

Dilemmata der Grundrechtsdogmatik

Von der Wertordnung zur Wokeness: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Zusammenfassung

Das Bundesverfassungsgericht steht beim Umgang mit den Grundrechten der Verfassung immer wieder vor einem Dilemma. Die Grenzen bzw. Schranken wichtiger Grundrechte sind unbestimmt oder gar nicht geregelt und müssen daher aus dem Gesamtbestand der Verfassungsnormen erschlossen werden. Dabei stehen den Freiheitsrechten der einen Seite oft Interessen Betroffener entgegen, die ihrerseits ebenfalls durch Grundrechte geschützt sind. Die Entwicklung ist stark von Einzelentscheidungen des Verfassungsgerichts geprägt, die allein mit tradierten dogmatischen Überlegungen nicht vorhersehbar waren und teilweise auch vom jeweiligen Zeitgeist beeinflusst sind. So lässt sich über die Jahrzehnte hin eine nicht immer überzeugende Expansion der Freiheitsrechte und des Rechtsschutzes feststellen. Inzwischen überholt ist die Lehre von der „Wertordnung des Grundgesetzes“; die Abwägung zwischen konkurrierenden Interessen und Prinzipien ist aber nach wie vor unvermeidlich. In der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, die u.a. der neuen Rechtsprechung zum Klima- und Umweltschutz zugrunde liegt, wird einmal mehr deutlich, wie komplex die Rechtslage ist und dass ein einseitig „liberales“ Grundrechtsverständnis keine zukunftsfrächtigen Lösungen erhoffen lässt.

Abstract

The Federal Constitutional Court is repeatedly faced with a dilemma when dealing with the fundamental rights of the constitution. The limits or boundaries of important fundamental rights are undefined or not regulated at all and must therefore be derived from the overall body of constitutional norms. In the process, the rights to freedom on the one hand are often opposed by the interests of those affected, which in turn are also protected by fundamental rights. The development is strongly influenced by individual decisions of the Constitutional Court, which could not have been predicted solely on the basis of traditional dogmatic considerations and are also partly influenced by the spirit of the times. Thus, over the decades, a not always convincing expansion of civil liberties and legal protection can be observed. The doctrine of the “value system of the Basic Law” is now outdated; however, the balancing of competing interests and principles is still unavoidable. The doctrine of the duty to protect under fundamental rights, which underlies the new case law on climate and environmental protection, among other things, once again makes it clear how complex the legal situation is and that a one-sided “liberal” understanding of fundamental rights does not offer any hope of promising solutions for the future.

Résumé

La Cour constitutionnelle fédérale est régulièrement confrontée à un dilemme lorsqu'elle traite des droits fondamentaux de la Constitution. Les limites ou les frontières de droits fondamentaux importants ne sont pas définies ou pas du tout réglementées et doivent donc être déduites de l'ensemble des normes constitutionnelles. Ce faisant, les droits à la liberté s'opposent souvent aux intérêts des personnes concernées, qui sont eux aussi protégés par les droits fondamentaux. L'évolution est fortement influencée par les décisions individuelles de la Cour constitutionnelle, qui n'auraient pas pu être prévues uniquement sur la base de considérations dogmatiques traditionnelles et qui sont également partiellement influencées par l'esprit du temps. Ainsi, au fil des décennies, on peut observer une expansion pas toujours convaincante des libertés civiles et de la protection juridique. La doctrine du « système de valeurs de la Loi fondamentale » est aujourd'hui dépassée; cependant, la mise en balance d'intérêts et de principes concurrents est toujours inévitable. La doctrine de l'obligation de protection des droits fondamentaux, qui inspire notamment la nouvelle jurisprudence en matière de protection du climat et de l'environnement, montre une fois de plus à quel point la situation juridique est complexe et qu'une conception « libérale » unilatérale des droits fondamentaux ne permet pas d'espérer des solutions prometteuses pour l'avenir.

I. Einleitung

Seit je wollen Menschen „Freiheit“ und kämpfen dafür, von ungerechter Herrschaft und von Bedrückungen und Belastungen aller Art frei zu sein – im äußersten Fall wollen sie „lieber tot als Sklaven“ sein. Die Grundrechte, die im Grundgesetz formuliert und in bis dahin ungekannter Form vor allen anderen Rechtsnormen hervorgehoben sind, erscheinen uns als das rechtliche Instrumentarium, das diese Freiheit realisiert. Aber philosophisch-politische und rechtliche Freiheit sind durchaus unterschiedliche Ideen. Rechte, auch Grund- und Menschenrechte, sind stets begrenzt. Wenn der Staat Gesetze schafft oder Entscheidungen trifft, die den „natürlichen“ Freiheitsanspruch des Einzelnen begrenzen oder einschränken, sind viele enttäuscht; es wird dann heftig darüber debattiert, ob die Einschränkungen berechtigt sind. In letzter Instanz sagt das Bundesverfassungsgericht, wo die Grenze gezogen oder die Schranke aufgestellt werden soll, aber seine Entscheidungen stellen die Verfechter individueller Freiheit in vielen Fällen nicht zufrieden. Zwar war die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung schon in den ersten Jahren seiner Tätigkeit hoch und ist im Laufe der Zeit immer weiter gestiegen, doch zugleich sind die Entscheidungen immer weniger prognostizierbar geworden. Der Text der Verfassung gibt oft keine eindeutige Richtung vor, und die Grenzsetzung ist umso schwieriger geworden, je weiter der Schutzbereich der Grundrechte verstanden wird. Wer heute Studierenden die Auslegung der Grundrechte erklären will, muss sehr weit ausholen und oft extrem weite Formulierungen benutzen.

Die Dilemmata der Grundrechtsdogmatik¹ sollen im Folgenden anhand konkreter Beispiele erörtert werden. Ein dogmatisches System und eine überwölbende Theorie werden dabei nicht vorausgesetzt. Die eindeutige Ableitung von Auslegungsentscheidungen aus hochabstrakten Ideen (oder die entsprechende nachträgliche Erklärung) gelingt ohnehin nur selten und dann in der Regel nur für einen einzelnen Regelungskomplex. Inhaltlich kommt es auf die Argumentationsmethode des zuletzt entscheidenden Gerichts an: Nur das Bundesverfassungsgericht kann die „richtige“ Auslegung und Anwendung der Grundrechtsnormen liefern, und es richtet seine Judikate nicht an einem einheitlichen theoretischen Grundverständnis aus. Seine Überlegenheit² verbietet aber selbstverständlich nicht, sondern macht es gerade besonders nötig, dass sich Praxis und Wissenschaft immer wieder aufs Neue bemühen, durch kritisches Nachdenken über dogmatische Formeln mehr Klarheit und einen höheren Grad von Erwartbarkeit der Rechtsprechung zu fördern. Dazu können auch Elemente rechtsphilosophisch, verfassungsgeschichtlich oder rechtstheoretisch begründeter Grundrechtstheorie beitragen, die hier nicht ausdrücklich dargelegt werden können, aber unvermeidlich „hinter“ den verschiedenen Argumentationsweisen wirksam sind.³

In den folgenden Ausführungen sollen zunächst zwei besonders heikle Problembe-
reiche veranschaulicht (s.u. II.) und sodann die Entwicklung der Grundrechtsdogma-
tik unter dem Einfluss des Zeitgeistes skizziert werden (III.). Im nächsten Abschnitt
werden Ansätze eines Grundrechtsverständnisses skizziert, die möglicherweise trotz
der angesprochenen Dilemmata zu überzeugenderen Ergebnissen führen oder die Pro-

- 1 Aus der Fülle der Literatur seien nur genannt: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1986; Christian Bumke, *Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz*, AöR 144 (2019), S. 1-80; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, 1529-1538; ders., *Grundrechte als Grundsatznormen*. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1-31, auch in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt/Main 1991, S. 159-199. Berlin 2011, S. 189 ff.; Erhard Denninger, *Staatsrecht*, Reinbek 1979, S. 135 ff.; Andreas von Arnould, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, 1999; Fritz Ossenbühl, *Grundsätze der Grundrechtsinterpretation*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, Heidelberg 2004, § 15, S. 595-630; Uwe Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2013, S. 219 ff.; Matthias Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 13 ff.; Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Band 1: *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11. Aufl. Berlin 2013; Thorsten Kingreen, *Woher weißt du das? Eine Selbstbefragung in verfassungspraktischer Absicht*, Berlin 2024. Wesentliche „klassische“ Texte (bis 2011) versammelt der Band: Ino Augsberg/Sebastian Unger (Hrsg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Baden-Baden 2012.
- 2 Zur Praxis des BVerfG vgl. u.a. Oliver Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 159 ff.; ders., *Entscheiden durch Maßstabbildung*, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 119 ff.
- 3 Günter Dürig hat über einen „Irrsinnsausstoß“ an grundrechtsdogmatischer und -theoretischer Fachliteratur geklagt (Maunz/Dürig, *Erstauflage*, Art. 3 Abs. 1 Rn. 18 Fn. 1, zitiert nach Herbert Bethge, *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, in: *Der Staat* 24, 1985, S. 351 (382)). Freilich ist diese Fülle nicht auf Übereifer oder Übermut der Autoren zurückzuführen, sondern auf sich immer wieder verändernden Problemdruck und starkes Ordnungsstreben.

gnostizierbarkeit der Entscheidungen erhöhen können (IV.). Die Kritik an Methodik und inhaltlicher Tendenz der verfassungsgerichtlichen Grundrechtsdogmatik ist im Schlussabschnitt (V.) zusammengefasst.

II. Exemplarische Problembereiche

1. Grenzen einer unbegrenzten Freiheit: Der Fall „Mephisto“

Die Freiheit der Kunst ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ohne irgendwelche Schranken gewährleistet. Als aber das BVerfG in der Auseinandersetzung um das zivilgerichtliche Verbot von Klaus Manns Roman „Mephisto“ aufgefördert wurde, das aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 abgeleitete postmortale Persönlichkeitsrecht zur Geltung zu bringen – weil darin der große Schauspieler Gustaf Gründgens als charakterloser Opportunist dargestellt war –, hat es die Kunstfreiheit zurückgesetzt, und die dazu verwendete dogmatische Konstruktion beherrscht seitdem das Verständnis von Kunstfreiheit und kollidierenden Grundrechten.

Das Gericht hat in einem ersten Schritt die „wertende Einengung des Kunstbegriffs“ für verfehlt erklärt⁴ und es sodann auch abgelehnt, die in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Schranken der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit („allgemeine Gesetze“, Jugend- und Ehreenschutz) analog auf die Kunstfreiheit anzuwenden; Art. 5 Abs. 3 sei gegenüber Abs. 1 *lex specialis*.⁵ Die ebenfalls in die Diskussion gebrachte Überlegung, man müsse die Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG („Rechte anderer“, „verfassungsmäßige Ordnung“ und „Sittengesetz“) als eine allgemeine Grundrechtsschranke auf die Kunstfreiheit übertragen, wird ebenfalls nicht akzeptiert.⁶

Den wesentlichen Baustein der verfassungsgerichtlichen Konstruktion von Grundrechtsgrenzen bildet der geradezu kryptische Satz, „der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts“ komme „die Bedeutung zu, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind“. Ein Blick in das Grundgesetz ergibt, dass die Verfassung eben gerade nichts über die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie sagt – wie ist dann die Verweisung auf eben diese Verfassung zu verstehen? In dem folgenden Satz wird der Gedanke wie folgt erläutert:

„Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt. Vielmehr ist ein im Rahmen der

4 BVerfGE 30, 173, 191 – Mephisto. Der in dem Beschluss eines Vorprüfungsausschusses erkennbaren Tendenz, „mit Hilfe eines engen Kunstbegriffs künstlerische Ausdrucksformen, die in Konflikt mit den Rechten anderer kommen, von vornherein vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit auszuschließen (B. v. 19.3.1984, NJW 1984, 1293, 1294 – „Sprayer von Zürich“), tritt der I. Senat in einer späteren Entscheidung entgegen (BVerfGE 119, 1, 23 – „Esra“). Zu dieser Problematik s. auch unten zu IV. 3.

5 BVerfGE 30, 173, 191.

6 BVerfGE 30, 173, 192.

Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen.“⁷

Entscheidend ist danach offenbar, dass es einen „verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt“ und eine „ausreichende rechtsstaatliche Sicherung“ gibt; wenn sich ein (materieller) Ansatzpunkt in der Verfassung findet und die rechtsstaatlichen Sicherungen ausreichen, kann also auch „die allgemeine Rechtsordnung“ oder „eine unbestimmte Klausel“ eine Einschränkung rechtfertigen, die „eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter“ verhindern soll. Allerdings prüft das BVerfG zusätzlich, ob der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt seinerseits mit der „Wertordnung“ vereinbar ist, die dem Grundgesetz zugrunde liege und die ein einheitliches Wertsystem darstelle.

Im konkreten Fall des Verbreitungsverbots für den „Mephisto“-Roman trägt das BVerfG zu der verlangten Verfassungsauslegung den Gedanken bei, dass die Kunstfreiheit „als Teil des grundrechtlichen Wertsystems“ „insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet“ sei, „die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht“.⁸ „Dennoch“ könne die Kunstfreiheitsgarantie mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht in Konflikt geraten, weil ein Kunstwerk auch auf der sozialen Ebene Wirkungen entfalten kann“.⁹ Das BVerfG erörtert, ob die Gerichte „bei der von ihnen vorgenommenen Abwägung zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Gustaf Gründgens und seines Adoptivsohnes und der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 gewährleisteten Kunstfreiheit den dargelegten Grundsätzen Rechnung getragen haben“.¹⁰ In Leitsatz 5 des Beschlusses heißt es zusammenfassend: „Ein Konflikt zwischen der Kunstfreiheitsgarantie und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich ist nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung zu lösen; hierbei ist insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen zu beachten“. Im konkreten Fall konnte am Ende wegen Stimmengleichheit im Senat kein Verstoß gegen das GG festgestellt werden (§ 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG). Der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG hat demnach im Ergebnis gegenüber dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch „versagt“.¹¹

In einer späteren Entscheidung¹² hat das Gericht die Kunstfreiheit demgegenüber durch die Betonung der „Schranken-Schranken“ gestärkt:

„Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen. Um diese im konkreten Fall zu bestimmen, genügt es mithin im gerichtlichen Verfahren nicht, ohne Berücksichtigung der Kunstfreiheit eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts – hier in der Form einer Beleidigung – festzustellen: Es bedarf der Klärung, ob diese Beeinträchtigung derart schwerwiegend ist, dass die Freiheit

7 BVerfGE 30, 173, 193.

8 BVerfGE 30, 173, 193 mit Verweis auf BVerfGE 6, 32, 41 – Elfes.

9 BVerfGE 30, 173, 193.

10 BVerfGE 30, 173, 195 f.

11 BVerfGE 30, 173, 199. Der Richter Dr. Stein hat dazu eine Abweichende Meinung abgegeben (aaO. S. 200 ff.).

12 BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug (Politisches Straßentheater gegen Franz Josef Strauß).

der Kunst zurückzutreten hat; eine geringfügige Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung reichen hierzu angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nicht aus.“¹³

Wiederum Jahre später, in der Entscheidung über den Roman „Esra“ von Maxim Biller¹⁴ wird jedoch betont, es müsse „sichergestellt sein, dass Personen, die durch Künstler in ihren Rechten beeinträchtigt werden, ihre Rechte auch verteidigen können und in diesen Rechten auch unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit einen wirksamen Schutz erfahren“. „In dieser Situation sind die staatlichen Gerichte den Grundrechten beider Seiten gleichermaßen verpflichtet“.¹⁵ Durch die weitere kritische und kontroverse Erörterung der gesamten Situation – insbesondere der Wirkungen künstlerischer Äußerungen auf die verschiedenen Bereiche der Umwelt – macht das Gericht aber klar, dass die Gleichstellung der kollidierenden Rechte allenfalls einen Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung darstellen, aber nicht das Ergebnis vorwegnehmen soll.

2. Meinungsfreiheit über alles?

a) Der Ausgangspunkt

Das BVerfG hat zeitweise den Eindruck erweckt, als gebe es der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit den Vorrang vor fast allen gegenläufigen Interessen und Rechtspositionen und vernachlässige damit den in Art. 5 Abs. 2 GG als Grenze genannten Ehrenschutz. Schon im Lüth-Urteil von 1958 hat das Gericht den „besonderen Wertgehalt“ des Art. 5 Abs. 1 GG aktiviert, „der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben führen muss“.¹⁶ Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist nach dieser immer wieder zitierten Entscheidung.

„als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits le plus précieux de l'homme nach Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo).¹⁷

Das für ein Gericht ungewöhnlich starke Pathos hat bei Politik und Öffentlichkeit großen Eindruck gemacht und erfolgreich für Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit geworben. Zur Lösung konkreter verfassungsrechtlicher Konflikte trägt dieser

13 BVerfGE 67, 213, 228. Das Verfahren wurde an das Amtsgericht zurückverwiesen – mit der Aufforderung, die vom BVerfG dargelegten Grundsätze zum Verhältnis von Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht zu beachten (S. 231).

14 BVerfGE 119, 1.

15 BVerfGE 119, 1, 23.

16 BVerfGE 7, 198, 208.

17 BVerfG ebd. (Fn. 16).

Stil wenig bei, zumal dabei ein Freiheitsbegriff zugrunde gelegt wird, der an die altliberale Vorstellung anknüpft, es sei in erster Linie der Staat, der die Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen und die Entwicklung der Demokratie behindere. Das hat sich im Laufe der Zeit bei den vielen Streitigkeiten zwischen Privaten gezeigt, die vor das Verfassungsgericht gelangt sind, weil die Fachgerichte sie nicht zur allseitigen Zufriedenheit lösen konnten.

b) Der Fall Stolpe

Beispielhaft sei hier die Auseinandersetzung zwischen dem brandenburgischen Ministerpräsidenten Manfred Stolpe mit einem stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden im Abgeordnetenhaus von Berlin nachgezeichnet.¹⁸ Der Berliner Politiker hatte in einer Fernsehsendung gesagt:

„Die Tatsache, dass Herr Stolpe, wie wir alle wissen, IM-Sekretär, über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes tätig, dass der die Chance erhält, 1999 hier in Berlin, auch über Berlin Ministerpräsident zu werden, d.h. dass ich sein Landeskind werde [...], das verursacht mir doch erhebliche Kopfschmerzen“.

