

Kleine Schriften zum Recht

Jörg Paul Müller

**Verwirklichung der  
Grundrechte  
nach Art. 35 BV**

Der Freiheit Chancen geben



Stämpfli Verlag

Die Bundesverfassung von 1999 enthält noch wenig gewürdigte Schätze wie den Art. 35 BV, der alle staatlichen Organe verpflichtet, die Grundrechte nicht nur zu achten, sondern auch zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Das zugrundeliegende Freiheitskonzept findet sich bereits im 18. Jahrhundert, rechtsphilosophisch etwa bei Kant, praktisch in den frühen amerikanischen (1776) oder französischen (1789) Rechteerklärungen. Die Besinnung auf solche Grundpfeiler der Verfassungsentwicklung ist auch für das heutige Verständnis der Grundrechte fruchtbar. Nationalismus und Rechtspositivismus haben im 19. Jahrhundert die Freiheitsrechte auf eine Abwehrfunktion gegen den Staat reduziert. Nach den Schrecken der beiden Weltkriege ist jedoch ihre staatslegitimierende Funktion unter dem Leitsatz der Menschenwürde wieder in den Vordergrund gerückt. Nationaler und internationaler Schutz der Grundrechte stehen heute in einem Wechselspiel, das Wissenschaft und Praxis herausfordert.

---

Jörg Paul Müller

Professor (em.) an der Universität Bern

# **Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV**

Der Freiheit Chancen geben



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-3494-1

Über unsere Online-Buchhandlung  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-3395-1

Judocu ISBN 978-3-0354-1554-4



---

*Meinen Kolleginnen und Kollegen im Staats- und Völkerrecht,  
die mich immer wieder mit fachlichem Dialog und persönlichem  
Wohlwollen begleiteten – ein akademisches Leben lang.*



---

Ein besonderer Dank gilt GIOVANNI BIAGGINI, der das Manuskript kritisch durchgesehen und Impulse zu Verbesserungen und Korrekturen gegeben hat. MARKUS MÜLLER hat mich nach Durchsicht des Entwurfs ermutigt, die Schrift in der von ihm mit PIERRE TSCHANNEN herausgegebenen Reihe zu publizieren. CÉCILE MÜLLER-EGGER danke ich für die sprachliche Überprüfung des Textes. Frau MONIKA SCHNEIDER besorgte freundlicherweise die Formatierung der Arbeit mit bewährter Sorgfalt. Herzlichen Dank!



---

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	IX
<b>I. Grundlagen .....</b>	<b>1</b>
1. Was ist Freiheit? .....	1
2. Negative und positive Freiheit.....	6
3. Grundrechte als Garanten der Freiheit .....	11
<b>II. Die konstitutive Sicht der Grundrechte .....</b>	<b>13</b>
1. Konzept und Entwicklung .....	13
a) Von der staatsabwehrenden zur staatsbegründenden Funktion .....	13
b) Inwiefern sind Grundrechte konstitutiv?.....	14
2. Konstitutive Bedeutung der Grundrechte in den grossen Erklärungen des 18. Jahrhunderts .....	15
3. Erneuter Durchbruch einer konstitutiven Sicht im 20. Jahrhundert .....	20
4. Grundrechte als Grundlage und Grenze der Demokratie.....	27
5. Funktion der Grundrechte in der Friedenswahrung nach Innen und Aussen.....	33
a) Menschenrechtsschutz als Grundlage internationalen Friedens .....	33
b) Friedensfunktion der Menschen- und Grundrechte im Innern .....	35
c) Der Kampf um Befriedung im Innern .....	36
6. Menschenwürde als Kern des Grundrechtsschutzes .....	38
<b>III. Konstitutives Verständnis der Grundrechte in der Schweiz.....</b>	<b>43</b>
1. Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung .....	43
2. Art. 35 BV als Garantie der konstitutiven Wirkung.....	50
a) Zur Auslegung von Art. 35 Abs. 1-3 BV .....	50
b) Insbesondere Abs. 3 (Wirkung unter Privaten).....	57
c) Gesamtsicht des Art. 35 BV .....	61
d) Zur Methode der Grundrechtsverwirklichung.....	62
e) Zur staatspolitischen Bedeutung von Art 35.....	63
f) Begründung der konstitutiven Deutung der Grundrechte durch ihren Bezug zur Menschenwürde.....	65

