

Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem*

Von Wissenschaftlicher Mitarbeiterin am BVerfG Marion Albers, Karlsruhe

A. Einleitung

Schutzinhalte und Rechtswirkungen der Grundrechte sind unter dem Grundgesetz permanent erweitert worden. Das beruht vor allem auch auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Den Ausgangspunkt dieser Entwicklung markiert das Lüth-Urteil, in dem die Grundrechte nicht nur als Eingriffsabwehrrechte, sondern auch als »objektive Wertordnung« verstanden werden¹. Danach enthalten sie *objektivrechtliche Freiheitsgewährleistungen*, aus denen man die staatlichen Pflichten noch zu ermitteln hat. Dieser abstrakteren Sicht des Normgehalts ist eine Ausdehnung der Grundrechtsinhalte und -wirkungen in verschiedener Hinsicht gefolgt. Genannt werden können hier zum Beispiel objektivrechtliche Gehalte, die nicht aus einer auf das Individuum konzentrierten Perspektive formuliert sind, etwa wenn die Rundfunkfreiheit als Funktionsgrundrecht begriffen wird. Eine wichtige Ausweitung sind auch die Anforderungen an die staatliche Organisation und staatliche Verfahren, mit denen man den vormals staats»internen« Bereich grundrechtlichen Bindungen unterstellt. Die individuellen Rechte beschränken sich nicht länger auf Eingriffsabwehrrechte, sondern umfassen Rechte auf finanzielle Unterstützung, auf Teilhabe oder auf Schutz.

Die Ausdehnung der Grundrechte ist Gegenstand breitgefächerter Diskussionen und grundlegender Kritik, letzteres insbesondere wegen der Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichten. Teilweise wird überlegt, ob nicht eine stärkere Beschränkung auf die Eingriffsabwehr als die »eigentliche« und dogmatisch gesicherte Aufgabe der Grundrechte angebracht wäre². Wenn man die Eingriffsabwehr für ein gesichertes Gebiet hält und ihr eine Vorrangstellung im Rahmen der Grundrechtsdimensionen zuspricht³, könnte man aber schnell übersehen, daß sie längst nicht mehr die dogmatische Prägnanz aufweist, die man mit ihr verbindet. Genau das zeigt das Problem der sogenannten faktischen Beeinträchtigungen.

Als »faktische« Beeinträchtigungen werden die Beeinträchtigungen bezeichnet, die nicht mit dem traditionellen Eingriffsbegriff erfaßt werden können, die also – grob formuliert – nicht die spiegelbildliche Belastung aufgrund einer staatlichen Regelung darstellen⁴. Dazu gehören erstens Nachteile, die nicht als unmittelbare, sondern als entfernte oder vermittelte Folgen einer Maßnahme hervorgerufen werden. Zweitens können neben der mit der Regelung spiegelgleich verbundenen Beeinträchtigung weitere nachteilige Effekte als »Nebenwirkungen« entweder beim Regelungsadressaten oder bei Dritten entstehen. Wichtig sind drittens die Beeinträchtigungen, denen gar keine Regelung, sondern anderweitiges staatliches Handeln zugrunde liegt⁵. Die Bezeichnung ist demnach ein – ziemlich diffuser⁶ – Sammelbegriff.

Beispiele und Konstellationen lassen sich entsprechend vielfältig aufzählen. Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Ehemann sich gegen seine Inhaftierung nicht nur mit dem Hinweis auf den Eingriff in die Freiheit der Person, sondern auch wegen einer Beeinträchtigung des Art. 6 Abs. 1 GG wehrt, weil die Haft zur Folge haben werde, daß seine Frau sich einen anderen sucht? Kann ein Arzneimittelhersteller den Ausschluß bestimmter Arzneimittel von der Versorgung im System der gesetzlichen Krankenversicherung als eine Verletzung seiner Berufsfreiheit oder der Eigentumsgewährleistung geltend machen, wenn die betroffenen Arzneimittel nicht mehr verschrieben werden und ein Umsatzrückgang erwartbar ist⁷? Kann ein Fischer eine Grundrechtsbeeinträchtigung anführen, wenn einem Dritten eine Genehmigung zur Einleitung von Dünnsäure in ein bestimmtes Seegebiet erteilt wird, die dazu führt, daß seine Fangerträge zurückgehen und die Existenz seines Betriebes gefährdet ist⁸? Wird Art. 4 Abs. 1 GG beeinträchtigt, wenn staatliche Stellen Informationsbroschüren zu sogenannten Jugendsekten herausgeben⁹ oder wenn sie ei-

* Der Aufsatz stellt die leicht überarbeitete Fassung eines Vortrags dar, den ich Ende November 1994 auf dem Fest des Bundesverfassungsgerichts gehalten habe. Kritische Hinweise zur Vortragsfassung verdanke ich Frau Sokol und Herrn Grimm. Für hilfreiche Anregungen in der Diskussion danke ich Frau Philipp, Frau Seibert, Frau Will, Herrn Kühling und Herrn Rossen.
BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

2 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 1990, 1 (bes. 26 ff.).

3 Vgl. dazu etwa H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, bes. S. 53 ff.; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 111 Rdnr. 11 m. w. N. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfGE 7, 198 (204), und – jeweils im Zusammenhang mit der Frage der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen – 21, 362 (369); 59, 231 (255); 61, 82 (101); 68, 193 (205). Das häufig zitierte Mitbestimmungsurteil enthält bereits eine andere Wendung, nämlich daß Grundrechte »in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben« seien, siehe BVerfGE 50, 290 (337).

4 Siehe Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 10 ff.; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, S. 28 ff.; dens., Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch. Bd. 72 (1981), 89 (89 ff.). Der Begriff wird nicht einheitlich verwendet; teilweise wird er jedenfalls in bestimmten Fallkonstellationen durch andere Bezeichnungen (z. B. »mittelbarer« Eingriff) ersetzt.

5 Zu Systematisierung vgl. auch Gallwas (Fußn. 4), S. 12 ff.; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen (Fußn. 4), bes. S. 33 ff., die allerdings im Unterschied zur obigen Differenzierung auch die Nebenwirkungen beim Adressaten unter die Folgebeeinträchtigungen fassen.

6 Vgl. auch Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 57 f.

7 BSGE 67, 251 (254 ff.); BSG, Pharm.Ind. 1991, 348 (350). Vgl. außerdem Sodan, Leistungsausschlüsse im System der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechtsschutz von Leistungsanbietern, SGB 1992, 200 (200 ff.); dens., Zum Grundrechtsschutz gegen Negativlisten, Pharm.Ind. 1991, 341 (341 ff.); Schwerdtfeger, Verfassungsfragen zu den Negativlisten nach § 34 SGB V (GRG), Pharm.Ind. 1989, 21 (22 f., 27 ff.).

8 BVerfGE 66, 307.

9 Dazu insbesondere OVG NW, ZevKR 1987, 219, BVerwGE 82, 76; BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1989, 3269. Außerdem etwa BVerwG, NJW 1991, 1770; VGH Bad.-Württ., NVwZ 1989, 878; OVG Hmb., NVwZ 1995, 498; BayVGH, NVwZ 1995, 793.

nen privaten Verein fördern, der sich kritisch mit Sekten auseinandersetzt¹⁰? Und ist es ein Eingriff in Art. 12 oder in Art. 14 GG, wenn das Bundesgesundheitsministerium eine Liste diethylenglykolhaltiger Weine unter Angabe ihrer Produzenten veröffentlicht und daraufhin deren Absatz einbricht¹¹? Relativ aktuell sind hier die Lindanfunde in Babykost. Der Baden-Württembergische Umweltminister hat die fehlende Information der Öffentlichkeit damit begründet, daß die rechtlichen Anforderungen eine Warnung nicht zugelassen hätten¹².

Über die Frage, wie man solche Fälle rechtlich handzuhaben hat, bestehen erhebliche Unsicherheiten. Die Rechtsprechung steht dabei unter Entscheidungszwang und sieht sich mit ihren Lösungen nicht selten heftiger Kritik ausgesetzt. So ist der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im eben genannten Glykol-Fall ein »rechtsdogmatisches Chaos bislang nicht für möglich gehaltenen Ausmaßes« bescheinigt worden¹³.

Im folgenden soll versucht werden, einen Lösungsansatz darüber zu gewinnen, daß faktische Beeinträchtigungen weniger als Eingriffs-, sondern vielmehr als Schutzbereichsproblem verstanden werden. Dazu werden zunächst die Vorgehensweisen in Rechtsprechung und Literatur behandelt und Kritikpunkte daran herausgearbeitet. Eine angemessene Lösung kann nur mit einem übergreifenden Ansatz entwickelt werden, bei dem man den dogmatischen Zusammenhang zwischen Grundrechtsgewährleistung und Grundrechtsbeeinträchtigung berücksichtigt.

B. Die Behandlung faktischer Beeinträchtigungen in Rechtsprechung und Literatur

I. Die Flexibilisierung des Eingriffsbegriffs

In der neueren Rechtsprechung und Literatur besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß Grundrechte Schutz nicht nur gegen traditionelle staatliche Eingriffe bieten¹⁴.

