

MARTIN HOCHHUTH

Die Meinungsfreiheit  
im System des  
Grundgesetzes

*Jus Publicum*

153

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 153





Martin Hochhuth

Die Meinungsfreiheit  
im System des Grundgesetzes

Mohr Siebeck

*Martin Hochbuth*, Schauspielschule in Hamburg, Studium der Rechtswissenschaft, Politik und Philosophie in Hamburg, Konstanz und Freiburg i. Br.; 1998 Promotion; 2005 Habilitation; 2005 bis 2007 diverse Professurvertretungen am Institut für Öffentliches Recht sowie am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg i. Br. und einem öffentlich-rechtlichen Lehrstuhl der Universität Bielefeld.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Bonn.

e-ISBN PDF 978-3-16-151235-3  
ISBN 978-3-16-149073-6  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Was heißt denn eigentlich bei Verfassungen demokratisch? Gerade heute gefällt man sich darin, die Demokratie „weiterzuentwickeln“, indem man „progressistische“ Demokratien erfindet. [...] Mir persönlich liegt es, wenn von Demokratie gesprochen wird, eher dabei an die klassische Demokratie zu denken, für die bisher die Völker Europas gekämpft haben. Wenn wir das so Erkämpfte betrachten, dann finden wir, daß offenbar einige Merkmale erfüllt sein müssen, wenn von einer demokratischen Verfassung soll gesprochen werden können. [...] Ich für meinen Teil bin der Meinung, daß es nicht zum Begriff der Demokratie gehört, daß sie selber die Voraussetzungen für ihre Beseitigung schafft.<sup>1</sup>

Daß sich das Verfassungsleben schnell in eine Serie von Verfassungsstreitigkeiten auflösen wird [...] und wenn die Weimarer Verfassung an der Untreue zugrunde ging (was man heute ja behauptet), so hat das Grundgesetz alle Aussicht, an der Verfassungstreue zu sterben.<sup>2</sup>

Wir haben am Anfang das deutliche Gefühl gehabt, wir stellen jetzt Weichen: Wir sind die, die unsere künftige Rechtsordnung in ganzen prägen werden.<sup>3</sup>

Es handelt sich, weil wir auf das Gefäß des Gemeinwesens und des gemeinsamen Denkens nicht gut verzichten können, um eine der ganz seltenen Fragen, die die Souveränität betreffen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Carlo Schmid* am 8. September 1948 vor dem Parlamentarischen Rat (vgl. *Parlamentarischer Rat*, Plenum, Stenographischer Bericht von der 2. Sitzung vom 8.9.1948, S. 8ff., S. 13).

<sup>2</sup> Ungedruckter Brief *Ernst Forsthoffs* an *Carl Schmitt* vom 3. Dezember 1949 im Nachlaß *Carl Schmitt* im Nordrhein-Westfälischen Hauptstaatsarchiv, Düsseldorf, RW 265, unter der Nr. 3770, hier zitiert nach *Frieder Günther*, *Denken vom Staat her, Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970*, 2004, S. 86f. (mit Fn. 100).

<sup>3</sup> Bundesverfassungsrichter a.D. *Theodor Ritterspach*, Berichterstatter des „Lüth“-Urteils, im Rückblick auf die ersten Jahre der Rechtsprechung; Interview mit *Reinhard Appel* nach einem Konzept von *Dietmar Preißler*, geführt 1992. Hier zitiert nach *Thomas Henne* und *Arne Riedlinger* (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2005, S. 541f., S. 542.

<sup>4</sup> *Alexander Kluge*, *Die Macht der Bewußtseinsindustrie und das Schicksal unserer Öffentlichkeit. Zum Unterschied von machbar und gewalttätig*, in: *Klaus v. Bismarck, Günter Gaus, Alexander Kluge und Ferdinand Sieger* (Hrsg.), *Industrialisierung des Bewußtseins, eine kritische Auseinandersetzung mit den ‚neuen‘ Medien*, München und Zürich 1985, S. 51ff., S. 66.



## Vorwort

Vielen schulde ich Dank: Freunden, Angehörigen, Mitarbeitern, Kollegen. Manchem sogar in mehreren Hinsichten, etwa menschlich und fachlich, oder menschlich und praktisch, usw. – Erweise ich ihnen allen die gebührende Ehre hier, das Vorwort würde breit und persönlich.

Auf Grund der Gutachten *Dietrich Murswieks* und *Thomas Würtenbergers* hat die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau eine frühe Version dieser Schrift angenommen und mich am 10. Februar 2005 habilitiert.

Freiburg im Breisgau, den 30.12. 2006

*M.H.*



# Inhaltsübersicht

|  |          |
|--|----------|
| Motti . . . . .  | V        |
| Vorwort . . . . .  | VII      |
| Inhaltsverzeichnis . . . . .   | XV       |
| <i>Einleitung: Meinungsfreiheit und neues Verfassungssystem . .</i>  | <i>1</i> |
| I. Die beiden Untersuchungsthemen und ihre gegenseitige<br>Ergänzung . . . . .   | 2        |
| 1. Zum System des Grundgesetzes . . . . .  | 2        |
| 2. Zur Meinungsfreiheit . . . . .  | 4        |
| II. Art. 5 Abs. 1 GG als politisiertes Gebiet mit widersprüchlichen<br>Einzeldogmatiken . . . . .                                    | 5        |
| 1. Auseinanderfallen von geschriebenem Verfassungsrecht<br>einerseits, Literatur und Dogmatik andererseits . . . . .                 | 5        |
| 2. Erosionen der Normativität – insbesondere durch gerichtliche<br>Politik . . . . .   | 10       |
| 3. Insbesondere die Rolle der Gerichte . . . . .   | 16       |
| III. Die zweipolige Einheit des Projekts . . . . .   | 17       |
| 1. Die aus dem neuen Verfassungsbegriff folgende, teilweise andere<br>Verfassungsdogmatik am Beispiel von Art. 5 Abs. 1 GG . . . . . | 17       |
| 2. Zu den theoretischen Unterabschnitten . . . . .   | 20       |
| 3. Zum Problem des Verfassungswandels unter dem Grundgesetz . .  | 21       |
| IV. Insbesondere: Unterscheidung der Fragen des Art. 5 GG von den<br>prinzipielleren . . . . .                                       | 24       |
| V. Die Struktur der Untersuchung . . . . .   | 26       |
| 1. Begrifflich . . . . .   | 26       |
| 2. Geschichtlich . . . . .   | 27       |
| 3. Fachrechtlich: das Beispiel der Reklame . . . . .   | 27       |
| VI. Der Gang der Darstellung . . . . .   | 28       |
| Teil Eins . . . . .  | 28       |
| Teile Zwei und Drei . . . . .  | 30       |
| Teil Vier . . . . .  | 32       |
| Teil Fünf . . . . .  | 34       |
| Teil Sechs . . . . .   | 36       |