Stolpe hatte in seiner früheren Eigenschaft als Konsistorialpräsident der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg Kontakte zum Ministerium für Staatssicherheit; dieses hatte ihn unter der Bezeichnung „IM-Sekretär“ als inoffiziellen Mitarbeiter registriert. Der so Angegriffene wies die Behauptung zurück, er sei „IM“ gewesen. Es gebe keine schriftliche Verpflichtungserklärung, und die entsprechende Bezeichnung durch die Stasi beweise den Vorwurf nicht. Seine Klage auf Unterlassung der beleidigenden Äußerung wurde jedoch zunächst vom Landgericht abgewiesen, da diese vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt sei. Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten hingegen zur Unterlassung, der Bundesgerichtshof stellte das Urteil des Landgerichts wieder her, u.a. mit der Begründung, die angegriffene Äußerung sei mehrdeutig gewesen und der rechtlichen Beurteilung sei diejenige Deutung zu Grunde zu legen, „die dem auf Unterlassung in Anspruch Genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt“.¹⁹

Das BVerfG wiederum hat das Urteil des BGH aufgehoben und eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Manfred Stolpe festgestellt.²⁰ Der BGH hätte nämlich seiner Prüfung „die das Persönlichkeitsrecht stärker verletzende Deutungsvariante“ zu Grunde legen müssen; dieser Fehler habe sich auf die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter ausgewirkt.²¹ Die Verfassungsrichter stellen also klar, dass die Beweislast für die Richtigkeit einer persönlichkeitsverletzenden Tatsachenbehauptung derjenige trägt, der sie aufstellt. Der Angegriffene muss nicht beweisen, dass der Angreifer keine Ausrede hat! Kann der Wahrheitsgehalt einer Tatsachenbehauptung nicht endgültig festgestellt werden, so ist der Ausgleich zwischen den Anforderungen der Meinungsfreiheit und den Belangen des Persönlichkeitsschutzes daran zu prüfen,

18 BGHZ 139, 95; BVerfGE 114, 339 (U. v. 25.10.2005). Dort S. 339 ff. auch die folgenden Darlegungen.

19 BVerfGE 114, 339, 342.

20 BVerfGE 114, 339, 346.

21 BVerfGE 114, 339, 352.

„ob der Äußernde die Anforderungen erfüllt hat, die bei der Verbreitung von Tatsachenbehauptungen ungeklärten Wahrheitsgehalts an eine Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) zu stellen sind [...]. Jedenfalls in Fällen, in denen es um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit geht, kann [...] auch eine möglicherweise unwahre Behauptung demjenigen, der sie aufstellt oder verbreitet, so lange nicht untersagt werden, wie er vor der Aufstellung und Verbreitung seiner Behauptung hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt angestellt hat.“²²

Der Äußernde müsse auch deutlich machen,

„wenn von ihm verbreitete Behauptungen durch das Ergebnis seiner Nachforschungen nicht gedeckt sind. Eine nach seinem Kenntnisstand umstrittene oder zweifelhafte Tatsache darf er nicht als feststehend hinstellen.“²³

Mit den Klarstellungen zur Beweislast und zur Sorgfaltspflicht hat das BVerfG seinerzeit Leitlinien zur Verdachtsberichterstattung (und der entsprechenden Kommentierung) geliefert, die dazu beitragen könnten, den üblich gewordenen rohen Sitten politischer Meinungskämpfe entgegenzuwirken. In der Realität der „sozialen“ Medien und auch bei manchen Akteuren auf der politischen Bühne sind diese Leitlinien aber offensichtlich nicht angekommen. Möglicherweise ist für diese Fehlentwicklung auch die ältere Rechtsprechung des BVerfG mitursächlich, die sich in Entscheidungen wie „Soldaten sind Mörder“ manifestiert hatte; auch dort spielte die Mehrdeutigkeit der Äußerung eine zentrale Rolle, und das Gericht hat um der Wahrung der Meinungsfreiheit willen mögliche Deutungen herausgearbeitet, die die persönliche Ehre von Soldaten nicht verletzten.²⁴

c) Neuere Rechtsprechung

Seit April 2024 besteht erneut Anlass, auf die Leitlinien des BVerfG aus dem Jahre 2005 hinzuweisen. Die 1. Kammer des Ersten Senats unter dem Vorsitz des Präsidenten Harbarth hat dem Journalisten Julian Reichelt bescheinigt, dass eine von ihm auf der Plattform X verbreitete „Kurznachricht“ über angebliche Entwicklungshilfezahlungen der Bundesrepublik „an die Taliban“ und die daran anschließende polemische Kritik an der Bundesregierung²⁵ vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt gewesen seien. Tatsächlich sind die Hilfgelder an Nichtregierungsorganisationen in Afghanistan und an die Vereinten Nationen geflossen. Die Bundesregierung²⁶ verlangte Unterlassung der Äußerung, in der sie die unwahre Tatsachenbehauptung sah, sie habe mit dem Terrorregime der Taliban zusammengearbeitet. Das Landgericht wies

22 BVerfGE 114, 339, 353 unter Verweis auf „die Rechtsprechung der Zivilgerichte“.

23 BVerfGE 114, 339, 355.

24 BVerfGE 93, 266, 295 ff. mit Abw. Meinung der Richterin Haas. S.a. BVerfGE 82, 43, 52.

25 Wörtlich: „Deutschland zahlte in den letzten zwei Jahren 370 MILLIONEN EURO (!!!) Entwicklungshilfe an die TALIBAN (!!!!!). Wir leben im Irrenhaus, in einem absoluten, kompletten, totalen, historisch einzigartigen Irrenhaus. Was ist das nur für eine Regierung?!“.

26 Genau: Der Antrag wurde gestellt von der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, dieses vertreten durch die Ministerin.

den Antrag zurück, das Kammergericht gab ihm statt, die Kammer des BVerfG nahm die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, „weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt“ sei.²⁷ Dem Staat komme „kein grundrechtlich fundierter Ehrenschatz“ zu. Anders als „in Fällen, in denen sich die Meinungsfreiheit des Äußernden und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des von der Äußerung Betroffenen gegenüberstehen“, habe „der Staat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten“.²⁸ „Die Zulässigkeit von Kritik am System ist Teil des Grundrechtstaats“.

Diese Sätze bestreitet niemand, und es ist auch unbestritten, dass jeder das Recht hat, „Abstrusitäten zu äußern, Torheiten von sich zu geben und sich ggf. zu blamieren“.²⁹ Aber die für die Regierung handelnden Individuen haben sehr wohl das Recht zur Gegenwehr, wenn sie von solchen Äußerungen betroffen sind,³⁰ und dabei ist es entscheidend, ob die Meinungsäußerung auf der Behauptung von wahren oder von unwahren oder unbewiesenen Tatsachen beruht. Wenn die einem Werturteil zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen umstritten oder unbewiesen sind, muss dies in der Äußerung kenntlich gemacht werden – so hat es das BVerfG in der Stolpe-Entscheidung ausgeführt,³¹ und so hätte es auch in der „Kurznachricht“ von Julian Reichelt geschehen müssen. Stattdessen hat die Kammer es genügen lassen, dass die ersichtlich falsche Behauptung der Hilfezahlung an „die Taliban“ in der Überschrift der Nachricht nicht enthalten war (dort hieß es: „Entwicklungshilfe für Afghanistan“) und im Text mit einem ausführlicheren, sachlich richtigen Artikel im „Spiegel“ „verlinkt“ war. Statt vom Äußernden selbst sorgfältige Recherche und entsprechende Formulierung zu verlangen, rechtfertigt die Kammer die ungenaue Darstellung durch den Hinweis, dass die Rezipienten Genaueres im „Spiegel“ hätten erfahren können. Die Vorstellung, dass ein „Durchschnittsleser“ die Verweisungen auf eine andere Quelle nachvollziehen werde, ehe er sich ein eigenes Urteil bildet, ist aber vollkommen unrealistisch; bei der Flut von Nachrichten, die dauernd auf die gesamte Bevölkerung niederprasselt, sind die meisten Menschen der Oberflächlichkeit ausgeliefert – umso stärker wiegt die Verantwortlichkeit derer, die sich öffentlich äußern.

Die Argumentation der Kammer in Sachen Reichelt bleibt also weit hinter den hohen Erwartungen zurück, die das BVerfG (im Lüth-Urteil und anderswo) an eine demokratische Streitkultur geknüpft hat. Schlampige Berichterstattung oder gar Verleumdung der politisch Handelnden dienen nicht der „geistigen Auseinandersetzung“ und sind keine „Grundlage von Freiheit“. Die politische Freiheit ist im heutigen Deutschland nicht durch Volksvertreter und Verwaltungsbeamte gefährdet, sondern durch Staatsverächter und „Systemkritiker“ im extremistischen Spektrum der politischen Gruppierungen. Die politischen Akteure, die in politischen und medialen Schlammschlachten pauschal verächtlich gemacht werden, können sich – entgegen der üblichen Annahme, die auch vom BVerfG geteilt wird – nicht oder nur unter großen Mühen wehren (und wenn sie es durch schnelle Gegenäußerungen tun, wird

27 B.v. 11.4.2024, NVwZ 2024,733 mit Anm. Kyrrill-Alexander Schwarz S. 716.

28 Ebd. (Fn. 27) Rn. 28. Dort auch das folgende Zitat.

29 So Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 25.

30 Dass auch ein Kollektiv wie die Bundesregierung Anspruch auf Respekt hat, lässt sich auch aus ihrer öffentlichen Funktion heraus begründen.

31 S. nochmals BVerfGE 114,339, 355 (oben bei Fn. 23).

Amtsträgern bisweilen sogar die Verletzung einer angeblichen Neutralitätspflicht entgegengehalten).³² Kurz: Es wäre leicht gewesen, die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil sie eben nicht erforderlich war, um „die [?] „Grundrechte des Beschwerdeführers“ durchzusetzen. Da die Kammer aber anders entschieden hat, sollte der Beschluss als Aufforderung verstanden werden, die darin zum Ausdruck kommende Grundlinie der verfassungsgerichtlichen Judikatur unter den hier behandelten Aspekten zu hinterfragen.

d) Die Fehldeutung von „Schmähhkritik“

Die vom BVerfG zur Begrenzung der Meinungsfreiheit verwendete Formel, dass „Schmähhkritik“ nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt sei,³³ ist von manchen Zivilgerichten missdeutet worden. Sie soll das Persönlichkeitsrecht der kritisierten Personen für die Fälle wieder zur Geltung bringen, in denen es dem Äußernden nicht um „die Sache“ – d.h. eine die Öffentlichkeit wesentlich (!) berührende Frage –,³⁴ sondern ausschließlich um die Herabsetzung des Kontrahenten ging. Das ist zwar an sich angemessen, hat sich aber als Einfallstor für fast jede Art von Beleidigung erwiesen. Es ist sehr einfach, einen Bezug zu einer politischen Streitfrage herzustellen (oder eben bloß mit Aussicht auf Erfolg zu behaupten), der dann vermeintlich auch eine Beschimpfung eines Politikers oder Beamten rechtfertige; die Abwehr solcher Angriffe ist schwer. Davon kann z.B. die langjährige Repräsentantin der Grünen-Partei und frühere Bundesministerin Renate Künast ein Lied singen: Sie wurde im Internet mit gröbsten, z.T. sexistisch-vulgären Vokabeln beschimpft, aber ihr Versuch, sich dagegen zu wehren, wurde vom Landgericht Berlin und vom Kammergericht mit der (unbewiesenen) Begründung abgewiesen, sie habe sich zusammen mit anderen Grünen früher einmal für die Straflosigkeit sexueller Handlungen mit Kindern ausgesprochen; daher sei ein Bezug zu einer politischen Sachfrage gegeben.³⁵ Das BVerfG hat klargestellt, dass diese schamlosen Äußerungen zwar eine sensationslüsterne Öffentlichkeit interessieren mochten, aber wegen ihrer Form nicht als grundrechtlich gerechtfertigte Meinungsäußerung durchgehen konnten.³⁶ Es erkennt die Notwendigkeit

32 Dazu Bull, Öffentlichkeit und öffentliche Meinung heute, in: ders., Demokratie und Rechtsstaat in der Diskussion, Tübingen 2023, S. 101 (145 ff. mit Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG).

33 BVerfGE 82, 272, 283 f. – „Zwangsdemokrat“ F. J. Strauß (keine „Schmähhung“); Gegenbeispiel: 1. Kammer des I. Senats, NJW 1993, 1462 (gehässige Rezension als „Schmähhung“).

34 BVerfGE 66, 116, 150 – Günter Wallraf gegen „Bild“; 82, 43, 51 – „Strauß deckt Faschisten“.

35 LG Berlin, B.v.9.9.2019, Leitsatz in ZUM-RD 1/2010. Details dazu und Kommentar der Betroffenen: Interview von Detlef Esslinger mit Renate Künast, „Lernen, wo die rote Linie ist“, in: Süddeutsche Zeitung v.23.1.2020, S. 5.

36 BVerfG, 2. Kammer des I. Senats, B.v.19.12.2021, AfP 2022, 134 (ausführliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Kammergerichts; zust. Anm. von Gernot Lehr S. 139 ff.); DVBl 2022, 473.

der Machtkritik weiterhin an, stärkt aber gleichzeitig den Schutz politischer Akteure in ihrem Anspruch auf ein Mindestmaß an Respekt.³⁷

III. Entwicklungslinien

Von den Einzelskizzen zu den Entwicklungstendenzen der Grundrechtsdogmatik: Das BVerfG hat über die Jahrzehnte hin die Neigung gezeigt, bestimmte individuelle Freiheitsrechte immer stärker zu betonen, manchmal über das erwartete Maß hinaus – mit unvorhergesehenen Folgen zu Lasten Dritter oder der Allgemeinheit.³⁸ Aus diesen verfestigten Bahnen ist nur schwer herauszufinden. In anderen Bereichen ist die Dogmatik nicht in der gleichen Weise ausgearbeitet; dort stellen sich andere Probleme.

1. Expansion der Freiheitsrechte

Matthias Herdegen spricht von der „Kultur einer starken Betonung individueller Freiheitsrechte“ und einer „zuweilen kuriosen Überhöhung persönlicher Freiheiten gegenüber dem Schutz von Leib und Leben anderer“; er nennt als Beispiel insbesondere die vom BVerfG im „Brokdorf-Beschluss“³⁹ eingeleitete „Hochstufung der Demonstrationstfreiheit (als Produkt von Meinungs- und Versammlungsfreiheit)“ „mit der Hin- nahme gewalttätiger Ausschreitungen der Minderheit einer Protestversammlung“.⁴⁰ Martin Nettesheim meint, das Gericht habe die von ihm als „Wertordnung“ bezeichneten Grundrechte „durch verschiedene rechtsdogmatische Kunstgriffe“ zur Geltung gebracht, und seit den achtziger Jahren sei es zu einer „Proliferation von ‚Grundrechtspositionen‘“ gekommen, „in deren Folge es möglich wurde, staatliche Politik und gesellschaftliche Veränderung beinahe durchgängig als Grundrechtsgefährdungsszenario zu begreifen“.⁴¹ Horst Dreier hat als aktuelle Tendenzen der Grundrechtsexpansion herausgearbeitet: *Extensivierung* des thematischen Einzugsbereichs, *Intensivierung* des Prüfprogramms, *Pluralisierung* („Ausdifferenzierung verschiedener Grundrechtsfunktionen oder -dimensionen“), *Supranationalisierung* und *Temporalisierung* („Erstreckung der Kontrollkompetenz des Gerichts auf die Zukunft“).⁴²

Die Tendenz zur expansiven Auslegung und Anwendung von Grundrechten ist schon älteren Datums; sie begann bereits mit den Urteilen in Sachen Elfes (1957)⁴³

37 Diesen Aspekt betont auch Lehr in seiner Anmerkung zu der Kammer-Entscheidung, AfP 2022, 142.

38 Dazu ausführlich Horst Dreier, Grundrechtsexpansion – Zur Entwicklung der Grundrechte in 75 Jahren Grundgesetz, DÖV 2024, 413–425.

39 BVerfGE 69, 315.

40 Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, Idealismus und Realismus in Recht und Politik, München 2023, S. 225 f. (mit Beispielen auch aus der medialen und wissenschaftlichen Diskussion).

41 Nettesheim, Postpolitik aus Karlsruhe. Verfassungsrechtsprechung als Bedrohungsabwehr, in: Merkur 781 (Juni 2014), S. 481, 482 f.

42 Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 414 ff., 423.

43 BVerfGE 6, 32.

und Lüth (1958)⁴⁴ und erreichte mit dem Volkszählungs-Urteil (1983)⁴⁵ einen ersten Höhepunkt. Aus der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ ist schon 1957 die umfassende „allgemeine Handlungsfreiheit“ geworden.⁴⁶ Geschäftsräume sind als grundrechtlich geschützte „Wohnung“ anerkannt worden (1971).⁴⁷ Die Schutzbereiche spezieller Freiheitsrechte wurden „prinzipiell entwicklungsoffen“ gedeutet.⁴⁸ Mit dem Strafgefangenen-Beschluss hat das BVerfG die Geltung der Grundrechte auf die Sonderstatus-Verhältnisse ausgedehnt,⁴⁹ und im Fraport-Beschluss hat es die Geltung der Versammlungsfreiheit gegenüber gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform festgestellt.⁵⁰

Die lange Reihe der Entscheidungen, in denen neue oder neu formulierte Eingriffsbefugnisse der Sicherheitsbehörden als zu weitgehend, nicht klar genug eingegrenzt oder unverhältnismäßig beanstandet wurden,⁵¹ wird ebenfalls als Expansion von Grundrechten verstanden, passt aber im Grunde nur bedingt in diese Kategorie, weil diese Gesetzeskorrekturen vornehmlich zu Lasten der Behörden wirken und keine gleich gewichtigen Vorteile für die Individuen begründen. Die „befreiende“ Wirkung zugunsten der Einzelnen ist oft (z.B. bei der Einschränkung der automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrolle durch das BVerfG) kaum messbar und entgegen der herrschenden Einschätzung eher gering. Bei den beanstandeten Instrumenten der Verdachtsgewinnung wie Rasterfahndung und Vorratsdatenspeicherung ist der „Eingriff“ in Individualrechte zunächst überhaupt nicht identifizierbar und wird erst in einem weiteren Verarbeitungsschritt spürbar. Jedenfalls für die große Mehrheit der rechtstreuen Bürger ist der Freiheitsgewinn infolge der Nichtigerklärung bestimmter behördlicher Informationsbefugnisse – von geheimen Maßnahmen wie der Wohnraumüberwachung abgesehen – zunächst sehr gering (etwa durch den Wegfall des Zwanges, sich einem Verfahren stellen zu müssen). In hohem Maße freiheitsrelevant sind jedoch die verfassungsgerichtlichen Einschränkungen der Verfassungsschutzaktivitäten.⁵²

Besonders deutlich und äußerst wirkungsvoll entwickelte sich die expansive („liberale“) Linie bei der Interpretation der Meinungsfreiheit: Das BVerfG duldete mehrdeutige Äußerungen wie das polemische „Soldaten sind Mörder“⁵³ – was man durchaus kritisch sehen kann – und wertete auch solche Äußerungen als „Meinungen“,

44 BVerfGE 7, 198.

45 BVerfGE 65, 1.

46 BVerfGE 6, 32 – Elfes. Ein späterer Versuch, die extrem weite Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG zu revidieren und den Schutzbereich auf die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlichen Handlungen zu reduzieren, ist fehlgeschlagen: BVerfGE 80, 137, 154 ff., Abw. Meinung des Richters Dieter Grimm S. 164 ff. – Reiten im Walde.

