

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 265

# Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie

Schritte zu einer normativen Systemtheorie

Von

Helmut Willke



Duncker & Humblot · Berlin

**HELMUT WILLKE**

**Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 265**

# Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie

Schritte zu einer normativen Systemtheorie

Von

Dr. Helmut Willke



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**

**ISBN 3 428 03348 5**

**D 21**

*Für Elke*



## Vorwort

Die Arbeit lag im WS 1974/75 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen als Dissertation vor.

Danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Günter Dürig für seine großzügige und freundliche Betreuung der Arbeit. Daß mir sein wissenschaftlicher Kampf um die Grundrechte Vorbild ist, gebe ich gern zu.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Josef Esser für kritische Anregungen. Zu danken habe ich insbesondere Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Otto Bachof für die Förderung während meiner dreijährigen Tätigkeit an seinem Lehrstuhl. Er hat durch großes Verständnis und geduldige Nachsicht ermöglicht, daß die Arbeit in dieser Zeit fertiggestellt werden konnte.

Herzlich danken möchte ich auch meinen Kollegen Dr. Jost Pietzcker und Dr. Gunther Teubner für ausführliche und weiterführende Diskussionen.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Tübingen, im Februar 1975

*Helmut Willke*



# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b>		<b>13</b>
1.	Kritik der Grundrechtstheorie in praktischer Absicht .....	13
2.	Zur Methode und Sprache .....	16
3.	Gegenstand und Aufbau der Arbeit .....	20
<b>II. Die Grundrechte als Wertsystem</b>		<b>24</b>
1.	Das Wertsystem der Grundrechte nach Dürig .....	24
1.1.	Elemente und Struktur des Grundrechtssystems .....	33
1.1.1.	Präponderanz der Freiheit und die Funktion des allgemeinen Gleichheitssatzes .....	36
1.2.	Wie verhält sich dieses „System“ zur allgemeinen Wertordnung der Verfassung? .....	40
2.	Zum Problem der Wertanalyse .....	44
2.1.	Fixierung des Wertbegriffes .....	44
2.1.1.	Rationalisierung von Wertentscheidungen durch Folgendiskussion? .....	46
2.2.	Wertanalyse aus soziologischer Sicht .....	49
2.2.1.	Allgemeines zum soziologischen Ansatz .....	49
2.2.2.	Parsons .....	52
2.2.3.	Luhmann .....	55
2.2.4.	Habermas .....	67
2.3.	Folgerungen .....	72
3.	Zum Problem des Systemdenkens .....	75
3.1.	Zum Problem des Systemdenkens aus juristischer Sicht .....	75
3.1.1.	Normatives Systemdenken als Voraussetzung juristischer Prospektik .....	79
3.2.	Zum Problem des Systemdenkens aus soziologischer Sicht .....	85
3.2.1.	Parsons — Die Tendenz zur Herausbildung von Wertsystemen ..	87
3.2.2.	Luhmann — Der Einbau von Lernfähigkeit in das Recht .....	90
3.2.2.1.	Einschub: Rechtsgewinnung als Lernprozesse eines kybernetischen Systems .....	94
3.2.2.2.	Luhmanns Bezugsproblem: Die Interdependenz von Entscheidungen .....	97
3.3.	Folgerungen .....	100
4.	Welchen heuristischen Sinn hat die Konzeption der Grundrechte als symbolisches System? .....	104