<b>IV. Rechtsansprüche auf Grundrechtsverwirklichung .....</b>	<b>67</b>
1. Abwehrrechte .....	67
2. Schutzansprüche .....	68
a) Schutzansprüche im Rahmen der BV und der EMRK.....	68
b) Verankerung des Schutzauftrags in der Menschenwürde .....	76
c) Schutzpflicht für Menschenrechte im Völkerrecht.....	77
3. Leistungs- und Teilhabeansprüche .....	78
a) Staatliche Leistungen zur Sicherung der Grundrechtsausübung .....	78
b) Grundsätze für die Anerkennung von Leistungspflichten .....	81
c) Insbesondere der grundrechtliche Anspruch auf Nutzung öffentlicher Sachen .....	85
4. Organisations- und Verfahrensansprüche .....	88
<b>V. Die drei Dimensionen der Grundrechte.....</b>	<b>90</b>
1. Justiziable Dimension .....	93
2. Programmatische Dimension .....	95
3. Flankierende (indirekt-justiziable) Dimension.....	101
<b>VI. Grundrechtskonforme Auslegung.....</b>	<b>103</b>
1. Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung.....	103
2. Grundrechtskonforme Auslegung .....	105
3. Konventionskonforme Auslegung .....	110
4. Verhältnis zu den klassischen Auslegungsmethoden.....	113
5. Gesetzeswortlaut als Grenze grundrechtskonformer Auslegung? .....	118
a) Vom Wortlaut abweichender Rechtssinn (ratio legis) einer Norm .....	118
b) Grundrechtskonforme Lückenfüllung.....	120
c) Grundrechtsschutz vor gesetzlicher Formenstrenge .....	122
<b>VII. Zur Konstruktion der «Drittwirkung» der Grundrechte .....</b>	<b>126</b>
<b>VIII. Komplexe Grundrechtsverhältnisse .....</b>	<b>132</b>
1. Das Konzept.....	132
2. Funktion und praktische Bedeutung .....	135
3. Beispiele aus der Praxis .....	140

4.	Die Rolle komplexer Grundrechtsverhältnisse in der Beurteilung einfacher Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 BV) .....	147
5.	Bedeutung in der Koordination von nationaler Rechtsprechung und europäischem Grundrechtsschutz .....	149
<b>IX.</b>	<b>Zu Art. 106 Abs. 2 BGG – ein prozessuales Hindernis der Grundrechtsverwirklichung?</b> .....	<b>156</b>
<b>X.</b>	<b>Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der Grundrechtsausübung</b> .....	<b>164</b>
1.	Sozialziele der Bundesverfassung .....	164
2.	Sozialrechte in der Bundesverfassung .....	169
a)	Unentgeltlicher Grundschulunterricht .....	170
b)	Grundrecht auf Nothilfe.....	170
c)	Kantonale Sozialrechte.....	170
d)	Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) als Sozialrecht? ..	171
3.	Ein Grundrecht auf menschenwürdiges Leben .....	172
a)	Nothilfe nach Art. 12 BV .....	172
b)	Das Grundrecht auf Existenzsicherung vor 1999.....	173
c)	Restriktive Kodifizierung der grundrechtlichen Existenzsicherung im Jahre 1999 .....	175
d)	Sozialhilfe nach 1999.....	178
e)	Kritik der Abkoppelung der Sozialhilfe .....	180
f)	Rückkehr zu einem umfassenderen Konzept der Existenzsicherung? .....	182
<b>XI.</b>	<b>Chancengleichheit in der Grundrechtsverwirklichung</b> .....	<b>187</b>
1.	Chancengleichheit als Staatsziel (Art. 2 Abs. 3 BV) .....	187
2.	Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 3 BV.....	191
a)	Historische Auslegung: Die Verfassungsdebatte von 1998 .....	191
b)	Grammatikalische Auslegung.....	193
aa)	Chancengleichheit nur «unter Bürgerinnen und Bürgern»? .....	193
bb)	Wie gross ist die «grösstmögliche» Gleichheit der Chancen? .....	194

