Staat – Opfer – Störer

⁷ → Oben *Isensee*, § 190 Rn. 136 ff.

⁸ Das Grundrechts-Dreieck ist ein idealtypisches Modell. In der Realität können differenzierte, polygonale Beziehungen auftreten mit mehreren Störern und mehreren Opfern.

gelt. Opfer wie Störer sind gleichermaßen Grundrechtsträger, nicht aber Grundrechtsadressaten. Verpflichtet ist allein die öffentliche Gewalt. Die Grundrechte sparen die Beziehungen zwischen den Privaten grundsätzlich aus und halten so den Raum offen für das Privatrecht. Dennoch verhalten sie sich nicht indifferent zu dem Nebeneinander ihrer Träger. Denn der Staat kann die Güter des einen vor dem Übergriff des anderen nur schützen, wenn sie dem einen rechtlich zugeordnet sind und dem anderen der Übergriff verwehrt ist, wenn also das Verbot des *neminem laedere* (Nichtstörungsschranke) zwischen den Privaten gilt. Es handelt sich um eine ungeschriebene, allgemeine Grundpflicht. Das Verbot wird nicht eigens von den Grundrechtsnormen ausformuliert. Es ist aber einschlußweise in ihnen enthalten als Bedingung ihrer Anwendbarkeit. Sie gewährleisten allen ihren Trägern Privatautonomie nach allgemeinen und gleichen Kriterien. Daher kann jeder Mann von sich aus über Distanz oder Kontakt zu den anderen bestimmen und seine rechtlichen Beziehungen gestalten⁹. Voraussetzung ist jedoch, daß alle einander als Subjekte der Selbstbestimmung achten und ihre Rechte respektieren. Die Rechte, um die es hier geht, sind in den Grundrechtsnormen enthalten, wenn auch nur thematisiert in ihren staatlichen Bezügen: Leib und Leben, Freiheit und Eigentum, Privatheit und Persönlichkeitsrecht.

Beziehung zwischen Grundrechtsträgern

Verbot des *neminem laedere*

3. Formen der Geltung

Dem *Neminem-laedere*-Verbot korrespondiert kein grundrechtlicher Anspruch des Opfers gegen den Störer auf Unterlassung, sondern allein die Pflicht des Staates, das Verbot in Gesetze umzusetzen, über Gesetze durchzusetzen und das Opfer effektiv zu schützen. Die Grundrechte zeitigen hier mittelbar-negative (Dritt-)Wirkung für den Privaten in dem Verletzungsverbot und unmittelbar-positive (Primär-)Wirkung für den Staat, durch Gesetz, durch Verwaltungsmacht und durch Gerichtsschutz die grundrechtlichen Güter zu sichern. Für den Bürger wird die grundrechtliche Schutzpflicht praktisch durch das einfache Recht mediatisiert. Wer die Gesundheit eines anderen schädigt, gerät nicht in Konflikt mit dessen Grundrecht. Vielmehr verletzt er einfachgesetzliche Normen, die der Staat erlassen hat in Erfüllung seiner Verpflichtung, das grundrechtliche Gut der körperlichen Unversehrtheit zu schützen; er verstößt also gegen Normen des bürgerlichen Rechts, des Polizei- und Ordnungsrechts, des Strafrechts. Falls jedoch der Staat keine angemessenen Schutzgesetze bereitstellt oder falls er den gesetzlichen Schutz bei Gefahr im Einzelfall nicht wirksam gewährleistet, ist er es, der das Grundrecht verletzt, weil er seiner Schutzpflicht nicht Genüge tut.

7

Allein-Adressat der Staat

Das Abwehrrecht ist einfacher organisiert als die Schutzpflicht. Es schafft nur eine duale Beziehung zwischen dem grundrechtsberechtigten Bürger und der grundrechtsverpflichteten Staatsgewalt, von der die grundrechtliche Gefahr ausgeht und die diese Gefahr zu bannen hat. Der Konflikt zwischen dem

8

Bilaterales Freiheits-Schranken-Schema

⁹ → Bd. VII, *Isensee*, § 150 Rn. 50ff.