|  |     |
|--|-----|
| <i>Erster Teil: Schichten der „Lüth“-Debatte</i> . . . . .   | 38  |
| I. Die Fortdauer des Streits in der Sache „Lüth“ . . . . .   | 38  |
| II. Problemaufriß . . . . .  | 39  |
| 1. Von der Ungebundenheit des Gesetzgebers zur Ungebundenheit<br>des Gerichts: Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisions-<br>und Supertatsacheninstanz . . . . . | 39  |
| 2. Privilegierung und Funktionalisierung von Äußerungen –<br>„Zensur“ oder „funktionelles Grundrechtsverständnis“? . . . . .   | 50  |
| III. Differenzierungen bei der am Lüth-Urteil geübten Kritik . . . . .   | 62  |
| 1. Die Bezugs- und Wirkungssphären des Urteils . . . . .   | 62  |
| 2. Die einschlägigen Vermutungsregeln . . . . .  | 63  |
| 3. Verstetigung der Lüth-Debatte durch den Charakter des<br>Schutzgutes . . . . .  | 75  |
| 4. Gruppen der dogmatischen Kritik . . . . .   | 78  |
| IV. Fazit des Ersten Teils: Das Lüth-Urteil als Paradigma der<br>verfassungsdeterminierten Wertungsjurisprudenz . . . . .  | 80  |
| <i>Zweiter Teil: Eine „Meinungsfreiheitsverfassung“ im „Gefüge“<br/>   des Grundgesetzes?</i> . . . . .  | 82  |
| I. Unterscheidbarkeit und Nutzen von Teil- oder<br>Unterverfassungen . . . . .   | 82  |
| 1. Positivierte Überschneidungen als Normalität der Kodifikation . . . . .   | 82  |
| 2. Kriterien für Teilverfassungen . . . . .  | 84  |
| 3. Akzessorietät der Berufsausübungs- und der Eigentumsfreiheit<br>nach dem Grundgesetz . . . . .  | 88  |
| 4. Art. 5 GG in seiner Wirkung auf das Bürgerliche Recht und<br>andere Rechtsgebiete . . . . .   | 91  |
| II. Art. 5 Abs. 1 GG und die „Grundsätze“ des Art. 1 GG . . . . .  | 98  |
| Vorüberlegung: Die doppelte Verknüpftheit des Art. 5 Abs. 1 GG<br>mit Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .  | 98  |
| 1. Menschenbild, Menschenwürde und „staatliches Wächteramt“ . . . . .  | 99  |
| 2. Insbesondere der Idealismus und Humanismus des<br>Menschenbildes . . . . .  | 100 |
| 3. Freiheitsbetonung als paradoxe Infragestellung der Kontur des<br>Menschenbildes . . . . .   | 101 |
| III. Art. 5 Abs. 1 GG und die „Grundsätze“ des Art. 20 GG . . . . .  | 108 |
| 1. „Republik“ und „demokratischer ... Staat“ i.S. von Art. 20 Abs. 1<br>und 2 GG als „Grundsätze“ i.S. von Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .                                 | 108 |
| 2. Der staatsrechtlich relevante Teil des Streits um den<br>Demokratiebegriff . . . . .  | 116 |
| 3. Der Subjektbegriff des Demokratiebegriffs des Grundgesetzes . . . . .   | 120 |
| IV. Fazit des Zweiten Teils . . . . .  | 121 |

|  |     |
|--|-----|
| <i>Dritter Teil: Das Grundgesetz als qualitativer Sprung und die Folgen</i> . . . . .  | 124 |
| I. Der „Ewigkeitsanspruch“ des Grundgesetzes und insbesondere des Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .  | 124 |
| 1. Die Ansprüche auf Geschichtsfestigkeit im vorläufigen Grundgesetz . . . . .   | 127 |
| 2. Steigerung des Geschichtsfestigkeitsanspruchs des Art. 79 Abs. 3 GG seit dem 3. 10. 1990 und dem 4. 10. 1992? . . . . .   | 141 |
| 3. Logisch zwingende Erstreckung der Hemmungswirkung auf andere Gewalten und Teil-Änderungen . . . . .   | 143 |
| 4. Neue Qualität und neue und alte Problematiken . . . . .   | 144 |
| 5. Alter und wachsende Deutlichkeit der Grundsatzfrage. Flankierung des Art. 79 Abs. 3 GG durch die Verknüpfung der Art. 1ff., 19f., 70, 79, 93, 97, 100 Abs. 1 GG . . . . . | 147 |
| 6. Zusammenfassung von I . . . . .   | 148 |
| II. Die abgestufte Festigkeit der Rechte und Freiheiten als Folge . . . . .  | 149 |
| 1. Die gesteigerten Probleme . . . . .   | 149 |
| 2. Sphären-Überschneidungen zwischen Grundrechts-Schutzräumen . . . . .  | 150 |
| 3. Besonders ausgreifender Charakter einzelner Freiheitspositionen . . . . .   | 152 |
| 4. Demokratieprinzip . . . . .   | 161 |
| 5. Gewaltenteilung . . . . .   | 162 |
| 6. Ergänzungsvorschläge zur deutschen <i>preferred-freedoms</i> -Debatte . . . . .   | 163 |
| 7. Fazit . . . . .   | 182 |
| III. Zwiespältiges Verhältnis des Art. 79 Abs. 3 GG zur Geschichtlichkeit . . . . .  | 184 |
| IV. These zum Geistesfreiheiten-System des Grundgesetzes und dem Grundrechts- und Demokratie-Voraussetzungsschutz . . . . .  | 186 |
| V. Kulturgeschichtlicher Einwand: Westliche Verfassung und deutscher geistiger Sonderweg? . . . . .  | 188 |
| VI. Alltagstheoretische Einwände gegen den methodischen „Sonderweg“ . . . . .  | 197 |
| 1. Die historicistische Alltagstheorie . . . . .   | 197 |
| 2. Nüchternheitsideologien und Praktikerromantik . . . . .   | 202 |
| VII. Fazit zum Dritten Teil . . . . .  | 207 |
| <i>Vierter Teil: Der europa- und völkerrechtliche Rahmen</i> . . . . .   | 211 |
| I. Die Geistesfreiheiten auf Europaebene . . . . .   | 211 |
| Einleitung . . . . .   | 211 |
| 1. Geltendes Europarecht im engeren Sinne . . . . .  | 212 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Abweichungen des dogmatischen Gewandes der Spannung im geltenden Europarecht i.e.S. . . . . .   | 217 |
| 3. Widersprüchlichkeiten in der Theorie und in der Praxis . . . . .  | 233 |
| 4. Ausblick auf Art.11 Abs.2 der europäischen Grundrechtecharta . . . . .  | 250 |
| 5. Fazit zum Europarecht i.e.S. . . . . .  | 256 |
| 6. Aussage und Einfluß des Europarechts im weiteren Sinne:<br>Art.10 EMRK . . . . .  | 257 |
| II. Anhang zu den Elementen eines internationalen Regimes der Meinungsfreiheit . . . . .   | 279 |
| <i>Fünfter Teil: Zur Einordnung besonderer Problemlagen</i> . . . . .  | 283 |
| Einleitung . . . . .   | 283 |
| Insbesondere zu den technischen „Grenzverwischungen“ . . . . .   | 284 |
| I. Das Internet im Gefahrenabwehr- und im Strafrecht . . . . .   | 285 |
| 1. Die Regelfälle . . . . .  | 285 |
| 2. Die Problemfälle und ihre Eingrenzung . . . . .   | 288 |
| II. Erosionstendenzen bei der Rundfunk- und Filmfreiheit des Art.5 Abs.1 Satz 2 (Fälle 2, 3) GG im Blick auf die Veranstaltung und Vermarktung von Fernsehen . . . . . | 294 |
| 1. Die Sonderfallthese und die Kritik an ihr . . . . .   | 294 |
| 2. Geschichtliche („subjektiv-historische“) Auslegung und Umkehrschluß aus Art.118 Abs.2 WRV . . . . .   | 304 |
| 3. Der Begriff einer „dienenden Freiheit“ und die Freiheitskonzepte des Grundgesetzes . . . . .  | 306 |
| 4. Erosionen . . . . .   | 308 |
| III. Die Verfassungslage bei Wirtschaftswerbung . . . . .  | 311 |
| 1. Problemaufriß . . . . .   | 311 |
| 2. Lösung in der Systematik des Grundgesetzes . . . . .  | 324 |
| 3. Zusammenfassung zu III . . . . .  | 340 |
| IV. Fehlerträchtige Elemente der Positivierung der Meinungsfreiheit selbst . . . . .   | 342 |
| 1. Der Meinungsbegriff . . . . .   | 344 |
| 2. Der Ehrbegriff . . . . .  | 351 |
| 3. Die „Staatsschutzlücke“ in Art.5 Abs.2 GG als Grund der fragwürdigen Formel zu den „allgemeinen Gesetzen“? . . . . .  | 354 |
| V. Zusammenfassung des Fünften Teils . . . . .   | 357 |
| <i>Sechster Teil: Schlußüberlegungen</i> . . . . .   | 359 |
| I. Im allgemeinen: Ergänzende Elemente der Verfassungsdogmatik . . . . .   | 360 |
| 1. Differenzierungen innerhalb des Verfassungs- und des Verfassungsrechts-Begriffs und Folgerungen daraus . . . . .  | 360 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Unterscheidung von Freiheitsrechts-Sphären . . . . .   | 361 |
| 3. Praktische Exemplifizierung anhand der Geistesfreiheiten . . . . .                               | 363 |
| 4. Reziproke Veränderungen der Verfassungsinterpretation . . . . .                                  | 364 |
| II. Im besonderen: Elemente eines Systems der<br>Geistesäußerungsrechte . . . . .                   | 367 |
| 1. Weitgehende Zulänglichkeit des geltenden Rechts, insbesondere<br>des Verfassungsrechts . . . . . | 367 |
| 2. Ergebnisverantwortung des Staates . . . . .  | 370 |
| Literaturverzeichnis . . . . .  | 373 |
| Stichwortverzeichnis . . . . .  | 393 |