---

Abgekürzt zitierte Literatur .....	197
Frühere Arbeiten des Autors zum Themenbereich.....	201
Stichwortregister .....	203

---

# I. Grundlagen

## 1. Was ist Freiheit?

Freiheit ist philosophisch eine Idee, im Recht ist sie Möglichkeit oder Chance realer menschlicher Lebensgestaltung. Was Freiheit ausmacht, ist ständiger philosophischer, politischer und rechtlicher Auseinandersetzung und entsprechendem Wandel ausgesetzt. Was Freiheit bedeutet, wird vor allem nach historischen oder lebensgeschichtlichen Erfahrungen von Unfreiheit, Bevormundung und Unterdrückung bewusst, aber auch in der Befriedigung über erworbene und gelebte Räume der Freiheit.

Nach der Rechtslehre von KANT – die auch für diese Arbeit richtungsweisend ist – gilt Freiheit als das «einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht». Diese Freiheit muss «mit jeder anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen können».<sup>1</sup> Jeder Mensch stellt «einen Zweck für sich selber» dar und darf nie allein für Zwecke anderer gebraucht werden. In dieser Eigenwertigkeit ist die Freiheit aller zu selbst gesetzten Lebensentwürfen begründet. Ihre Maximen müssen mit der gleichen Freiheit der anderen vereinbar sein und können damit auch die Grundlage einer gemeinsamen Ordnung bilden. Darin liegt der Kern politischer Selbstbestimmung und republikanischer Autonomie.

Freiheit muss beansprucht und verteidigt werden. Die Präambel der Bundesverfassung fasst dies in die Worte, «dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht». Seine Freiheit verleug-

---

<sup>1</sup> KANT, AA VI (Metaphysik der Sitten, Rechtslehre) S. 237 Zeilen 27-32.

---

net, wer sich anderen ohne Not unterwirft, unter ihrer Herrschaft klaglos leidet oder sich in eigener Lebensgestaltung trotz Chancen der Freiheit beherrschen lässt oder die ihm eigenen Lebenschancen nicht nutzt.<sup>2</sup>

Das Bedürfnis des Menschen nach Freiheit kann aus praktischen und benennbaren Erfahrungen und in deren Reflexion und Deliberation erkannt, in einem geschichtlichen Prozess der Konsensbildung formuliert und in der Form von Grund- und Menschenrechten festgehalten werden. Menschen sichern sich in Verfassungen gegenseitig Freiheit zu, und in Konventionen bestärken sie sich über Grenzen hinweg in der Einhaltung der verbürgten Rechte. Diese Garantien dürfen nicht abstrakt und theoretisch bleiben; sie müssen durch die Rechtsanwendung im praktischen Leben wieder Ausdruck finden.<sup>3</sup>

Auf neue Bedrohungen der Freiheit sind neue Antworten zu finden. Die Frage kann in verschiedenen Kulturen zu unterschiedlichen Bewertungen und Ergebnissen führen. Als elementar haben sich jedenfalls in der abendländischen Kultur die Freiheiten des Denkens, der Religion und der Weltanschauung, der Meinungsäußerung, der eigenen Lebensgestaltung, der physischen und psychischen Integrität, der Berufsausübung und der Verfügung über persönliches Eigentum herausgeschält.

---

<sup>2</sup> KANT, AA VI (Metaphysik der Sitten), S. 437 Zeilen 13 und 24: «Das Bücken und Schmiegen vor einem Menschen scheint in jedem Fall eines Menschen unwürdig zu sein. (...) Wer sich aber zum Wurm macht, kann nachher nicht klagen, dass er mit Füßen getreten wird.»

<sup>3</sup> Der Gerichtshof in Strassburg hat wiederholt ausgeführt, die Konvention verlange eine Interpretation, «which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory». ECHR (Grand Chamber) Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary (Application no. 18030/11), 8. November 2016.

