

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 Er kämpfte 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.¹

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.²

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

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.⁴

¹ *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).

² 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).

³ 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.

⁴ *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 Siegel* (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> . .	1
I. Die beiden Untersuchungsthemen und ihre gegenseitige Ergänzung	2
1. Zum System des Grundgesetzes	2
2. Zur Meinungsfreiheit	4
II. Art. 5 Abs. 1 GG als politisiertes Gebiet mit widersprüchlichen Einzeldogmatiken	5
1. Auseinanderfallen von geschriebenem Verfassungsrecht einerseits, Literatur und Dogmatik andererseits	5
2. Erosionen der Normativität – insbesondere durch gerichtliche 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 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 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 des Gerichts: Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisions- und Supertatsacheninstanz	39
2. Privilegierung und Funktionalisierung von Äußerungen – „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 Schutzgutes	75
4. Gruppen der dogmatischen Kritik	78
IV. Fazit des Ersten Teils: Das Lüth-Urteil als Paradigma der verfassungsdeterminierten Wertungsjurisprudenz	80
<i>Zweiter Teil: Eine „Meinungsfreiheitsverfassung“ im „Gefüge“ des Grundgesetzes?</i>	82
I. Unterscheidbarkeit und Nutzen von Teil- oder Unterverfassungen	82
1. Positivierte Überschneidungen als Normalität der Kodifikation	82
2. Kriterien für Teilverfassungen	84
3. Akzessorietät der Berufsausübungs- und der Eigentumsfreiheit nach dem Grundgesetz	88
4. Art. 5 GG in seiner Wirkung auf das Bürgerliche Recht und 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 mit Art. 79 Abs. 3 GG	98
1. Menschenbild, Menschenwürde und „staatliches Wächteramt“	99
2. Insbesondere der Idealismus und Humanismus des Menschenbildes	100
3. Freiheitsbetonung als paradoxe Infragestellung der Kontur des 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 und 2 GG als „Grundsätze“ i.S. von Art. 79 Abs. 3 GG	108
2. Der staatsrechtlich relevante Teil des Streits um den Demokratiebegriff	116
3. Der Subjektbegriff des Demokratiebegriffs des Grundgesetzes	120
IV. Fazit des Zweiten Teils	121