<b>III. Die institutionelle Seite der Grundrechte</b>		<b>111</b>
1.	Das institutionelle Verständnis der Grundrechte nach Häberle . . . .	111
1.1.	Die Grundrechte als Gleichgewichtssystem . . . . .	111
1.2.	Der Doppelcharakter der Grundrechte: die individualrechtliche und die institutionelle Seite . . . . .	118
2.	Zur Unterscheidung von Rechtsinstitutsgarantien und Institutionsgarantien . . . . .	121
2.1.	Rechtsinstitutsgarantien . . . . .	122
2.2.	Institutionsgarantien . . . . .	124
2.2.1.	Welchen Zweck haben grundrechtliche Institutionsgarantien? . . . .	126
2.2.2.	Welche Grundrechte umfassen nach der neueren Grundrechtstheorie auch Institutionsgarantien? . . . . .	130
3.	„Institution“ in sozialwissenschaftlicher Sicht . . . . .	133
3.1.	Hauriou . . . . .	134
3.2.	Gehlen . . . . .	136
3.2.1.	Exkurs zur Entlastungsinstanz ‚Bewußtsein‘ — Das Bewußtsein als inneres Modell der Außenwelt . . . . .	138
3.3.	Schelsky . . . . .	141
3.4.	Parsons . . . . .	144
3.5.	Luhmann . . . . .	147
4.	Folgerungen . . . . .	151
<b>IV. Die funktionale Seite der Grundrechte</b>		<b>157</b>
1.	Der funktionale Ansatz in der Grundrechtstheorie nach Luhmann	157
1.1.	Der theoretische Rahmen . . . . .	157
1.2.	Abgrenzung . . . . .	162
1.2.1.	Naturrecht . . . . .	162
1.2.2.	Die geisteswissenschaftliche Methode . . . . .	163
1.3.	Einzelgrundrechte in kommunikationstheoretischer Sicht . . . . .	164
1.3.1.	Würde und Freiheit . . . . .	164
1.3.2.	Kommunikationsfreiheit . . . . .	169
1.3.3.	Marktfreiheit . . . . .	170
1.3.4.	Wahlrechte . . . . .	175
1.3.5.	Gleichheit . . . . .	177
2.	Zusammenfassung . . . . .	179
3.	Kritik . . . . .	180
3.1.	Zur Frage der Systemsteuerung durch Wertentscheidungen . . . . .	182
3.2.	Zur Frage der Legitimation verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen . . . . .	192
3.2.1.	Opportunismus und Legitimität . . . . .	195
3.2.2.	Legitimationskrise, Interessenrepräsentation und strukturelle Gewalt . . . . .	199

**V. Multifunktionalität der Grundrechte und  
strukturelle Grundrechtswirkung 204**

1. Zur Multifunktionalität der Grundrechte in der modernen Demokratie ..... 204

1.1. Demokratisierung der Gesellschaft als Vorbedingung staatlicher Demokratie ..... 207

1.2. Die Grundrechte als Teilhaberechte ..... 216

2. Die Konsequenz: Neugewichtung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit ..... 224

2.1. Freiheit und Gleichheit..... 226

2.2. Sozialität ..... 236

**VI. Schlußbetrachtung 241**

**Literaturverzeichnis 244**

**Namenverzeichnis 262**

**Stichwortverzeichnis 263**

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BBauG	= Bundesbaugesetz
bes.	= besonders
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtl. Sammlung
ders.	= derselbe
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	= ebenda
f., ff.	= folgend(e)
GG	= Grundgesetz
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KZSS	= Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LS	= Leitsatz
m. E.	= meines Erachtens
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
N	= (Fuß-)Note
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
PVS	= Politische Vierteljahresschrift
R	= Randnummer
StbFG	= Städtebauförderungsgesetz
VerwA	= Verwaltungsarchiv
VDStRL	= Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZfSoz.	= Zeitschrift für Soziologie
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

Artikelangaben ohne weitere Hinweise beziehen sich auf das Grundgesetz.

# Einleitung

## 1. Kritik der Grundrechtstheorie in praktischer Absicht

Absicht dieser Arbeit ist es, einige Theorien über Grundrechte darzustellen und sie unter dem Leitgedanken ihrer praktischen Wirkung zu kritisieren. Dabei wird versucht, zwei mögliche Ebenen der Kritik zu verbinden: die Kritik einer Theorie kann sich auf die Theorie selbst beziehen, also auf metatheoretischer Ebene den Wissenschaftsanspruch einer Theorie prüfen. Sie kann sich auch auf die Praxis der Theorie beziehen, also auf pragmatischer Ebene Anwendbarkeit und die Folgen der Anwendung einer Theorie analysieren<sup>1</sup>. Eine Verbindung dieser Ebenen wird deshalb angestrebt, weil Rechtstheorie und Rechtspraxis im Bereich der Grundrechte insbesondere unter dem Aspekt ihrer Vermittlung problematisch sind, während ihre gegenseitige Abgrenzung eher akademisches Interesse hat. Erst ihre gemeinsame Abgrenzung gegenüber der Rechtspolitik ist von praktischer Bedeutung, weil diese die Frage der demokratischen Legitimität normativer Geltungsbehauptungen aufwirft.