47 BVerfGE 32, 54.

48 Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 416.

49 BVerfGE 33, 1; Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 416 f.

50 BVerfGE 128, 226, 245 ff.; Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 420.

51 Vgl. die Zusammenstellung bei Bull, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz im Bereich der inneren Sicherheit, in: Robert Chr. Van Ooyen/Martin H.W.Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 627-663; 3. Aufl. 2024 (i.E.).

52 S. etwa BVerfGE 162, 1 – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz.

53 BVerfGE 93, 266.

die auf unbewiesene Tatsachenbehauptungen gestützt waren.⁵⁴ Die Dogmatik der Meinungsfreiheit ist durch eine lange Reihe äußerungsrechtlicher Judikate des Verfassungsgerichts gekennzeichnet, in der Entscheidungen der Zivilgerichte zugunsten der Meinungsfreiheit korrigiert wurden.⁵⁵ In der Kritik solcher Entscheidungen ist behauptet worden, das BVerfG habe den Ehrenschatz minimiert – insgesamt wohl zu Unrecht, wenn man bedenkt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht eben doch in zahllosen Fällen erfolgreich geltend gemacht worden ist.⁵⁶ Folgerichtig wurde eine extrem liberale Deutung der Kunstfreiheit vom BVerfG zurückgewiesen.⁵⁷ Die gebräuchlichen Begriffe „Wechselwirkungs-“ oder „Schaukel“-Theorie bringen die gegenseitige Begrenzung von Schutzbereich und Schranken anschaulich zum Ausdruck.

Das historisch neue umfassende Interesse an der Verfassung, das in Deutschland nach der Gründung der Bundesrepublik entstanden ist, hat dazu beigetragen, dass es auch in Streitigkeiten unter Privaten zunehmend üblich geworden ist, sich auf Grundrechte zu berufen. Das BVerfG hat diese Tendenz verstärkt, indem es auf viele Verfassungsbeschwerden eingegangen ist, die nach früheren Vorstellungen von den Zivil- oder Strafgerichten hätten erledigt werden können.⁵⁸ Überdies ist in der Öffentlichkeit eine ausufernde Grundrechts-Rhetorik zu beobachten: In den Medien werden immer neue Grundrechte gefordert oder neue „Ausprägungen“ der Grundrechte propagiert.⁵⁹ Auch das BVerfG ist nicht davor gefeit, gelegentlich in eine plakative, vom Journalismus geprägte Sprache zu verfallen; man denke nur an die zentralen Partien des Volkszählungs-Urteils.⁶⁰ Das Gericht hat aber in aller Regel vermieden, unerfüllbare Erwartungen zu wecken, und sich gehütet, etwa ein „Recht auf Mobilität“ oder gar

54 S. nochmals oben zu II. 2. c.

55 Ein weites Verständnis von Meinungsfreiheit wurde z.B. zugrunde gelegt in BVerfGE 54, 148 – Eppler; anders jedoch – zugunsten des Persönlichkeitsschutzes – BVerfGE 54, 208 – Böll/Walden. Einzelheiten zur verfassungsgerichtlichen Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG bei Bull, Freiheit und Grenzen des politischen Meinungskampfes, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, S. 163 ff. Krit. u.a. Ossenbühl (Fn. 1) Rn. 34 f.

56 So auch Thomas Vesting, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neuen Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, in: AöR 122 (1997), S. 337-371 (338) gegen überzogene Kritik von Martin Kriele, NJW 1994, 1897 (1898).

57 BVerfGE 75, 369 – beleidigende Karikatur des Bayerischen Ministerpräsidenten Franz Josef Strauß; anders jedoch BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug.

58 Der Versuch, die eigene Zuständigkeit auf die Prüfung des „spezifischen Verfassungsrechts“ zu beschränken, hat offenbar nur wenig Entlastung für das Gericht gebracht (scharf krit. zu diesem Ansatz auch Ossenbühl [Fn. 1] Rn. 34 f.). Bei Verfassungsbeschwerden zu Art. 104 Abs. 1 GG ist eine Auswahl schon nach dem Text des GG ausgeschlossen; vgl. Veith Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 104 Rn. 52.

59 Dazu Bull, Grundrechte-Rechtsprechung, Grundrechtsrhetorik und Grundrechtspolitik, in: Matthias Lemke/Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), Grundrechte – Menschenrechte – Polizei. Festschrift für Martin H. W. Möllers, Wiesbaden 2022, S. 63 (65 ff.).

60 BVerfGE 65, 1, 43 („Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann...“).

eines „auf Rausch“⁶¹ anzuerkennen. Entschieden liberal sind auch Entscheidungen des BVerfG in Familienrechtssachen ausgefallen. So sind u.a. gleichgeschlechtliche Paare als „Eltern“ anerkannt worden (2013),⁶² und die „Ehe für alle“ wurde vom BVerfG implizit (ohne Begründung) anerkannt.⁶³

Ziel der Grundrechtsauslegung war und ist es, den Einzelnen möglichst wenige Belastungen zuzumuten – „im Zweifel für die Freiheit“. In vielen Fällen folgte aus der Expansion eines Freiheitsrechts, dass nunmehr die Allgemeinheit die entsprechenden Lasten zu tragen hat (z.B. die höheren Kosten der Durchsetzung gesetzlicher Vorschriften). Darunter leidet kein identifizierbarer Dritter; dass aber Allgemeininteressen zurückgesetzt werden, interessiert meist nicht. Denn es ist zunehmend zum Tabu geworden, über Zumutungen an die Bürgerinnen und Bürger nachzudenken, und erst recht vermeidet es die Politik, den Menschen spürbare Opfer für die Allgemeinheit aufzuerlegen. Diese Bewusstseinslage schlägt auf die Grundrechtsrechtsprechung durch.⁶⁴

2. Expansion des Rechtsschutzes

Der individuelle Rechtsschutz ist im Grundgesetz von Anfang an durch Art. 19 Abs. 4 umfassend gewährleistet. In Ergänzung dieses formellen Grundrechts wirkt die Elfes-Theorie als Garantie erfolgversprechenden verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Das Verfassungsgericht hat seine damit begründete Aufgabe über die Jahre hin pragmatisch bewältigt und die Gelegenheiten genutzt, viele Streitfragen in seinem Sinne zu klären. Es musste allerdings aus Kapazitätsgründen unter den zahllosen Verfassungsbeschwerden auswählen und eine große Zahl davon ablehnen. Aus der Sicht der Beschwerdeführer, die in Karlsruhe ohne Begründung abgewiesen wurden, dürfte die Auswahl der zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden oft willkürlich erscheinen – die Kapazität des Gerichts reicht ja bei weitem nicht aus, alle aus Sicht der Beschwerdeführer aussichtsreichen Fälle zu entscheiden.

Trotzdem hat das BVerfG den Rechtsschutz noch einmal erweitert, indem es allen Wahlberechtigten die Befugnis zugesprochen hat, unter Berufung auf ein „Recht auf

61 Beispiele bei Bull (Fn. 59), S. 80 f. und 81 f; zum Thema Cannabis BVerfGE 90, 145 (Leitsatz 1 und S. 172). S.a. die Glosse von Konrad Adam, Weiter so, in: FAZ v. 12.7.1995, S. N5; er spricht vom „Grundrechtschürfen“.

62 BVerfGE 133, 59 – Sukzessivadoption („Eltern“- und „Familien“-Begriff; Gleichbehandlungsgebot).

63 BVerfG, NJW 2023, 1414 – im Ausland geschlossene Minderjährigenehen. Dazu Mehrdad Payandeh, JuS 2023, 1170, 1171 und Thomas Pfeiffer, Fachdienst Zivilrecht – LMK 2023, 807426. S. a. Monika Böhm/Michael Germann, VVDStRL 73, S. 211 ff. u. 257 ff.

64 In einem irritierenden Gegensatz zu den dargestellten Tendenzen der Rechtsprechung steht die seit langem feststellbare Strömung der öffentlichen Meinung, die Bundesrepublik entwickle sich zu einem Überwachungsstaat (beispielhaft etwa Heribert Prantl, Es wird ungesund in Deutschland. Grundrechte werden umgedeutet: die neue Politik des starken Staats, Süddeutsche Zeitung v. 13./14./15.8.1994, Seite V2/27). Das BVerfG ist auf derartige Ängste eingegangen und hat ihnen entgegengewirkt, indem es sicherheitsrechtliche Instrumente des Staates eingeschränkt hat, die nach seiner Einschätzung zu weit gingen, oder ihre Anwendung unter Vorbehalte gestellt hat. Die Ängste sind dadurch freilich nicht ausgeräumt worden.

Demokratie“ Entscheidungen des Gesetzgebers anzufechten, die bisher allenfalls mit Organ- oder Normenkontrollklagen angefochten werden konnten.⁶⁵ Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die Vorstellung, dass das für die demokratische Staatsform konstituierende allgemeine Wahlrecht durch Kompetenzüberschreitungen oder sonstige Verfassungsverstöße ausgehöhlt werde; das Wahlrecht sei nur dann vollständig gewährleistet, wenn den gewählten Volksvertretern hinreichend viele und gewichtige Entscheidungsmaterien zugewiesen sind (Schutz vor einer „Entleerung“ der deutschen Staatsgewalt).⁶⁶ Auf diesem Wege hat das BVerfG schwere Konflikte mit Organen der Europäischen Union provoziert und einen internationalen Vertrag für nichtig erklärt, der nach vielen Jahren komplizierter Verhandlungen vom Deutschen Bundestag ratifiziert worden war.⁶⁷ Der Beschwerdeführer brauchte zur Begründung seiner Klagebefugnis nur sein Wahlrecht zum Deutschen Bundestag anzugeben; als Nichtigkeitsgrund genügte ein geringfügiger Verfahrensfehler in der letzten Phase des Gesetzgebungsprozesses. Diese Subjektivierung der repräsentativen Demokratie ist ihrerseits bedenklich und „wird zur Folge haben, dass sich notwendige politische Gestaltungsräume des Parlaments im Prozess der europäischen Integration entgegen den Intentionen des verfassungsändernden Gesetzgebers verengen und sich damit der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG beabsichtigte Schutz des demokratischen Prozesses in sein Gegenteil verkehren könnte“.⁶⁸

3. Die sozialstaatliche Dimension

Die soziale Komponente der Grundrechte ist in der Judikatur des BVerfG relativ selten zur Geltung gebracht worden; das liegt zum Teil gewiss daran, dass Fälle mit Bezügen zu Fragen des Sozialstaats und dem entsprechendem Grundrechtsverständnis selten nach Karlsruhe gelangt sind. Soziale Bezüge im weiteren Sinne waren und sind aber durchaus auch in Streitsachen zu bedenken, in denen nur die Äußerung oder Handlung grundrechtsberechtigter Personen überprüft wurde, also z.B. auch wenn nach den Grenzen des Grundrechts um des Allgemeinwohls willen gestritten wurde.

a) Grundrechtlich fundierte Leistungsrechte

Wenn aus Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf staatliche Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums⁶⁹ hergeleitet wird oder sonst zu entscheiden ist, auf welche Weise und in welchem Umfang die Hilfe erforderlich und daher verfassungsrechtlich geboten ist, sind ganz andere Überlegungen zur Grundrechtskonkretisierung gefordert als

65 St. Rspr. seit BVerfGE 89, 15, 187 – Maastricht; zusammengefasst in BVerfGE 151, 202, 285 ff. – Europäische Bankenunion; 153, 74 – Einheitliches Patentgericht.

66 Zitat: BVerfGE 153, 165.

67 BVerfGE 153, 74.

68 S. o. das Abw. Votum der Richterinnen König und Langenfeld sowie des Richters Maidowski, BVerfGE 153, 164 ff.

69 BVerfGE 125, 175, 222 ff. m.w.N. – Existenzminimum (Bedarfsberechnung).

bei der Frage nach den Grenzen von Handlungs- und Äußerungsfreiheiten.⁷⁰ Das BVerfG hat zu diesen Zwecken umfangreiche Bedarfs- und Vergleichsberechnungen vorgenommen. Ausgehend von den Statistiken und Modellrechnungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Stellen hat es versucht, die Mindestbedarfe für die verschiedenen Zwecke möglichst genau zu errechnen, aber konzediert, dass dem Gesetzgeber „bei den unausweichlichen Wertungen [...], die mit der Bestimmung der Höhe des Existenzminimums verbunden sind“, ein Gestaltungsspielraum zukommt.⁷¹ Eine exakte Bezifferung des Anspruchs ist dem BVerfG nicht erlaubt, so dass sich die materielle Kontrolle darauf beschränkt, ob die Leistungen „evident unzureichend“ sind.⁷² Ähnliche Maßstäbe müssen gelten, wenn etwa die „angemessene Alimentation“ für Beamte zu gewährleisten ist⁷³ oder der Bedarf sozial schlechter gestellter Gruppen zur Teilhabe an Bildung und Kultur in Frage steht. Solche Konkretisierungen stellen eine fast unlösbare Aufgabe dar, weil es stets möglich (und emotional wirksam) ist, höhere Bedarfe zu berechnen und Leistungen der Allgemeinheit für wünschenswert zu erklären. Es ist aber auch durchaus denkbar und kann angemessen sein, statt eines errechneten Bedarfs diejenigen Beträge zu gewähren, die dem Leistungserbringer unter dem Aspekt der sparsamen Haushaltsführung zugemutet werden können. Die eigene Leistungsfähigkeit der Empfänger kann selbstverständlich berücksichtigt werden (soweit nicht die Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte anderes gebietet), und „Fördern“ und „Fordern“ können miteinander verknüpft werden.

„Armut“ und „Not“ sind relative Begriffe, die sich im Laufe der Zeit ständig ändern. Soweit Armut durch einen Prozentsatz des Durchschnittseinkommens definiert wird, steigt die Armutsgrenze mit dem normalen Wachstum des Sozialprodukts kontinuierlich an. Als Bremse sozialstaatlicher Forderungen kann letztlich der Vorbehalt des Möglichen⁷⁴ – „im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen darf“,⁷⁵ geltend gemacht werden. Spezifische Maßstäbe und Tatbestandsvoraussetzungen waren auch zu erarbeiten, als die Kapazitäten der Hochschulen zur Aufnahme von Studenten knapp wurden – das ist seinerzeit mit kon-

70 Entsprechendes gilt für die Berechnung angemessener Beiträge zu gesetzlichen Versicherungen; s. dazu ausführlich Kingreen, *Woher weißt Du das?* (Fn. 1). Kingreen analysiert und kritisiert die Art und Weise, in der das BVerfG die relevanten Maßstäbe aus seinen Präjudizien („Referenzentscheidungen“, insbes. BVerfGE 161, 163) „extrahiert“ – nämlich selektiv – und die Prüfungsmaßstäbe in diesen Entscheidungen „subkutan umschreibt“ (aaO. S. 147).

71 BVerfGE 125, 175, 222.

72 BVerfGE 125, 175, 225f.

73 BVerfGE 44, 249 – Besoldung kinderreicher Professoren; 81, 363, 374 ff. (mit Berechnungen zur Gehaltsentwicklung für Beamte mit mehr als zwei Kindern); 99, 300, 320 (mit mehrseitigen Tabellen zum Vergleich mit Sozialhilfeempfängern); 130, 263 – neue Professorenbesoldung.

74 Dazu grundsätzlich Veith Mehde, *Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen*, Sinzheimer 2000; Lino Munaretto, *Der Vorbehalt des Möglichen. Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen*, Tübingen 2022. S.a. BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II; dazu Munaretto, *Das Mögliche und das Mindeste. Zur Grundrechtsdogmatik der Leistungsrechte am Beispiel des Rechts auf schulische Bildung*, *Der Staat* 62, 2023, S. 419–459.

75 So BVerfGE 87, 1, 35 f. – „Trümmerfrauen“ in der Rentenversicherung; s.a. BVerfGE 103, 242, 270 – Kinderbetreuung als Beitragsfaktor in der Pflegeversicherung.

sequent durchdachten Überlegungen (hier ohne die Problematik finanzieller Hilfen) gelungen.⁷⁶

b) Koalitionsfreiheit und Streikrecht

Aus der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) haben Literatur und Rechtsprechung auch die Streikfreiheit der Gewerkschaften hergeleitet, und das BVerfG hat diese anerkannt und in bestimmten Dimensionen geschützt.⁷⁷ In den letzten Jahren haben aber Streiks bei den Verkehrsunternehmen so erhebliche Störungen des Bahn- und Luftverkehrs verursacht, dass die Frage aufkam, ob solche gewollten Auswirkungen auf die an sich unbeteiligten Benutzer der öffentlichen Verkehrsmittel noch im angemessenen Verhältnis zu den legitimen Zielen der gewerkschaftlichen Maßnahmen stehen. Die Arbeitsgerichte haben das überwiegend bejaht, das BVerfG ist noch nicht mit solchen Fällen befasst worden.⁷⁸ Die Politik hat nicht gewagt, diese Materie gesetzlich zu regeln. Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, wann über die Ausübung des Streikrechts zumindest in den Unternehmen und Betrieben der öffentlichen Infrastruktur – also der Verkehrs- und Versorgungswirtschaft – auch verfassungsrechtlich gestritten wird.

4. Die Entdeckung der Schutzpflichten

a) Überblick

Eine geradezu revolutionäre Entwicklung hat das BVerfG dadurch eingeleitet, dass es aus Grundrechten staatliche Schutzpflichten herausgelesen und damit die „objektive“ Funktion von Grundrechten (als „Grundsatznormen“) zur Begründung subjektiver Individualrechte verwendet hat.⁷⁹ In einem Beschluss vom 17. Januar 1957 stellte es fest, dass die damals geltende Zusammenveranlagung von Ehegatten⁸⁰ zu einer Mehrbelastung Verheirateter führte, die mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Schutz von Ehe und Familie unvereinbar sei. Art. 6 Abs. 1 GG sei „eine wertentscheidende Grundsatznorm“.⁸¹ Das BVerfG stellte weiter fest, dass es sich bei dieser Norm „zu-

76 BVerfGE 33, 303 – numerus clausus.

77 BVerfGE 88, 103 – Beamte als Streikbrecher? Allgemein zur Parität der Kontrahenten und ihrer Kampfmittel: BVerfGE 84, 212, 229 ff.