# Inhaltsverzeichnis

|  |     |
|--|-----|
| Motti . . . . .  | V   |
| Vorwort . . . . .  | VII |
| Inhaltsübersicht . . . . .   | IX  |
| <i>Einleitung: Meinungsfreiheit und neues Verfassungssystem</i> . . . . .  | 1   |
| I. Die beiden Untersuchungsthemen und ihre gegenseitige<br>Ergänzung . . . . .   | 2   |
| 1. Zum System des Grundgesetzes . . . . .  | 2   |
| 2. Zur Meinungsfreiheit . . . . .  | 4   |
| II. Art. 5 Abs. 1 GG als politisiertes Gebiet mit widersprüchlichen<br>Einzeldogmatiken . . . . .                                      | 5   |
| 1. Auseinanderfallen von geschriebenem Verfassungsrecht<br>einerseits, Literatur und Dogmatik andererseits . . . . .                   | 5   |
| 2. Erosionen der Normativität – insbesondere durch gerichtliche<br>Politik . . . . .   | 10  |
| 3. Insbesondere die Rolle der Gerichte . . . . .   | 16  |
| III. Die zweipolige Einheit des Projekts . . . . .   | 17  |
| 1. Die aus dem neuen Verfassungsbegriff folgende, teilweise andere<br>Verfassungsdogmatik am Beispiel von Art. 5 Abs. 1 GG . . . . .   | 17  |
| a) Allgemeiner Teil des Staatsrechts zwischen Entfesselung und<br>Versteinerung . . . . .  | 17  |
| b) Der auf die Geistesäußerungsrechte bezogene Systemausschnitt und<br>sein Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Staatsrechts . . . . . | 17  |
| 2. Zu den theoretischen Unterabschnitten . . . . .   | 20  |
| 3. Zum Problem des Verfassungswandels unter dem Grundgesetz . . . . .  | 21  |
| IV. Insbesondere: Unterscheidung der Fragen des Art. 5 GG von den<br>prinzipielleren . . . . .   | 24  |
| V. Die Struktur der Untersuchung . . . . .   | 26  |
| 1. Begrifflich . . . . .   | 26  |
| 2. Geschichtlich . . . . .   | 27  |
| 3. Fachrechtlich: das Beispiel der Reklame . . . . .   | 27  |
| VI. Der Gang der Darstellung . . . . .   | 28  |
| Teil Eins . . . . .  | 28  |

|  |    |
|--|----|
| Teile Zwei und Drei . . . . .  | 30 |
| Teil Vier . . . . .  | 32 |
| Teil Fünf . . . . .  | 34 |
| Teil Sechs . . . . .   | 36 |
| <i>Erster Teil: Schichten der „Lüth“-Debatte</i> . . . . .   | 38 |
| I. Die Fortdauer des Streits in der Sache „Lüth“ . . . . .   | 38 |
| II. Problemaufriß . . . . .  | 39 |
| 1. Von der Ungebundenheit des Gesetzgebers zur Ungebundenheit<br>des Gerichts: Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisions-<br>und Supertatsacheninstanz . . . . . | 39 |
| a) Insbesondere vom zweipoligen Abwehrverständnis zur<br>Grundrechtsdrittwirkung . . . . .   | 42 |
| b) Insbesondere die übrigen „objektiven Grundrechtsdimensionen“ . . . . .  | 44 |
| c) Das schrittweise Sichtbarwerden der normalen<br>Obergerichtsfunktion . . . . .  | 46 |
| 2. Privilegierung und Funktionalisierung von Äußerungen –<br>„Zensur“ oder „funktionelles Grundrechtsverständnis“? . . . . .   | 50 |
| a) Wertbegründete Privilegien im formalen Schutzsystem Recht? . . . . .  | 50 |
| aa) Privilegierung bestimmter politischer Richtungen oder<br>Milieus? . . . . .  | 50 |
| bb) Privilegierung von Beleidigungen und übler Nachrede? . . . . .   | 51 |
| b) Die Verstetigung des „Lüth“-Streits durch Verrechtlichung des<br>Vorrechtlichen . . . . .   | 55 |
| aa) Die „grundrechtsfreundliche Interpretation“ politikbezogener<br>Meinungsäußerungen im Gegensatz zur Schmähhkritik . . . . .  | 56 |
| bb) Insbesondere der idealistische Gemeinwohlbezug von<br>Äußerungen . . . . .   | 56 |
| cc) Unvermeidlichkeit des Wertens gemäß einer<br>verfassungsverträglichen Wertordnung . . . . .  | 58 |
| c) Zwischenfazit: Grundrechtskonturierende Verfassungswertungen<br>und „funktionelles Grundrechtsverständnis“ . . . . .  | 61 |
| III. Differenzierungen bei der am Lüth-Urteil geübten Kritik . . . . .   | 62 |
| 1. Die Bezugs- und Wirkungssphären des Urteils . . . . .   | 62 |
| 2. Die einschlägigen Vermutungsregeln . . . . .  | 63 |
| a) Zweifelsregeln als Tendenzbildner . . . . .   | 63 |
| b) Unvermeidlichkeit der Zweifelsregeln . . . . .  | 65 |
| c) Die „Vermutung für die Freiheit der Rede“ . . . . .   | 65 |
| d) Systematischer Ort der Regel „In dubio pro libertate“ . . . . .   | 67 |
| e) Umkehr der Beweislast der §§ 186, 188 Abs. 1 StGB? . . . . .  | 68 |
| aa) Die Grundregel der §§ 186, 188 Abs. 1 StGB . . . . .   | 68 |
| bb) Diverse Fälle der Verkehrung . . . . .   | 68 |