Dabei stützt man sich darauf, daß sich aus dem Grundrechtstext eine derartige Beschränkung nicht ergibt. Art. 1 Abs. 3 GG hält eine uneingeschränkte Bindung des Staates an die Grundrechte fest¹⁵. Die einzelnen Grundrechtsnormen regeln Eingriffsformen zum Teil schon selbst in differenzierter Weise¹⁶, und sie geben ansonsten weder systematisch noch bei historischer Analyse einen bestimmten Eingriffsbegriff her. Außerdem wird mit einer folgenorientierten Argumentation das Erfordernis der Effektivität des Grundrechtsschutzes betont. Der Einsatz anders wirkender Steuerungsmethoden soll nicht dazu führen, daß der Grundrechtsschutz unterlaufen wird oder leerläuft¹⁷. Im Ergebnis wird der Schutz wirkungsbezogen angelegt.

Auch wenn über diese Sicht breite Einigkeit besteht, zieht man den traditionellen Eingriffsbegriff bei der Erweiterung der grundrechtlichen Schutzwirkungen auf andere Beeinträchtigungsmechanismen weiterhin als dogmatische Leitkategorie heran. Dabei ist es durchaus hilfreich, daß gar nicht so klar ist, durch welche Merkmale er sich eigentlich genau auszeichnet. Um eine präzise Zusammenstellung seiner Kriterien ist man erst bemüht, seit man den Begriff von seinem plastischen Korrelat, dem Verwaltungsakt, zu lösen versucht. Zu den Kriterien zählt man dann erstens die Rechtsaktqualität der staatlichen Maßnahme, zweitens deren Adressierung an eine bestimmte (und dann betroffene) Person, drittens die Anordnungs- bzw. Gebots- oder Verbotsqualität und viertens die Sanktionsbewehrung, also den Zwangscharakter. Fünftens beschränkt sich der Eingriff auf die Rechtsposition, die »unmittelbar« oder genauer: spiegelgleich zur Anordnung im Tenor der staatlichen Maßnahme beeinträchtigt ist¹⁸. Diese Aufschlüsselung ergibt ein Sinngefüge, dessen Kriterien aufeinander abgestimmt sind und das von daher auch gar nicht so leicht veränderbar ist. Häufig geht man allerdings zur – unpräzisen und deshalb variablen – Kurzbeschreibung über, den »klassischen« Eingriff kennzeichnenden Rechtsaktqualität, Finalität und Unmittelbarkeit¹⁹.

Durch die Reduktion und Modifikation dieser Eingriffsmerkmale versucht man dann, Maßstäbe zu gewin-

10 BVerwGE 90, 112.

11 OVG NW, GewArch. 1988, 11; BVerwGE 87, 37.

12 Siehe etwa Frankfurter Rundschau vom 7. 4. 1994, S. 1.

13 *Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 667 (671). In der Tat ist in der Entscheidung insbesondere nicht deutlich, ob das BVerwG das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs bejahen oder verneinen will, siehe BVerwGE 87, 37 (39 ff. und 45 ff., hier bes. 50).

14 Aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 46, 120 (137 f.); 61, 291 (308); 85, 386 (398 f.); 86, 122 (128); BVerwGE 71, 183 (190 ff.); 75, 109 (115 f.); 82, 76 (79); 87, 37 (39 ff.); 90, 112 (118 ff.); BVerwG, BayVBl. 1994, 568 (570); BSGE 67, 251 (254 f.). Siehe außerdem noch HessVGH, DVBl. 1995, 1362 (1363); OVG Rh.-Pf., 1995, 1372 (1373). Aus der Literatur vgl. *Gallwas* (Fußn. 4), bes. S. 51 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen (Fußn. 4), bes. S. 50 ff., 81 ff.; *Isensee* (Fußn. 3), Rdnr. 62 ff.; *Kirchhof*, Verwalten durch »mittelbares« Einwirken, 1977, S. 189 ff.; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 100 ff.; *A. Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991, S. 130 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, bes. S. 225 ff.; *Pietzcker*, »Grundrechtsbetroffenheit« in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 131 ff., bes. S. 138 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte/Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rdnr. 257 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar; 3. Aufl. 1995, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 21 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 1985, Rdnr. 139 zu Art. 1 Abs. 3; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, § 72 III 4 (S. 1205 ff.); *Sachs*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 III 1 (S. 128 ff.).

15 Etwa *Eckhoff* (Fußn. 14), S. 108 ff.; *W. Roth* (Fußn. 14), S. 264 f.; *Stern* (Fußn. 14), § 72 III 4. Der Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG ist kein isoliertes Argument, weil die Reichweite der Bindung an die Grundrechte eben vom Gehalt der einzelnen Grundrechte abhängt. Auch wenn sich Aussagen somit nur bei gleichzeitigem Blick auf die Einzelgrundrechte ergeben, griffe es aber zu weit zu meinen, Art. 1 Abs. 3 GG sage nichts über die Frage aus, ob die Grundrechte Schutz vor faktischen Eingriffen bewirken können; so aber *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Rdnr. 50 zu Art. 1.

16 Vgl. *W. Roth* (Fußn. 14), S. 234 ff.

17 *A. Roth* (Fußn. 14), S. 210 ff.; *W. Roth* (Fußn. 14), S. 259 ff.; *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 16 f.; *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, 1992, S. 272 f.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 26.

18 Siehe etwa *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 3. Aufl. 1989, S. 336 f.; *Gallwas* (Fußn. 4), S. 10 ff., 21 ff.; *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 24 ff.; *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte, 1988, S. 42 ff.; *Ramsauer*, Bestimmung (Fußn. 4), S. 91 f.; *A. Roth* (Fußn. 14), S. 136 ff.; *Isensee* (Fußn. 3), Rdnr. 61. Ausführlich *Eckhoff* (Fußn. 14), S. 175 ff.

19 Etwa bei *Ossenbühl* (Fußn. 17), S. 14 f.; *Leidinger*, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns, DÖV 1993, 925 (928); *Di Fabio*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 (694).

nen, nach denen faktische Beeinträchtigungen grundrechtsrelevant sind²⁰. In der Rechtsprechung argumentiert man vor allem mit der Unmittelbarkeit, der Finalität und der Schwere der Betroffenheit. Die dogmatische Handhabung ist freilich uneinheitlich und unsicher. Die Unmittelbarkeit zwischen staatlicher Handlung und rechtsbeeinträchtigender Wirkung wird manchmal als schutzerheblich, manchmal als irrelevant behandelt²¹. Die Finalität ist in den letzten Jahren besonders vom Bundesverwaltungsgericht als hinreichendes, aber nicht notwendiges Kriterium für einen Eingriff herausgegriffen worden. »Die Zielrichtung des Verwaltungshandelns«, heißt es in einem jüngeren Urteil, ist »ein tragendes Kriterium für die Annahme eines Grundrechtseingriffs«²². Das Fehlen der Finalität schließt einen Eingriff jedoch nicht aus: Der grundrechtliche Schutz wäre unvollständig, »wenn an ihm nicht auch mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlungen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken«²³. Das Bundesverfassungsgericht läßt seit langem eine »objektiv berufsregelnde Tendenz« für einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG genügen²⁴ und hat darüber hinaus ausgeführt, daß das Grundrecht auch »durch Vorschriften ohne berufsregelnde Zielrichtung berührt werden (kann), wenn sie infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen«²⁵.

Finalität und Eingriffsintensität werden auch in der Literatur häufig als entscheidende, jeweils hinreichende Kriterien genannt. Zählt die Einschränkung bestimmter Verhaltensmöglichkeiten, die einem Grundrecht unterfallen, zu den Zielen des staatlichen Vorgehens, soll auf jeden Fall ein Eingriff vorliegen²⁶. Handelt es sich dagegen nicht um eine angestrebte oder in Kauf genommene Wirkung, soll eine Grundrechtsbeeinträchtigung nur bei schwerer Betroffenheit gegeben sein²⁷. Diese Sicht ist aber keines-

wegs unumstritten oder auch nur gefestigt. Manchmal werden andere Muster eingebracht, etwa die Zurechenbarkeit im Hinblick auf die Adäquanz des Kausalzusammenhanges zwischen Beeinträchtigung und staatlichem Vorgehen²⁸; manchmal werden zusätzliche Merkmale eingeführt, zum Beispiel das der Vorhersehbarkeit²⁹. Manchmal findet sich auch ein sehr weitgreifendes Eingriffsverständnis, dessen Konsequenzen durch Restriktionen beim Gesetzesvorbehalt aufgefangen werden sollen: Ein Eingriff muß nicht notwendig eine gesetzliche Grundlage haben, oder er darf auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden, die den regulären Anforderungen etwa an die Bestimmtheit nicht genügt³⁰.