78 Das BVerfG hat aber in BVerfGE 84, 212, 228 ausdrücklich bestätigt, dass trotz der Vorbehaltlosigkeit des Art. 9 Abs. 3 GG nicht jede Einschränkung der Koalitionsfreiheit von vornherein ausgeschlossen ist.

79 Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen (Fn. 1), Der Staat 29 (1990), S. 1-31; Hans D. Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundrechtsnormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: Badura/Dreier (Hrsg.) (Fn. 55), S. 35 ff. Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 421 spricht von der „Umkehrung der ursprünglichen Grundrechtswirkung“ und zitiert in Fn. 97 Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 27. („juristischer Paukenschlag“).

80 § 26 Einkommensteuergesetz 1951.

81 BVerfGE 6, 55, 71; dazu Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen (Fn. 79), S. 6 f.

nächst um eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte“ handle, „die [...] dem Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen“ solle.⁸² Diese Norm umschließe zugleich „die Gewährleistung beider Lebensordnungen“, enthalte also „eine sogenannte Instituts- oder Einrichtungsgarantie“, sie erfülle aber darüber hinaus „mehrere Funktionen, die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen“.⁸³ In einer umfangreichen, im Wesentlichen auf die Entstehungsgeschichte des Artikels abstellenden Begründung kommt das BVerfG schließlich zu dem Ergebnis, dass Art. 6 Abs. 1 GG „eine Beeinträchtigung von Ehe und Familie durch störende Eingriffe des Staates selbst“ verbiete und die steuerrechtliche Benachteiligung Verheirateter daher verfassungswidrig sei – während die Einführung begünstigender Vorschriften wie des Steuer-Splitting verfassungsrechtlich unbedenklich sei.⁸⁴ Die einschlägige Vorschrift des EStG wurde auf die Vorlage des Finanzgerichts München hin für nichtig erklärt, ohne dass das BVerfG den Klägern des Ausgangsverfahrens ein subjektives Recht auf die Aufhebung des Steuerbescheids bestätigen musste.

In dem einen Tag zuvor ergangenen Elfes-Urteil hatte das Gericht formuliert, dass jedermann „im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen [kann], eine seine Handlungsfreiheit beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung“. Damit war der Weg zu einer umfassenden verfassungsrechtlichen Kontrolle des gesamten Staatshandelns auf Initiative Einzelner eröffnet.

In der Folge hat das BVerfG Schutzpflichten des Staates in zahlreichen Zusammenhängen festgestellt. Aus Grundrechten sind über die Schutzpflichten-Lehre sogar Strafbefehle⁸⁵ und Organisationsprinzipien hergeleitet worden.⁸⁶ Die Dogmatik des Lebens- und Gesundheitsschutzes ist stark von dieser Entwicklung geprägt.⁸⁷ Offensichtlich war der Ausbau der objektiven Staatspflichten zu subjektiven Individualrechten angesichts der stark gestiegenen Erwartungen an die Politik – Stichwort: ständiges Wachstum der Staatsaufgaben – und an ihre Überwachung durch das Verfassungsgericht – unvermeidlich. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, sind im Zuge dieser Entwicklung die Handlungsfreiheiten des Einzelnen („Freiheit zu ...“) um eine passive Belastungsfreiheit („Freiheit von ...“) ergänzt worden, nämlich um die Sicherung der bestehenden Rechtspositionen vor Beeinträchtigungen aller Art. Horst Dreier hat in diesem Zusammenhang treffend von „Aktivitätsschutz“ einerseits, „Integritätsschutz“ andererseits gesprochen, aufgelegt an dem Unterschied zwischen „allgemei-

82 BVerfGE 6, 55, 71.

83 BVerfGE 6, 55, 72.

84 BVerfGE 6, 55, 76.

85 Vgl. die mit Grund hochumstrittenen Urteile zur Schwangerschaftsunterbrechung: BVerfGE 39, 1 und 88, 203.

86 BVerfGE 57, 295 – Saarländisches Rundfunkgesetz; 73, 118 – Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz; 83, 238 – WDR-Gesetz.

87 S. außer der Judikatur zu § 218 StGB auch die ganz anders geprägten Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren durch technische Anlagen: BVerfGE 49, 89 – Kalkar; 53, 30 – Mülheim-Kärlich; 54, 56 – Fluglärm; 77, 170 – C-Waffen-Lagerung; 79, 174 – Verkehrslärm. Ein singulärer Fall: BVerfGE 46, 160 – Schleyer-Entführung.

ner Handlungsfreiheit“ und „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“, die beide aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet werden.⁸⁸

Die großen Konflikte etwa um den Schwangerschaftsabbruch hätten sich wohl auch ohne diesen Wandel der Grundrechtsdogmatik Bahn gebrochen und die Entscheidung zwischen fundamental unterschiedlichen, zum Teil moralisch und nicht nur rechtlich begründeten Positionen erfordert.⁸⁹

b) Umwelt- und Klimaschutz

Die Entwicklung zur Anerkennung immer neuer Schutzpflichten hat ihren Höhepunkt in der Auseinandersetzung mit dem Klimawandel erreicht. So hat das BVerfG für das Umwelt- und Klimaschutzrecht aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Pflicht des Staates und ein entsprechendes Recht der klagenden Individuen zum Schutz vor Umweltbelastungen abgeleitet, auch zugunsten künftiger Generationen. In dem als „radikal“ und „erstaunlich“ empfundenen⁹⁰ Klima-Beschluss vom 24. März 2021⁹¹ sind „objektive“ und „subjektive“ Rechtspositionen – Art. 20a und die Grundrechte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – eng miteinander verbunden. Es heißt dort:

„Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundsätzlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“⁹²

Ferner wird erklärt, das Grundgesetz verpflichte unter bestimmten Voraussetzungen „zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen“.⁹³ Dabei wird der Freiheitsbegriff mit einer weiteren Bedeutung aufgeladen: es geht nicht mehr nur um die „Freiheiten“ des Art. 2 Abs. 2 Satz 1, sondern auch um die Verteilung von „Freiheitschancen“, die sich erst aus der Erfüllung des („objektivrechtlichen“) Schutzauftrags des Art. 20a GG (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG)⁹⁴ ergeben. Als Pflicht des Gesetzgebers wird festgestellt, „die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume

88 Vgl. Tristan Barczak, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Art. 2 I Rn. 27, 29.

89 Zur Widersprüchlichkeit der Rspr. zu § 218 StGB s. Johann Justus Vasel, Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwende im Abtreibungsrecht, NJW 2022, 2378.

90 Jörg Berkemann, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701, 706 und 715. Berkemann hat die dogmatischen Unklarheiten des BVerfG-Beschlusses, der mit der bisherigen Rspr. bricht und die Machtbalance zwischen Parlament und BVerfG verändert, ausführlich herausgearbeitet, s. insbes. S. 707 ff. m.w.N. Eine weitere „kleine Auswahl“ aus der Lit. liefert Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 423 Fn. 126.

91 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 1.

92 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 1.

93 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 4 Abs. 1 Satz 1.

94 Krit. dazu Berkemann (Fn. 90), S. 710 und 713.

ab dem Jahr 2031 [...] zu regeln“.⁹⁵ Der EMRG geht über diese Aussagen noch hinaus, indem er u.a. auch das „Wohlbefinden“ und die „Lebensqualität“ als Schutzgüter aufführt.⁹⁶ Hier sind wichtige Argumentationselemente unklar, wenn nicht sogar widersprüchlich.⁹⁷

c) Infektionsschutz als Grundrechtsproblem

Die Grundrechtsdogmatik ist auch im Verlauf der Corona-Pandemie besonders auf die Probe gestellt worden. In der Diskussion über die angemessenen Methoden der Seuchenbekämpfung sind die Grundrechte in höchst unterschiedlicher, ja widersprüchlicher Weise in Anspruch genommen worden. Während die staatlichen Organe teilweise tief in das Privatleben der Menschen eingreifende Schutzmaßnahmen anordneten, empfanden nicht nur die davon Betroffenen diese Normen als Freiheitsbeschränkungen bisher unbekannten Ausmaßes. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der Verbote und Gebote – Kontaktverbote, Aufenthalts- und Besuchsbeschränkungen, Maskenpflicht, Veranstaltungsverbote usw. – wurden vielfach einseitig die Freiheitsverluste der Adressaten (im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 11) betont, während der gleichzeitig beabsichtigte (und in erheblichem Ausmaß realisierte) Schutz der „vulnerablen“ Gruppen der Bevölkerung aus der Perspektive der besonders engagierten Liberalen deutlich weniger ins Gewicht fiel. Das BVerfG billigte jedoch die vielfältigen Einschränkungen – teilweise im Gegensatz zu Instanzgerichten – in umfassender Weise. Dem Gesetzgeber wurde ein erheblicher Entscheidungsspielraum zugebilligt.⁹⁸

Mit der Einführung wirksamer Impfstoffe wurde eine andere Abwägung nötig: Nunmehr stand zur Entscheidung, ob eine allgemeine oder zumindest für Pflegeberufe anzuordnende Impfpflicht als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1) durch die Absicht gerechtfertigt war bzw. gewesen wäre, andere vor Ansteckung oder schwerem Verlauf der Krankheit zu schützen.⁹⁹ Ein Konsens über die Rangordnung der verschiedenen Ziele war nicht erkennbar, und auch mehrere Jahre später bleibt die „Wertordnung“ des Grundgesetzes in dieser Hinsicht unklar. Unter welchen Voraussetzungen darf der Staat Maßnahmen zum Schutz „vulnerablen“ menschlichen Lebens zu Lasten der Handlungs- und Bewegungsfreiheit anderer durchführen?¹⁰⁰ Kein Konsens besteht auch über die Frage, wie zu entscheiden ist,

95 BVerfGE 157, 30, 33, Entscheidungsformel zu 4.

96 EGMR, U. v. 9.4.2024 (mit teilweise abweichendem Votum des Richters Eicke), NJW 2024, 1991 = NVwZ 2024, 979, Leitsatz 3 und Rn. 519, bespr. von Philip Czech, NLMR 2024, 106 – „Schweizer Klimaseniorinnen“: „Der Einzelne hat ein Recht auf wirksamen Schutz durch die Behörden vor schwerwiegenden schädlichen Auswirkungen des Klimawandels für sein Leben, seine Gesundheit, sein Wohlbefinden und seine Lebensqualität“.

97 Krit. auch Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 423 ff.

98 BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen); 159, 355 – Bundesnotbremse II (Schulschließungen).

99 Vom BVerfG für die Impfnachweispflicht im Pflege- und Gesundheitssektor entschieden bejaht: BVerfGE 161, 299, Rn. 149 ff.

100 Überlegungen dazu bei Bull, Staatsmacht gegen Naturgewalt: Wie viel Sicherheit schuldet der Staat den Menschen angesichts der Pandemie?, in: H.-J. Lange (Hrsg.), Politik zwischen Macht und Ohnmacht, Wiesbaden 2022, S. 21 (30 ff.).

wenn die Abwehrmaßnahmen und die ärztliche Behandlung nur für einen Teil der infizierten Menschen verfügbar sind. Der Gesetzgeber sieht sich hier in der Pflicht, ethische Grundsätze, die zum Teil höchst umstritten sind,¹⁰¹ in staatliches Recht zu übersetzen.¹⁰²

5. Die neue Gefühls-Rechtsprechung

Manche rechtsdogmatischen Unsicherheiten sind durch neue Entwicklungen in der politischen Diskussion verstärkt worden. Von der „Wertordnung“ des Grundgesetzes wird nur noch selten gesprochen. Fast möchte man sagen, an deren Stelle sei der Zeitgeist getreten – er hat offensichtlich Einfluss auf die Rechtspraxis einschließlich der des BVerfG. Das ist, für sich genommen, unvermeidlich und kein Grund zu allgemeiner Empörung. Denn dem Richter ist „geradezu aufgegeben, in seiner Rechtsprechung dem Zeitgeist Rechnung zu tragen“ (um nicht die Akzeptanz der Entscheidungen zu gefährden), ihn aber zugleich zu begrenzen.¹⁰³ Danach soll also gelten: „Die Wertordnung des Grundgesetzes prägt und begrenzt den Zeitgeist“.¹⁰⁴

Neuerdings sind jedoch im politischen Streit Konflikte zu bemerken, die aus der Tradition des zivilgesellschaftlichen Diskurses über die angemessene Ordnung des Gemeinwesens ausbrechen: Schrille und hasserfüllte Äußerungen aus den „sozialen“ Medien schwappen über in die bisher seriöse Debatte; es geht den Streitenden nicht mehr um die Lösung konkreter Probleme, sondern um kämpferische Polarisierung und um die Ausgrenzung der jeweils anderen Positionen und ihrer Verfechter.¹⁰⁵ Interessen- und Meinungskonflikte werden als moralische Fragen behandelt, die Grundrechte moralisch aufgeladen. Es gilt als unmoralisch und wird in den Medien wie eine Rechtsverletzung gewertet, wenn durch politische oder künstlerische Äußerungen emotionale Positionen beeinträchtigt werden, also wenn Gefühle von Individuen oder Gruppen unangenehm berührt werden. Das führt dazu, dass bestimmte Äußerungen, die bisher als erlaubt galten (weil sie noch nicht die Grenze des Ehrenschutzes überschreiten), als illegitim und nicht mehr grundrechtlich gewährleistet angesehen werden. Früher hätte man einen Teil dieser Fälle als bloße Takt- oder Pietätlosigkeit bezeichnet; diese Begriffe gelten heute als altmodisch, aber zumindest ein großer

101 S. dazu die Ad-hoc-Empfehlungen des Deutschen Ethikrates „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ v. 27. März 2020 sowie „Ethische Orientierung zur Frage einer allgemeinen gesetzlichen Impfpflicht“ v. 22. Dezember 2021.

102 Zum Problem der „Triage“ ist eine Teilregelung (Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter) in § 5c IfSG eingefügt worden, nachdem das BVerfG eine entsprechende Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bestätigt hat (BVerfGE 160, 79). Ärzte im Marburger Bund haben jedoch Verfassungsbeschwerden dagegen eingelegt: Das neue Gesetz sei widersprüchlich und unbestimmt und verletze ihre Berufsfreiheit. S.a. Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2. Aufl. Tübingen 2024.

103 Konrad Redeker, Zeitgeist und Wertordnung, NJW 1999, 3687.

104 Redeker (vorige Fn.), S. 3688.

105 Zur „symbolischen Brandmarkung“ und Ausgrenzung von Publizisten und Wissenschaftlern von öffentlichen Podien durch „Vereindeutigung“ mehrdeutiger Aussagen s. a. La-deur, ZUM 2019, 359, 360.

Teil der jüngeren Generation will noch weit darüber hinaus (fast) alle Gruppen der Gesellschaft vor emotionalen Beeinträchtigungen schützen.

Ansätze dieser „empfindsamen“ Grundrechtsinterpretation finden sich schon in der älteren Rechtsprechung des BVerfG. In Entscheidungen zu den Befugnissen der Sicherheitsbehörden wurde das „diffus bedrohliche Gefühl des Beobachtetseins“, das die Betroffenen empfinden konnten, schon lange vor der aktuellen „Wokeness“-Welle als Anzeichen für einen „Eingriff“ in die Unbefangtheit der Kommunikation und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewertet.¹⁰⁶ Man kann sogar noch weiter in die Vergangenheit zurückblicken und zentrale Formulierungen des Volkszählungs-Urteils von 1983 zitieren, in denen auf eine Störung der unbefangenen Ausübung von Grundrechten wie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit abgestellt wurde¹⁰⁷ – damals wie heute eine weit verbreitete, allgemein akzeptierte Reaktion auf die Einführung technischer Informationsverarbeitung. Heute bewerten manche Teilnehmer der öffentlichen Diskussion etwa die künstlerische Darstellung von Gewaltszenen, die Leugnung historischer Gewalttaten oder die öffentliche Unterstützung für Angriffskriege und Völkerrechtsverletzungen in anderen Ländern als moralisch verboten und fordern politische und u.U. sogar rechtliche Verbote; zumindest sollen die potentiellen Betrachter und Empfänger vor solchen unerwünschten „Botschaften“ gewarnt werden. Die Rechtsprechung sollte diese Tendenz nicht unterstützen, sondern bei der bisherigen Linie bleiben, wonach gerade auch schwer erträgliche, ja provozierende Meinungsäußerungen (im Rahmen der allgemein akzeptierten Schranken) grundrechtlich geschützt sind.

In Gestalt der Strafvorschriften gegen Hass- und Gewaltpropaganda, gegen die Verherrlichung der nationalsozialistischen Herrschaft und gegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) hat der Gesetzgeber selbst Ausnahmen von der vollständigen Meinungsfreiheit verfügt, die als Abweichung von der liberalen Rechtsprechung verstanden werden könnten, vom BVerfG aber mit vertretbaren Gründen – im Hinblick auf die nationalsozialistische Vergangenheit Deutschlands – gebilligt worden sind.¹⁰⁸

Für alle Freiheiten der sozialen Kommunikation – Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit – bedeutet die dargestellte Entwicklung die Gefahr, dass ihre Grenzen deutlich enger gezogen werden. Wenn derartige Tendenzen zur stärkeren verfassungsrechtlichen Begrenzung von Grundrechten führen, ist das bisher konsentiert umfassende Freiheitsverständnis bedroht. Wenn also zum Beispiel Äußerungen, die zwar keine Beleidigung, Verächtlichmachung oder Bedrohung bedeuten, aber als „homophob“, „queerfeindlich“, „frauenfeindlich“, „antisemitisch“,

106 BVerfGE 125, 260, 320 – Vorratsdatenspeicherung (mit Abw. Meinungen der Richter Schluckebier und Eichberger, S. 364 und 380); ähnlich BVerfGE 115, 320, 354 ff. – Rasterfahndung (mit Abw. Meinung der Richterin Haas, S. 371 ff.); 120, 378, 402 und 150, 244, 268 – Kfz-Kennzeichenerfassung I und II; BVerfGE 121, 1, 20 ff. – Eilantrag zur Vorratsdatenspeicherung; s.a. BVerfGE 107, 299, 328 – Herausgabe von Telekommunikationsdaten im Zusammenhang mit journalistischen Ermittlungen (ZDF/Jürgen Schneider); 113, 29, 46 – Computerdurchsuchung.