Garanten und dem Störer, der bei der Schutzpflicht extern, zwischen verschiedenen Rechtsträgern, ausgetragen wird, verlagert sich beim Abwehrrecht in die Staatsorganisation hinein. Der Rollenzwiespalt geht in das System der Gewaltenteilung ein und wird in ihm verarbeitet. Die Einfachheit der dualen Grundrechtsbeziehung wird ermöglicht durch die differenzierte Binnenstruktur des Staates.

9

Rechtsstaatliches
Verteilungsprinzip

Dem bilateralen Freiheits-Schranken-Schema liegt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip zugrunde: „... und zwar ist die Freiheit des einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist“¹⁰. – Auf der einen Seite also die ursprunghafte, nicht rechtfertigungsbedürftige, grundsätzlich umfassende Freiheit des Individuums, auf der anderen die notwendig rechtlich gebundene und beschränkte, auf Rechtfertigung verwiesene Staatsgewalt.

10

Verfassungsunmittelbare
Geltung des
Abwehrrechts

In diesem Gegenüber kann das Grundrecht als Abwehrrecht gemäß Art. 1 Abs. 3 GG von Verfassungs wegen für jeden einzelnen seiner Destinatäre unmittelbare Geltung erlangen. Der staatliche Eingriff wird durch lapidare Verfassungsnormen kontrolliert und limitiert, ohne daß in der Regel ein Gesetz zwischengeschaltet werden müßte. Das Grundrecht steht schon auf Verfassungsebene als einklagbares subjektives Recht bereit. Anders aber in seiner Funktion als Schutzpflicht. Diese bedarf der Umsetzung durch Gesetz sowohl im Blick auf den status positivus des begünstigten als auch im Blick auf den status negativus des belasteten Grundrechtsträgers. Auf der einen Seite hat das Gesetz, dem klassischen Eingriffsvorbehalt gemäß, den Eingriff in den Rechtskreis des Störers oder eines Drittbetroffenen rechtsstaatlich zu limitieren und demokratisch zu legitimieren¹¹. Auf der anderen Seite bedarf es auch des Gesetzes, um der abstrakten verfassungsrechtlichen Pflicht hinlänglich praktikable Gestalt zu geben, um also die (von der Verfassung grundsätzlich offengehaltene) Frage der Mittel des Schutzes zu entscheiden und diese Mittel bereitzustellen¹². Darin zeigt sich, daß die Schutzpflicht zunächst eine objektiv-rechtliche Staatsaufgabe ist, aus der sich subjektive Rechte des einzelnen ableiten; dagegen ist das Abwehrrecht von Haus aus als subjektives Recht konzipiert.

Gesetzesmediatierte
Schutzpflicht

Objektive
Staatsaufgabe –
subjektives Recht

II. Grundrechtsfunktionen in der Teleologie des Verfassungsstaates

11

Die Schutzpflicht gehört einer genetisch älteren Schicht des Verfassungsstaates an als das Abwehrrecht¹³. Die Konnexität von Schutz und Gehorsam ist eine archetypische Rechtfertigung von Herrschaft überhaupt. Der moderne Staat tritt zu Beginn der Neuzeit in die Geschichte mit dem Anspruch ein, die

10 Carl Schmitt, Verfassungslehre, ¹1928, S. 126 (Hervorhebungen im Original); vgl. auch a. a. O., S. 164. Dazu Hans Hugo Klein, Über Grundpflichten, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 (157 ff.). → Oben Isensee, § 190 Rn. 230 f.; → unten Hofmann, § 195 Rn. 46; Bethge, § 203 Rn. 81.