---

Unverrückbar erscheint für den Verfassungsstaat, dass Freiheit nur reziprok gelten kann. Wer Freiheit beansprucht, muss sie auch dem anderen zubilligen. Darin besteht allgemeinverträgliche Freiheit.<sup>4</sup> Aufgabe des allgemeinen Gesetzes ist, die Freiheit des einen mit der des andern in ein lebens- taugliches und gemeinwohlfreundliches Gleichgewicht zu bringen. Daraus ergibt sich «wohlgeordnete Freiheit», und diese zu gestalten ist grundlegende Aufgabe der Gesetzge- bung und der Rechtsanwendung im Verfassungsstaat. KANTS elementare Lehre, dass die Freiheit des einen notwendig das Mitbedenken der Freiheit der anderen in sich schliesst<sup>5</sup>, gibt dem Konzept von vornherein eine soziale Note.<sup>6</sup> Was wir in der Jurisprudenz als Problem der Beschränkung oder der

---

<sup>4</sup> KANT, AA IV (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), S. 421.

<sup>5</sup> KANT, AA VIII (Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht), S. 15 ff. KANT stellt die wohlgeordnete Freiheit, wie sie einer gerechten bürgerlichen Verfassung aufgegeben ist, einer ungebundenen, regellosen Freiheit gegenüber. Siehe auch die Definition von Recht in KANTS Rechtslehre: «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.» (Der Begriff «Willkür» bei KANT ist heute als Entscheidungsfreiheit zu verstehen.) KANT, AA IV (Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre), S. 229-231. Weitere Belege bei JÖRG PAUL MÜLLER, Perspektiven der Demokratie, Bern 2012, S. 121-125.

<sup>6</sup> Zentraler Aspekt «richtigen» Denkens ist nach KANT die Fähigkeit, sich auch «in den Standpunkt anderer zu versetzen». KANT, AA V (Kritik der Urtheilskraft), S. 293, Zeile 10 bis S. 295, Zeile 19. Die Figur des «Miteinanderdenkens» (heute kann darin eingeschlossen auch die Perspektivenübernahme als wichtiges Element echter Diskurse gesehen werden) hängt bei KANT eng mit seiner Sicht des Menschen als eines zwar nicht sittlich guten, aber doch eines «für die Gesellschaft bestimmten», «geselligen», «zur Humanität gehörigen» Wesens zusammen. KANT, AA V (Kritik der Urtheilskraft), S. 296 Zeile 33 bis S. 297 Zeile 29 und S. 218 Zeilen 15-19. Weitere Belege dazu bei JÖRG PAUL MÜLLER, Perspektiven der Demokratie, Bern 2012, S. 42; GULDUNA FELTEN, Die Funktion des sensus communis in KANTS Theorie des ästhetischen Urteils, Wilhelm Fink Verlag, Paderborn 2004, S. 115.

---

Kollision von Grundrechten behandeln, sind Reflexe dieses genuin reziproken Charakters jeder menschlichen Freiheit.<sup>7</sup>

Im politischen Bereich war auch immer wieder der Gedanke wegleitend, dass frei nur sei, wer die Gebote oder Regeln, denen er unterworfen sei, mitgestaltet habe.<sup>8</sup> Keiner würde sich mehr Lasten und Pflichten auferlegen, als für ein lebenserhaltendes Miteinander nötig ist. Politische Freiheit wird damit als Garant persönlicher Freiheit gesehen. Darin liegt der Kern der Theorien vom Gesellschafts- oder Staatsvertrag.<sup>9</sup> Sie gehen allesamt von der Vorstellung aus, dass alle Mitglieder einer Staats- und Rechtsgemeinschaft sich autonom, aus freiem Willen – analog zu einer zivilrechtlichen Verpflichtung – der gemeinsamen Ordnung unterwerfen. Das Ideal der Einstimmigkeit wird zwar auf den Gründungsvertrag verschoben (ROUSSEAU<sup>10</sup>) oder für die Praxis auf das Mehrheitsprinzip reduziert (LOCKE<sup>11</sup>) oder später an einem diskursiv zu erarbeitenden Grundkonsens<sup>12</sup> festgemacht (HA-

---

<sup>7</sup> Zur Reziprozität der Anerkennung von Freiheit, JÖRG PAUL MÜLLER, *Kunst des juristischen Urteils*, recht 2003, S. 126 und DERSELBE in: Otfried Höffe (Hrsg.), *Klassiker auslegen* (KANT, *Die Metaphysik der Sitten*) 1999, S. 257 ff.