|   |     |
|---|-----|
| aaa) Konkludente Einwilligung, venire contra factum proprium<br>und verwandte Fälle . . . . .                             | 69  |
| bbb) Die prozessuale Einkleidung als Bedrohung der<br>Regelvermutung . . . . .  | 70  |
| ccc) Flucht in die Tendenzzone oder: Voreilige Abwägung . . . . .   | 73  |
| 3. Verstetigung der Lüth-Debatte durch den Charakter des<br>Schutzgutes . . . . .   | 75  |
| 4. Gruppen der dogmatischen Kritik . . . . .  | 78  |
| IV. Fazit des Ersten Teils: Das Lüth-Urteil als Paradigma der<br>verfassungsdeterminierten Wertungsjurisprudenz . . . . . | 80  |
| <i>Zweiter Teil: Eine „Meinungsfreiheitsverfassung“ im<br/>„Gefüge“ des Grundgesetzes? . . . . .</i>                      | 82  |
| I. Unterscheidbarkeit und Nutzen von Teil- oder<br>Unterverfassungen . . . . .  | 82  |
| 1. Positivierte Überschneidungen als Normalität der Kodifikation . . . . .  | 82  |
| 2. Kriterien für Teilverfassungen . . . . .   | 84  |
| a) Völker- und Europarechtsbezug . . . . .  | 84  |
| b) Eigengesetzlichkeit des Regelungsgegenstandes? . . . . .   | 84  |
| c) Regelungsdichte . . . . .  | 85  |
| aa) Bedeutung für den Grenzverlauf zwischen Rechtsdogmatik und<br>-politik . . . . .                                      | 85  |
| bb) Insbesondere: Geistesäußerungsordnung und<br>Wirtschaftsverfassung . . . . .  | 87  |
| 3. Akzessorietät der Berufsausübungs- und der Eigentumsfreiheit<br>nach dem Grundgesetz . . . . .                         | 88  |
| 4. Art. 5 GG in seiner Wirkung auf das Bürgerliche Recht<br>und andere Rechtsgebiete . . . . .                            | 91  |
| a) Sachenrecht . . . . .  | 91  |
| b) Urheberrecht . . . . .   | 92  |
| c) Zum Recht der kommerziellen Werbung . . . . .  | 93  |
| d) Der paradigmatische Streit um die Fernseh-Kurzberichterstattung . . . . .  | 93  |
| e) Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 87f GG . . . . .   | 95  |
| II. Art. 5 Abs. 1 GG und die „Grundsätze“ des Art. 1 GG . . . . .   | 98  |
| Vorüberlegung: Die doppelte Verknüpftheit des Art. 5 Abs. 1 GG<br>mit Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .                         | 98  |
| 1. Menschenbild, Menschenwürde und „staatliches Wächteramt“ . . . . .   | 99  |
| 2. Insbesondere der Idealismus und Humanismus des<br>Menschenbildes . . . . .   | 100 |
| 3. Freiheitsbetonung als paradoxe Infragestellung der Kontur des<br>Menschenbildes . . . . .                              | 101 |

|   |     |
|---|-----|
| a) Offenheit als subjektive Verfügbarkeit, nicht objektive . . . . .  | 101 |
| b) Scheinbar paradoxe Einheit des Menschenbildes in der Autonomie . . . . .   | 103 |
| c) Selbstzweck und Befreiung zur Autonomie. Problematik von<br>Individualisierung und Funktionalisierung . . . . .                                      | 104 |
| III. Art. 5 Abs. 1 GG und die „Grundsätze“ des Art. 20 GG . . . . .   | 108 |
| 1. „Republik“ und „demokratischer ... Staat“ i.S. von Art. 20 Abs. 1<br>und 2 GG als „Grundsätze“ i.S. von Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .                  | 108 |
| a) Die Rechtsprechung des BVerfG zum Zusammenhang von<br>Geistesäußerungsrechten und Demokratie . . . . .   | 108 |
| b) Das Schwanken der obiter dicta des Bundesverfassungsgerichts beim<br>Systembegriff . . . . .   | 110 |
| c) Geschichtlicher und begrifflicher Zusammenhang zwischen<br>Geistesäußerungsrechten und Aufklärung . . . . .  | 114 |
| 2. Der staatsrechtlich relevante Teil des Streits um den<br>Demokratiebegriff . . . . .   | 116 |
| a) Zum Demokratiebegriff des Grundgesetzes . . . . .  | 117 |
| b) Insbesondere die Abgrenzung zu akklamatorischen Formen und zum<br>„Demokratismus“ . . . . .  | 118 |
| 3. Der Subjektbegriff des Demokratiebegriffs des Grundgesetzes . . . . .  | 120 |
| IV. Fazit des Zweiten Teils . . . . .   | 121 |
| <br><i>Dritter Teil: Das Grundgesetz als qualitativer Sprung und die<br/>Folgen . . . . .</i>   |     |
| I. Der „Ewigkeitsanspruch“ des Grundgesetzes und insbesondere des<br>Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .  | 124 |
| 1. Die Ansprüche auf Geschichtsfestigkeit im vorläufigen<br>Grundgesetz . . . . .   | 127 |
| a) Die „Starrheit“ des Grundgesetzes als „qualitativer Sprung“ . . . . .  | 128 |
| aa) Prinzipielle Starrheit jeden Rechts und ihre Steigerung im<br>Gesetz . . . . .  | 128 |
| bb) Steigerung beim Gesetz durch Allgemeinheit, Abstraktheit und<br>Schriftlichkeit . . . . .   | 129 |
| cc) Insbesondere die abweichende Akzentuierung des Positivismus<br>vor der Ära ‚mit Vollständigkeitstendenz kodifizierter‘<br>Rechtsordnungen . . . . . | 130 |
| dd) Steigerung des Gesetzesbegriffs im Verfassungsbegriff . . . . .   | 132 |
| ee) Wirkungssteigerung des Verfassungsgesetzes im kodifizierten<br>Verfassungssystem . . . . .  | 133 |
| b) Die Gesamtwirkung der übrigen Elemente . . . . .   | 135 |
| aa) Richterliche Unabhängigkeit i.S.d. Grundgesetzes . . . . .  | 135 |
| bb) Rechtsstaatlichkeit i.S. vollständiger Überordnung des Gesetzes<br>über die Exekutive . . . . .   | 135 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Verfassungsstaatlichkeit i.S. vollständiger Überordnung mancher<br>Verfassungssätze über den einfachen Gesetzgeber . . . . .  | 136 |
| c) Unabänderbarkeit gewisser Rechtssätze als konsequente Steigerung .  | 136 |
| d) Erneuter Umschlag der Qualität durch systematische Verknüpfung<br>und Anreicherung . . . . .  | 137 |
| e) Gesetzespositivismus als epochale Neuerung – und als Lösung . . . .   | 137 |
| 2. Steigerung des Geschichtsfestigkeitsanspruchs des Art. 79 Abs. 3<br>GG seit dem 3. 10. 1990 und dem 4. 10. 1992? . . . . .  | 141 |
| 3. Logisch zwingende Erstreckung der Hemmungswirkung auf<br>andere Gewalten und Teil-Änderungen . . . . .  | 143 |
| 4. Neue Qualität und neue und alte Problematiken . . . . .   | 144 |
| a) Die Idee der Demokratie gegen die Idee der Verfassung . . . . .   | 145 |
| b) Ein deutscher Sonderweg? . . . . .  | 147 |
| 5. Alter und wachsende Deutlichkeit der Grundsatzfrage.<br>Flankierung des Art. 79 Abs. 3 GG durch die Verknüpfung der<br>Art. 1ff., 19f., 70, 79, 93, 97, 100 Abs. 1 GG . . . . . | 147 |
| 6. Zusammenfassung von I . . . . .   | 148 |
| II. Die abgestufte Festigkeit der Rechte und Freiheiten als Folge . . . .  | 149 |
| 1. Die gesteigerten Probleme . . . . .   | 149 |
| 2. Sphären-Überschneidungen zwischen<br>Grundrechts-Schutzräumen . . . . .   | 150 |
| a) Faktische Zunahme der Überschneidungen . . . . .  | 150 |
| b) Insbesondere „Allgemeine Handlungsfreiheit“ und Rangfrage . . . .   | 150 |
| 3. Besonders ausgreifender Charakter einzelner<br>Freiheitspositionen . . . . .  | 152 |
| a) Rangstufungen im Eigentum . . . . .   | 152 |
| b) Die beiden Stufen der Freiheit des Berufs und ihre Vermehrung . . . .   | 155 |
| aa) Art. 12 GG . . . . .   | 155 |
| bb) Keine prinzipiellen Abschwächungen beim Großgewerbe . . . .  | 155 |
| c) Rangstufungen innerhalb der „freien Entfaltung der<br>Persönlichkeit“ . . . . .   | 157 |
| aa) Aktivitätsschutz und Integritätsschutz . . . . .   | 157 |
| bb) Sphären und Stufen innerhalb des Integritätsschutzes . . . . .   | 158 |
| cc) Der Standpunkt der Minderheit . . . . .  | 159 |
| d) Vorgaben des Grundgesetzes, nicht der Rechtsprechung . . . . .  | 160 |
| 4. Demokratieprinzip . . . . .   | 161 |
| 5. Gewaltenteilung . . . . .   | 162 |
| 6. Ergänzungsvorschläge zur deutschen<br><i>preferred-freedoms</i> -Debatte . . . . .  | 163 |
| a) Einebnung der Unterschiede zwischen den Argumentklassen . . . . .   | 164 |
| b) Ausschnitthaftigkeit der bearbeiteten Freiheitspositionen . . . . .   | 171 |
| c) Mißachtung der staatsorganisationsrechtlichen Bedeutung . . . . .   | 172 |