11 S. u. Rn. 281 ff. → Bd. III, Ossenbühl, § 62 Rn. 13 ff., 16, 32 ff.

12 Näher s. u. Rn. 293 ff.

13 Zur Genese und Ordnung der Staatszwecke → Bd. IV, Isensee, § 71 Rn. 74 ff.

innere Sicherheit des Gemeinwesens herzustellen und den Bürger in seiner physischen Existenz und in seinen Rechten vor den Übergriffen der anderen zu schützen. Kraft seiner inneren Souveränität und seines Gewaltmonopols vermag er Bürgerkrieg, Fehde und private Eigenmacht institutionell zu überwinden und das Gemeinwesen zu befrieden¹⁴. Auf diesem Fundament, das in der Epoche der absolutistischen Monarchie gelegt wurde, erhebt sich der demokratische Rechtsstaat, der jene im 18. Jahrhundert ablöst.

Physische Sicherheit
des Bürgers

Der demokratische Rechtsstaat geht darauf aus, den Bürger vor den Übergriffen der Staatsgewalt zu schützen. Diesem Ziel dienen die gewaltenteilige Gliederung und die demokratische Legitimation der Staatsgewalt, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, vor allem aber die Menschenrechte, in denen der Individualismus der Aufklärung zu rechtlicher Gestalt findet. Sie dienen vornehmlich dazu, daß sich der einzelne Mensch und Bürger gegenüber der Staatsgewalt und innerhalb der staatlichen Gemeinschaft behaupten kann. Nunmehr geht es darum, Sicherheit *vor* dem Staat zu schaffen. Doch das neue Ziel macht das hergebrachte Ziel nicht überflüssig, Sicherheit *durch* den Staat zu gewährleisten. Der demokratische Rechtsstaat erbt die Friedens- und Machteinheit des modernen Staates und verwandelt sie sich an. In den frühen Menschenrechtserklärungen spiegeln sich beide Ziele. Gleichwohl liegt das eigentlich Revolutionäre der Menschenrechte in ihrer Staatsabwehr: daß sie dem Individuum einen Freiraum sichern und den Zugriff der Staatsgewalt begrenzen¹⁵. Soweit sie Schutzpflichten berühren, umschreiben sie den ohnehin etablierten Staatszweck der Sicherheit, seine Voraussetzungen und seine Konsequenzen. Neu ist freilich auch hier, daß dieser Zweck durch Verfassungsgesetz förmlich sanktioniert, die Staatsgewalt normativ eingebunden, der Bürger über seinen Status belehrt wird.

12

Freiheit von staatlicher
Regulierung

Von der physischen Sicherheit, auf die sich die Schutzpflicht bezieht, unterscheidet sich die soziale Sicherheit, deren Obhut dem Staat seit der industriellen Revolution im 19. Jahrhundert zugewachsen ist. Diese richtet sich nicht auf die Gefahren des privaten Übergriffs, sondern auf die Risiken des Marktes für seine wirtschaftliche Subsistenz: daß er keine hinreichende Erwerbsgrundlage findet oder diese einbüßt durch Arbeitslosigkeit, Krankheit, Unfall, Alter. Dem sozialen Rechtsstaat fällt die Aufgabe zu, die Gesamtgesellschaft oder einzelne ihrer Gruppen als Solidargemeinschaften zu organisieren, welche die Risiken auffangen und ausgleichen¹⁶. Die klassischen Grundrechte vermögen hier zwar vereinzelte Direktiven zu geben, zumal zur Sicherung der Rechtsgleichheit und zur Achtung der Menschenwürde. Im wesentlichen müssen sie jedoch dem demokratischen Gesetzgeber das Feld überlassen. Von seinen Dispositionen und von der Leistungskapazität der Gesellschaft hängen die Realisierungschancen der „sozialen Grundrechte“

13

Soziale Sicherheit

14 Dazu näher mit Nachw.: *Isensee* (N 4), S. 3 ff.; *Robbers* (N 6), S. 36 ff. → Bd. III, *Isensee*, § 57 Rn. 44 ff.

15 Das heißt jedoch nicht, daß das Abwehrrecht in seiner heutigen Gestalt schon im 18. und 19. Jahrhundert präsent gewesen sei. Diese Gestalt hat es erst im 20. Jahrhundert über die Literatur und Judikatur gefunden.