<sup>8</sup> So wurde in der Ideengeschichte auch immer wieder auf Ulpian's Regel verwiesen: *Volenti non fit iniuria* (Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht).

<sup>9</sup> Die klassischen Stellen finden sich bei JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, *Second Treatise* (1689), Chapters VIII und IX; JEAN-JAQUES ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique* (1762); KANT AA IV (*Metaphysik der Sitten*) § 46 S. 314, wo sich KANT wesentlich dem Republikkonzept von ROUSSEAU anschließt.

<sup>10</sup> Siehe etwa *Contrat social*, 2. Buch, 2. Kapitel in der Fussnote («Es ist nicht immer nötig, dass der Wille einstimmig sei, aber es ist nötig, dass alle Stimmen gezählt werden.») und a.a.O., 1. Buch, 5. Kapitel («Das Gesetz der Stimmenmehrheit beruht selbst auf Übereinkunft und setzt zumindest einmal Einstimmigkeit voraus»).

<sup>11</sup> JOHN LOCKE, *Second Treatise* (1689), Chapter VIII, Number 97.

<sup>12</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei AXEL TSCHENTSCHER, *Der Grundkonsens als rechtsphilosophischer und verfassungstheoretischer Argumentationstopos*, in: Walter Kälin et al. (Hrsg.), *Die Öffnung des Verfassungsrechts. Sonderheft der Zeitschrift recht*, Bern

---

BERMAS). Als Kern dieser säkularen Begründungen einer staatlichen Ordnung aber bleibt der Gedanke, dass vom Bürger und der Bürgerin der Impuls und die Verpflichtung zum Leben in einer Verfassungsordnung ausgehen muss. Der Ursprung politischer Ordnung wird im freiheitsfähigen Menschen selber gesucht, nicht primär in der Abwehr irgendwelcher äusseren Staatsmacht, die ihre autonome Berechtigung aus religiösen, traditionellen oder mythischen Quellen ableitet; der freiheitsfähige Mensch soll Akteur der gesetzlichen Ordnung sein, die ein gemeinsames Leben in Freiheit ermöglicht, und in seinem Entschluss zu einer solidarischen Freiheit gründet letztlich die Verbindlichkeit der Rechts- und Staatsordnung. In der verfassten Demokratie soll sich Recht damit nicht nur als Abgrenzung persönlicher Sphären durchsetzen, sondern sich auch als gemeinsames Unternehmen für einen möglichst weiten Freiheitsgenuss möglichst vieler bewähren.

Der Sinn einer demokratischen Ordnung liegt nicht wie bei der Selbstverwirklichung einer identitären Nation in der Gemeinschaftsbildung als Wert für sich, sondern er zeigt sich im Anliegen und im Versuch, die notwendigen Ordnungen im zwischenmenschlichen Verhalten möglichst selbstbestimmt, d.h. so weit wie möglich durch Kooperation aller als frei und gleich Anerkannten und unter möglichster Schonung der elementaren Zonen der persönlichen Lebensgestaltung aller aufzubauen und zu erhalten.

Die wohlgeordnete Freiheit im Verfassungsstaat umfasst politische und persönliche Freiheit. Unter diesem Aspekt

---

2005, S. 31-35, abrufbar unter: [www.servat.unibe.ch/jurisprudentialit/grundkonsensfs.pdf](http://www.servat.unibe.ch/jurisprudentialit/grundkonsensfs.pdf)

---

können Verfassungsstaat und Demokratie nicht als zwei sich rivalisierende Strukturelemente (Rechtsstaat v. Demokratie) verstanden werden. Beide werden begründet und begrenzt durch die Leitnorm der Freiheit und Würde des zu Reflexion und Kommunikation und entsprechendem – auch politischem – Handeln befähigten Menschen.<sup>13</sup>