|   |     |
|---|-----|
| d) Die Vorzugsfreiheiten-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im kodifizierten System . . . . .                     | 175 |
| e) Vorzugsfreiheiten ohne positiviertes System? . . . . .   | 177 |
| f) Die Skepsis Alexys und Sterns . . . . .  | 180 |
| 7. Fazit . . . . .  | 182 |
| III. Zwiespältiges Verhältnis des Art. 79 Abs. 3 GG zur Geschichtlichkeit . . . . .   | 184 |
| IV. These zum Geistesfreiheiten-System des Grundgesetzes und dem Grundrechts- und Demokratie-Voraussetzungsschutz . . . . . | 186 |
| V. Kulturgeschichtlicher Einwand: Westliche Verfassung und deutscher geistiger Sonderweg? . . . . .                         | 188 |
| VI. Alltagstheoretische Einwände gegen den methodischen „Sonderweg“ . . . . .   | 197 |
| 1. Die historistische Alltagstheorie . . . . .  | 197 |
| 2. Nüchternheitsideologien und Praktikerromantik . . . . .  | 202 |
| a) Gewänder der Nüchternheitsideologien . . . . .   | 203 |
| b) Querschnittsfrage eins: Geltung, Fiktion und Kontrafaktizität . . . . .  | 203 |
| c) Querschnittsfrage zwei: Die Unterscheidbarkeit von Vorverständnis und Ideologie und Rechtsbegriffen . . . . .            | 205 |
| VII. Fazit zum Dritten Teil . . . . .   | 207 |
| <i>Vierter Teil: Der europa- und völkerrechtliche Rahmen</i> . . . . .  | 211 |
| I. Die Geistesfreiheiten auf Europaebene . . . . .  | 211 |
| Einleitung . . . . .  | 211 |
| 1. Geltendes Europarecht im engeren Sinne . . . . .   | 212 |
| a) Die Wiederkehr der grundsätzlichen materiellen Spannung zwischen den positivierten Wertbereichen . . . . .               | 212 |
| b) Primärrechtliche Sicherungen der Kulturhoheit . . . . .  | 212 |
| 2. Abweichungen des dogmatischen Gewandes der Spannung im geltenden Europarecht i.e.S. . . . .                              | 217 |
| a) Abwehr gegen Eingriffe der mitgliedstaatlichen Gewalt und der europäischen Gemeinschaftsgewalt . . . . .                 | 218 |
| aa) „Hoheitseingriffs-Abwehrrecht“ . . . . .  | 218 |
| bb) Der zweipolige Normalfall im mitgliedstaatlichen Recht . . . . .  | 218 |
| cc) Der zweipolige Normalfall in seiner Verstärkung durch die europäischen Freiheiten . . . . .                             | 218 |
| aaa) Die Verstärkung durch die Europäische Menschenrechtskonvention . . . . .   | 218 |
| bbb) Die Verstärkung durch die europäische Union . . . . .  | 219 |
| b) Punktueller Freiheitsanspruch als Keim potentiell umfassender Ordnung . . . . .  | 220 |

|  |     |
|--|-----|
| aa) Das Problem der Nebenwirkungen und Konkurrenz<br>staatsgesicherter Freiheits- und Rechtspositionen . . . . .         | 220 |
| bb) Beispiele für die EU-Dimension . . . . .   | 225 |
| c) Potentielle Vollständigkeit und Ausgriff auf andere Politikfelder . . .   | 227 |
| d) Unterschiedlichkeit der innerstaatlichen Bewertungsmaßstäbe für<br>europarechtliche Regelungen . . . . .              | 229 |
| e) Fazit: Unterschiede und Gemeinsamkeit der dogmatischen<br>Einkleidung der materiellen Grundspannung . . . . .         | 231 |
| aa) Das geschichtlich spezifische Regel-Ausnahme-Verhältnis als<br>Unterschied . . . . .                                 | 231 |
| bb) Das Allgemeinwerden des sektoralen Zugriffs als<br>Gemeinsamkeit . . . . .   | 232 |
| 3. Widersprüchlichkeiten in der Theorie und in der Praxis . . . . .  | 233 |
| a) Das Bruttoprinzip-Urteil . . . . .  | 233 |
| b) Flämisches und französisches Buchwesen . . . . .  | 238 |
| c) Der portugiesische Rundfunk . . . . .   | 239 |
| d) Tabakwerbung . . . . .  | 241 |
| e) Das Brennerblockadeurteil zwischen „Blinkfür“ und „Lüth“ . . . .  | 242 |
| 4. Ausblick auf Art. 11 Abs. 2 der europäischen<br>Grundrechtecharta . . . . .   | 250 |
| a) Die Geltung der Charta . . . . .  | 250 |
| b) Keine Restriktion der Grundrechtsträgerschaft analog zu Art. 19<br>Abs. 3 GG . . . . .                                | 250 |
| c) Der Meinungsbegriff der EU-Grundrechtecharta . . . . .  | 253 |
| d) Entgrenzung von Grundrechtsträgerschaft und Restriktionen . . . .   | 253 |
| 5. Fazit zum Europarecht i.e.S. . . . .  | 256 |
| 6. Aussage und Einfluß des Europarechts im weiteren Sinne:<br>Art. 10 EMRK . . . . .                                     | 257 |
| a) Dreifacher Bezug zum Thema . . . . .  | 257 |
| b) Die stärkere Eingeschränktheit sämtlicher Freiheiten gem. dem<br>Wortlaut des Art. 10 EMRK . . . . .                  | 258 |
| c) Weitere Abstufung durch die „Rundfunkklausel“, Art. 10 Abs. 1<br>Satz 3 EMRK . . . . .                                | 260 |
| d) Restriktive, großzügige oder dunkle EMRK-Rechtsprechung? . . . .  | 262 |
| aa) Der Fall „Lentia“ und seine Auslegungen (Fernsehen) . . . . .  | 262 |
| bb) Sprachlich-darstellerisches Schwanken und inhaltliche<br>Beständigkeit als Grundlinie auch bei der Werbung . . . . . | 264 |
| cc) Insb. die Handhabung der Schutzbereiche im „E-Meter“-Fall . .  | 268 |
| dd) Zwei Deutungen der Judikatur des Gerichtshofes . . . . .   | 271 |
| aaa) Die scheinbare Linie: Menschenrechte und<br>Grundfreiheiten als „kleine Münze“ mit<br>Einzelfall-Abwägung . . . . . | 271 |