Die Rechtstheorie ragt in die Rechtspolitik hinein, weil sie nicht nur solche Erörterungen meint, „die sich mit den Voraussetzungen, Strukturen oder Funktionen von Zeichen oder Zeichensystemen der Rechtssprache oder mit Institutionen befassen, auf die sich die Rechtssprache bezieht“, sondern auch Erörterungen, „die Konstruktionen von Zeichensystemen der Rechtssprache vorschlagen“<sup>2</sup>. Sie umfaßt die Antinomien von Sein und Sollen, von Dogmatik und Zetetik, von Systemstabilisierung und Systemtransformation und muß sich deshalb gegenüber dem permanenten Vorwurf verantworten, die prekäre Grenze zur Rechtspolitik überschritten zu haben.

Gerade die Grundrechtstheorie überschneidet sich mit der Rechtspolitik, weil ihr als Bezugssystem ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Verfassungs- und Demokratietheorie zugrundeliegt. Dies ist insoweit unvermeidlich, als es gerade die Funktion der Grundrechtstheorie ist, die Interpretation der einzelnen Grundrechtsbestimmungen nicht einer auf klassische Gesetze zugeschnittenen Dogmatik

---

<sup>1</sup> Zur entsprechenden Doppelfunktion von Theorie vgl. *Habermas, Theorie und Praxis*, S. 10.

<sup>2</sup> *Schreckenberger, Pragmatik der Rechtstheorie*, S. 562.

zu überlassen, sondern in den Gesamtzusammenhang einer Verfassungs- und Demokratietheorie einzubinden<sup>3</sup>.

In dieser Lage bietet sich einerseits eine Vermeidungsstrategie und andererseits ein kritisch-rekonstruktiver Ansatz an. Die eine Strategie, die mit der Spannung der Antinomien die Nähe zur Rechtspolitik vermeiden will, wird sich auf einen ‚neutralen‘, metatheoretischen Standpunkt zurückziehen, „der sich auf die erklärende Analyse von ‚formalen‘ Strukturen und Funktionen des positiven Rechts oder auf die Analyse rechtswissenschaftlicher Probleme beschränkt“<sup>4</sup>. Dies ist der Ort einer neopositivistischen Dogmatik, die nach Esser ihren „hermeneutischen Zirkel“ nicht bemerkt, weil sie ignoriert, daß „ohne Vorurteil über die Ordnungsbedürftigkeit und Lösungsmöglichkeit die Sprache der Norm überhaupt nicht das aussagen kann, was erfragt wird: die gerechte Lösung“<sup>5</sup>. Dieser „neutrale“ Standpunkt geht von einer totalen Systemautonomie des Rechts aus, der, wie Esser betont, dem Interpreten jede kritische Reflexion über Bedingungen und Motivationen seines Vorverständnisses verbiete und das ideologisch abgedichtete und sich autonom gebärdende Rechtssystem entgegen dem eigenen Anspruch gerade in die Arme der politischen Manipulation führe<sup>6</sup>.

Andererseits könnte ein kritisch-rekonstruktiver Ansatz die immer schon wirksamen metajuristischen Bedingungen der Interpretation offen legen und sie darüber hinaus als rechtspolitische Bewertungen in den Systemkreis dogmatischer und hermeneutischer Verfahren eingliedern<sup>7</sup>, mithin kontrollierbar machen. Die von Habermas vorgeschlagene Unterscheidung zwischen „deskriptiven Aussagen über geltende Normen einerseits und präskriptiven Aussagen andererseits, die die Wahl von Normen betreffen“<sup>8</sup> ergibt eine Grundlage für eine Rechtstheorie, die ihr rechtspolitisches Anliegen nicht verschleiert. Denn diese Unterscheidung zwischen geltenden Normen und zur Geltung drängender „normativer Optionen“<sup>9</sup> macht deutlich, daß eine klare Trennung zwischen rechtstheoretischen und rechtspolitischen Aussagen nicht möglich ist, weil jede Interpretation Selektion aus kontingenten Möglichkeiten ist. Sowohl Aussagen über Normen als auch normative Optionen sind deshalb legitimierungsbedürftig: beide müssen sich kritisch eva-

<sup>3</sup> Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1529.