II. Die Unzulänglichkeit der isolierten Abwandlung des Eingriffsbegriffs

Dieser kurze Überblick zeigt, daß in der Diskussion zum Eingriffsverständnis eine erhebliche dogmatische Unsicherheit herrscht. Man hat auch das Gefühl, daß – gleichgültig, wie man den Eingriff abwandelt – nicht unbedingt überzeugende Ergebnisse entstehen. Der Blick auf das Ergebnis wiederum mag der Grund für manche dogmatischen Brüche und Widersprüche sein. Beispielsweise scheint das Bundesverwaltungsgericht im Glykol-Fall einen Grundrechtseingriff insbesondere wegen der Intensität der Betroffenheit erst zu bejahen, dann aber vor der Konsequenz zurückzuschrecken, daß Unternehmen, die ihren Wein mit Diethylenglykol versetzen, gegen eine staatliche Information der Verbraucher grundrechtlichen Schutz genießen und – mangels gesetzlicher Grundlage – in ihren Grundrechten verletzt sein sollen. Überzeugen die Ergebnisse nicht, liegt die Annahme nahe, daß das Problem nicht im Detail, also nicht bei diesem oder jenem hinzuzufügenden oder anders zu formulierenden Eingriffskriterium, sondern im Ansatz steckt.

Einige Überlegungen weisen auch darauf hin, daß die isolierte Abwandlung des Eingriffsbegriffs, wie sie in Rechtsprechung und Literatur meistens erfolgt, unzulänglich ist. Zunächst heißt die teilweise Beibehaltung der mit dem »klassischen« Eingriff verbundenen Terminologie nicht automatisch, daß die Bedeutung des jeweils hervorgehobenen Merkmals dieselbe bleibt. Im Gegenteil funktioniert die Übertragung auf die Konstellationen faktischer Beeinträchtigungen nur, weil man mit unpräzise gehaltenen Begriffen und mit Bedeutungsverschiebungen ar-

20 Dazu mit ausführlichen Nachweisen *Eckhoff* (Fußn. 14), S. 175 ff.

21 Siehe etwa BVerfGE 34, 338 (340); VGH Bad.-Württ., DÖV 1979, 338 (339), einerseits und BVerfGE 13, 181 (185 f.); 46, 120 (137); BVerfGE 65, 167 (171) andererseits.

22 BVerfGE 90, 112 (120). Zuvor bereits BVerfGE 71, 183 (193 ff.) und 75, 109 (115 f.).

23 BVerfGE 87, 37 (43 f.).

24 Etwa BVerfGE 13, 181 (185 f.); 31, 8 (29); 49, 24 (47 f.).

25 BVerfGE 61, 291 (308); zuvor siehe auch 46, 120 (137 f.).

26 Die Finalität als zentrales Kriterium ist frühzeitig von *Friauf*, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, 674 (681 f.), hervorgehoben worden. Vgl. weiter *Bleckmann/Eckhoff*, Der »mittelbare« Grundrechtseingriff, DVBl. 1988, 373 (377); *Di Fabio* (Fußn. 17), S. 695 ff.; *Discher*, Mittelbarer Eingriff, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungskompetenz: Die Jugendsekten-Entscheidungen – BVerfGE 82, 76; BVerfGE, NJW 1991, 1170; 1992, 2496; BVerfG, NJW 1989, 3269, JuS 1993, 463 (465); *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 233 f. (der zwischen Vorhersehbarkeit und Zielgerichtetheit nicht hinlänglich unterscheidet); *A. Roth* (Fußn. 14), S. 202 ff. Siehe außerdem *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen (Fußn. 4), S. 174 (verknüpft mit dem Unmittelbarkeitskriterium); *Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 1989, § 152, Rdnr. 84 (verknüpft mit dem Kriterium erhöhter Betroffenheitsintensität); *Schürmann* (Fußn. 17), S. 284, 300 f. (verknüpft mit dem Gedanken des Regelungsersatzes).

27 Vgl. – teilweise mit Verfeinerungen – *Ramsauer*, Bestimmung (Fußn. 4), S. 104; *Stern* (Fußn. 14), § 72 III 4 (S. 1207); *A. Roth*, (Fußn. 14), S. 298 ff., 317 ff. (besondere Intensität als Voraussetzung für den Regelfall); *Di Fabio* (Fußn. 17),

S. 429 ff.; *Scherzberg*, »Objektiver« Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht, DVBl. 1989, 1128 (1136); *Sodan*, Leistungsausschlüsse (Fußn. 7), S. 205. Vgl. auch *Eckhoff* (Fußn. 14), S. 243, 252 ff. (schutzbereichsabhängige Graduierung der Intensitätsanforderungen). Außerdem *Erichsen* (Fußn. 26), Rdnr. 80 (erhöhte Betroffenheitsintensität als notwendige Voraussetzung der Grundrechtsrelevanz faktischer Beeinträchtigungen). Das Erfordernis »erhöhter« oder »schwerer« Betroffenheit ist von den Ansichten zu unterscheiden, die (faktische) Bagatellbelastungen und Belästigungen vom Grundrechtsschutz ausnehmen wollen, etwa *Pieroth/Schlink* (Fußn. 14), Rdnr. 267 f.

28 Z. B. *Stern* (Fußn. 14), § 72 III 4 (S. 1207).

29 Siehe etwa *Isensee* (Fußn. 3), Rdnr. 67; *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl. 1988, 512 (518); *Discher* (Fußn. 26), S. 465 f. Kritisch *Eckhoff* (Fußn. 14), S. 246 ff.; *W. Roth* (Fußn. 14), S. 141 ff.

30 *Robbers*, Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, 84 (86 ff.). Zur Lockerung der Anforderungen beim Gesetzesvorbehalt außerdem *Isensee* (Fußn. 3), Rdnr. 68; *Schürmann* (Fußn. 17), S. 285 ff.

beitet. Zum Beispiel gewinnt der Begriff der Finalität einer staatlichen Maßnahme Sinn und Prägnanz, solange er mit der Anforderung der adressierten Anordnung und der spiegelgleichen Beeinträchtigung verknüpft bleibt. Isoliert betrachtet verschiebt sich die Bedeutung dahin, daß eine staatliche Maßnahme auf die Einschränkung des Entfaltungsspektrums zielt, das einem Grundrecht unterfällt. Man fragt sich deshalb sofort, ob es auf die staatliche Absicht oder auf einen »objektiven« Zweck ankommt, wie weit Neben- und Unterzwecke miteinfaßt sind und wie, d. h. mit welchen Wertungen, man Neben- und Unterzwecke ermitteln darf. Sobald der Finalität aber eine Zweck/Mittel-Sicht nach jeweils eigenen Maßstäben unterlegt werden kann, nähert sie sich dem Kausalitätsschema und wird entsprechend variabel. Auch die »Unmittelbarkeit« der Beeinträchtigung ist im Rahmen des »klassischen« Eingriffs als Spiegelgleichheit von Rechtsbeeinträchtigung und Tenor der Anordnung unproblematisch zu erfassen. Soll sie darüber hinaus eingesetzt werden, muß man auf Vorstellungen wie die einer Kausalitätskette oder eines Dazwischentreten eigenständiger Wirkfaktoren zurückgreifen. Da jede Annahme einer Kausalitätsbeziehung die selektive Herstellung eines Ursache/Wirkungs-Verhältnisses ist, kommt man ohne eine Auswahl und Bewertung von Ursachen und Wirkungen nicht aus³¹. Obwohl man sich auf die Terminologie des »klassischen« Eingriffs und auf entsprechende Begrenzungen zu stützen scheint, setzt man also tatsächlich durchaus flexible Zurechnungsmuster ein. Die Folge ist eine nicht dogmatische, sondern vom Ergebnis und von nicht offengelegten Wertungen her gesteuerte Behandlung der jeweiligen Fälle.

Unabhängig davon ist die Hervorhebung einzelner Kriterien auch nicht ohne weiteres überzeugend. Wenn man auf die Zielrichtung des staatlichen Vorgehens abstellt, bekommt man schnell Schwierigkeiten damit, daß das Ziel eines staatlichen Handelns nicht mehr durch einen Begriffszusammenhang – den des Eingriffs – festgelegt wird. Es muß mit Blick auf tatsächliche Konstellationen ermittelt werden und hängt dann von der gewählten Ebene und der gewählten Perspektive ab. Zugleich wird man die staatliche Maßnahme häufig nicht in einem bloß zweiseitigen Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern erst in Dreiecksbeziehungen und regelmäßig erst in noch komplexeren Zusammenhängen erfassen können. In diesem Rahmen ist ihre Zielrichtung nicht schlicht als Reduktion grundrechtlich geschützter Entfaltungsmöglichkeiten um bestimmter Allgemeininteressen willen zu beschreiben³². Von daher ist der Gesichtspunkt einer erst vermittelten Entstehung der Beeinträchtigung, zum Beispiel über Preisbildungsmechanismen des Marktes oder über wissens- und rationalitätsgeprägte Verhaltensmechanismen Dritter, nicht zu vernachlässigen³³. Schließlich ist der Staat erst dann gehindert, bestimmte Ziele mit bestimmten Mitteln zu verfolgen, wenn die grundrechtlichen Vorgaben dem entgegenstehen³⁴. Deshalb kann der Blick auf die Zielrich-

tung des staatlichen Vorgehens die Erörterung der Frage, ob der Schutz des Grundrechts greift, nicht ersetzen.