|  |     |
|--|-----|
| bbb) Die wahre Linie: das fehlende Auffanggrundrecht als<br>apokrypher Urteilsgrund . . . . .  | 273 |
| e) Ergebnisse zu Art. 10 EMRK . . . . .  | 277 |
| II. Anhang zu den Elementen eines internationalen Regimes der<br>Meinungsfreiheit . . . . .  | 279 |
| <i>Fünfter Teil: Zur Einordnung besonderer Problemlagen . . . . .</i>  | 283 |
| Einleitung . . . . .   | 283 |
| Insbesondere zu den technischen „Grenzverwischungen“ . . . . .   | 284 |
| I. Das Internet im Gefahrenabwehr- und im Strafrecht . . . . .   | 285 |
| 1. Die Regelfälle . . . . .  | 285 |
| a) Begriff des Internets . . . . .   | 285 |
| b) Staatsrechtliche Einordnungsprobleme im Gegensatz zur<br>Rechtsgeltungs- und -durchsetzungsfrage . . . . .  | 286 |
| 2. Die Problemfälle und ihre Eingrenzung . . . . .   | 288 |
| II. Erosionstendenzen bei der Rundfunk- und Filmfreiheit des Art. 5<br>Abs. 1 Satz 2 (Fälle 2, 3) GG im Blick auf die Veranstaltung und<br>Vermarktung von Fernsehen . . . . . | 294 |
| 1. Die Sonderfallthese und die Kritik an ihr . . . . .   | 294 |
| a) Der Wortlaut der Verfassung und der Streit . . . . .  | 294 |
| aa) Die Aussage des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und ihr<br>Zusammenhang . . . . .  | 294 |
| bb) Der Schluß aus Art. 18 Satz 1 GG . . . . .   | 296 |
| cc) Zwischenüberlegung zur Erforderlichkeit materieller Gründe . . . . .   | 298 |
| b) Das Fernsehen als technischer Sonderfall . . . . .  | 299 |
| c) Fernsehen als finanziell-organisatorischer Sonderfall . . . . .   | 301 |
| d) Fernsehen als psychologischer Sonderfall . . . . .  | 302 |
| 2. Geschichtliche („subjektiv-historische“) Auslegung und<br>Umkehrschluß aus Art. 118 Abs. 2 WRV . . . . .  | 304 |
| a) Geschichtlicher Grund der verfassungsrechtlichen Begrenzung . . . . .   | 304 |
| b) Die Zensur- und Beschränkungsänderungen des Grundgesetzes<br>gegenüber Art. 118 WRV . . . . .   | 305 |
| 3. Der Begriff einer „dienenden Freiheit“ und die<br>Freiheitskonzepte des Grundgesetzes . . . . .   | 306 |
| 4. Erosionen . . . . .   | 308 |
| a) Eine falsche Dogmatik zum Ausgleich falscher Dogmatik . . . . .   | 308 |
| b) Substanzvertauschungen zugunsten eines Mediums . . . . .  | 310 |
| III. Die Verfassungslage bei Wirtschaftswerbung . . . . .  | 311 |
| 1. Problemaufriß . . . . .   | 311 |
| a) Der Wandel zur Subsumtion unter „Meinung“ . . . . .   | 311 |
| b) Der begriffliche Einwand gegen die Subsumtion unter Meinung . . . . .   | 316 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Teilrichtigkeit und methodischer Rückstand der<br>BGH-Rechtsprechung . . . . .  | 318 |
| aa) Schichten der Kritik an Bundesverfassungsgericht und<br>Bundesgerichtshof in ihrem paradigmatischen UWG-Streit . . . . . | 318 |
| bb) Insbesondere die Einpassung des vorkonstitutionellen<br>Fachrechts . . . . .   | 318 |
| cc) Insb. das Problem von Generalklauseln als „Allgemeinen<br>Gesetzen“ i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG . . . . .                  | 320 |
| dd) Privileg für „kritische Meinungsäußerungen“ im Fall<br>Benetton? . . . . .   | 322 |
| 2. Lösung in der Systematik des Grundgesetzes . . . . .  | 324 |
| a) Der Streit um „Wettbewerbsfremdes“ im Wettbewerbsrecht als<br>Wiederholung der Lüth-Debatte . . . . .                     | 324 |
| b) Zwingende Wertaufloadungen und andere in der Abwägung bei Art. 2<br>Abs. 1 GG . . . . .                                   | 326 |
| aa) Das „wertungslose“ Allgemeine Freiheitsrecht . . . . .   | 327 |
| bb) Das dritte Element der Schrankentrias . . . . .  | 327 |
| cc) Demokratisierung reiner Anstands-, „Geschmacks“- und<br>Sittenfragen . . . . .   | 328 |
| dd) Freiheitsinterne Abstufung: Privates und gesellschaftliches<br>Belieben . . . . .  | 331 |
| c) Analogie zum Polizei- und Ordnungsrecht; Gesetzesvorbehalt für<br>„mores“ . . . . .                                       | 331 |
| d) Insb. zur Handhabung des Kriteriums „Eigennutz“ . . . . .   | 336 |
| aa) Eigennutz auf Grundrechtstatbestands-Ebene . . . . .   | 337 |
| bb) Eigennutz auf Abwägungsebene . . . . .   | 338 |
| cc) Abweichung der moralischen Abstufungen von den<br>rechtlichen . . . . .  | 339 |
| 3. Zusammenfassung zu III . . . . .  | 340 |
| IV. Fehlerträchtige Elemente der Positivierung der Meinungsfreiheit<br>selbst . . . . .                                      | 342 |
| 1. Der Meinungsbegriff . . . . .   | 344 |
| a) Der Begriff der Tatsache im Sinne der verfassungsrechtlichen<br>Meinungsfreiheit . . . . .                                | 345 |
| b) Der Kombinations-Ausweg der herrschenden Meinung . . . . .  | 348 |
| c) Nutzen und Bedenklichkeit der „Kombinationsrechtsprechung“ . . . . .  | 349 |
| 2. Der Ehrbegriff . . . . .  | 351 |
| 3. Die „Staatsschutzlücke“ in Art. 5 Abs. 2 GG als Grund der<br>fragwürdigen Formel zu den „allgemeinen Gesetzen“? . . . . . | 354 |
| V. Zusammenfassung des Fünften Teils . . . . .   | 357 |

|  |         |
|--|---------|
| <i>Sechster Teil: Schlußüberlegungen</i> . . . . .   | 359     |
| I. Im allgemeinen: Ergänzende Elemente der Verfassungsdogmatik . .   | 360     |
| 1. Differenzierungen innerhalb des Verfassungs- und des<br>Verfassungsrechts-Begriffs und Folgerungen daraus . . . . . | 360     |
| 2. Unterscheidung von Freiheitsrechts-Sphären . . . . .  | 361     |
| 3. Praktische Exemplifizierung anhand der Geistesfreiheiten . . . .  | 363     |
| 4. Reziproke Veränderungen der Verfassungsinterpretation . . . . .   | 364     |
| II. Im besonderen: Elemente eines Systems der<br>Geistesäußerungsrechte . . . . .                                      | 367     |
| 1. Weitgehende Zulänglichkeit des geltenden Rechts, insbesondere<br>des Verfassungsrechts . . . . .                    | 367     |
| 2. Ergebnisverantwortung des Staates . . . . .   | 370     |
| <br>Literaturverzeichnis . . . . .   | <br>373 |
| Stichwortverzeichnis . . . . .   | 393     |

## Einleitung

### Meinungsfreiheit und neues Verfassungssystem

Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren; sie dürfen nicht nur ein Anhängsel des Grundgesetzes sein, wie der Grundrechtskatalog von Weimar ein Anhängsel der Verfassung gewesen ist. Diese Grundrechte sollen nicht bloß Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, nicht nur Anforderungen an die Länderverfassungen, nicht nur eine Garantie der Länder-Grundrechte, sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben können.<sup>1</sup>

Diese Grundrechte wurden im Gegensatz zur Weimarer Verfassung an den Anfang des Ganzen gestellt, weil klar zum Ausdruck kommen sollte, daß die Rechte, deren der Einzelmensch bedarf, wenn anders er in Würde und Selbstachtung soll leben können, die *Verfassungswirklichkeit* bestimmen müssen.<sup>2</sup>

... Ähnliches im Geistigen: die neue Technik bedient oder – beherrscht das, was man dann ‚Masse‘ nennt.<sup>3</sup>

Die Arbeit stellt zwei verschiedene Komplexe mit ihren gänzlich unterschiedlichen Problemen vor und bringt sie zusammen. Sie widmet sich einerseits dem Spezialgebiet Meinungsfreiheit und andererseits dem Gesamtsystem des Grundgesetzes mit der Frage, wie Verfassungsdogmatik in einem solchen System betrieben werden kann.