107 BVerfGE 65, 1, 43 („Wer nicht wissen kann, ...“).

108 BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel (Verfassungskonformität der Strafbarkeit von Volksverhetzung, 130 Abs. 4 StGB). Dazu zustimmend Tobias Handschell, Grundrechtsschranken aus der Wertordnung des Grundgesetzes, BayVBl. 2011, 745.

„islamophob“ oder sonst feindselig gegenüber einer gesellschaftlichen oder religiösen Gruppe empfunden werden, von Betroffenen oder gesellschaftlichen Aktivisten als „verboten“ bezeichnet werden, liegt es nahe, dass diese Bewertung auch von sozialen Multiplikatoren und letztendlich von den staatlichen Organen der Rechtsetzung und Rechtsanwendung übernommen werden – das aber wäre sehr bedenklich. Denn diese Tendenz ist eben alles andere als freiheitlich. Die „Freiheit“ der (gezielt oder ungezielt) Angesprochenen von Belästigungen, die noch nicht Beleidigungen oder Bedrohungen sind, wird von den Grundrechten gerade nicht geschützt. An den Diskussionen über die Corona-Bekämpfung ließ sich anschaulich zeigen, dass das Beharren auf der Freiheit der einen (etwa von einer Impfpflicht) fast immer zu Belastungen der anderen (höhere Ansteckungsgefahr und Kontaktbeschränkungen als Ersatz der Impfung) führt. Auf die Spitze getrieben, wird die Grundrechtsausrichtung an der „Wokeness“ zum Selbstwiderspruch: Die Rücksicht auf die Empfindungen des „Empfängers“ bedeutet für den „Sender“ eine Teilrücknahme seiner Kommunikationsfreiheit, und objektiv ist die „rücksichtsvolle“ Gesellschaft in höherem Maße paternalistisch.

Die neuerdings häufigen Äußerungen von „cancel culture“, die zur Ausgrenzung von Kontrahenten aus dem Diskurs auffordern, sind also überaus problematisch: Wer anderen die Äußerung von Meinungen oder wissenschaftlichen Erkenntnissen verbieten (lassen) will, verletzt dessen Meinungs- oder Wissenschaftsfreiheit; wer die Verbreitung der geistigen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Produkte anderer behindern will, setzt sich selbst ins Unrecht. Das BVerfG sollte darauf achten, solchen Übergriffen keinen argumentativen Ansatz zu liefern.

IV. Auf der Suche nach Maßstäben: Ansätze systematischer Bewertung von Grundrechtskonflikten

1. Keine „unbegrenzte Freiheit“

In den Denkgebäuden, die die Freiheitsrechte als Abbild einer in sich stimmigen Ordnung von Werten verstehen, spielt neben dem allumfassenden Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG vor allem die „allgemeine Handlungsfreiheit“ nach Art. 2 Abs. 1 GG eine zentrale Rolle. Eine „im Denkansatz rechtlich unbewertete, d.h. unbegrenzte Freiheit“ wäre aber ebenso „irreal“ wie die Vorstellung einer „natürlichen“ oder „vorstaatlichen Freiheit“:

„In einer menschlichen Gemeinschaft ist eine unbegrenzte Freiheit als gelebte Freiheit von vornherein undenkbar, weil sie eben diese Gemeinschaft zerstören würde. Zwar ist der Kern jeder Freiheit Individualautonomie, und die Vorstellung privat ausgeübter autonomer Entscheidungsbefugnisse schließt Beliebigkeit und Willkür ein. Als real gelebte Freiheit in einer menschlichen Gemeinschaft sind Beliebigkeit und Willkür aber notwendig von vornherein, das heißt immanent begrenzt. Die ‚allgemeine Handlungsfreiheit‘ ist also ein theoretisches Konstrukt.“¹⁰⁹

¹⁰⁹ Walter Krebs, Rechtliche und reale Freiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II: Allgemeine Lehren I, München 2007, § 31 (S. 291-340), Rn. 5/6.

Schon in Art. 4 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 ist diese Erkenntnis im Kern konzediert: Danach besteht die Freiheit darin, „alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet“. Die „Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen“ hat in dieser Sichtweise „nur die Grenzen, die den anderen Gliedern der Gesellschaft den Genuss der gleichen Rechte sichern“; in heutiger Sicht müssen freilich auch andere als die jeweils gleichen Grundrechte der Mitmenschen bedacht werden.

Als „Ausgangspunkt jeder Begrenzungs- oder Schrankenlehre für die Grundrechte“ betont auch Klaus Stern

„die Erkenntnis, dass Grundrechte um des gedeihlichen Zusammenlebens der Menschen in einer Gemeinschaft willen nicht unbegrenzt sein können. Insofern sind Grundrechtsschranken ‚Ausdruck der Koordinierungs- und Kompatibilitätsbedürftigkeit der Grundrechte‘ mit dem Umstand, dass alle Menschen jeweils Grundrechtsberechtigte mit unterschiedlichen Interessen und Aktivitäten sind, die ausgeglichen werden müssen, und dass Gemeinwohlbelangen Rechnung zu tragen ist“.¹¹⁰

In manchen pathetischen Freiheitsbekenntnissen wird dieser Zusammenhang übersehen,¹¹¹ und manche tatsächlich vorkommende Konflikte – wie etwa zwischen Gewissensentscheidungen und notwendiger Gesetzesbindung – sind ohne diese Einsicht unlösbar.¹¹²

2. Zur Terminologie

a) „Grenzen“ und „Schranken“

Die Begriffe „Grenzen“ und „Schranken“ sind weitgehend austauschbar. Sprachlich kann zwar zwischen der Bestimmung der „Grenzen“ der Grundrechte und den sozusa-

110 Klaus Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, II. Band, Tübingen 2001, S. 1 (9).

111 Man lese etwa die Auseinandersetzung von Wolfgang Kubicki mit der Corona-Bekämpfungspolitik der Bundesregierung (Die erdrückte Freiheit. Wie ein Virus unseren Rechtsstaat aushebelt. Frankfurt/Main 2021). Kubicki (S. 16) zitiert Friedhelm Hufen mit der Formulierung: „Grundrechte sind – auch wenn sie eine politische Funktion haben – immer und zuallererst eigennützig. Die Grundrechtsträger müssen sich keine Inpflichtnahme für das Gemeinwohl oder die demokratische Grundordnung gefallen lassen“ (Hufen, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, S. 72 f. Rn. 19). Der zweite Satz ist eine Kritik an einer „Funktionalisierung“ des Grundrechts, die nach dem Lüth-Urteil immerhin denkbar war; er bezieht sich auf Hufens Satz: „Es wäre verfehlt, den vollen Grundrechtsschutz nur bei bestimmten Motiven oder politischer Betätigung zu gewähren“. Das bedeutet aber keine Absage an den Gemeinwohlbezug und ist ganz unstreitig. Zustimmung verdient auch Hufens Feststellung, dass die Konstruktion von „Grundpflichten“ für die konkrete Lösung von Grundrechtsfällen unergiebig wäre, solange nicht der Gesetzgeber sie statuiert hat (Hufen aaO. S. 65 Rn. 24). Kubicki behandelt ein ganz anderes Thema: er will begründen, dass „auch politische Ideen des Kollektivismus, die den Einzelnen nur als Teil eines großen Ganzen sehen, mit unserer Verfassung unvereinbar sind“ (aaO. S. 16). Inpflichtnahme für legitime Ziele bedeutet aber noch lange nicht Kollektivismus.

112 Dazu unten zu IV. 3. d).

gen nachträglich, in einem zweiten Schritt verfügten „Einschränkungen“ unterschieden werden.¹¹³

„Wird der Gesetzgeber im Grundrechtsbereich in der Weise tätig, dass er entweder die wesensmäßigen Grundrechtsgrenzen bestimmt oder die Grundrechte ausgestaltet (ausführt), wird er also durchweg grundrechtsdeterminierend tätig [...], so bedeutet dies, dass er die Grundrechte weder ‚einschränkt‘ und ‚beschränkt‘, noch in diese ‚eingreift‘. Konsequenz zu Ende gedacht bedeutet das umgekehrt, dass dem Gesetzgeber ‚Eingriffe‘, ‚Beschränkungen‘ und ‚Einschränkungen‘ von Grundrechten untersagt sind; sie wären Verletzung der Grundrechte und ihres Wesensgehalts. Es gibt keine rechtmäßigen Eingriffe; Eingriffe sind rechtswidrig, sie sind verfassungsrechtlich unzulässig. In keinem Fall darf der Gesetzgeber über den ‚sachlichen Gehalt‘ eines Grundrechts verfügen. Die Gesetzesvorbehalte ermächtigen niemals zu Eingriffen in den ‚eigentlichen Inhalt‘ der Grundrechte; auch steht die gesetzgeberische Tätigkeit nirgends in einem rechtlichen oder logischen Widerspruch zur Grundrechtsgewährleistung. Damit wird in Bezug auf die Grundrechte „dem weit verbreiteten Schrankendenken eine klassische Domäne genommen“.¹¹⁴

Dieses Verständnis des „Schranken“-Begriffs repräsentiert gewiss ein denkbare theoretisches Konzept, es hat sich aber nicht gegen das „klassische“ Schrankendenken durchgesetzt. Die Begriffe „Schranken“ und „Einschränkung“ finden sich sogar im Text des GG (Art. 5 Abs. 2, Art. 19 Abs. 1), und die Rechtsprechung hat sich nie an den von Häberle vorgeschlagenen Sprachgebrauch gehalten.

b) Grundrechtskollisionen

Der typische Fall eines Grundrechtskonflikts ist dadurch geprägt, dass sich ein Individuum (oder eine juristische Person, s. Art. 19 Abs. 3 GG) unter Berufung auf ein Grundrecht gegen eine staatliche Maßnahme wehrt und der Staat die Grundrechtsberechtigung bestreitet – sei es dass dieses Recht nicht bestehe oder dass es nicht so weit gehe, wie es in Anspruch genommen wird. Im Kern handelt es sich dabei stets um eine Auseinandersetzung zwischen Privaten einerseits und dem Staat als Vertreter der Allgemeinheit auf der anderen Seite.

Ein großer Bereich von Grundrechtskollisionen, der allerdings die Verfassungsgerichte nur selten beschäftigt und deshalb zunächst nicht ausreichend als Thema der Grundrechtstheorie wahrgenommen wird, ergibt sich dadurch, dass verschiedene Personen dasselbe Grundrecht in Anspruch nehmen – die typische Situation von Streitigkeiten zwischen Bürgern, sozusagen „In-sich-Konflikte“ um das eine Grundrecht, sei es ein wirtschaftlich relevantes Recht (Eigentum i.w.S.), sei es ein immaterielles Recht wie insbesondere die Meinungsfreiheit.¹¹⁵ Eine Kollision zweier gleichgerich-

113 Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962, S. 222 f.

114 Häberle (vorige Fn.), S. 223. Kritisch zu der „totalen Verwerfung der Eingriffs- und Schrankenvorstellung“ schon Peter Lerche in seiner Rezension DÖV 1965, 212 (213).

115 Einen Fall der Kollision beiderseitiger Inanspruchnahme der Meinungsfreiheit kommentiert Ladeur in der Besprechung von LG Berlin, U.v. 13.12.2018, ZUM 2019, 355, 359 f.: Während das LG den Streit zweier Publizistinnen als Verletzung des allgemeinen Persön-

teter Rechte liegt viel häufiger vor, als bei der traditionellen Bearbeitung solcher Fälle deutlich wird. So steht in Streitigkeiten über die Zulässigkeit persönlichkeitsverletzender Behauptungen oft auf beiden Seiten das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit zur Erörterung,¹¹⁶ aber der Charakter der Auseinandersetzung als ein Streit um die Reichweite eines und desselben Grundrechts wird vor den Zivilgerichten nicht thematisiert.

Ein Beispiel für die grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung von Grundrechtsexpansionen hat die Richterin Evelyn Haas in ihrem Abweichenden Votum zu der Entscheidung über zwei Blockade-Aktionen¹¹⁷ herausgearbeitet. Sie hält eine Bestrafung der Aktivisten wegen Nötigung für verfassungskonform und weist darauf hin, dass zum Schutzzweck der Strafgesetze auch der Schutz der Opfer gehört:

„Auch das Opfer kann sich im Einzelfall auf die Handlungs- oder die Demonstrationsfreiheit, auf das Grundrecht auf Gesundheit und Leben berufen; Freiheiten, in denen es durch die Tathandlung beschränkt wird. Die aktive Grundrechtsausübung des Täters ist gegenüber dem zur Passivität genötigten Opfer, das seine Grundrechte wegen der Gewaltausübung des Täters nicht zur Geltung bringen kann, nicht ohne weiteres als höherwertig einzustufen.“¹¹⁸

3. Die Bestimmung der Schutzbereiche („Gewährleistungsgehalte“)

Es gibt Versuche, den Entscheidungsprozess bei der Grundrechtsrealisierung rationaler¹¹⁹ zu gestalten, indem man ihn sorgfältig strukturiert, Unklarheiten der Begrifflichkeit ausräumt, in den Sachverhalten wie in den Bewertungen die vollständige Berücksichtigung aller relevanten Aspekte sicherstellt und eventuelle Widersprüche ausschließt. So wird darum gerungen, den theoretischen Rahmen genauer zu bestimmen und die Schutzbereiche der konkreten Grundrechte wie auch ihre Grenzen entweder enger zu definieren oder eine weite Auslegung sowohl der Schutzbereiche wie auch der „Eingriffs“-Ermächtigungen zu propagieren.¹²⁰ Fraglich ist allerdings, ob

lichkeitsrechts der einen Autorin durch die Meinungsäußerung der anderen (ungenaues Zitat) behandelt, bemerkt Ladeur, dass auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit beachtet werden muss (Drittwirkung unter Privaten); dies sei „vor allem deshalb wichtig, weil die Rechtsprechung der Meinungsfreiheit als aktivem Recht ein größeres Gewicht beimisst als dem Persönlichkeitsrecht“ (aaO. S. 360). Zur Verfälschung von Zitaten als Rechtsverletzung s. schon BVerfGE 54, 208 – Böll/Walden.

116 So in dem Fall des LG Berlin, U.v. 13.12.2018, ZUM 2019, 355 (vorige Fn.) m. Anm. Ladeur S. 359 f. (360).

117 BVerfGE 104, 92 – Wackersdorf und Autobahn A 5.

118 Haas, Abw. Meinung, BVerfGE 104, 115, 121.

119 Vgl. den einschlägigen Aufsatz von Wolfgang Hoffmann-Riem: Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 167-202, und Wolfgang Hoffmann-Riem (Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, ebd. S. 203-233 (s.vorige Fn.); s.a. ders., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michael Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloqui-

120 So die Auseinandersetzung zwischen Wolfgang Kahl (Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 167-202, und Wolfgang Hoffmann-Riem (Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, ebd. S. 203-233 (s.vorige Fn.); s.a. ders., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michael Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloqui-

diese Konstruktionen genug leisten, um den Zielen „Rationalität“ und – unverzichtbar – „Akzeptanz“ wirklich wesentlich näher zu kommen. Wie bei der Frage, welche Grundrechts-„Theorie“ zugrunde gelegt werden soll (muss?), ist auch beim Streit über „weite“ oder „enge“ Auslegung der Grundrechtstatbestände und -eingrenzungen keine einheitliche Lösung für die Vielfalt der denkbaren Konstellationen zu erwarten.

a) Der orientierende Gehalt von Tatbestandsbegriffen und Einschränkungsermächtigungen

Das BVerfG hat es, wie zu II. 1.¹²¹ ausgeführt, ausdrücklich abgelehnt, den Schutzbereich¹²² der Kunstfreiheit restriktiv zu definieren – zumindest dann nicht, wenn auf diese Weise Rechte Dritter geschützt werden sollen.¹²³ Das sollte nicht das letzte Wort bleiben. Die in den einzelnen Grundrechtsnormen verwendeten Tatbestands-Begriffe bilden die Normbereiche meist anschaulicher ab als die Umschreibungen der Schranken, die eher abstrakt-normativ gefasst sind. Die Gefahren für die liberale Auslegung der Grundrechte, die Wolfgang Kahl benennt,¹²⁴ sollten auch mit der Möglichkeit verglichen werden, dass durch die anfängliche Überhöhung der Individualrechte unerfüllbare Erwartungen entstehen und Grundrechtskonflikte schwerer lösbar werden.

Die „Rechte anderer“ und die „Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ (Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 und Art. 5 Abs. 2 GG) sind Begriffe der Rechtssprache ohne Bezug zu bestimmten Kategorien menschlicher Handlungsweisen. Die „Treue zur Verfassung“ (Art. 5 Abs. 3 Satz 2) lässt sich nur mit Rückgriff auf eben diese normative Verfassung interpretieren. In Art. 9 Abs. 2 wird u.a. auf „die Strafgesetze“ in ihrer Gesamtheit und die „verfassungsmäßige Ordnung“ Bezug genommen (während „der Gedanke der Völkerverständigung“ immerhin auf die inhaltliche Orientierung der Bildung von Vereinigungen verweist, so dass soziale und politische Kriterien eine Rolle spielen können). Art. 12 Abs. 1 Satz 2 enthält wiederum nur einen pauschalen Gesetzesvorbehalt.

Die im GG verwendeten Schrankenbegriffe können auch Rückschlüsse auf das Verständnis der Schutzbereiche liefern.¹²⁵ In Art. 10 Abs. 2 sind immerhin legitime Ziele

um anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53 ff., hier zitiert nach: Ino Augsberg/Sebastian Unger (Fn. 1), S. 317-341; wie letzterer zuvor schon Ernst-Wolfgang Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, *Der Staat* 42 (2003), S. 165-192, insbes. 174 ff. Zur Begrifflichkeit s.a. Herdegen (Fn. 1), Rn. 34 ff.

121 S. oben bei Fn. 4.

122 Hoffmann-Riem schlägt mit guten Gründen vor, „Schutzbereiche“ durch „Gewährleistungsgehalte“ zu ersetzen (in: ders., *Enge oder weite Gewährleistungsgehalte* [Fn. 120], bei Augsberg/Unger S. 318 ff.); ders., *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch* (Fn. 119 f.), *Der Staat* 43 (204), S. 226 ff.

123 BVerfGE 30, 173, 191; 119, 1, 23. Entschieden gegen präzisere Umschreibung der Schutzbereiche auch Wolfgang Kahl (Fn. 120), 184 ff., 199 ff. Die Gegenposition wird insbesondere verfochten von Wolfgang Hoffmann-Riem, *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch* (Fn. 119).