Ähnliche Einwände greifen beim Kriterium der Intensität der Betroffenheit. Wenn ein Grundrecht gegen ein staatliches Vorgehen keinen Schutz bietet, besteht der Schutz auch nicht dann und deswegen, weil die Belastung besonderes Gewicht hat. So kann ein etwaiger Grundrechtsschutz gegen staatliche Warnungen vor Produkten nicht davon abhängen, welches Maß an Umsatzverlust die Warnung nach sich zieht. Anderenfalls wäre die Konsequenz, daß der Grundrechtsschutz um so eher greift, je schlechter das Produkt und je berechtigter und wirksamer die Warnung ist³⁵.

Ebensowenig überzeugt es, einen ganz weiten Eingriffsbegriff zu formulieren und dafür beim Gesetzesvorbehalt Einschränkungen zu machen. Denn der Eingriff hat gerade die Funktion, die grundrechtlichen Schutzmechanismen auszulösen, zu denen insbesondere das Erfordernis einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage zählt. Wird dieser dogmatische Zusammenhang gelöst, ist nicht mehr erkennbar, welchen Sinn es macht, den Eingriff zunächst zu bejahen. Teilweise wird zwar noch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwiesen³⁶. Aber auch dieser Grundsatz erfüllt seine Funktion nur, wenn er nicht als schwammige Formel eingesetzt wird, sondern ein Argumentationsmuster bleibt, das eine rationale Abwägung sicherstellt. Dann läßt er das Gesetz nicht als verzichtbar erscheinen, sondern setzt es voraus; er setzt im übrigen eine präzise Beschreibung des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts voraus.

Bei allen Überlegungen zeigt sich, daß es an erster Stelle auf eine genaue Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzgehalts und der individuellen Rechtsposition ankommt. Im Anschluß daran kann man fragen, ob die jeweilige staatliche Maßnahme eine Beeinträchtigung eben dieser Rechtsposition darstellt. Die Änderung des Eingriffsverständnisses darf also nicht isoliert erfolgen. Grundrechtsverbürgung und Grundrechtsbeeinträchtigung bilden schließlich ein dogmatisches Konzept aufeinander bezogener Komponenten. Dies wird im folgenden zunächst für die »klassische« Eingriffsabwehr erläutert. Danach liegt es nahe, die Thematisierung faktischer Beeinträchtigungen als Folge eines veränderten Gewährleistungsverständnisses zu begreifen. Deshalb sind faktische Beeinträchtigungen im ersten Schritt eine Frage der richtigen Interpretation des Schutzbereichs.

C. Der Ansatz bei der Grundrechtsgewährleistung

I. Der Zusammenhang von Gewährleistung und Eingriff in der traditionellen Eingriffsabwehr

In der traditionellen Eingriffsabwehr hat das *Freiheitsverständnis* im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft³⁷ den Charakter einer dem Staat

31 Der Wertungscharakter wird deutlich etwa in BVerwGE 50, 282 (287 ff.). Kritik zur »Unmittelbarkeit« an der Terminologie und in der Sache bei Gallwas (Fußn. 4), S. 24; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 180 f. Ausführlich auch Eckhoff (Fußn. 14), S. 197 ff., bes. 208 ff.

32 Der Umgehungsgedanke wird hier nicht so häufig passen, wie manchmal angenommen wird.

33 Vgl. auch Ramsauer, Bestimmung (Fußn. 4), S. 98. Kritik an der Orientierung am Finalitätskriterium findet sich auch bei Lübke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2705 (2710). Außerdem Jarass (Fußn. 14), Rdnr. 21 a.

34 W. Roth (Fußn. 14), S. 202.

35 So der zutreffende Einwand bei Philipp, Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1989, S. 139.

36 Etwa bei Robbers (Fußn. 30), S. 88. Vgl. außerdem BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1989, 3269 (3270 f.).

37 Dazu – auch mit Neuansätzen – Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 209 (209 ff.); Rupp, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 28, S. 1187 (1187 ff.).

vorgegebenen natürlichen Freiheit³⁸. Was Freiheit bedeutet, soll inhaltlich möglichst unbestimmt bzw. individuellen Entscheidungen und Entfaltungsweisen überlassen bleiben und insbesondere von staatlicher Seite nicht definiert oder bewertet werden³⁹. Daher unterscheidet man zwischen der nicht als Rechtsbegriff verstandenen Freiheit einerseits und den der Sicherung der Individualsphäre dienenden Freiheitsrechten andererseits. Positivierte Freiheitsgarantien sind zwar immer schon eine inhaltliche Beschreibung von Gewährleistungen; sie werden aber im Sinne einer äußerlich-räumlichen Umgrenzung von Freiräumen formuliert⁴⁰. Dieses Freiheitsverständnis hat seine grundrechtsdogmatische Entsprechung im sogenannten rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip: Danach ist die Freiheitssphäre des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnisse des Staates sind prinzipiell begrenzt⁴¹. Die Schutzgegenstände abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen kennzeichnet vor diesem Hintergrund, daß sie *in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar* sind. Zu den Leitbegriffen zählt die individuelle Selbstbestimmung im Sinne einer Willensautonomie⁴². Daneben stehen Entscheidungs- und Handlungsfreiheiten im Mittelpunkt, wobei man Entscheidungen und Verhalten als Ausdruck und Umsetzung eigenen Willens versteht. Außerdem sind Güter eingeschlossen, die man dem Einzelnen als Eigenschaft, als eine ihm zustehende Sphäre, etwa als Privatsphäre, oder als Eigentum zuordnen kann⁴³. Die Schutzgegenstände werden also ganz individualistisch, d. h. aus einer auf den Einzelnen konzentrierten Perspektive, formuliert. Die soziale Konstitution und soziale Ein-

bettung individueller Freiheit werden ausgeklammert. Das ist weder Zufall noch Blindheit, sondern notwendige Konsequenz des theoretischen und dogmatischen Ansatzes.

Der *Eingriffsbegriff* hat im Eingriffsabwehrkonzept die Funktion, bei einem ihm unterfallenden Handeln die grundrechtlichen Schutzmechanismen auszulösen⁴⁴. Mit dieser Funktion ist er auf die Schutzbereichsbeschreibung abgestimmt. Legt man auf der Schutzbereichsseite eine Freiheitssphäre oder möglichst unbestimmt belassene Freiheitsgewährleistungen zugrunde, ist man auf einen bestimmten und begrenzenden Eingriffsbegriff angewiesen. Denn Gewährleistungsbereich und Eingriff können nicht beide zugleich unbestimmt gehalten oder ins Beliebigere variiert werden. Anderenfalls könnte jede staatliche Maßnahme in irgendeiner Hinsicht nahezu jedes Grundrecht treffen. Den »klassischen« Eingriff pflegt man in einen Zusammenhang mit der Entwicklung der Handlungsformen der Verwaltung und des auf Verwaltungsakte konzentrierten verwaltungsgerichtlichen Individualrechtsschutzes zu stellen⁴⁵. Er wird mit begrenzenden Kriterien – Rechtsaktqualität, Adressierung an die dann Betroffenen, Anordnungsqualität, Sanktionsbewehrung und Spiegelgleichheit zwischen Anordnungsstenor und Beeinträchtigung – beschrieben, die ein Sinngefüge ergeben⁴⁶. Das besondere Kennzeichen dieses Eingriffsbegriffs liegt darin, daß er aus sich heraus eine qualifizierte Beziehung zwischen individuellem Status und staatlichem Verhalten herstellt und mit einer Individualisierung der Betroffenheit verbunden ist⁴⁷. Eben da der Eingriff diese Spezifizierung leistet, kann die Individualrechtsposition selbst relativ unbestimmt bleiben.

38 Zur »natürlichen« Freiheit (auch ohne übergreifende naturrechtliche Assoziationen) und zur Frage, ob nicht alle Freiheiten rechtlich konstituiert sind, Lübbe-Wolff (Fußn. 23), S. 75 ff. Siehe außerdem Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 (1532): »Die Grundrechte gewähren den Schutz des sozial bereits vorhandenen oder sich bildenden realen Freiheitsbestandes.« Siehe auch insbesondere H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 39 ff., 53 ff., bes. 59, und Steinbeiß-Winkelmann, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986, S. 52 ff., mit dem Hinweis, daß der Freiheitsschutz durch grundrechtliche Verbürgungen nicht gleichzusetzen ist mit den Themen, derer der Staat sich annehmen kann oder muß.

39 Vgl. etwa H. H. Klein (Fußn. 38), S. 38, 68; Böckenförde (Fußn. 38), S. 1530 f.; Schnur, Pressefreiheit, VVDStRL Bd. 22, 1965, 101 ff.; darstellend auch Bethge, Freiheit und Gebundenheit der Massenmedien, DVBl. 1983, 369 (371), und – zur Pressefreiheit – Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, 1981, S. 35 ff. Siehe auch C. Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 1958, S. 140 (167).