16 → Unten *Depenheuer*, § 194 Rn. 26 ff., 60 ff.

(auf Arbeit, Gesundheit etc.) ab¹⁷, die der Sache nach Staatsaufgaben bezeichnen. Die Lasten der sozialstaatlichen Transfersysteme rufen dagegen wieder die Abwehrrechte auf den Plan und müssen sich an diesen messen lassen. Die grundrechtlichen Schutzpflichten bleiben unberührt.

14

Stufenpyramide der
Zweckebenen

Schutzpflichten, Abwehrrechte und soziale Rechte sind auf drei historisch nacheinander entstandenen Schichten von Staatszwecken und Verfassungsstrukturen verortet. Diese bilden gleichsam eine Stufenpyramide: das Fundament, der moderne Staat als Friedenseinheit und Schutzmacht; darauf die Ebene des demokratischen Rechtsstaates, der Freiheit und Gleichheit gegenüber der Staatsgewalt und Mitwirkung an ihrer Ausübung bietet; schließlich die Ebene des Sozialstaates, der die realen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens in Freiheit gewährleistet und steigert. Die rechtlichen Institutionen der einen Ebene machen die der anderen nicht entbehrlich. Sie vermögen einander nicht abzulösen und nicht zu ersetzen. Mit der Arbeitslosenversicherung wird das Habeas-corporis-Grundrecht nicht funktionslos, mit diesem nicht der polizeiliche Schutz der öffentlichen Sicherheit und der von ihr umschlossenen individuellen Rechtsgüter.

15

Umweltschutz keine
vierte Ebene

Wie die sozialen gehen die ökologischen Gefahren auf die moderne Industriegesellschaft zurück. Dennoch ist die ökologische Sicherheit keine Frage der sozialen Sicherheit; sie wird auch nicht abgedeckt durch das soziale Staatsziel. Vielmehr betrifft sie die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen und damit, wenn auch nur indirekt, die Unversehrtheit seiner physischen Existenz und seiner grundrechtlichen Güter. Soweit der Staat Verursacher ist, richten sich auf ihn die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion. Soweit dagegen die schädigenden Einwirkungen auf die Umwelt von Privaten ausgehen, ist der Staat gehalten, Abwehreingriffe zum Schutz der beeinträchtigten Grundrechtsträger zu leisten. Diese Leistungs-Eingriffs-Konstellation fordert die grundrechtliche Schutzpflicht heraus, nicht aber die sozialstaatliche Aktivität. Mit dem Umweltschutz, den der Staat des ausgehenden 20. Jahrhunderts als seine Aufgabe erkannt hat, wird nicht eine neuartige vierte Ebene der Verfassungsstaatlichkeit aufgebaut, sondern nur die erste in neuartiger Weise reaktiviert¹⁸.

III. Verfassungstradition und Regelungskonvention

1. Dominanz der klassisch-liberalen Grundrechtsidee

16

„Menschenrechte
der 1. Generation“

Das Abwehrrecht entspricht den Menschenrechten, wie sie in der Ideenwelt der Aufklärung und des Liberalismus geboren wurden und in den amerikanischen wie französischen Rechteerklärungen und Verfassungsgesetzen des 18. Jahrhunderts rechtliche Form gewonnen haben („Menschenrechte der

17 → Unten *Murswiek*, § 192 Rn. 43 ff.

18 Näher *Josef Isensee*, Die Ambivalenz des Eigentumsgrundrechts, in: Fritz Ossenbühl (Hg.), Eigentums-
garantie und Umweltschutz, 1990, S. 3 (5 ff., 9 ff.); *Christian Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001,
S. 307 ff., 410 ff., passim.

ersten Generation“)¹⁹. Das Grundgesetz erneuert in der abwehrrechtlichen Konzeption eine deutsche Verfassungstradition, die, eingebettet in europäisch-atlantische Traditionen, Homogenität mit den Verfassungsstaaten des Westens vermittelt. In den Abwehrrechten des Grundgesetzes wirkt die traumatische Erfahrung des totalitären Staates²⁰. Sie gibt der liberalen Grundrechtsidee neue, bisher nicht gekannte Schubkraft. Das Grundgesetz geht darauf aus, die Grundrechte des hergebrachten Typus mit letzter Konsequenz zu einklagbaren subjektiven Rechten auszubilden, ihnen rechtspraktische Geltung und Judiziabilität zu vermitteln und sie so zu optimaler rechtlicher Wirksamkeit zu führen.