<sup>4</sup> Schreckenberger, S. 568.

<sup>5</sup> Esser, Vorverständnis, S. 134.

<sup>6</sup> Esser, S. 138, vgl. auch S. 116.

<sup>7</sup> Vgl. Esser, S. 196 und v. Pestalozza, Grundrechtsauslegung, S. 430 ff.

<sup>8</sup> Habermas, Legitimationsprobleme, S. 192.

<sup>9</sup> Diese Begriffsbildung bei Minssen, Legitimationsprobleme, S. 10.

luierender Aussagen über die Rechtfertigungsfähigkeit und Einlösbarkeit ihrer normativen Geltungsansprüche stellen<sup>10</sup>.

Aussagen über Normen und normative Optionen sind Diskussionsangebote an eine Fach-Öffentlichkeit, die gerade dann, wenn in die Normexegese das Wissen anderer Sozialwissenschaften einbezogen wird, einen Anspruch darauf hat, nicht mit unüberschaubaren Fremderkenntnissen überrannt zu werden<sup>11</sup>. Die Unterscheidung von Normen und normativen Optionen kann auch die Darstellung der individuellen oder gesellschaftlichen Interessen erleichtern, die rechtstheoretische Erörterungen leiten<sup>12</sup>. Denn das, was als normativ geltend behauptet wird, muß intersubjektiv begründbar sein, also entweder auf bereits bestehenden Konsens zurückgreifen oder seine Mit-Legitimierung durch bereits legitimierte Problemlösungen nachweisen<sup>13</sup>; und gerade dies setzt eine Interessenbewertung voraus, die nur nachvollziehbar ist, wenn die Verallgemeinerungsfähigkeit der Interessen (bzw. bei partikularen Interessen: deren Kompromißfähigkeit) aufgewiesen wird<sup>14</sup>, und die als Wertung nur dann rational überprüfbar ist, wenn sie die Folgen der Wertung expliziert; d. h. wenn „die fragliche Wertung wenigstens prinzipiell und mit dem Plausibilitätsgrad, der im juristischen Bereich möglich ist, durch Wertungen ihrer Folgen im gesellschaftlichen Zusammenleben diskutier- und begründbar ist“<sup>15</sup>.

Die Rationalisierung der Wertdiskussion durch eine Folgendiskussion koppelt zugleich die abstrakte und generalisierte Wertebene an die gesellschaftliche Praxis zurück. In ähnlicher Weise kann eine Kritik von Theorien, die als Analyse der Folgen dieser Theorien betrieben wird, die Praxis der Theorie<sup>16</sup> problematisieren und durch die Rück-

<sup>10</sup> Vgl. *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 192 aus dem Blickwinkel einer kommunikativen Planungstheorie.

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Bachof*, Dogmatik, S. 217 f.

<sup>12</sup> Dazu *Schreckenberger*, S. 567 f.; zum Zusammenhang mit Wertannahmen vgl. *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 156 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Esser*, Dogmatisches Denken, S. 97 ff., bes. S. 100; im Falle immanenter Mit-legitimierung rechtsdogmatischer oder rechtstheoretischer Ableitungen bezieht sich „Intersubjektivität“ auf die Fach-Öffentlichkeit, praktisch also auf die herrschende Meinung. Erst bei originärer Rechtssetzung umfaßt „Intersubjektivität“ die jeweils betroffene Gesamt-Öffentlichkeit. Daraus folgt, daß — idealtypisch gesehen — Rechtstheorie und Rechtspolitik unterschiedliche Legitimationskonzepte erfordern. Vgl. auch *Podlech*, Logische und hermeneutische Probleme, S. 339 N 11.

<sup>14</sup> Dazu *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 149 ff.; zu den im Verfassungsrecht notwendigen Stufungen des Interessen-Arguments vgl. *Müller*, Theorie der Praxis, S. 165 ff.

<sup>15</sup> *Podlech*, Wertungen, S. 200; vgl. auch *Goerlich*, Wertordnung, S. 184 ff. und unten II.2.1.1.

<sup>16</sup> Ein anderes Verständnis der „Praxis der Theorie“ bei *Luhmann*, Die Praxis der Theorie, jedenfalls S. 253: hier versteht Luhmann unter „Praxis“