40 Prägnant etwa Böckenförde, Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 58 (60 ff., bes. 61): »Sie (die Menschen- und Bürgerrechte) verweisen die durch sie geschützten Lebens-, Denk- und Handlungsbereiche als Freiheitsbereiche zur Ausfüllung an die individuelle Subjektivität.«

41 C. Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1957, S. 158, 159, 163 ff.

42 Siehe etwa Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 72: »Die Willensautonomie des einzelnen determiniert den Freiheitsbegriff.«

43 Vgl. etwa Sachs, in: Stern (Fußn. 14), § 66 II 1 (S. 622 ff.), zu den Schutzgegenständen der Abwehrrechte. Die dort nur knapp genannten durch Umweltbeziehungen vermittelten »Situationen« (S. 644; siehe auch Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 176 f., 311 f., 330 f., 333 ff.) müssen im traditionellen Konzept Schwierigkeiten bereiten.

II. Kontextbezogene Grundrechtskonkretisierungen und Grundrechtsbeeinträchtigungen

1. Faktische Beeinträchtigungen als Folge eines erweiterten Freiheitsverständnisses

Die »klassische« Konzeption zeigt, daß Grundrechtsgewährleistung und Grundrechtseingriff dogmatisch aufeinander abgestimmt sind. Daher liegt es nahe, daß die Thematisierung faktischer Beeinträchtigungen nicht einfach als eine Ausdehnung der Eingriffskomponente bei im übrigen gleichbleibendem Gewährleistungsverständnis begriffen werden kann. Tatsächlich steht im ersten Schritt eine *Erweiterung des Blickfelds auf seitens der Freiheitsverbürgung dahinter*. Tatsächliche und vermittelte Wirkungen erschließen sich nämlich notwendig dann, aber auch erst dann als Beeinträchtigungswiese, wenn man die individuellen Entfaltungsspielräume und -chancen nicht mehr aus einer rein individualistischen Perspektive beschreibt, sondern ihren Kontext, also das räumliche bzw. natürliche Umfeld oder die soziale Umwelt, mitdenkt. Das hat das Bundesverwal-

44 Grabitz (Fußn. 18), S. 24 f.

45 Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 260 f.; Grabitz (Fußn. 18), S. 27; Ramsauer, Bestimmung (Fußn. 4), S. 92; Eckhoff (Fußn. 14), S. 58, 72 f. m. w. N.; A. Roth (Fußn. 14), S. 134 ff. m. w. N. Kritisch zur Annahme, es habe einen an eine bestimmte Handlungsform geknüpften »klassischen« Eingriffsbegriff gegeben, W. Roth (Fußn. 14), S. 7 ff., und Sachs, in: Stern (Fußn. 14), § 78 II 3, S. 85 ff.: »Rückprojektionen«.

46 Vgl. die Nachweise oben in Fußn. 18.

47 Im Begriff des Eingriffs selbst verdichten sich Aussagen darüber, wann den Einzelnen legitimerweise die Rechtsmacht zukommen muß, gegen eine staatliche Maßnahme gerichtlich vorzugehen, so Eckhoff (Fußn. 14), S. 130 f.

tungsgericht für den Schutz des Grundeigentums sehr präzise erkannt und dahin formuliert, daß der »über die Abwehr unmittelbarer Eingriffe hinausreichende und insofern erweiterte Eigentumsschutz ... seine Rechtfertigung darin (findet), daß das Grundeigentum nicht isoliert als ›Fläche‹ ... gesehen werden darf, sondern daß es durch die umgebende ›Situation‹ geprägt wird«⁴⁸. Für andere Konstellationen gilt dasselbe. Da die Berufsausübung eines Fischers von der ökologischen Basis des Fanggebiets abhängt, betreffen die Einleitung von Schadstoffen in ein Gewässer und die entsprechende staatliche Genehmigung seine Berufsausübung und seinen Gewerbebetrieb⁴⁹. Ebenso kann es zu den Bedingungen der Möglichkeit der Berufsausübung gehören, daß die beruflichen Leistungen auf dem Markt angeboten und von anderen nachgefragt werden können. Wird dann zum Beispiel ein staatliches Nachfragemonopol rechtlich abgesichert, erscheint dies als eine möglicherweise nachteilige Begrenzung der Freiheitschancen⁵⁰. Und wenn man die Religionsausübung – auch – als kommunikatives Handeln und Wirken in der sozialen Umwelt begreift und den Einfluß auf das Bild, das andere gewinnen, dazuzählt, wird es sofort zum Problem, daß staatliche Stellen bestimmten Religionsgemeinschaften Sektencharakter zuschreiben und damit ein negatives Bild Dritter fördern⁵¹.

2. Das Erfordernis einer kontextbezogenen Beschreibung der Gewährleistungsinhalte

Wird also im ersten Schritt die Perspektive beim Freiheitsverständnis erweitert, muß die Aufmerksamkeit auch grundrechtsdogmatisch an erster Stelle dem *Gewährleistungsbereich* gelten. Es kommt deshalb zunächst auf die Auslegung des einschlägigen Grundrechts an. Das ist für sich genommen nichts Neues oder Ungewöhnliches. Entscheidend ist allerdings, daß man bei der Auslegung beachtet, daß sich die überkommene Gewährleistungskonzeption dadurch auszeichnet, daß der Schutzgehalt individualistisch formuliert wird und Umweltbezüge ausgeklammert werden. Faktische Beeinträchtigungen werden dagegen gerade deswegen relevant, weil man diese Perspektivenbegrenzungen aufgibt. Das heißt für die Norminterpretation, daß die Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte *nicht den auf den »klassischen« Eingriff abgestimmten Sehweisen und Beschreibungsformen verhaftet* bleiben darf. Genau an dieser Stelle greifen die Entscheidungen und Lösungsvorschläge zu faktischen Beeinträchtigungen häufig zu kurz, weil sie die gewohnten Schutzinhalte beibehalten und die Aufmerksamkeit gleich auf den Eingriff richten.

Bei den Schutzinhalten muß es erstens zu Schwierigkeiten führen, wenn man die grundrechtlichen Verbürgungen nur vage als individuellen Freiraum oder als Freiheits-sphäre bestimmt. Solche Fassungen leben von einer näheren Bestimmung des Eingriffsbegriffs. Es kennzeichnet den »klassischen« Eingriff, daß er mit einer Individualisierung verbunden ist und zugleich die Wirkungen, die als rechtlich relevant anerkannt werden, auswählt und begrenzt. Eben dies entfällt, wenn man die Gewährleistung weit gefaßt als »Freiheitsraum« und die Rechtsbeeinträchtigung ebenso weit gefaßt als »Nachteil« verstehen will. Bei einer Erweiterung und Flexibilisierung des Eingriffsbegriffs muß im Gegenzug die Freiheitsgewährleistung an Bestimmtheit gewinnen.

Zweitens greift auch eine Interpretation der Grundrechtsgarantie zu kurz, die aus einer auf das Individuum konzentrierten Perspektive erfolgt und Schutzgüter wie die individuelle Selbstbestimmung oder individualistisch konzipierte Entscheidungs- und Verhaltensfreiheiten in den Mittelpunkt rückt. Diese Schutzbereichsbeschreibungen werden allerdings auch in den Fällen faktischer Beeinträchtigungen meistens gewählt. Zum Beispiel hebt das Bundesverwaltungsgericht in der Glykol-Entscheidung die »freie unternehmerische Betätigung« und »das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb« als Schutzgüter des Art. 12 Abs. 1 GG hervor⁵². Mit solchen Beschreibungen können die jeweiligen Konstellationen, die Positionen und Beziehungen der Beteiligten und die Wirkungszusammenhänge aber regelmäßig nicht richtig erfaßt werden. Im genannten Beispiel ist das Gericht sofort dem Einwand ausgesetzt, daß das Verhalten als solches, hier also die Möglichkeit, Wein zu produzieren und auf dem Markt anzubieten, durch die Veröffentlichung der Liste glykolphaltiger Weine gar nicht betroffen ist. Betroffen sind vielmehr zunächst der Ruf des Unternehmens und das Image des Produkts in den Augen der Verbraucher. Deren erwartbare Reaktionen betreffen dann weiter die Absatzchancen oder den Absatz der Produkte. Das mag sich letztlich auch auf die Ertragslage des Unternehmens und auf seine Möglichkeiten, zukünftig Wein zu produzieren und anzubieten, auswirken. Die Beeinträchtigung durch das staatliche Vorgehen läßt sich demnach erst darstellen, wenn man die Kontextbezüge und -abhängigkeiten individueller Freiheit mitdenkt und aufschlüsselt.

Der erforderlichen kontextbezogenen Sicht muß man bei der Normauslegung Rechnung tragen. Der Schutzinhalt darf deshalb nicht mehr allein individualistisch gefaßt werden. Ganz in Abgrenzung gegen den traditionellen Ansatz ist eine *überindividuelle und kontextbezogene Perspektive* einzunehmen und die jeweilige Grundrechtsnorm so zu interpretieren, daß *ihre objektivrechtlichen Aussagen und die individualrechtlichen Schutzgehalte Bezüge zu dem jeweils relevanten Kontext* einschließen⁵³. Auf diese Weise könnten sich individuelle Positionen *in* dem jeweiligen Kontext ergeben. Normativ bedarf es konkretisierender Argumentationen, über die erstens die Bezüge zum Kontext normorientiert entwickelt und zweitens die von der Norm geschützten Positionen des Einzelnen bestimmt werden.