Absage an den totalitären Staat

Dem Abwehrrecht kommt „klassischer Rang“²¹ zu. Es ist die in einer 200 Jahre alten Tradition gewachsene und anerkannte, allen Geltungszweifeln entrückte Grundrechtsfunktion. In ihr erreicht das Potential der Grundrechte vollkommene Form. In dieser behält es dauerhafte, gesicherte Verbindlichkeit. Das Abwehrrecht bildet das Maß, an dem die anderen, die „modernen“ Funktionen sich messen lassen müssen. Jene müssen sich erst noch erweisen und bewähren und darauf prüfen lassen, ob und wie sie neben ihm bestehen. Die Grundrechtsinterpretation findet im Abwehrrecht das feste, verlässliche Terrain, dessen sie sich immer wieder versichern muß, wenn sie neues Terrain zu erschließen versucht. So vergewissert sich das Bundesverfassungsgericht zunächst der Basis, ehe es zu neuen Ufern aufbricht und den Grundrechten zusätzliche Bedeutungen als objektive Wertordnung, als Leistungstitel, als institutionelle Garantien zuspricht²². Gemessen am Abwehrrecht ist die Schutzpflicht die jüngere Grundrechtsfunktion. Das gilt freilich nur im Kontext der Grundrechtsdogmatik. Verfassungshistorisch gesehen wurzelt die Schutzpflicht in einer tieferen Traditionsschicht: dem Zweck des Staates, die Bürger voreinander zu schützen und so den Frieden in der Gesellschaft zu gewährleisten. Darin liegt die fundamentale Rechtfertigung des modernen Staates überhaupt²³.

17

„Klassische“ Grundrechtsfunktion

19 → Oben *Stern*, § 185 Rn. 56ff.; *Isensee*, § 190 Rn. 5ff.

20 Exemplarisch die Begründung der abwehrrechtlichen Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 GG aus der „Abkehr von der Allstaatlichkeit des Nationalsozialismus“: BVerfGE 6, 55 (71).

21 „Klassische“ Bedeutung der Abwehrfunktion: BVerfGE 6, 55 (71); 76, 1 (41); 125, 39 (78). Sinngemäß auch BVerfGE 7, 198 (204f.); 10, 302 (322). – Die rechtsvergleichend-historische Betrachtung setzt allerdings hinter das Klassitäts-Attribut ein Fragezeichen und gelangt zu differenzierender Einschätzung. Vgl. *Dieter Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis? (1988), in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1990, S. 221 (223, 224ff.); *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 203 (211).

22 Exemplarisch: BVerfGE 1, 97 (104) – kein Anspruch auf Fürsorge; BVerfGE 7, 198 (204f.) – Wertordnung für das Privatrecht; BVerfGE 12, 205 (259f.) – institutionelle Freiheit des Rundfunks; BVerfGE 20, 162 (175f.) – Institutsgarantie der Presse; BVerfGE 35, 79 (112ff.) – institutioneller Schutz der Universität; BVerfGE 50, 290 (336f.) – Irrelevanz eines „institutionellen Zusammenhangs der Wirtschaftsverfassung“; BVerfGE 57, 295 (319ff.) – Meinungsfreiheit als objektives Prinzip. Auch vor der Statuierung der grundrechtlichen Schutzpflicht nennt BVerfGE 39, 1 (42) das „selbstverständlich“ geltende Verbot des staatlichen Eingriffs in das sich entwickelnde Leben.

23 S. o. Rn. 11. S. u. Rn. 25.