---

<sup>1</sup> Carlo Schmid am 8. September 1948 (Vgl. *Parlamentarischer Rat*, Plenum, sten. Ber. der 2. Sitzung vom 8. 9. 1948, S. 8 [14]).

<sup>2</sup> Carlo Schmid am 6. Mai 1949 als Berichterstatter des Hauptausschusses bei der Zweiten Lesung des Grundgesetz-Entwurfes in der 9. Plenarsitzung (ebd., S. 170 [171] – Die Hervorhebung im Original.)

<sup>3</sup> Theodor Heuss, *Formkräfte einer politischen Stilbildung*, Vortrag vor der Vereinigung für die Wissenschaft von der Politik, Berlin 1952, S. 33. (Der weitere Zusammenhang dieses Zitats unten, S. 297 [Anm. 54]).

## I. Die beiden Untersuchungsthemen und ihre gegenseitige Ergänzung

### 1. Zum System des Grundgesetzes

Unter verfassungsrechtlichem Gesamtsystem wird ein völlig gewandelter Verfassungsbegriff verstanden, der sich mit einem ebenfalls gewandelten modernen kontinentaleuropäischen Rechtsbegriff verbindet.

a) Der Wandel des Verfassungsbegriffs bedeutet – wie zu zeigen sein wird – vor allem zweierlei:

aa) Gesteigerte Ansprüche auf Änderungsfestigkeit in den modernen Verfassungen, vor allem aber in den nachdiktatorischen (Italien, Portugal, Griechenland); in Deutschland besonders sichtbar (aber nicht nur) durch Art. 79 Abs. 3 GG.

bb) Der andere Wandel ist die Steigerung des Ordnungsanspruchs der modernen Verfassungen. Er steigert sich gegenüber ihren Vorläuferinnen von 1776 (Virginia), 1788 (USA) und 1791 (Frankreich), erst recht aber gegenüber ihren rudimentären, kaum vergleichbaren Funktionsäquivalenten aus den Epochen vor der Amerikanischen und Französischen Revolution. Vier Elemente dieses gesteigerten Anspruchs seien schon hier genannt: die Vollständigkeitstendenz der Verfassungskodifikation; die Klagbarkeit der Freiheitsrechte; das Bestehen eines Verfassungsgerichts, das, einmal angerufen, sowohl Exekutive als auch Legislative binden kann; die vollständige Unabhängigkeit der Richter aller Instanzen.

b) Das Recht unterhalb dieser modernen Staatsgrundgesetze hat sich gleichfalls qualitativ fundamental gewandelt. Zwei der zahlreichen Wandlungsfaktoren sind:

aa) Gesteigerte Festigkeit des einfachen Rechts, insbesondere durch Schriftlichkeit, Systematik und die erwähnte Vollständigkeitstendenz; die Arbeit legt die Unterschiede zu den (historischen kontinentaleuropäischen) Fallrechtssystemen (wie auch zu den zeitgenössischen angelsächsischen) dar und kritisiert die in der deutschen Methodenlehre und Dogmatik gebräuchlichen Übernahmen aus jenen „ungleichzeitigen“ Systemen.

bb) Außerdem hat auch das Unterverfassungsrecht quantitativ so zugenommen, daß diese Zunahme selbst wieder, wie schon jene des Verfassungsrechts, zu einem Qualitätswandel führt.

c) Die genannten Umwälzungen auf Verfassungs- wie auf Fachrechtsebene haben *de facto* etliche Folgen, von denen einige seit Jahrzehnten erkannt und kritisiert sind. (Nur eine davon ist die Hypertrophie der Verrechtlichung.)

Diese Folgen werden dargestellt, wie auch der Umstand, daß daraus nicht die *de jure* naheliegenden Konsequenzen gezogen werden. Vielmehr flickschustert man mit den erwähnten ungeeigneten, nämlich aus den älteren Ordnungen übernommenen Instrumenten.

Umzupflügen ist das sehr alte Problemfeld der Richterbindung. Die These der Untersuchung besagt: In der mit Vollständigkeitstendenz kodifizierten Verfassungsrechtsordnung wäre und ist es erstmals möglich (aber wegen des angewachsenen Rechts auch notwendig), den Richter in der Vielzahl der öffentlichrechtlichen Fälle als „Mund des Gesetzes“ zu verstehen, und es in wesentlichen Fragen<sup>4</sup> tendenziell auf sozusagen geometrische Art („*more geometrico*“) anzuwenden. (Hinsichtlich des Zivilrechts wird das nicht behauptet.) Mittel dazu sei eine strenge Bindung an erstens den Wortlaut, zweitens die Systematik, hilfsweise drittens auch an die geschichtliche Auslegung.

Ein Grund dieser – nur scheinbar altmodischen – Restriktionen der Richtermacht im Öffentlichen Recht ist der Systembegriff. Der Kern des Systembegriffs ist schlicht die Vermeidung des Selbstwiderspruchs. Für die Verfassung bedeutet das z. B.: Kein Satz (etwa ein Tatbestand, ein Schutzbereich) ist so auszulegen, daß andere, gleichrangige Sätze leerlaufen.

Verfassungssätze sind aber eben nicht nur die Grundrechte, sondern auch die Artt. 20 Abs. 1–2 (Demokratie; Gewaltenteilung) und 70ff. (demokratische Gesetzgebung), 65 GG (Regierungspolitik) usw. Sieht die Verfassung offenbar Politik und Gesetzgebung vor, so darf keine Grundrechtsinterpretation Politik und Gesetzgebung immobilisieren<sup>5</sup>. Mangelnde Differenzierung bei der Grundrechtsauslegung ist eine Wurzel dieses Übels:

Falsch ist die Gleichordnung hochrangiger Freiheitsrechte<sup>6</sup> (durch ihre erschwerte Beschränkbarkeit und ihre Nähe zum änderungsfesten Kern des GG [Artt. 1 und 20] erkennbar) mit anderen Positionen. Diese anderen, von Lehre und Rechtsprechung aufgeblähten, sind erstens die Allgemeine Handlungsfreiheit, zweitens die Verhältnismäßigkeit i. w. S. sowie drittens die *nur akzessorischen* Grundrechte der Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 2<sup>7</sup> (und mit Einschränkung auch des Art. 14 Abs. 1) GG.<sup>8</sup> Beschränkungen dieser Positionen muß der Richter

---

<sup>4</sup> Also keineswegs in allen Details.

<sup>5</sup> Präzise, aber schwerfälliger formuliert: Nur in Ausnahmebereichen darf und soll die Anwendung der Verfassung zu einer Immobilisierung führen. Diese Ausnahmefelder und den Grad der für sie festgelegten „Versteinerung“ von Positionen, d. h. der „Fesselung“ der demokratischen Politik, einschließlich der Gesetzgebung, hat die Staatsrechtslehre zu bestimmen. Das vorliegende Buch soll ein Neubeginn sein. Es ist der Versuch, die zahlreichen, oft im Einzelnen zutreffenden, insgesamt aber zersplitterten und widersprüchlichen Einzelüberlegungen zu dieser Grundspannung eines jeden demokratischen Verfassungs-Rechtsstaates auf ein System zu bringen, d. h. zu bündeln.

<sup>6</sup> Sowie der Menschenwürde.

<sup>7</sup> Die Berufsausübungsfreiheit ist von der Verfassung unter gesetzlichen Regelungsvorbehalt gestellt (während er für die Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, nicht gilt). Die Drei-Stufen-Theorie, mit der das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung diese verfassungsmäßige Unterscheidung ersetzt, gewährt zwar ebenfalls unterschiedliche Schutzgrade; sie schwächt jedoch die deutliche Stufung des – insofern m. E. eindeutigen – Verfassungswortlautes ab.