Die Wirklichkeit zeigt, dass sich keine Form der Demokratie findet, in der solche Freiheit für alle sichergestellt ist; bereits durch die Festlegung auf den Mehrheitsentscheid ist die Gefahr gesetzt, dass Unterlegene unterdrückt, in ihren Freiheitsansprüchen verletzt oder gefährdet werden. Darum ist der demokratische Entscheid stets auch daraufhin zu prüfen, ob er nicht den Bereich individueller Freiheit verletze, dessen jeder zu seiner persönlichen Entfaltung bedarf und den er im Namen der Grundrechte einfordern kann, und ob die Freiheit des Meinungs-austausches so gewahrt bleibe, dass Kritik am Bestehenden, Transparenz und Impulsgebung zu Neuem in der Gesellschaft gewährleistet seien, also gerade jene Freiheit erhalten bleibe, die weiteres demokratisches, selbstbestimmtes Gestalten ermöglicht.

## 2. *Negative und positive Freiheit*

Für ein differenziertes Verständnis von Freiheit kann die seit der Antike erwähnte und bei Philosophen der Aufklärung verbreitete Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit weiterführend sein. Besonders deutlich hat ISAIAH BER-

---

<sup>13</sup> Zu dieser Verschränkung der Grundelemente von Rechtsstaat und Demokratie siehe JÖRG PAUL MÜLLER, in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch (Hrsg.), Festgabe für Philippe Mastronardi, Zürich/St. Gallen 2011, S. 65 ff. und die Replik von P. MASTRONARDI, a.a.O., S. 248.

---

LIN<sup>14</sup> durch sein ganzes, verstreutes Werk hindurch die beiden Kategorien vertieft. Negative Freiheit bezeichnet einen Zustand, in dem keine vom Staat, der Gesellschaft oder anderen Menschen ausgehenden Zwänge ein bestimmtes Verhalten erschweren oder verhindern. *Positive* Freiheit besteht dagegen in der Möglichkeit, Freiheit auch tatsächlich im Sinne eigener Wahl zu nutzen.

In der zeitgenössischen politischen Philosophie knüpfen auch AMARTYA SEN und MARTHA NUSSBAUM an den differenzierten Freiheitsbegriff von ISAAH BERLIN an. Diese beiden Autoren haben in Anlehnung an John Rawls' Gerechtigkeits-theorie mit ihrem capability-Konzept<sup>15</sup> der Grund- und Menschenrechte wesentliche Impulse zur vorliegenden Arbeit gegeben. Auf die beiden Autoren sei darum kurz eingegangen.

AMARTYA SEN stellt die effektiven Chancen, Freiheit zu verwirklichen, ins Zentrum seiner Sozialphilosophie. Freiheit liegt für ihn in den praktischen Chancen (capabilities), die ein Mensch zur Verwirklichung des Lebens hat, das er führen möchte. Eine Gesellschaft ist umso gerechter, je mehr ihre Mitglieder nicht nur rechtlich ermächtigt, sondern auch praktisch befähigt sind, persönliche und politische Freiheiten, ökonomische Institutionen wie Marktfreiheit oder soziale Chancen im Bereich von Bildung, Gesundheit und sozialer Sicherheit wahrzunehmen. Besondere Beachtung schenkt SEN den Ländern der Dritten Welt. Es genügt nicht, ihnen

---

<sup>14</sup> ISAAH BERLIN, *Liberty*, Oxford University Press 2002.

<sup>15</sup> Einen umfassenden Überblick über das Konzept des capability approach bietet INGRID ROBEYNS, *The capability approach*, in: *Stanford-Encyclopedia of Philosophy*, Version 2016, insbes. paragraph 3.3 (*A capability theory of justice*), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/>.

---

höchste Medizintechnologie zu bringen, ohne durch die Ausbildung von Fachleuten die Befähigung zu Gebrauch und Wartung zu vermitteln. Selbst das Beispiel der Spende von Fahrrädern an bedürftige Länder bleibt problematisch, solange die Nutzung durch Frauen kulturell nicht akzeptiert und somit die Befähigung zum Gebrauch limitiert ist.