124 Kahl (Fn. 120), S. 184 ff.

125 So auch Herdegen (Fn. 1), Rn. 35.

der Grundrechtsbeschränkungen bezeichnet; dadurch (und durch die Festlegung zulässiger Mittel) ist die Reichweite der zugelassenen Beschränkungen ihrerseits begrenzt und mittelbar auch der Schutzbereich des Grundrechts (mit)geprägt. Noch deutlicher ist die Begrenztheit der Freiheitsminderung in Art. 11 Abs. 2 GG ausgedrückt, am detailliertesten aber in Art. 12a (Dienstverpflichtungen), Art. 13 (Unverletzlichkeit der Wohnung) und Art. 16a (Asylrecht). Für Grundrechtseinschränkungen bei Wehr- und Ersatzdienst wurde sogar ein eigener Artikel (17a) ins Grundgesetz eingefügt.¹²⁶ Die Artikel 10, 11, 12a und 16a sind in dieser Ausführlichkeit beschlossen worden, um wesentliche Kompromisse zwischen heftig umstrittenen politischen Positionen festzuschreiben – sprachästhetisch fragwürdig, aber ein geeignetes Mittel zur Befriedung politischer Gegensätze. In diesen Bereichen ist jedenfalls die Suche nach unausgesprochenen „verfassungsimmanenten“ Schranken entfallen; Auslegungsprobleme bleiben freilich auch hier.

b) Beispiele für alternative Interpretationen

Teleologische und historische Auslegung der Grundrechtstatbestände dürften in manchen Fallgruppen zu überzeugenderen Ergebnissen führen als die verbreitete Methode, von einem Ziel oder einer „Aufgabe“ auf das „notwendige“ Mittel zu schließen – eine durchaus kurzschlüssige Argumentation, die mit „Logik“ nicht zu rechtfertigen ist.

Als ein Beispiel für die unangebrachte Ausweitung eines grundrechtlichen Begriffs nennt Hoffmann-Riem den „Verzicht auf jeden Öffentlichkeitsbezug des Versammlungsthemas“ (mit der Folge, dass eine Love-Parade als Versammlung im Sinne von Art. 8 GG angesehen wird) oder auf „das früher geforderte Tatbestandsmerkmal der inneren Verbundenheit der Teilnehmer“.¹²⁷ Das BVerfG hat sich insofern „um eine Gegensteuerung bemüht“.¹²⁸ Es hat auch klargestellt, dass Art. 8 GG nur die Teilhabe an der gemeinsamen Meinungsbildung schützt, „nicht aber die zwangsweise oder sonst wie selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen“.¹²⁹ Umstritten ist aber geblieben, wie der „Gewalt“-Begriff zu verstehen sei,¹³⁰ und in der für die Strafgerichte entscheidenden Frage nach der „Verwerflichkeit“ ist unklar geblieben, inwieweit der „Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und dem Ort der Aktion sowie den in ihrer Fortbewegung beeinträchtigten Personen“ berücksichtigt werden muss.¹³¹

126 Dazu Veith Mehde, Art. 17a, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rn. 1, 29 ff., 51 ff.

127 Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte (Fn. 120), bei Augsberg/Unger S. 330 f.

128 Hoffmann-Riem aaO. (Fn. 120), S. 31 unter Verweis auf BVerfGE 104, 92, 103 f. – Wackersdorf/Autobahnblockade.

129 BVerfGE 104, 92, 105.

130 Zum „vergeistigten“ Gewaltbegriff s. BVerfGE 92, 1. Die Richterin Jaeger und der Richter Bryde bestreiten, dass „bereits geringfügige, nicht aggressiv gegen etwaige Opfer eingesetzte physische Hilfsmittel der körperlichen Anwesenheit an einem Ort als ‚Gewalt‘ definiert werden könnten“ (BVerfGE 104, 124 f.).

131 Dazu einerseits die Senatsmeinung BVerfGE 104, 92, 113, andererseits das Abw. Votum der Richterin Haas S. 122.

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit schützt zwar auch die Wahl des Versammlungsortes, aber nicht jede Methode der gemeinsamen Meinungsäußerung.¹³² Dass Handlungen wie das langfristige Blockieren von Verkehrswegen oder sogar das Festkleben an Straßen, wie es die Gruppe „Letzte Generation“ praktiziert hat, als verfassungsrechtlich geschützte „Versammlung“ angesehen werden sollen,¹³³ überzeugt nicht. Die Verfassungsautoren von 1948/49 haben bei der Formulierung von Art. 8 GG gewiss nicht an eine solche Art von kollektiver Meinungsäußerung gedacht.

In einigen Fällen mag man mit Recht eine zu starke tatbestandliche Eingrenzung des geltend gemachten Grundrechts monieren,¹³⁴ eine generelle Tendenz zur Verminderung des grundrechtlichen Schutzes ist aber nicht festzustellen.¹³⁵ Vor der Entstehung „grundrechtsfreier Räume“ braucht sich niemand zu fürchten; es ist nicht nötig, jedes menschliche Verhalten und jeden sozialen Zustand durch grundrechtliche Zäune und Bastionen zu verteidigen – genau besehen, werden damit in erster Linie Klagebefugnisse und die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte befestigt und letztlich die totale Verrechtlichung des Soziallebens propagiert. Die Rechtsprechung ist jedenfalls bei der Bekräftigung grundrechtlicher Positionen schon weit vorgeprescht, z.B. indem sie nicht nur die Ausübung des Grundrechts, sondern auch die damit verbundenen Wirkungschancen – etwa bei der Forschungsfreiheit – als grundrechtlich geschützt angesehen hat („Bewirkungsfreiheit“). „Auch hier liegt ein Dilemma“.¹³⁶

Auch der EGMR hat den Wortsinn von Grundrechtsnormen in seiner Rechtsprechung zu aktuellen Problemfeldern weit hinter sich gelassen. Geradezu abenteuerlich ist die Auslegung des Art. 8 EMRK („Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz“) als Recht auf „Schutz vor den schädlichen Folgen des Klimawandels“ durch den EGMR.¹³⁷ Die extensive Auslegung des „Datenschutz“-Begriffs in Art. 8 EMRK durch den EGMR hat allerdings schon eine längere Tradition.¹³⁸

132 BVerfGE 104, 92, 105, 108. S.a. BVerfG, 1. K. d. I. Senats, NVwZ 2021, 143 (Abseilaktionen an Autobahnbrücken sind nicht von Art. 8 GG gedeckt) sowie Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Versammlungsfreiheit, JuS 2022, 1113, 1114.

133 Diese Meinung ist offenbar in Strafprozessen gegen Aktivisten von der Verteidigung vertreten, aber von den Gerichten, soweit ersichtlich, nicht akzeptiert worden. Das BayObLG hat erklärt, die Aktivisten hätten als milderes Mittel ihres Protestes „Grundrechte wie Art. 5, 8 oder 17“ nutzen können (B.v. 21.4.2023, NSTz 2023, 747).

134 Die Beispiele bei Kahl (Fn. 120) S. 184 ff., 193, 198 sind jedoch z.T. nicht überzeugend.

135 So aber Kahl (Fn. 120), S. 186. Krit. auch insofern Hoffmann-Riem (Fn. 119), Der Staat 43 (2004), 214 f.

136 Hoffmann-Riem, Gewährleistungsgehalte (Fn. 127), bei Augsberg/Unger (Fn. 1) S. S. 330.

137 E. v. 9.4. 2024, s.o. Fn. 96.

138 Der EGMR hat Art. 8 EMRK schon in der Vergangenheit in der Richtung auf ein allgemeines Selbstbestimmungsrecht entwickelt und als Elemente des „Privatlebens“ u.a. die „physische und psychische Integrität“ und auch „Gesichtspunkte aus dem Bereich des Umweltschutzes“, „herausgearbeitet“ (Birte Siemen, Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006, S. 74 ff. m.w.N.). Art. 8 EMRK wurde u.a. in Verfahren über ein Verbot der Hundehaltung (Siemen S. 65 ff.) oder über die aktive Sterbehilfe (Siemen S. 76 f.) erörtert.

c) Subjektivierung der Schutzbereiche?

Die Bestimmung der grundrechtlichen Schutzbereiche wird nicht einfacher, wenn man – wie Ute Sacksofsky¹³⁹ es für das Recht auf körperliche Unversehrtheit vorgeschlagen hat – dabei eine subjektive Perspektive einnimmt. In der Diskussion um die Pandemie-Abwehrmaßnahmen hat sie die Ansicht vertreten, eine angemessene Beurteilung von Eingriffen in die körperliche Integrität sei nur aus der Sicht der Betroffenen möglich. Damit wollte sie die Ansicht unterstützen, dass die seinerzeit geplante gesetzliche Corona-Impfpflicht verfassungswidrig sei. Das würde bedeuten, dass ein und dieselbe staatliche Maßnahme – je nach Empfindsamkeit des oder der Betroffenen – einmal verfassungswidrig, ein andermal verfassungskonform wäre. Auf derart schwankender Grundlage kann der Staat nicht handeln. Das Gesetz soll und muss allgemein gelten. Eine ganz andere Frage ist es, wie weit sich der Gesetzgeber oder Richter bei der Formulierung von Grundrechtsgrenzen in die subjektive Lage Betroffener versetzen soll. Diese Form von „Subjektivierung“ kann vielleicht für kleine Gruppen von Betroffenen gelingen.

Auch Wolfgang Kahl plädiert für eine „Subjektivierung“ des Grundrechtsschutzes: „Im Zweifel“ komme es „auf die Wertung des Grundrechtsträgers“ an; nur dies entspreche „dem offenen Menschenbild des Grundgesetzes“.¹⁴⁰ Der Mensch, dessen „Bild“ dem Grundgesetz zugrunde liegt, lebt nicht allein unter gleich freien Menschen, sondern in einer Welt, die rechtlich geordnet ist und in der Gesetzgeber und Gerichte über die Abgrenzung der Individualrechte zu entscheiden haben. Die Berufung auf das Ideal des vollkommen staatsfreien Menschen mag in der politischen Grundsatzdiskussion angebracht sein; sobald es um die Herstellung verbindlicher Entscheidungen geht, ist Objektivierung geboten.

d) Doch ein unbegrenztes Grundrecht? Die Glaubens- und Gewissensfreiheit

Ein weites Konfliktfeld hat Art. 4 Abs. 1 GG eröffnet: Die Wahrnehmung der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit provoziert seit je besonders starke Gefühle und heftigere Auseinandersetzungen mit Andersgläubigen oder Agnostikern als die meisten anderen Freiheiten und fordert die Entscheidungsbereitschaft der Gerichte in hohem Maße heraus. Alle drei Freiheiten sind vorbehaltlos gewährleistet: Nicht nur das forum internum ist geschützt, sondern auch das forum externum, also auch die öffentliche Bekundung und Betätigung des Glaubens und das soziale Verhalten, das

139 Sacksofsky, Allgemeine Impfpflicht II – und die Abwehr des Subjektiven, VerfBlog v. 28.1.2022, <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ii-und-die-abwehr-des-subjektiven/>, DOI: 10.17176/220128-1800351-0; dazu Bull, Subjektivierung“ der Grundrechte – eine verfassungsrechtliche Sackgasse, VerfBlog v. 2.2.2022, <https://verfassungsblog.de/subjektivierung-der-grundrechte-eine-verfassungsrechtliche-sackgasse/>, DOI: 10.17176/2022/2/03-001135-0; s.a. Klaus Ferdinand Gärditz, Grundrechtsdogmatik auf dem Jahrmarkt der Wahrheiten?: Anmerkung zur Impfpflichtkritik von Ute Sacksofsky, VerfBlog, 2022/1/24, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/>, DOI: 10.17176/20220125-060250-0.

140 Kahl (Fn. 120), S. 185. Krit. dazu Hoffmann-Riem (Fn. 119), Der Staat 43, 2004, S. 213 („dezisionistisch“).

dem Gewissen folgt.¹⁴¹ Es liegt auf der Hand, dass insbesondere die „Realisierung“ von Wissensentscheidungen Konflikte mit anderen und mit den staatlichen Organen verursachen kann. Auch die Vertreter extensiver Glaubens-, Wissens- und Bekenntnisfreiheit räumen ein, dass der Schutz nicht absolut sein kann.¹⁴² Bei der Bestimmung der Verfassungswerte, die dem „Ausleben“ der Freiheit entgegenstehen können, gelangen auch sie zu durchaus weitreichenden Grenzen. So lehnt Böckenförde es zwar ab, sich auf die Wertordnung des Grundgesetzes zu berufen,¹⁴³ und setzt „die unüberschreitbaren Grenzen der Wissensfreiheit [...] erst dort an, wo die elementaren, letzten Zwecke des modernen Staates [...] unmittelbar bedroht sind“ – aber damit sind ebenfalls wertgeladene und vor allem sehr weit gefasste Ziele gemeint, nämlich „der innerstaatliche Friedenszustand, der Bestand des Staates und die Möglichkeit seiner Sicherung nach außen, die Sicherung von Leben und Freiheit der Person, die unbedingt zu schützenden Rechte der einzelnen“.¹⁴⁴ Böckenförde spricht auch von „elementarer Sozialverträglichkeit“ und fordert von dem die Wissensbetätigung behindernden oder ahndenden Staat zumindest Respekt vor der Wissensüberzeugung.¹⁴⁵ Als praktischer Ansatz einer Überwindung von Wissenskonflikten besteht ein „System von Toleranzen und partiellen Entpflichtungen“, wie es für den wichtigsten Fall, die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe, in Art. 4 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 12a Abs. 2 GG eingerichtet worden ist.¹⁴⁶

Das BVerwG hat die Wissensfreiheit von Soldaten noch stärker betont als das BVerfG. Während das Verfassungsgericht das Interesse eines im Prüfungsverfahren abgelehnten Kriegsdienstverweigerers an der „Freiheit von jeglichem Zwang gegenüber seiner Wissensentscheidung“ mit der Rücksicht auf die „Sicherung des inneren Gefüges der Streitkräfte“ abwägt und der „Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verfassungsrechtlichen Rang zubilligt,¹⁴⁷ dreht das BVerwG die Argumentation sozusagen um und erklärt, „zur Gewährleistung der ‚Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung‘ nach dem Grundgesetz gehöre es, stets sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Wissensfreiheit nicht beeinträchtigt“ werde.¹⁴⁸ In dem vom BVerwG behandelten Fall hatte ein Offizier die Mitwirkung an der Entwicklung eines militärischen Software-Programms verweigert, das geeignet gewesen sei, völkerrechtswidrige Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen. Das BVerwG sprach den Offizier vom

141 BVerwGE 127, 302, 327. Ausführlich dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Wissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), S. 33-88, auch in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1992, S. 200-263 (215 ff.). Das BVerfG führt das Grundrecht der Religionsfreiheit in seinem Urteil über das Schächten nur als Verstärkung der Berufsfreiheit an.

142 Böckenförde (vorige Fn.), VVDStRL 28 (1970), S. 54 und 83; Udo Di Fabio, Art. 4, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rn. 73. Di Fabio hegt sogar „erhebliche Zweifel an der Justiziabilität der Wissensfreiheit“ (aaO. Rn. 74).

143 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 228 f.

144 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 231 f.

145 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 232.

146 Ein anderer Fall ist die Ablehnung der Tötung von Tieren durch Jagdverpflichtete aus „ethischen Gründen“, für den § 6a BJagdG eine Alternative vorsieht.

147 BVerfGE 28, 243, 261.

148 BVerwGE 127, 302, 366.

Vorwurf eines Dienstvergehens frei. Eine Abwägung lehnte das BVerwG ausdrücklich ab;¹⁴⁹ die Lösung solcher Konflikte sei „im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz“ zu suchen, die die *beiden* kollidierenden Rechtsgüter möglichst wenig beeinträchtigt. Ob die Lösung dieses speziellen Falles noch überzeugt, wenn sich viele Soldaten gleichzeitig auf Gewissensnot berufen, lässt sich bezweifeln. Es ist schwer vorstellbar, dass der Staat auch künftig die Bewertung eines für die Bundeswehr relevanten militärischen Handelns als völkerrechtswidrig der Gewissensprüfung des einzelnen Soldaten überlassen kann.

Es wird aber aller Voraussicht nach künftig weitere Fälle geben, in denen Einzelne (oder sogar ganze Gruppen von Menschen) sich auf ein Gebot ihres Glaubens oder Gewissens berufen, um staatlichen Normen den Gehorsam zu verweigern. Wie diese Fälle letztlich gelöst werden sollen und können, ist offen.¹⁵⁰

Sehr zweifelhaft erscheint es, ob die von der Rechtsprechung anerkannte „negative Religionsfreiheit“¹⁵¹ auch das Recht umfasst, vor der Wahrnehmung fremder Religionsausübung geschützt zu werden. Darin läge letztlich ein Rückfall hinter die religionspolitischen Friedensschlüsse der europäischen Geschichte, nach denen die verschiedenen Konfessionen an denselben Orten friedlich nebeneinander leben konnten und damit auch die Glaubensäußerungen der jeweils anderen tolerieren mussten. Ein gegen den Staat gerichtetes Verbot, religiöse Wahrzeichen wie das christliche Kreuz so anzubringen, dass auch Andersgläubige sie wahrnehmen können, kann zwar durch die objektiv-rechtliche Trennung von Staat und Kirche geboten sein, aber die Erfindung eines subjektiven Rechts, die Religionsausübung anderer Menschen nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen, also davon „unbehelligt“ zu bleiben,¹⁵² ist in einer multireligiösen Gesellschaft verfehlt. Nur wenn der Staat mit dem Herausstellen religiöser Symbole Menschen anderer Religionen einschüchtern wollte, könnte ein Abwehrrecht in Frage kommen.¹⁵³ Die Position des BVerfG entspricht allerdings der seit dem Elfes-Urteil vertretenen Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG als subjektives Recht auf Einhaltung der objektiven Rechtsordnung.

149 BVerwGE 127, 302, 366.

150 Böckenförde (Fn. 141), VVDStRL 28 (1970), S. 80 meint, zu der „Normallage“, die für die Auslegung vorausgesetzt werden müsse, gehörten auch der Umstand, „dass die Zahl der Gewissen, die an dieser oder jener Stelle in Konflikt zur staatlichen Rechtsordnung geraten, erfahrungsgemäß gering“ sei, und „die staatsbürgerliche Loyalität. d.h. insbesondere auch der Verzicht darauf, die Gewissensfreiheit als politische Waffe zu gebrauchen“.