<sup>8</sup> Hier nimmt *Verf.* auf, was er in JZ 2002, S. 743 ff. zum „lückenlosen Freiheitsschutz“ ausgeführt hat. Die Problematik wird dort anhand von aggressiver Bettelei, „Nacktflytern“ und ver-

also auch dann hinnehmen, wenn sie seinen Erforderlichkeits- oder Gerechtigkeitsvorstellungen<sup>9</sup> widersprechen. Dämmte man diese durch Interpretation ausgefertigten Positionen wieder ein, so erleichterte das die demokratische Gesetzgebung und Politik.

## 2. Zur Meinungsfreiheit

An der Meinungsfreiheit wird nun gezeigt, wie jenes am 23. Mai 1949 qualitativ gewandelte Verfassungsrecht sich einer bereits vorgefundenen, mit Vollständigkeitstendenz kodifizierten Rechtsordnung überstülpt und sie sich unterwirft. Die hochdifferenzierte wettbewerbsrechtliche Reklamerechtsprechung und die Ehrschutzproblematik spiegeln die oben dargelegte Wandlung durch Konstitutionalisierung. Eigenständige Systeme sinken zu Subsystemen ab, indem sie der neue Anspruch eines klagbaren Freiheitsrechts durchdringt.

So führen die beiden Themen schließlich zueinander, die der Titel der Schrift nennt. Aus dem neuartigen Verfassungssystem folgen Kriterien, durch die manche der bei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG aufgebrochenen Verwerfungen unvermeidlich erscheinen, andere aber als richterliche Anmaßung erkennbar werden.

Der Beginn der „Lüth“-Rechtsprechung, aber auch „Elfes“, „Abtreibung 1“ und „Apothekenurteil“ markieren den neuen, aber eben unvermeidlichen Anspruch dieses Verfassungstyps. Die scheinbaren Ausgriffe waren hier keine. Sie waren Folgen eines Frontwechsels des Positivismus durch die Kodifikation gesellschaftsdynamischer Freiheiten.<sup>10</sup> Die Richter dürfen jedoch allein nach der Verfassung entscheiden, welche Güter solchermaßen ausgreifen. Ihre gesell-

---

gleichbaren Tatbeständen aus dem umstrittenen Feld der öffentlichen Ordnung i.S.d. Polizeirechts gezeigt. Die vorl. Untersuchung betrachtet stattdessen die Wirtschaftswerbung, insb. die Schockreklame (mit dem „Benetton“-Streit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem BGH). In all diesen Feldern werden die weiten Spielräume verteidigt, die dem Fachrichter – und darüber noch dem demokratischen Gesetzgeber – trotz der universellen Einschlägigkeit von Verfassungsprinzipien verbleiben. Beide haben zwar – wohl immer – nach Verfassungsgrundsätzen zu handeln. Beiden ist aber sogar ein solches verfassungsdeterminiertes Handeln nur dann möglich, wenn die verfassungsrichterliche Kontrolldichte abgestuft ist, wenn ihnen also die genannten „Spielräume“ verbleiben. (Vgl. in diesem Sinne die Thesen *Alexys* zu seinem Staatsrechtslehrer-Referat Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61, Berlin, 2002, S. 7ff., S. 31ff., hier S. 32 [Thesen 7, 13f., vor allem aber These 16], vgl. aber auch seinen Text S. 12ff. [und auch S. 216ff., insb. 218].) Jener JZ-Aufsatz versucht, wie die vorl. Arbeit, den von *H. H. Klein* bei den Bitburger Gesprächen geforderten und von *Alexy*, und teilweise auch den anderen Berichterstattern jener Staatsrechtslehrertagung, schon eingeschlagenen „Mittelweg“ zwischen Über- und Unterkonstitutionalisierung weiterzugehen (das *Klein*-Zitat bei *Alexy*, S. 13).

<sup>9</sup> Die Kritik am „Lüth-Urteil“, das gleichwohl als insgesamt richtig und notwendig gezeigt wird, besteht allein darin, daß der Senat dort naturrechtlich argumentierte, wo er nur die Verfassung auslegte.

<sup>10</sup> Es waren, wenn man denn von „Ausgriffen“ sprechen will, keine Ausgriffe der Richter, sondern des Grundgesetzes.

schaftspolitischen Vorstellungen sind ebenso fehl am Platze wie der verfrühte Rückgriff auf – an ihrem Ort durchaus richtige – Vermutungsregeln wie etwa „in dubio pro libertate“.

## II. Art. 5 Abs. 1 GG als politisiertes Gebiet mit widersprüchlichen Einzeldogmatiken

### 1. Auseinanderfallen von geschriebenem Verfassungsrecht einerseits, Literatur und Dogmatik andererseits

Mehrere Befunde mündeten in den Entschluß, gerade an Art. 5 Abs. 1 GG die erwähnten allgemeinen verfassungsrechtlichen Fragen zu untersuchen. Am bedeutendsten war das Interesse an zwei Aspekten der Grundrechtsordnung. Die Freiheiten, welche im Vordergrund stehen sollen, unterliegen von Verfassungs wegen einer besonders geringen Einschränkung. Dies ergibt die Qualifizierung ihrer Schrankenregelungen oder gar der Verzicht auf geschriebene Vorbehalte. Der andere Aspekt liegt in der hohen Dichte der grundgesetzlichen Determination, in der Detailliertheit, mit der die Verfassung diese Positionen ausdrücklich sichert. Daß das sachlich eng benachbarte Schulverfassungsrecht dem Staat ein so strenges Wächteramt<sup>11</sup> auferlegt wie – soweit ersichtlich – nirgends sonst<sup>12</sup>, trägt zu der Gesamteinschätzung bei, es handle sich bei den Geistes- und Geistesäußerungsfreiheiten um einen Sonderbereich.

Ein weiterer Anstoß zu dieser Schwerpunktsetzung waren höchstrichterliche und gesetzgeberische Entscheidungen, die große Teile der „öffentlichen Meinung“ in- und außerhalb der Juristenschaft als bedenklich empfinden oder empfanden. Drei davon werden sogleich angesprochen werden.

Auch die Literaturlage sprach für die Meinungsfreiheit als Bezugsgebiet. Es fehlt zwar nicht an Schrifttum zu den diversen Sätzen des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG; auch nicht an Texten, die sich anheischig machen, bestimmte Aspekte oder das ganze Untersuchungsfeld (oder gar „das Recht“ insgesamt) großen Tendenzen einzuordnen. Doch gerade einige der neueren gesamtkonzeptionellen Äußerungen, lange wie kurze, führten zu dem Wunsch, die Grundfragen des Art. 5 Abs. 1

<sup>11</sup> Insb. Art. 7 Abs. 1; Abs. 3 S. 2 (erster Halbsatz) und 3; Abs. 4 Sätze 2, 3, 4, und Abs. 5 GG legen eine umfassende und detaillierte staatliche Überwachung des Schulwesens fest.

<sup>12</sup> Zu dem 1949 vergleichbar dicht geregelten *Habeas Corpus*, Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 104 GG i. V. m. den thematisch, d. h. unter Freiheitsaspekten untrennbaren Justizgarantien der Artt. 100–103 GG vgl. unten, S. 85, mit Fn. 8. Auch für diesen Bereich gilt das die Verfassung der elektronischen Massenmedien (Rundfunk und Film) betreffende geschichtliche Auslegungsargument (siehe im Fünften Teil, Kapitel II, Nr. 2 a [S. 304f.]), man habe 1949 besonders die Praxis der *Hitlerdiktatur* ausschließen wollen. Zu den weiteren vergleichbar ausführlichen Regelungen, die 1968 [Art. 12a], 1993 [Art. 16a], bzw. 1998 [Art. 13 Abs. 3–6] eingefügt wurden, vgl. ebenfalls noch unten, Fn. 8, S. 85.