Als Kerngrößen für die Beurteilung des Wohlstands einer Bevölkerung betrachtet SEN nicht nur materielle Güter oder Ressourcen, wie es in der Wohlfahrtsökonomie üblich war, sondern wichtig sind vor allem auch soziale Bedingungen wie Bildungsmöglichkeiten, eine Kultur des Umgangs zwischen Mann und Frau oder zwischen Trägern hoheitlicher Befugnisse und den Unterstellten. Paternalismus steht einer Befähigung zur Freiheit im Wege.

AMARTYA SEN geht es um die Verwirklichung gerechterer Zustände, nicht um das Ziel einer idealen Gerechtigkeitswelt im Ganzen. Nicht oberste Prinzipien sind zu formulieren, sondern praktische Konzepte für mehr effektive Freiheit für mehr Menschen. Es geht um konkrete Befähigungen, die einer Bevölkerung vermittelt werden müssen, damit vorhandene materielle Ressourcen für ein selbstbestimmtes Leben sinnvoll genutzt werden können.<sup>16</sup> Der capability-Ansatz von SEN «erhöht jedenfalls die Sensibilität für reale Ungleichheiten erheblich».<sup>17</sup>

Die US-amerikanische Rechtsphilosophin MARTHA C. NUSSBAUM hat das capability-Konzept von SEN übernommen und

---

<sup>16</sup> AMARTYA SEN, *Capability and Well-Being*, in: Amartya Sen/Martha Nussbaum (Hrsg.): *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford 1993, S. 30-53, S. 33.

<sup>17</sup> MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*<sup>4</sup>, Rz. 55.

---

vertieft.<sup>18</sup> Ihr Anliegen ist nicht nur, «dass Menschen ihre Würde haben», sondern auch, dass sie reelle Chancen finden, ein erfülltes und lebenswertes Leben zu führen, «das ihrer Menschenwürde entspricht».<sup>19</sup> Auch für NUSSBAUM steht im Zentrum das Anliegen, die Befähigung von Menschen zu fördern, ihre liberalen, politischen und sozialen Grundrechte zu nutzen und auszuüben. Dazu sind Infrastrukturen, Bildung, Institutionen und die Schaffung eines kulturellen Umfelds notwendig, in denen Menschen praktisch ihre Freiheit leben können.<sup>20</sup>

In etwas verwandter Weise versucht PHILIP PETTIT<sup>21</sup>, ein Hauptvertreter des New Republicanism in der angloamerikanischen Literatur, dem republikanischen Verständnis von Freiheit neue Konturen zu geben. Er lehnt sich ebenfalls an Berlin und Rawls an. Für ihn ist entscheidend, dass Freiheit nicht nur negativ gesichert, sondern dass sie auch effektiv ist.<sup>22</sup> Der republikanische Staat zeichnet sich nach PETTIT dadurch aus, dass er keine Herrschaft von Menschen über

---

<sup>18</sup> MARTHA C. NUSSBAUM, Capabilities as Fundamental Entitlements: SEN and Social Justice, in: *Feminist Economics* 9 (2-3) 2003, S. 33-53; eine weitere Ausarbeitung des Konzepts finden sich bei MARTHA C. NUSSBAUM, *Die Grenzen der Gerechtigkeit* (dt. Übersetzung), stw 2014.

<sup>19</sup> MARTHA C. NUSSBAUM, *Politische Emotionen* (dt. Übersetzung), Suhrkamp 2014, S. 182, 186.

<sup>20</sup> «The basic idea of my version of the capabilities approach is that we begin with a conception of the dignity of the human being, and of a life that is worthy of that dignity. (T)his involves affirmative material and institutional support, not simply a failure to impede». MARTHA C. NUSSBAUM, *Die Grenzen der Gerechtigkeit*, a.a.O., S. 42.