3. Die Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte und Rechtspositionen

Die durch Kontextbezüge gekennzeichneten Freiheitspositionen unterscheiden sich inhaltlich und dogmatisch notwendig von den individualistischen Fassungen. *Inhaltlich* beschreibt man sie auf der Grundlage einer übergreifenden Perspektive, so daß sie erst im Mitdenken des jeweiligen Kontexts ihren Gehalt und Sinn gewinnen. Regelmäßig kommt hier vor allem sozialen Strukturen und Prozessen, die durch die Beteiligung Dritter oder auch staatlicher

48 BVerwGE 50, 282 (288).

49 BVerwGE 66, 307.

50 Dazu BVerfGE 46, 120.

51 Oben Fußn. 9.

52 BVerwGE 87, 37 (39). Daß diese Schutzgüter im zu entscheidenden Fall nicht richtig passen, bemerkt das Bundesverwaltungsgericht selbst, sobald es den Eingriff thematisiert. Es legt dann zugrunde, daß in die »Wettbewerbsposition« des Unternehmens eingegriffen werde, und geht so vor, als bestünde zwischen dem »Verhalten im Wettbewerb« und der »Wettbewerbsposition« kein Unterschied.

53 Der Ansatz wird bei *Ramsauer*, Bestimmung (Fußn. 4), S. 105, mit dem Kriterium der »Grundrechtsbezogenheit« einer Beeinträchtigung angedeutet, aber nicht ausgearbeitet. Ähnlich *Bleckmann/Eckhoff* (Fußn. 26), S. 378.

Stellen gekennzeichnet sind, Bedeutung zu. Anschauliche Beispiele für in diesem Sinne »soziale« Schutzpositionen sind der Schutz der »Ehre« oder der zunehmend herausgestellte Schutz der »Selbstdarstellung«⁵⁴. Aber auch die Freiheit individuellen Verhaltens kann einen weiterführenden Verständnishorizont erhalten, wenn man das Verhalten nicht mehr als voraussetzungslos gedachte Umsetzung des Willens, sondern als Umfeldorientiert und -abhängig begreift. *Dogmatisch* gibt man die Prämissen der traditionellen Eingriffsabwehr auf. Vor allem paßt das Konstrukt »prinzipiell unbegrenzter Freiheit« nicht mehr. Sofern die Individualrechtspositionen im Mitdenken sozialer Strukturen und Prozesse entwickelt werden, sind die mit der Sozialität notwendig verbundenen Bedingungen und Grenzen der individuellen Stellung nicht mehr als Normexternum auszuklammern. Sie werden vielmehr von den Aussagen der Grundrechtsnorm erfaßt und normativ mitverarbeitet. Dementsprechend können dem Einzelnen immer nur *über die Normaussagen bestimmte und zugleich begrenzte Schutzpositionen* gewährleistet sein, deren Inhalt und Grenzen von den – ihrerseits normativ zu bestimmenden – überindividuellen Zusammenhängen und den Positionen Dritter geprägt sind. Da man soziale Zusammenhänge und Prozesse betrachtet und ein komplexeres Bild als bei der gewohnten Eingriffsabwehr zugrunde legt, kann sich in einer zu beurteilenden Konstellation ein *Bündel unterschiedlicher Rechte* ergeben. Man steht also nicht vor der Alternative, den grundrechtlichen Schutz entweder bedingungslos zu bejahen oder vollständig zu verneinen. Der Grundrechtsträger kann vielmehr im Rahmen der herauszuarbeitenden sozialen Beziehungen an bestimmten Punkten und in bestimmten Hinsichten geschützt, in anderen Hinsichten nicht geschützt sein. Insofern ist die Entwicklung kontextbezogener oder »sozialer« Schutzpositionen weder mit Schutz einschränkungen über »immanente Grenzen« zu verwechseln, bei denen man eine individualistisch gefaßte Position aufgrund der ebenfalls individualistisch beschriebenen Rechtsstellung Dritter von vornherein begrenzt, noch als bloße Ableitung aus einem dem Grundrecht unterlegten überindividuellen Ordnungsmodell anzulegen. Der individuelle Freiheitsschutz wird im Ansatz keineswegs eingeschränkt. Er wird erweitert, denn man entwickelt schließlich neue Rechtspositionen, die der Grundrechtsträger vorher so nicht gehabt hätte, nämlich zum Beispiel einen Schutz der Selbstdarstellung oder – rechtstechnischer – Rechte hinsichtlich der staatlichen Information anderer über ihn selbst.

Soweit eine Schutzposition mit kontextualen oder sozialen Bezügen hergeleitet werden kann, wird eine *Basis für eine nahtlos anschließbare Argumentation zur Grundrechtsbeeinträchtigung* geschaffen. Man hat nicht mehr mit Brüchen zwischen Schutzbereich und Beeinträchtigungsmechanismus zu kämpfen⁵⁵. Grundrechtspositionen und Grundrechtsbeeinträchtigungen werden durch eine konstellationsangepaßte Auslegung der Norm aufeinander abgestimmt, so wie sie auch in der »klassischen« Eingriffsabwehr aufeinander abgestimmt sind. Einige Beispiele können diese Überlegungen näher erläutern.

Anregungen und Ansatzpunkte für weiterführende Auslegungen bieten teilweise schon die textlichen Aussagen der Grundrechtsnormen. Zum Beispiel verweist der Begriff des »Geheimnisses« in Art. 10 GG über die Person des Geschützten hinaus und enthält soziale Implikationen, denn

ein Geheimnis ist ein Sachverhalt immer erst und nur in bezug auf das Wissen anderer. Indem das Grundrecht das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleistet, schützt es gerade gegen eine staatliche Kenntnisnahme oder Aufzeichnung und unter Umständen auch gegen die Verwertung der dem Schutz unterfallenden Mitteilungen oder Daten. Deshalb folgt aus dem Gewährleistungsinhalt zwanglos, daß »jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von kommunikativen Daten durch . . . staatliche Stellen Grundrechtseingriff«⁵⁶ ist, obwohl die »klassischen« Kriterien erkennbar nicht gegeben sind. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet seinem Text nach den Schutz von Ehe und Familie, und zwar »nicht nur im Interesse der *individuellen Freiheit* der Ehepartner und Familienangehörigen, sondern ebenso um der Freiheit des Einzelnen *in der gelebten Gemeinschaft* und um des Erhalts dieser Gemeinschaft willen«⁵⁷. Daher ist ein bereits im Bundesgebiet lebender Ehepartner in seiner aus Art. 6 GG folgenden Rechtsposition betroffen, wenn dem anderen Ehepartner der Aufenthalt im Bundesgebiet, der das Zusammenleben ermöglichen soll, versagt wird. Das gilt, obwohl die staatliche Maßnahme gar nicht an ihn selbst, sondern an den anderen gerichtet ist, und nicht seine, sondern die aufenthaltsrechtliche Stellung des anderen regelt.

Bei anderen Grundrechtsnormen und in anderen Konstellationen muß man soziale Bezüge über eine mehrschrittige konkretisierende Auslegung herstellen. Dafür gibt es Vorarbeiten und Vorbilder. Zum Beispiel wird das Recht auf freie Meinungsäußerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit langem mit Hilfe einer Wechselbeziehung zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung als sozialem Zusammenhang verstanden. Es gewinnt von daher teils erweiterte, teils eingeschränkte Schutzzinhalte⁵⁸. Ähnlich könnte man Beziehungen zwischen der in Art. 12 GG genannten Berufsausübung und dem Wettbewerb oder dem Markt als sozialem System entwickeln. Indem das Grundrecht die Berufsausübung als Grundlage für den Erwerb des Lebensunterhalts schützt⁵⁹, erfaßt es (auch) soziales Handeln und die Rolle im Wettbewerb und am Markt. Soweit die Rolle geschützt wird, hat man bei der Beschreibung der Rechtsposition allerdings den sozialen Zusammenhang und die insoweit einschlägigen normativen Aussagen zu berücksichtigen, in dessen Rahmen sich die Verhaltens- und Kommunikationschancen des Grundrechtsträgers erst ergeben.

So mag es die beruflichen Erwerbsmöglichkeiten eines Grundrechtsträgers mindern, wenn der Staat Beschränkungen der Wettbewerbschancen anderer Grundrechtsträger aufhebt. Markt und Wettbewerb, in deren Rahmen die Erwerbsmöglichkeiten ent- und bestehen, sind aber durch die Beteiligung von anderen Anbietern und von Nachfragern gekennzeichnet. Den am Wettbewerb beteiligten Konkurrenten gewährt Art. 12 GG, ohne daß dies die normative Verbürgung eines bestimmten Ordnungsmodells voraussetzte, jedenfalls gleiche Rechte. Deshalb bietet das Grundrecht dem Grundrechtsträger trotz seiner (fakti-

56 BVerfGE 85, 386 (398).

57 BVerfGE 76, 1 (44 f. [Hervorh. i. Orig.]).

58 Das Gericht erstreckt den Grundrechtsschutz etwa auf Tatsachen (siehe nur BVerfGE 54, 208 [219 f.]; 61, 1 [8 f.]; 85, 1 [15 f.]) und auf Fragen (BVerfGE 85, 23 [31 ff.]), indem es einen Bezug zur Meinungsbildung als Kommunikationskontext herstellt und prüft, ob eine Tatsache oder Frage »Voraussetzung der Bildung von Meinungen« ist.