151 BVerfGE 93, 1, 15 f. – „Kruzifix“-Beschluss.

152 Das BVerfG räumt ein, dass der Einzelne kein Recht darauf hat, „von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen *verschont* zu bleiben“, wohl aber darauf, nicht „dem *Einfluss* eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, *ausgesetzt*“ zu sein (BVerfGE 93, 1, 16 – Hervorhebung durch den Verf.). Bei dieser spitzfindigen Unterscheidung soll wohl entscheidend sein, dass der Staat diese Lage geschaffen hat. Die Art und Weise der Einwirkung auf die „Rezipienten“ ist damit aber nicht geklärt.

153 Zu der überzogenen Kritik an der Kruzifix-Entscheidung vgl. etwa Günter Frankenberg, Die Verfassung der Republik, Baden-Baden 1996, S. 222 ff.

e) Ein Grundrecht ohne Schutzbereich

Das vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat keinen Schutzbereich wie die Handlungsfreiheiten, und sein Gewährleistungsgehalt ist so umfassend, dass Eingrenzungen erst auf der Stufe der Beeinträchtigung möglich sind. Zwar ist in den Datenschutzgesetzen von den verschiedenen Formen des Umgangs mit personenbezogenen Daten die Rede, auf die sich die datenschutzrechtlichen Vorschriften beziehen, aber dieser „Tatbestand“ der einschlägigen Gesetze ist nicht wirklich abgrenzbar: mit den geschützten „Daten“ sind in Wahrheit nur die persönlichen Informationen gemeint, die (im Gegensatz zu den auf materiell fassbaren Trägern gespeicherten Daten) nicht sichtbar, nicht greifbar und nicht monopolisierbar sind, sondern flüchtig, veränderbar und immer wieder neu entstehend. Die Praxis ignoriert diese Lage und setzt mit den Bemühungen um eine halbwegs praktikable Eingrenzung des ubiquitären Datenschutzes bei der Prüfungsstufe „Eingriff“ an – mit der Gefahr der Vermischung verschiedener Argumente rechtlicher und tatsächlicher Art und in der Regel ohne realistische Risikoeinschätzung, daher im Ergebnis alles andere als überzeugend.¹⁵⁴ Die eigentliche Abwägung der Rechte und Interessen findet in diesem Bereich also auf der Grundlage einer ungenauen bzw. selektiven Wahrnehmung der tatsächlichen Verhältnisse statt.

f) Grundrechtsgehalte und Grundrechtsvoraussetzungen

Die expansive Auslegung, wie sie insbesondere beim Datenschutz-Grundrecht praktiziert wird, beruht teilweise auf einer Verwechselung von Grundrechtsgehalt und Grundrechtsvoraussetzungen.¹⁵⁵ Wenn das BVerfG z.B. im Volkszählungs-Urteil erklärt, dass „in seiner Freiheit [zur Selbstbestimmung] wesentlich gehemmt“ werden könne, wer „nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind“ [usw.], und damit den Schutzanspruch des Einzelnen gegen die Verwendung „seiner“ Daten begründet,¹⁵⁶ dann beschreibt es einen wünschenswerten Zustand der Gesellschaft,¹⁵⁷ der aber durch die Wahrnehmung eines individuellen Grundrechts nicht hergestellt werden kann, selbst wenn viele Individuen dies gleichzeitig versuchen. Die totale Transparenz aller Datenströme und -verwendungen ist ohnehin nicht realisierbar; das war wohl dem BVerfG im Jahre 1983 noch nicht bewusst.

Überdies kann und soll sich der Einzelne gerade dann auf sein Grundrecht berufen, wenn (noch) keine hinreichende Transparenz besteht, die allgemeinen Verhältnisse also gerade verbesserungsbedürftig sind. Die Voraussetzungen der Freiheitsausübung

154 Vgl. die Urteile in Sachen Kfz-Kennzeichenerfassung: BVerfGE 120, 378; 150, 244; 150, 309; dazu Bull, Der Individualrechtsschutz und die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens, AöR 145 (2020), 291 (295 ff.).

155 So schon Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, S. 156 ff. (165 Rn. 11).

156 BVerfGE 65, 1, 43.

157 Deshalb spricht das BVerfG im folgenden Satz des Urteils auch von „einer Gesellschaftsordnung und der sie ermöglichenden Rechtsordnung“.

müssen auch in anderen Zusammenhängen gegeben sein, bevor von einem Grundrecht auf bestimmte Schutzmaßnahmen gesprochen werden kann. Die Justiz ist z.B. nicht dazu eingerichtet, den Opfern von Straftaten eine aus ihrer Sicht gerechte Bestrafung aller Täter zu gewährleisten; das wird verkannt, wenn ein subjektives „Recht auf Strafverfolgung“ behauptet wird.¹⁵⁸ Auch ein „Recht auf schulische Bildung“ ist als Grundrecht viel zu allgemein formuliert.¹⁵⁹ Das individuelle Recht, Unterricht zu erhalten, ist durch die Schulgesetze hinreichend gesichert, und ein weiterreichendes Recht mag als politische Forderung nach Ausbau der Schulen begründet sein; als verfassungsrechtliche Aussage aber soll es eine Verpflichtung des Landes zu umfassender Planung und schulpolitischen Ausgestaltung sowie zum Bau und zur Einrichtung von Gebäuden und Anstellung von Lehrern begründen – womit die Entscheidungen doch wieder an die Exekutive zurückdelegiert werden müssten.

Zur Freiheitssicherung reicht es vermutlich in den meisten Fällen aus, dass bei der Anwendung des einfachen Rechts der Teilhabeanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG aktiviert wird, also die vorhandenen Normen über die Klageerzwingung angewendet werden bzw. die gleichmäßige Beachtung des jeweils geltenden Schulrechts mitsamt der Schulpflicht angemahnt wird. Wo der Rückgriff auf die geltende einfach-gesetzliche Ordnung nicht möglich ist – wie etwa beim Klimaschutz, dessen Durchführung in vielen Bereichen (wie etwa Straßenverkehr und Gebäudequalität) noch sehr unbestimmt geregelt und von zahllosen ungewissen Faktoren abhängig ist –, kann es zwar um der Öffentlichkeitswirkung willen angebracht erscheinen, dass das Verfassungsgericht eine Pflicht des Staates zur Planung der existenziell notwendigen Maßnahmen aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit herleitet. Das kann aber bei Beachtung der Konsequenzen nur eine objektivrechtliche Pflicht sein:¹⁶⁰ Wenn jeder und jede künftig eventuell betroffene Mensch auf der ganzen Welt diese staatliche Aktivität einklagen kann,¹⁶¹ ist eine rationale Planung durch die Exekutive und vor allem der ebenso notwendige politische Ausgleich zwischen den tatsächlich vertretenen Positionen nicht mehr möglich; das Gestaltungsermessen der Politik ist dann nicht mehr realisierbar.¹⁶²

158 BVerfG, 2. Kammer des II. Senats, B.v.15.1.2020, NJW 2020, 675 – Zwangsfixierung eines Patienten.

159 BVerfGE 159, 355. S. aber Munaretto (Fn. 74), Der Staat 62, 2023, 419 ff.

160 Anders jedoch das BVerfG im Klima-Beschluss BVerfGE 157, 30 (Leitsatz 4 Satz 2 und Rn. 148); *ergänzend* wird dort „im Bezug auf künftige Generationen“ eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung angenommen (Leitsatz 1 Satz 3). Kritisch dazu Berkemann (Fn. 90).

161 So im Ansatz BVerfGE 157, 30 (Leitsatz 2 c) Satz 1) und Rn. 101 sowie Rn. 173 ff.: Beschwerdebefugnis, aber keine Schutzpflichtverletzung bei Personen, die in Bangladesch und Nepal leben.

162 Der Klima-Beschluss des BVerfG verpflichtet den Gesetzgeber nur zur „Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031“ (BVerfGE 157, 30, 33 [Entscheidungsformel] und Rn. 266) – also eine „Maßnahme“, die am Zustand der Umwelt noch nichts ändert.

4. Die Anknüpfung bei der „Wertordnung“ des Grundgesetzes

a) „Verfassungsunmittelbare Schranken“, „Verfassungsgüter“ und „Wertordnung“ des Grundgesetzes

In der Judikatur des BVerfG ist die Formel von den „verfassungsunmittelbaren Schranken“ der an sich „unbeschränkten“ Grundrechte immer wieder bestätigt (und verkürzt) worden, so etwa in der Entscheidung über das politische Straßen-theater „Anachronistischer Zug“, in der es heißt, dass „auch die Kunstfreiheit Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung finden“ kann, „die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen.“¹⁶³

Als „Verfassungsgüter“ sind inzwischen außer dem Persönlichkeitsrecht zahlreiche Zielvorstellungen und anzustrebende soziale Zustände anerkannt, die der Kunstfreiheit, aber auch anderen Grundrechten entgegengesetzt werden können. Damit kann die anfängliche Vorstellung von großen Freiheitsräumen ganz erheblich relativiert werden. Ob das wirklich angemessen ist und welche alternativen Ansätze es geben könnte, sollte näher erörtert werden.

Im „Mephisto“-Urteil hat das BVerfG – dem Lüth-Urteil folgend – betont, dass das GG „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet“ habe und dass solche „grundrechtlichen Wertmaßstäbe“ auch bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu beachten seien.¹⁶⁴ Bei der gebotenen Abwägung hat es berücksichtigt, ob von dem Grundrecht zum Zwecke privater Auseinandersetzungen oder zur Bildung der öffentlichen Meinung Gebrauch gemacht wurde; soweit es sich um „einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch eine dazu Legitimierten“ handelt, spreche „die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“¹⁶⁵ – eine nicht ganz selbstverständliche Aussage.

b) Kritik der „Wertordnungs“-Rechtsprechung

Die „Wertordnungs“-Rechtsprechung und die Vorstellung von der „Einheit des Wertsystems“ sind von Anfang an kritisiert und teilweise explizit und nachdrücklich abgelehnt worden. So hat Helmut Goerlich seine Rechtsprechungsanalyse in dem Satz

163 BVerfGE 67, 213, 228 – Anachronistischer Zug. Ebenso BVerfGE 119, 1, 23 – Roman „Esra“ von Maxim Biller.

164 BVerfGE 7, 198, 205 f.; 30, 173, 193. Im gleichen Sinne hat Peter Häberle (Fn. 113; S. 4 ff., 12 ff., 21 ff.) die Grundrechte als ein „objektives, einheitliches System von konstitutiver Bedeutung für das Ganze der Verfassung“ bezeichnet, das u.a. durch „wechselseitige Bedingtheit zwischen den einzelnen Verfassungsrechtsgütern“ und durch die „Verschränkung von öffentlichen und privaten Interessen bei Grundrechten und Grundrechtsbegrenzungen“ gekennzeichnet sei. Gegen Häberles „Theorie des großen Ineinander“ und die Vorstellung von der „materialen Einheit der Verfassung“ schon die Rezension durch Peter Lerche, DÖV 1965, 212 (213 f.). Zu Geschichte und Kritik des neuen Verfassungsverständnisses lesenswert auch Thomas Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe, 2018, S. 199 ff. (mit Auswertung der internen Materialien des Gerichts).

165 BVerfGE 7, 198, 212.

zusammengefasst: „Die Formeln von ‚Wertordnung‘, ‚Wertsystem‘ und ‚Wertvorstellungen‘ der Verfassung o.ä. entbehren jeder Legitimität, weil sie Arkancharakter besitzen“.¹⁶⁶ Goerlich weist methodisch nach, dass die „aus der kantianischen Tradition des 19. Jahrhunderts stammende Redeweise von ‚Werten‘ und deren ‚Ordnung‘ oder ‚System‘ nach und mit Kant bei der Anwendung allgemeiner Sätze nicht zur konkreten Begründung eines bestimmten Resultats der Anwendung dienen kann“.¹⁶⁷ Demgemäß wird „die rechtspraktische Verwendung der thematisierten Terminologie im Interesse der Wahrung der judiziellen Begründungspflicht verworfen“.¹⁶⁸

Dem BVerfG konnte entgegengehalten werden, dass seine „Wertordnungs“-Rechtsprechung im Kern der Idee von einem dem staatlichen Recht übergeordneten Naturrecht oder einem philosophisch begründeten „Sittengesetz“ entspreche – solche Vorstellungen hatte das Gericht in Auseinandersetzungen mit dem BGH gerade abgelehnt.¹⁶⁹ Die Lehre von den „objektiven“ Normen, die zwar keine subjektiven Rechte betroffener Individuen begründen, aber den darin bezeichneten Werten dadurch Geltung verschaffen sollen, dass die staatlichen Organe zu entsprechenden Handlungen verpflichtet würden, baut auf der Vorstellung von der Ordnung (und Rangordnung) der in der Verfassung bekräftigten Werte auf und kann nur so weit tragen, wie diese Wertordnung als verbindlich angenommen wird. Inhaltlich passt sie zwar zu der gerade in Deutschland weit verbreiteten Neigung, praktische Konflikte mit Hilfe hochabstrakter und moralisch aufgeladener Begriffe lösen zu wollen, aber gerade diese Versuche scheitern meist an der Mehrdeutigkeit der verwendeten Formeln und dem Mangel an Realitätsbezug. Auch die Vorstellung von Europa als einer „Wertegemeinschaft“ wirkt nur schwach in die politische Wirklichkeit des Kontinents hinein.¹⁷⁰

Andererseits wäre es keine akzeptable Alternative, jegliche Einbindung der ausdrücklich gewährleisteten Grundrechte in eine ungeschriebene Ordnung höchstrangiger Prinzipien zu leugnen, die den „Geist der Verfassung“ ausmachen und als ultima ratio auch Einschränkungen rechtfertigen. Art. 1 GG nennt in Absatz 1 nicht nur den Schutz der Menschenwürde als das überpositive Staatsziel, sondern verweist in Absatz 2 auf „unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte“. Dieses „Bekenntnis“ impliziert mehr als eine Bekräftigung der „nachfolgenden“ ausformulierten Grundrechte.

Ein Ansatz zur Konkretisierung dieser Argumentation bestand und besteht in der „Mobilisierung von grundgesetzlichen Kompetenzbestimmungen als normativer Hort von Verfassungsgütern“; dass sich daraus aber „ein uferloses Kollisions- und Beschränkungspotential“ ergeben kann,¹⁷¹ liegt auf der Hand. Darüber noch hinaus wurden in Abwägungen zwischen Grundrechten und Verfassungsgütern hochabstrakte po-

166 Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz. Baden-Baden 1973, S. 187. Scharf kritisch auch Erhard Denninger, Staatsrecht I, Reinbek 1973, S. 25 ff.

167 Goerlich (Fn. 166), S. 189.

168 Goerlich (Fn. 166), S. 190.

169 Auch dazu Darnstädt (Fn. 164).

170 Distanziert auch insofern Goerlich, in: Menschenrechte zwischen Aufklärung und Fundamentalismus – Fragen zu ihrer Auslegung, JöR 55 (2007), 73, 87 (m.w.N.).

171 Matthias Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 Rn. 44, s.a. Rn. 47.

litisch-normative Begriffe zugrunde gelegt,¹⁷² so die „Sicherung der Existenz und Funktionsfähigkeit des Staates“,¹⁷³ die „obersten Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates“,¹⁷⁴ und die geradezu inflationär gebrauchte „freiheitliche demokratische Ordnung“.¹⁷⁵ „Funktionsfähigkeit“ wird gefordert für die Volksvertretungen,¹⁷⁶ speziell „die Rechtspflege“¹⁷⁷ und die Bundeswehr.¹⁷⁸ Auch eine „sichere Krankenversorgung“¹⁷⁹ und die „Volksgesundheit“¹⁸⁰ wurden als verfassungs-unmittelbare Rechtsgüter angesehen. Seit Einfügung des Art. 20a in das GG hat auch der Umweltschutz und seit einigen Jahren auch, wie schon behandelt, der Klimaschutz die Bedeutung von Verfassungsgütern erlangt.

Insgesamt aber ist die Bezugnahme auf „Werte“ oder „Verfassungsgüter“ seltener geworden. So zitiert das BVerfG in dem grundlegenden Beschluss vom 27.4.2022 zur Impfnachweispflicht die Gesetzesbegründung, in der (statt „Volksgesundheit“) der „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ als Gesetzeszweck genannt wird, distanziert sich aber sogleich von diesem altmodisch gewordenen Begriff, indem es feststellt, dass es dem Gesetzgeber bei richtiger Deutung allein um den Schutz „der als besonders vulnerabel eingeschätzten Personengruppen vor einer COVID-19-Erkrankung“ gegangen sei.¹⁸¹ „Lebens- und Gesundheitsschutz“ seien „bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke.“¹⁸²

c) Klärungs- und Differenzierungsbedarf

Um als Argument bei der Bestimmung von Grundrechtsgrenzen geeignet zu sein, müssen Rückgriffe auf verfassungsunmittelbare Rechtsgüter in mehrerlei Hinsicht eingengt und mit konkreten Szenarien angereichert werden: beginnend mit der Klärung, ob die Erhaltung eines Zustandes (z.B. geringer Krankenstand in der Gesamtbe-

172 Eine Zusammenstellung etwa bei Stern (Fn. 110), S. 15 f.; s.a. (mit kritischer Bewertung) Heiko Sauer, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Vorb. vor Art. 1, Rn. 158 ff.

173 BVerfGE 49, 24 (56 f.) – Kontaktsperregezet; 67, 157 (178 f.) – strategische Überwachung des Post- und Telefonverkehrs.

174 BVerfGE 2, 1, 14 – SRP-Verbot.

175 Art. 21 Abs. 2 GG; BVerfGE 2, 1, 12 f.; 5, 85, 139; ausführlich dazu Erhard Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Erster Teil, Frankfurt/Main 1977, S. 65 ff. (mit Materialien). Zu der Kritik in der Lit. vgl. BVerfGE 844, 20 Rn. 534 ff.

176 BVerfGE 82, 322, 338 – Sperrklausel bei gesamtdeutscher Wahl 1990.

177 Vgl. etwa BVerfGE 77, 65, 76 – ZDF-Filmmaterial („unabweisbare Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“); 80, 367, 375 – Tagebuchaufzeichnungen).

178 BVerfGE 28, 243, 261; 69, 1, 21; BVerwGE 63, 99, 101; 73, 237, 244 f.; 127, 302, 364; 168, 323, 327 f. Rn. 15. Krit. zur Formel von der „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ als Norm von verfassungsrechtlichem Rang jedoch das BVerwG in der Grundsatzentscheidung BVerwGE 127, 302, 362 ff. Zu beachten ist aber auch die ausdrückliche Ermächtigung zu Grundrechtseinschränkungen in Art. 17a GG.