<sup>21</sup> PHILIP PETTIT, *Gerechte Freiheit – ein moralischer Kompass für eine komplexe Welt*, stw 2017. Den Grundpfeiler republikanischer Ordnung sieht PETTIT in einer menschlichen Freiheit, wo der Einzelne seine Befähigungen, Ideen, Glücksvorstellungen verwirklichen kann, wo er echte Wahlmöglichkeiten hat und von keinem Herrn, weder von privater noch öffentlicher Macht, in dieser Verwirklichung behindert wird.

<sup>22</sup> Für PETTIT ist entscheidend, dass Freiheit nicht ideologisch, sondern als konkrete Position von non-domination verstanden wird.

---

Menschen zulässt, weder im Politischen noch im Gesellschaftlichen. PETTIT versteht darunter die Absicherung von Freiheit auch gegen «gesellschaftliche bzw. ökonomische Machtasymmetrien» und setzt sich damit gegen einen konservativen Liberalismus ab, der nur Nicht-Einmischung des Staates, nicht auch «non-domination» unter Bürgern verlangt.<sup>23</sup>

Von andauerndem Erkenntniswert für das Grundrechtsverständnis ist auch die Differenzierung von GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, der unterscheidet zwischen *liberté de droit* als Freiheit von Zwang, durch die sich der Freie vom Sklaven unterscheidet, und *liberté de fait* als einer positiven Freiheit, die dem Gesunden im Gegensatz zum Kranken eigen ist.<sup>24</sup> Ein Anliegen heutiger Grundrechtslehre und – praxis ist, nicht nur die *liberté de droit* zu gewährleisten, sondern auch die *liberté de fait* für mehr Menschen zu ermöglichen: der geistig oder körperlich Behinderte hat juristisch zwar weitgehend die gleiche (negative) Freiheit wie die anderen. Er sollte aber die Freiheit, die ihm noch möglich ist, ausüben können, wozu er befähigt werden muss. Darum braucht es nicht nur ein Verbot der Diskriminierung, sondern auch einen Leistungsauftrag an den Staat, für Behinderte möglichst grosse Chancen einer *liberté de fait* zu schaffen, nicht nur über die Sozialgesetzgebung, sondern z.B. auch

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu auch PHILIPP HÖLZING, *Republikanismus, Geschichte und Theorie*, Stuttgart 2014, S. 24, 126.

<sup>24</sup> GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, Livre II, chap. XXI, Garnier Flammarion, S. 148.

---

direkt über das Verbot mittelbarer Diskriminierung und daraus folgende Sondermassnahmen.<sup>25</sup>

### 3. *Grundrechte als Garanten der Freiheit*

Grundrechte, wie wir sie heute kennen und wie sie etwa in der Bundesverfassung von 1999 in ihrem 2. Titel (Art. 7-37 BV) verbrieft sind, haben sich durch geschichtliche Erfahrung, menschliches Leiden unter Willkürherrschaft, durch philosophischen Diskurs und transnationale rechtliche Konsensbildung im Laufe der Jahrhunderte herauskristallisiert. Die Rechte haben ihre Gestalt aus der Wahrnehmung von Elementarbedürfnissen nach Freiheit des Denkens und Gestaltens und nach Befreiung von Not, Furcht und Demütigung gefunden. Sie sollen als praktische Instrumente zur Identifizierung und Anklage von Ungerechtigkeiten dienen und die Stellen aufzeigen, wo die Menschen auf Solidarität angewiesen sind, um ein würdiges oder sogar befriedigendes Leben führen zu können. Grund- und Menschenrechte bedürfen weiterer Konkretisierung und Erneuerung unter gewandelten gesellschaftlichen und technologischen Bedingungen und im Wandel kultureller Wertvorstellungen.

Im säkularen Verständigungshorizont der Neuzeit ist der Schutz der Grundrechte zum massgeblichen Legitimationsfaktor moderner Staatlichkeit geworden.

---

<sup>25</sup> BGE 2D\_7/2011 Urteil vom 19. Mai 2011 E. 3. Im Bereich der Aus- und Weiterbildung bedeute das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV insbes., dass bei behinderten Prüfungskandidaten spezielle formale Prüfungserleichterungen zu gewähren seien zum Ausgleich der aus der Behinderung resultierenden Schlechterstellung. Dazu auch MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 25 ff., 346 ff.