59 Vgl. BVerfGE 81, 242 (254).

54 Dazu noch unten im Text.

55 Siehe dazu auch *Philipp* (Fußn. 35), S. 148 ff.

schen) Beeinträchtigung keinen Anspruch darauf, daß der Staat seine Maßnahmen unterläßt⁶⁰.

Schon komplexer sind Fälle, in denen der Staat den Verbrauchern nachteilige Informationen über ein Unternehmen oder über Produkte vermittelt. Bettet man die Berufsausübung in die Kommunikationsprozesse des Marktes ein, ist die Bedeutung des sich in diesen Prozessen bildenden Rufes eines Unternehmens oder des Images seiner Produkte schnell erkennbar. Negative Äußerungen können den Ruf schädigen, die Kaufentscheidungen der Verbraucher beeinflussen und infolgedessen die Erwerbsmöglichkeiten des Unternehmens reduzieren. In grundrechtlicher Hinsicht würde man die Konstellation verkürzen, wenn man sie als faktische Beeinträchtigung der unternehmerischen Verhaltensfreiheit durch die staatliche Äußerung beschriebe. Ganz in die Richtung einer neuen »sozialen« Schutzposition weisen dagegen die Überlegungen zur Gewährleistung der »Selbstdarstellung«⁶¹. Bei der näheren Ausarbeitung fällt man bislang jedoch meistens in die aus der überkommenen Dogmatik gewohnten Muster zurück. Von dem (Handlungs-)Recht, das Unternehmen oder die Unternehmensprodukte selbst darzustellen, wird der Kurzschluß auf ein Recht ausschließlich eigener Darstellung gezogen, das einen Abwehranspruch gegen jede staatliche Information anderer vermittelte⁶². »Selbstdarstellung« ist aber strikt als *soziale Kategorie* zu begreifen. Soziologisch hat der Begriff zwei Komponenten, nämlich einmal die individueller Darstellungshandlungen, die auf andere bezogen sind, und zum zweiten die des Selbst als des »Bildes«, das in der Umwelt als überindividuellem Kontext entsteht und an dem die anderen somit beteiligt sind⁶³. Aus soziologischer Sicht käme man nie auf die Idee

zu meinen, jemand könnte ein Recht haben, das Bild, das in der Umwelt von ihm entsteht, selbst zu bestimmen. Es kann immer nur um *Einflusschancen* gehen. Diese werden zwar nicht nur durch eigene Darstellungshandlungen, sondern auch durch Einflüsse auf die Darstellungen anderer realisiert. Ihre Art und ihre Reichweite sind jedoch nicht zu bestimmen, ohne daß man die sozialen Strukturen und die anderen Beteiligten einbezieht. Auch sofern man Art. 12 GG einen Schutz der Selbstdarstellung und damit Rechte hinsichtlich der staatlichen Information anderer entnehmen kann, hat man es mit einer *als Rolle geschützten Rechtsstellung* zu tun, bei der es – auch – auf die einschlägigen normativen Aussagen zur überindividuellen Ebene, zu den Positionen Dritter und zur Rolle des Staates ankommt. Im einzelnen kann man sich dann streiten, etwa darüber, ob Art. 12 GG ein Ordnungsmodell des »transparenten« Marktes zugrunde liegt oder ob er mit dem Anknüpfungspunkt der Berufsfreiheit die individuellen Chancen im Rahmen der immer mitgegebenen Intransparenz des Marktes schützt⁶⁴. Unabhängig von den hier vertretbaren Ansichten läßt sich jedenfalls – das hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den Schutz der Ehre bereits ausgeführt⁶⁵ – kein individuelles Verfügungsrecht über die den Grundrechtsträger betreffende Information anderer herleiten⁶⁶. Statt dessen wird ein dem Kommunikationsprozeß Rechnung tragender Schutz in verschiedenen Hinsichten und insofern ein Bündel von Rechtspositionen entwickelbar sein⁶⁷. Ähnlich wie in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schutz unrichtiger Tatsachenbehauptungen durch die Meinungsfreiheit angenommen wird⁶⁸, schaden etwa falsche staatliche Informationen dem Ruf sowie den Berufsausübungschancen des betroffenen Unternehmens und fördern zugleich weder den Kommunikationsprozeß noch den Informationsstand Dritter⁶⁹. Insofern vermittelt Art. 12 GG auch bei An-

60 Dazu etwa HessStGH, NVwZ 1983, S. 542 (543). Schon anders gelagert BVerwGE 65, 167 (169 ff.). Vgl. außerdem BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269). Zum Grundrechtseingriff bei Konkurrenzschäden BVerfGE 82, 209 (222 ff.); 86, 28 (37 ff.).

61 Siehe die im Ansatz überzeugenden Überlegungen von *Philipp* (Fußn. 35), S. 148 ff., bes. S. 153 ff. Die dortige Ausgestaltung des Selbstdarstellungsschutzes und die gewählte Lösung der Differenzierung zwischen Aussagen über Produkte gerade eines bestimmten Unternehmens und Aussagen über nur durch allgemeine Merkmale umschriebene Produkte (S. 156 ff.) greifen allerdings zu kurz. Im Anschluß an *Philipp* vgl. auch etwa *Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl. 1990, 619 (622 f., 626); *Gramm*, Aufklärung durch staatliche Publikumsinformationen, Der Staat 1991, 51 (77 ff.).

62 *Philipp* (Fußn. 35), S. 155 ff.; *Gröschner* (Fußn. 61), S. 622 f., 626.

63 Siehe insbesondere *Goffman*, Wir alle spielen Theater, 5. Aufl. 1985, S. 231: »In dieser Arbeit wurde das dargestellte Selbst als eine Art von Bild, meistens ein glaubwürdiges Bild, gesehen, das durch die Bemühungen des Darstellers auf der Bühne und in seiner Rolle den anderen nahegebracht wird. Insofern man dieses Bild von dem einzelnen gemacht und ihm somit ein Selbst zugeschrieben hat, entspringt dieses Selbst nicht seinem Besitzer, sondern der Gesamtszene seiner Handlungen, und wird von den Merkmalen lokaler Ereignisse erzeugt, die sie für Beobachter interpretierbar machen. Eine richtig inszenierte und gespielte Szene veranlaßt das Publikum, der dargestellten Rolle ein Selbst zuzuschreiben, aber dieses zugeschriebene Selbst ist ein Produkt einer erfolgreichen Szene, und nicht ihre Ursache. . . . Wenn wir das Selbst analysieren, werden wir also von seinem Besitzer, von der Person . . . weggezogen; denn er und sein Körper bieten nur den vorübergehenden Aufhänger für etwas gemeinsam Hergestelltes. Und die Mittel, um ein Selbst zu produzieren und zu behaupten, liegen nicht bei dem Aufhänger; in der Tat sind diese Mittel oft in sozialen Institutionen verankert. Es gibt immer eine Hinterbühne mit

Geräten, in der der Körper sich formen kann, und eine Vorderbühne mit feststehenden Requisiten. Es gibt immer ein Ensemble von Personen, deren Tätigkeit auf der Bühne i. V. mit den verfügbaren Requisiten die Szene bildet, aus der das Selbst der dargestellten Rolle entspringt, und es gibt ein anderes Ensemble, das Publikum, dessen Interpretationstätigkeit für dieses Auftreten notwendig ist. Das Selbst ist ein Produkt aller dieser Konstellationen und trägt in allen seinen Teilen die Spuren dieser Entstehung.« Zur Konzeption der Selbstdarstellung als soziale Kategorie vgl. auch *Lubmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 60 ff.

64 Siehe einerseits *Lübbe-Wolff* (Fußn. 33), S. 2711 f., andererseits BVerwGE 71, 183 (195); *Schulte* (Fußn. 29), S. 517.

65 BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1989, 3269 (3269).

66 Auch der eigentumsanaloge Zugriff, den das Bundesverfassungsgericht bei dem als die »Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen« beschriebenen Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewählt hat (BVerfGE 65, 1 [43]), wird dem Gegenstand nicht gerecht. Da Information eine strukturell soziale Kategorie ist, erfordert die Ausarbeitung der Grundrechtsbindungen im Bereich des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten einen gegenüber den Schutzgütern der »klassischen« Eingriffsabwehr eigenständigen dogmatischen Ansatz.

67 Zu Überlegungen in diese Richtung siehe auch *Wolf*, Grundrechtseingriff durch Information?, KJ 1995, 340 (349 f.).

68 »Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut« weil sie »zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen« kann, siehe BVerfGE 61, 1 (8) und 85, 1 (15).