179 BVerfGE 57, 70, 88 – Hessisches Universitätsgesetz.

180 U. a. BVerfGE 9, 39 ff.; 40, 196, 221.

181 BVerfGE 161, 299, 361 f. Rn. 154.

182 BVerfGE 161, 299, 362 f. Rn. 155.

völkerung oder in Teilen davon) oder die Verbesserung eines bestehenden Zustandes angestrebt wird – der Unterschied kann zu ganz unterschiedlichen Lösungen führen. Das Ziel ist damit jedenfalls noch nicht eindeutig benannt; in der Regel bezeichnet ein Zielbegriff eine breite Skala von nur teilweiser (also nur in einer geringen Zahl von Anwendungsfällen feststellbarer) bis zu weitgehender Erfüllung. Vollständig („hundertprozentig“) erreichbar ist kaum ein Ziel, das der Staat mit seinen Maßnahmen anstrebt – und eben darin ist ein Stück Freiheitlichkeit des Gemeinwesens erkennbar.¹⁸³

Aus der Kritik an der „Wertordnungs“-Lehre folgt, dass die zur Abwägung gestellten Rechtsgüter (Verfassungsgüter) nicht pauschal einander gegenübergestellt werden, sondern so konkret und differenziert wie möglich benannt werden sollten. Es handelt sich – auch bei weitgehender Konkretisierung – immer um „Prinzipien“ („Optimierungsgebote“), nicht „Regeln“.¹⁸⁴ Die betreffenden Werte oder Zielvorstellungen sollen „in möglichst hohem Maße realisiert“ werden (während „Regeln“ solche Normen sind, „die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“).¹⁸⁵ Prinzipien können in unterschiedlichem Maße bewahrt (oder auch vernachlässigt) werden; entscheidend ist, dass sie angemessen gegeneinander abgewogen werden.

d) Die angemessene Abwägung

Wenn der erste Klärungsschritt gelingt, ist der Prozess der Zuspitzung des jeweiligen Ziels noch lange nicht beendet. Folgen muss die Untersuchung, ob die geplanten bzw. zur Überprüfung anstehenden staatlichen Maßnahmen geeignet, notwendig und verhältnismäßig sind. Die Legitimität des Ziels reicht nicht aus, um alle in Betracht kommenden Mittel zu rechtfertigen. Der Schluss von einer Aufgabe auf die Befugnis zur Anwendung geeigneter Mittel liegt zwar nahe; auch das BVerfG hat ihn (in einer besonders wichtigen Entscheidung) gezogen.¹⁸⁶ Später hat das BVerfG diese „Folgerungsweise des Polizeistaates“¹⁸⁷ dadurch verdrängt, dass es zur „Disziplinierung der Polizeigewalt“¹⁸⁸ das Verhältnismäßigkeitsprinzip aktiviert hat. Mit der sorgfältigen Prüfung von Eignung, Notwendigkeit und Angemessenheit der staatlichen Maßnahmen hat es darüber hinaus in zahllosen Rechtsgebieten darauf geachtet, dass der Staat seine Befugnisse nicht im „Übermaß“ einsetzt.¹⁸⁹

183 Bull (Fn. 154), AöR 145 (2020), 291, 311 f.

184 Alexy, (Fn. 1), S. 71 ff.

185 Alexy (Fn. 1), S. 75 f.

186 BVerfGE 30, 1, 20: „Es kann nicht der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrags nötig sind“. Wie notwendig das Abhören privater Telefongespräche seinerzeit wirklich war, wird vom BVerfG nicht erörtert.

187 Werner Frottscher/Bodo Pieroeth, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl. München 2019, Rn. 908.

188 Frottscher/Pieroeth (vorige Fn.).

189 Zur Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen bei der Prüfung von Pandemie-Abwehrmaßnahmen: Markus Thiel, Freiheit vs. Sicherheit? Grundrechtliche Aspekte der

Für die Angemessenheit gibt es jedoch kaum hinreichend konkrete Maßstäbe; diese werden regelmäßig erst bei der Prüfung im Einzelfall aus den besonderen Umständen des jeweiligen Falls entwickelt. Manche frühere Entscheidungen des BVerfG, in denen „Verfassungsgüter“ gegen Grundrechte ins Spiel gebracht wurden, sind schon seinerzeit kritisch hinterfragt worden, so etwa wenn um der wirksamen Strafrechtspflege willen die Verwendbarkeit intimer Aufzeichnungen bejaht wurde,¹⁹⁰ während andere wegen ihrer sorgfältigen Argumentation von der Wissenschaft überwiegend akzeptiert wurden.¹⁹¹

Heute besteht dabei nicht nur die Gefahr, dass Individualinteressen zu gering gewichtet werden, sondern es gibt – gleichzeitig, aber in ihren konkreten Wirkungen nicht vorhersagbar – eine Tendenz, manche Gemeinwohlüter hintanzustellen. So ist die zügige und wirkungsvolle Arbeit der Strafgerichte nicht nur durch individual-schützende Auflagen im Sinne eines weit verstandenen, auch minimale Risiken beachtenden Datenschutzes schwieriger geworden,¹⁹² sondern z.B. in Auslegung des Art. 104 Abs. 1 GG auch durch immer höhere Anforderungen an das Verfahren und die Formen bei Freiheitsentziehungen – eine geradezu selbstläufige Entwicklung, die dem Verfassungstext konsequent Rechnung trägt.¹⁹³

Geboten bleibt angesichts der Fülle üblicher (normativer!) Globalformeln die gründliche Prüfung der tatsächlich feststellbaren Wirkungszusammenhänge. Ist z.B. die „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ wirklich (immer) gefährdet, wenn ein Soldat die Generalität in herabsetzender, unsachlicher Weise kritisiert?¹⁹⁴ Gilt das auch, wenn Soldaten sich in den Kasernen kritisch über Mängellagen in der Organisation äußern? Eine solche Diskussion könnte unter Umständen sogar Verbesserungsvorschläge hervorbringen. Schwer vorstellbar ist auch, dass die „sichere Krankenversorgung“¹⁹⁵ durch die Ausübung der Kunstfreiheit gefährdet werden kann oder dass die „Erfordernisse einer sozialstaatlichen Ordnung“¹⁹⁶ durch grundrechtskonforme Verhaltensweisen Einzelner in Unordnung geraten können.

Pandemiebekämpfung, in: Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), Politik zwischen Macht und Ohnmacht, Wiesbaden 2022, S. 49 (71 ff.).

190 BVerfGE 80, 367 – eine 4:4-Entscheidung des II. Senats.

191 So etwa die Billigung der Kontaktsperre gegenüber gefangenen Terroristen, BVerfGE 49, 24.

192 Ausführlich Bull, Grundsatzentscheidungen (Fn. 51).

193 Vgl. etwa die Zusammenstellung der Anforderungen an die Aufklärungs-, Begründungs- und Beschleunigungspflicht bei Veith Mehde (Fn. 58), in: Dürig/Herzog/Scholz Art. 104 GG Rn. 91 ff., 128 ff., 147 ff. und 153 ff. Durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG werden Verstöße gegen die im einfachen Recht vorgeschriebenen Formen der Freiheitsentziehung zugleich Verletzungen der Verfassung (Mehde aaO. Rn. 52; s. schon oben Fn. 58).

194 So jedenfalls mit überzeugenden Gründen BVerfG, 3. K. des II. Senats, NVwZ-RR 2008, 330. Das Gericht begnügt sich (wie auch in anderen Fällen) nicht mit der Feststellung, dass das Soldatengesetz ein „allgemeines“, der Meinungsfreiheit Schranken setzendes Gesetz ist, sondern prüft auch die Anwendung und Auslegung seiner Einzelnormen durch das Fachgericht im Sinne der Wechselwirkungs-Lehre.

195 BVerfGE 57, 70, 88.

196 BVerfGE 10, 354, 370 f.; 29, 221, 235.

e) Gleichheit als konkurrierendes Prinzip?

Eine Form der Grundrechtseinschränkung ergibt sich aus dem Gleichheitsgebot. Das Grundgesetz schützt nicht nur das Freiheitsstreben, sondern postuliert auch die Gleichheit aller Menschen „vor dem Gesetz“ (Art. 3 Abs. 1). Aber das Problem ist eben, *wie* eine Harmonie von Freiheit und Gleichheit realisiert werden soll, ja ob überhaupt Gleichheit in allen Dimensionen gelten soll. Freiheit bedeutet in den meisten Lebensbereichen – nicht nur in der Wirtschaft – Wettbewerb. Damit ist zwar nach der Grundsatzformel des BVerfG keine „Wirtschaftsverfassung“ festgelegt,¹⁹⁷ aber die liberale Interpretation der wirtschaftsbezogenen Grundrechte führt zwingend zum Konkurrenzkampf und damit zur Ungleichheit der Ergebnisse. Auch in Kunst und Wissenschaft wird Wettbewerb propagiert und praktiziert; Gleichheit der künstlerischen und wissenschaftlichen Produktion und damit Gleichheit des sozialen oder wirtschaftlichen Status ist unerwünscht.

Konsequente Gleichbehandlung ist überall da geboten, wo ein Grundrecht unabhängig von besonderen Eigenschaften oder Verhältnissen des Grundrechtsträgers gewährleistet ist, also etwa beim allgemeinen Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 Satz 1) und (wegen ihrer Bedeutung für die demokratische Teilhabe *aller* Bürgerinnen und Bürger) in den Schutzbereichen der politischen Grundrechte (Art. 5 Abs. 1 und Art. 8), aber auch dort, wo Unterschiede etwa der Bildung oder des Einkommens keine Rolle spielen sollen, also bei den für das Zusammenleben in der Gesellschaft ebenso wesentlichen „privaten“ Freiheiten, die in den Artikeln 9, 11 und 12 statuiert sind.¹⁹⁸ Je komplexer aber die zu bewertenden Lebensverhältnisse sind, desto differenzierter können sie rechtlich geordnet werden. So ist zwar auch das Steuerrecht von dem Grundsatz geprägt, dass jeder und jede Steuerpflichtige „ohne Ansehen der Person“, allein nach der Leistungsfähigkeit besteuert werden darf, aber die faktischen Unterschiede der Leistungsfähigkeit sind enorm groß, so dass schon dadurch der Maßstab der Gleichheit äußerst schwer anwendbar ist, und die Tatbestände der Steuergesetze sind unvermeidlich so vielfältig und untereinander verschieden, dass die Gleichheit der Besteuerung selbst bei Einsatz modernster Informationsverarbeitung kaum noch nachvollziehbar, geschweige denn vollständig planbar ist.¹⁹⁹

V. Bewertung und Ausblick

1. Im Ergebnis erweist sich die alltägliche Erfahrung als zutreffend, dass keines der grundgesetzlichen Grundrechte unbegrenzt oder schrankenlos gewährleistet und dementsprechend auch die Freiheit nicht „grenzenlos“ sein kann. Wie die Grenzen zu ziehen sind, ist für jedes Grundrecht gesondert und spezifisch zu bestimmen; dazu

197 BVerfE 4, 7, 17 f. – Investitionshilfegesetz; s.a. BVerfGE 50, 290, 337 f. – Mitbestimmung.

198 Wohl aber darf und muss u.U. auf das Alter und das Geschlecht der Grundrechtsträger abgestellt werden: Vergünstigungen für Jugendliche und Alte sind z. B. ebenso zulässig wie Entlastungen von Frauen und Kindern von schwerer körperlicher Arbeit. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist insofern zu schematisch angelegt.

199 S. aber z.B. BVerfGE 138, 136 zur Gleichbehandlung im Erbschaftsteuerrecht.

sind die tatsächlichen Verhältnisse, innerhalb derer das jeweilige Grundrecht ausgeübt wird, und die rechtlichen Bedingungen umfassend zu untersuchen. Bestimmte Auslegungsprinzipien folgen zeitgeistigen Vorstellungen oder sind durch neuere tatsächliche Entwicklungen fragwürdig geworden; auf diese Problematik ist besonders hinzuweisen. Entscheidungen des BVerfG zu umstrittenen Einzelfragen sind nach wie vor kaum prognostizierbar.

2. Die dominierende Form der Grundrechtsdogmatik, wie sie vom BVerfG geprägt worden ist, ist „*liberal*“. So wird gesagt, die „sorgfältige, ja akribische Darstellung des Wechselspiels zwischen Freiheit und Schranke“ im „Soldaten sind Mörder“-Urteil entspreche „mit ihren Ergebnissen ohne jeden Abstrich dem liberalen Verfassungsverständnis“.²⁰⁰ Ob aber dieses perfekt liberale Vorverständnis den tatsächlich vorkommenden Grundrechtskonflikten und den Idealen der Verfassungsautoren wirklich gerecht wird, ist nicht nur dann fragwürdig, wenn man die ausschlaggebende Argumentation in jenem konkreten Fall – nämlich die Suche nach der Auslegung, die dem Äußernden zu Lasten Dritter den größten Spielraum lässt – für falsch hält.

3. Frühere Bemühungen, die „*Wertordnung*“ des Grundgesetzes als übergeordnetes Leitsystem zu etablieren, sind gescheitert, auch wenn in manchen Zusammenhängen weiterhin auf „*Werte*“ und ihren Rang Bezug genommen wird. Allenfalls Kants Kategorischer Imperativ könnte noch als systematischer Urgrund der verschiedenen Grundrechte gelten. Aber damit wäre doch erst die Aufgabe formuliert, die von der juristischen Dogmatik (und der Kunst und Erfahrung der Richter) gelöst werden soll. Auch die in den Sozialwissenschaften viel beschworene Pfadabhängigkeit sozialer Entwicklungen hilft der Rechtswissenschaft kaum weiter; sie kann Kontinuität und Verlässlichkeit nicht garantieren – weil die Pfade, die die Vorgänger geebnet haben, zu breit sind und manchmal sogar Sackgassen darstellen, die vom Ziel wegführen. Das BVerfG hat aber eine Methode entwickelt, „*verfassungsunmittelbare*“ Rechtsgüter ohne naturrechtlich oder religiös begründeten Ewigkeitscharakter herauszufinden und mit den ausdrücklichen Grundrechten abzuwägen.

4. So wichtig auch der Schutz der hochrangigen Verfassungsgüter ist, so bleibt doch unbestreitbar, dass mit der stärkeren Inpflichtnahme des Staates für das individuelle Wohlergehen seiner Bürger die Tendenz zum verfassungsgerichtlichen *Paternalismus* gewachsen ist und letztlich die Gefahr besteht, dass die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gemindert wird – weil der vom Staat vermittelte, immer weitergehende Schutz der einen Seite bei der jeweils anderen Seite zur Belastung wird.

5. Die Expansion der Individualrechte und speziell die immer weitere Ausdehnung der Jedermanns-Befugnis, Verfassungsbeschwerde zu erheben, begründet einen erheblichen *Machtgewinn des BVerfG* und vermindert die Fähigkeit des politischen Systems, Entscheidungen zu erarbeiten und durchzusetzen, die zur Bewältigung der großen Staatsaufgaben – Umwelt- und Klimaschutz, Friedenssicherung, Wirtschaftswachstum, soziale Gerechtigkeit – erforderlich sind. Die begründete Sorge vor der Aufhebung politischer Beschlüsse durch das Verfassungsgericht fördert die Tendenz, sich auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu einigen. Im Extremfall könnte die Entmachtung des Gesetzgebers den Freiheitsgewinn der Einzelnen überkompensieren.

200 Bethge, in: Sachs, GG (Fn. 29), Art. 5 Rn. 33a.

6. Speziell die *Klimaschutz-Rechtsprechung* findet zwar den Beifall fast aller politischen Kräfte, aber ob sie dauerhaft zu unterschiedener Klimaschutzpolitik führt, ist durchaus zweifelhaft. Zu befürchten ist nämlich, dass die vom Gericht bekräftigten weitreichenden Ziele („intertemporaler Klimaschutz“, „Freiheitschancen über die Generationen“) trotz aller Bemühungen nicht erreicht werden. Für Regierung und Parlament ist es zwar leicht, Ziele festzulegen und auf richterliche Anordnung hin noch einmal zu verschärfen, aber es ist schwerer denn je, die materiellen Konflikte zu lösen, die einen effektiven Klimaschutz tatsächlich erschweren. Die Zielfestlegung erfordert nur mutige Beschlüsse der Verfassungsorgane, aber der eigentliche Streit in Politik und Gesellschaft betrifft die Maßnahmen, also die konkreten Entscheidungen zur Erreichung der hochgesteckten Ziele, insbesondere über das gebotene ressourcenschonende Konsumverhalten der Individuen, die Nachrüstung von Wohngebäuden sowie die Investitionen von Unternehmen und/oder die Unterlassung klimaschädlicher Investitionen. Diese Entscheidungen über praktische Politik können von den Gerichten nicht getroffen werden, weil ihre Auswahl und genaue Umschreibung weder von den Beschwerdeführern hinreichend eindeutig („normenklar“) beantragt noch von den Gerichten selbst vorgenommen werden kann. Wagt das Verfassungsgericht gleichwohl solche Entscheidungen, so sind sie nicht vollstreckbar. Je mehr solcher nicht umsetzbarer Entscheidungen ergehen, desto schneller wird sich der von ihnen ausgehende Reformschwung verbrauchen, und das Vertrauen in die Justiz wird ebenso enttäuscht werden wie das in „die Politik“.

7. Entscheidungen des BVerfG sind bisweilen in einem pathetischen Stil verfasst, der die Schwierigkeiten der Rechtsprechung kaschiert und in einem irritierenden Gegensatz zu dem des heute üblichen politischen Streits steht. Während die Sitten in den „sozialen“ Medien und teilweise auch in den parteipolitischen Auseinandersetzungen verrohen, legt das BVerfG seiner Beurteilung weiterhin das Bild von Bürgerinnen und Bürgern zugrunde, die ausschließlich rational und aufgeklärt handeln – und die, wenn das einmal nicht so sein sollte, keine schweren Folgen zu befürchten haben. Der Staat aber erscheint den Liberalen aller Parteien und eben auch dem BVerfG immer noch als der eigentliche Feind der Freiheit – eine Fehleinschätzung, nicht zuletzt weil das Gericht selbst die Politik immer wieder rechtsstaatlich eingebunden hat.

8. Die beschriebenen Dilemmata der Grundrechtsdogmatik verdeutlichen auch, dass die Rechtsprechung für Weiterentwicklungen offen ist. Es mangelt nicht an Vorschlägen und auch nicht an Lösungsansätzen, wie die Rechtsgemeinschaft auf (alte und neue) Konflikte eingehen könnte, sondern an Konsens über die Methoden und Wege der Konfliktlösung. Der Konsens muss auf den verschiedenen Ebenen der Volks- und Staatswillensbildung immer aufs Neue erarbeitet werden.