69 Die Behandlung von Informationen, deren Richtigkeit nicht geklärt war oder ist, unterliegt als Risikoverteilungs- oder Beweislastfrage eigenen Regeln.

nahme eines Rollenschutzes Abwehrrechte. In einem entsprechenden Rahmen wird man auch die schwierigen und je nach Bezugspunkt aufzuschlüsselnden Fragen der Selektivität behandeln müssen. Die Selektivität staatlicher Informationen im Hinblick auf ein bestimmtes Unternehmen im Vergleich zu anderen oder im Hinblick auf die verbreiteten Informationen im Vergleich zu anderen ist weniger ein Übermaß- als ein Begründungsproblem. Ob das staatliche Vorgehen insoweit die grundrechtlichen Vorgaben einhält, läßt sich nur mit einer übergreifenden Sicht, die die erforderliche Vergleichsbasis bietet, beantworten. Art. 12 GG vermittelt einem Unternehmen jedenfalls dann Abwehrrechte, wenn gerade es zum Thema staatlicher Informationen gemacht wird oder gerade bestimmte nachteilig wirkende Informationen verbreitet werden, ohne daß es dafür einen den normativen Maßstäben genügenden Anlaß oder genügende Gründe gäbe. Umfaßt Art. 12 Abs. 1 GG Chancen eigener Darstellung in den jeweils relevanten Kommunikationsprozessen, sind weiter grundrechtlich vermittelte Anhörungsrechte im Sinne eines vorgehenden Verfahrensschutzes denkbar, über die auf den Inhalt staatlicher Stellungnahmen Einfluß genommen werden kann⁷⁰.

Wie sich in den Beispielen schon andeutet, kann sich im Rahmen der Konkretisierung ähnlich wie bei funktionsgrundrechtlichen Interpretationen oder bei Leistungsrechten ein *anderes – komplexeres – Verhältnis von Grundrecht und Gesetz* ergeben. Denn vorhandene gesetzliche Regelungen, die in bestimmten Hinsichten bestimmte Vorgaben treffen, zählen zu den Faktoren, die die sozialen Bedingungen individueller Entfaltung mitbestimmen. Deshalb ist etwa bei der Beurteilung der Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten die gesetzliche Gestaltung des Versicherungssystems von Bedeutung⁷¹. Auch ist es richtig, wenn das Bundesverwaltungsgericht in der Glykol-Entscheidung danach differenziert, ob die Betätigung, die Anlaß staatlicher Informationen ist, erlaubt oder verboten ist⁷². Es handelt sich dabei keineswegs um einen Grundrechtsschutz nach Maßgabe von Gesetzen, wie ein vorschneller Vorwurf lauten könnte. Es geht vielmehr um eine Maßstabsentwicklung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Ebenen. Verboten der Staat eine bestimmte Verhaltensweise im Rahmen des Berufs, ist dieses Verbot an Art. 12 GG zu messen. Wenn das Verbot verfassungsmäßig ist, kann man es als rechtmäßige Grundrechtseinschränkung zugrundelegen und auf dieser Basis die staatliche Information über eine das Verbot verletzende Betätigung beurteilen. Zu ähnlichen Konkretisierungsweisen – also zu einer Maßstabsetzung auf zweiter Ebene – ist das

Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit in leistungsrechtlichem Zusammenhang gelangt⁷³.

Insgesamt zeigt sich, daß eine Konkretisierung der Grundrechtsnormen erforderlich ist, die sich von dem gewohnten individualistischen Zugang grundlegend unterscheidet. Man kommt nicht ohne entfaltende Schritte und wertende Argumentationen aus, die der »klassische« Ansatz immer zu vermeiden bemüht war. Die Eingriffsabwehr trifft sich mit den Interpretationsansätzen, bei denen überindividuelle Aspekte in die Auslegung der Grundrechtsaussagen einbezogen werden. Die Schutzzinhalte und die Individualrechtspositionen verlieren an einverständlicher Gewißheit; die Prüfungsmaßstäbe werden unsicherer. Aber es genügt ein Blick auf die Rechtsprechung und Literatur zu den faktischen Beeinträchtigungen, um zu sehen, daß der Gewißheitsverlust nicht weniger groß ist, wenn man Lösungen ausschließlich oder vorrangig bei der Eingriffsfigur sucht. Und die inhaltlichen Fragen, die sich in den zu entscheidenden Fällen in neuer und eigenständiger Weise stellen, liegen an der Stelle, wo sie sich befinden und wo sie aufgeschlüsselt werden können. Man verschafft sich eine inhaltlich komplexere Grundlage, die gegebenenfalls überzeugendere Argumentationen ermöglicht. Etwa wird das faktisch vorliegende Dreiecksverhältnis zwischen dem informierenden Staat, den informierten Verbrauchern und dem von einem Nachfragerückgang betroffenen Unternehmen nicht behandelt, als ginge es um eine zweiseitige Beziehung zwischen dem in seiner Berufstätigkeit geschützten Unternehmen und dem Staat.

Der *Eingriff* wird der Gewährleistung *nachgeordnet*. Seine Funktion, Zwischenglied in der Kette Rechtsgewährleistung – Rechtsbeeinträchtigung – Rechtsverletzung zu sein und im Falle einer Beeinträchtigung der konkretisierten Schutzpositionen die grundrechtlichen Schutzmechanismen auszulösen, ändert sich dadurch nicht. Die Nachordnung heißt auch nicht, daß er keine Kriterien mehr aufweisen könnte, die bestimmten Zurechnungsanforderungen Rechnung tragen. Die Eingriffskomponente wird aber, wenn man die Grundrechtsgewährleistung kontextbezogen auslegt, bei der Herstellung der rechtlichen Beziehung zwischen Grundrechtsposition und staatlichem Vorgehen entlastet. Im übrigen ist denkbar, daß man keinen einheitlichen Eingriffsbegriff mehr formulieren kann, sondern zu konstellationsbezogen verschiedenen Kriterien für das Vorliegen eines Eingriffs gelangt⁷⁴.

An die Grundrechtsbeeinträchtigung knüpft sich der *Gesetzesvorbehalt* als Schutzmechanismus. Da die Anforderungen an gesetzliche Regelungen aus dem grundrechtlichen Schutzzinhalte folgen und dieser Inhalt in veränderter Weise konkretisiert wird, können sich allerdings auch *veränderte Vorgaben für das Gesetz* ergeben. Beispielsweise kann es – gerade im Zusammenhang mit den eben ausgeführten Beispielen – sein, daß dem Gesetz weniger eine nur auf den Individualschutz bedachte als eine soziale Beziehungen strukturierende Funktion zukommt. Gesetzliche Regelungen können auch aufgrund von Ausgestaltungs- und Koordinierungserfordernissen notwendig sein. Den komplexer angelegten Schutzzinhalten entsprechen somit, ohne daß dies eine schlichte Lockerung der Anforderungen bedeutete, ein komplexeres Verständnis des Gesetzesvorbehalts und differenziertere Maßgaben für Gesetze. Auf einer solchen Basis gewinnt man mehr Stringenz, als wenn man für alle plausibel erscheinenden Vorgaben den –

70 Vgl. auch – allerdings mit einem anderen dogmatischen Ansatz – BVerwG NJW 1991, 1770 (1771 f.).

71 Vgl. – unter dem Aspekt der eingriffsgleichen Wirkung – die Hinweise in BVerwGE 71, 183 (190 f., 195) auf die rechtliche Verpflichtung der Ärzte zu einer wirtschaftlichen Verordnungsweise. Siehe auch *Philipp* (Fußn. 35), S. 140. Die eigentlich nachteilig wirkende Regelung dürfte dann allerdings bereits in dieser Vorgabe zu sehen sein. Wenn man von den obigen Überlegungen ausgeht, wird hier eine noch ausholende Sicht erforderlich sein. Zum Beispiel wäre zu überlegen, inwiefern zu berücksichtigen ist, daß die betroffenen Arzneimittelhersteller sich eben nicht auf einem freien Markt behaupten müssen, sondern von der durch das Versicherungssystem bewirkten Entkoppelung von versorgten Patienten, verordnenden Ärzten und zahlenden Versicherungen profitieren.

72 BVerwGE 87, 37 (40 f.), mit der nachfolgenden Überlegung, daß die Feststellung, daß eine bestimmte berufliche Betätigung verboten ist, nicht von der Prüfung entbindet, welche Maßnahmen der Staat gegen diese Tätigkeit von Verfassungs- und Gesetzes wegen ergreifen darf.

73 Siehe BVerfGE 80, 124 (133 f.), und entsprechend 82, 209 (223 f.); außerdem 87, 181 (197 f.).

74 Vgl. auch die Erwägungen bei *Schürmann* (Fußn. 17), S. 280.

jedenfalls in der Form des Übermaßverbots strukturell auf die »klassische« Eingriffsabwehr zugeschnittenen – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bemüht.

D. Schluß

Im Ergebnis muß man sich auch bei der Eingriffsabwehr auf den Gewährleistungsinhalt konzentrieren und neue

Auslegungsweisen entwickeln. Die Eingriffsabwehr wirft dadurch inzwischen ähnliche Probleme auf wie funktionsgrundrechtliche Interpretationen oder die Entwicklung leistungsrechtlicher Gehalte. Von daher gibt es auch keinen Grund, Grundrechte in erster Linie als Eingriffsabwehrrechte anzusehen. Die Eingriffsabwehr ist eine Funktion neben anderen und weder dogmatisch gesicherter noch weniger kompliziert.