<i>Dritter Teil:</i> Das Grundgesetz als qualitativer Sprung und die Folgen	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. 1 ff., 19 f., 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 historistische Alltagstheorie	197
2. Nüchternheitsideologien und Praktikerromantik	202
VII. Fazit zum Dritten Teil	207
<i>Vierter Teil:</i> Der europa- und völkerrechtliche Rahmen	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: 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	
Geistesäußerungsrechte	367
1. Weitgehende Zulänglichkeit des geltenden Rechts, insbesondere 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 Ergänzung	2
1. Zum System des Grundgesetzes	2
2. Zur Meinungsfreiheit	4
II. Art. 5 Abs. 1 GG als politisiertes Gebiet mit widersprüchlichen Einzeldogmatiken	5
1. Auseinanderfallen von geschriebenem Verfassungsrecht einerseits, Literatur und Dogmatik andererseits	5
2. Erosionen der Normativität – insbesondere durch gerichtliche 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 Verfassungsdogmatik am Beispiel von Art. 5 Abs. 1 GG	17
a) Allgemeiner Teil des Staatsrechts zwischen Entfesselung und Versteinerung	17
b) Der auf die Geistesäußerungsrechte bezogene Systemausschnitt und 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 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:</i> Schichten der „Lüth“-Debatte	38
I. Die Fortdauer des Streits in der Sache „Lüth“	38
II. Problemaufriß	39
1. Von der Ungebundenheit des Gesetzgebers zur Ungebundenheit des Gerichts: Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisions- und Supertatsacheninstanz	39
a) Insbesondere vom zweipoligen Abwehrverständnis zur Grundrechtsdrittwirkung	42
b) Insbesondere die übrigen „objektiven Grundrechtsdimensionen“	44
c) Das schrittweise Sichtbarwerden der normalen Obergerichtsfunktion	46
2. Privilegierung und Funktionalisierung von Äußerungen – „Zensur“ oder „funktionelles Grundrechtsverständnis“?	50
a) Wertbegründete Privilegien im formalen Schutzsystem Recht?	50
aa) Privilegierung bestimmter politischer Richtungen oder Milieus?	50
bb) Privilegierung von Beleidigungen und übler Nachrede?	51
b) Die Verstetigung des „Lüth“-Streits durch Verrechtlichung des Vorrechtlichen	55
aa) Die „grundrechtsfreundliche Interpretation“ politikbezogener Meinungsäußerungen im Gegensatz zur Schmähkritik	56
bb) Insbesondere der idealistische Gemeinwohlbezug von Äußerungen	56
cc) Unvermeidlichkeit des Wertens gemäß einer verfassungsverträglichen Wertordnung	58
c) Zwischenfazit: Grundrechtskonturierende Verfassungswertungen 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 und verwandte Fälle	69
bbb) Die prozessuale Einkleidung als Bedrohung der Regelvermutung	70
ccc) Flucht in die Tendenzzone oder: Voreilige Abwägung . . .	73
3. Verstetigung der Lüth-Debatte durch den Charakter des Schutzgutes	75
4. Gruppen der dogmatischen Kritik	78
IV. Fazit des Ersten Teils: Das Lüth-Urteil als Paradigma der verfassungsdeterminierten Wertungsjurisprudenz	80
<i>Zweiter Teil: Eine „Meinungsfreiheitsverfassung“ im „Gefüge“ des Grundgesetzes?</i>	
I. Unterscheidbarkeit und Nutzen von Teil- oder 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 -politik	85
bb) Insbesondere: Geistesäußerungsordnung und Wirtschaftsverfassung	87
3. Akzessorietät der Berufsausübungs- und der Eigentumsfreiheit nach dem Grundgesetz	88
4. Art. 5 GG in seiner Wirkung auf das Bürgerliche Recht 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 mit Art. 79 Abs. 3 GG	98
1. Menschenbild, Menschenwürde und „staatliches Wächteramt“ .	99
2. Insbesondere der Idealismus und Humanismus des Menschenbildes	100
3. Freiheitsbetonung als paradoxe Infragestellung der Kontur des 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 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 und 2 GG als „Grundsätze“ i.S. von Art. 79 Abs. 3 GG	108
a) Die Rechtsprechung des BVerfG zum Zusammenhang von Geistesäußerungsrechten und Demokratie	108
b) Das Schwanken der obiter dicta des Bundesverfassungsgerichts beim Systembegriff	110
c) Geschichtlicher und begrifflicher Zusammenhang zwischen Geistesäußerungsrechten und Aufklärung	114
2. Der staatsrechtlich relevante Teil des Streits um den Demokratiebegriff	116
a) Zum Demokratiebegriff des Grundgesetzes	117
b) Insbesondere die Abgrenzung zu akklamatorischen Formen und zum „Demokratismus“	118
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
a) Die „Starrheit“ des Grundgesetzes als „qualitativer Sprung“	128
aa) Prinzipielle Starrheit jeden Rechts und ihre Steigerung im Gesetz	128
bb) Steigerung beim Gesetz durch Allgemeinheit, Abstraktheit und Schriftlichkeit	129
cc) Insbesondere die abweichende Akzentuierung des Positivismus vor der Ära ‚mit Vollständigkeitstendenz kodifizierter‘ Rechtsordnungen	130
dd) Steigerung des Gesetzesbegriffs im Verfassungsbegriff	132
ee) Wirkungssteigerung des Verfassungsgesetzes im kodifizierten 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 über die Exekutive	135

cc) Verfassungsstaatlichkeit i.S. vollständiger Überordnung mancher Verfassungssätze über den einfachen Gesetzgeber	136
c) Unabänderbarkeit gewisser Rechtssätze als konsequente Steigerung	136
d) Erneuter Umschlag der Qualität durch systematische Verknüpfung und Anreicherung	137
e) Gesetzespositivismus als epochale Neuerung – und als Lösung	137
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
a) Die Idee der Demokratie gegen die Idee der Verfassung	145
b) Ein deutscher Sonderweg?	147
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
a) Faktische Zunahme der Überschneidungen	150
b) Insbesondere „Allgemeine Handlungsfreiheit“ und Rangfrage	150
3. Besonders ausgreifender Charakter einzelner 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 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 <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 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 europarechtliche Regelungen	229
e) Fazit: Unterschiede und Gemeinsamkeit der dogmatischen Einkleidung der materiellen Grundspannung	231
aa) Das geschichtlich spezifische Regel-Ausnahme-Verhältnis als Unterschied	231
bb) Das Allgemeinwerden des sektoralen Zugriffs als 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 Grundrechtecharta	250
a) Die Geltung der Charta	250
b) Keine Restriktion der Grundrechtsträgerschaft analog zu Art. 19 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: Art. 10 EMRK	257
a) Dreifacher Bezug zum Thema	257
b) Die stärkere Eingeschränktheit sämtlicher Freiheiten gem. dem Wortlaut des Art. 10 EMRK	258
c) Weitere Abstufung durch die „Rundfunkklausel“, Art. 10 Abs. 1 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 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 Grundfreiheiten als „kleine Münze“ mit Einzelfall-Abwägung	271

bbb) Die wahre Linie: das fehlende Auffanggrundrecht als apokrypher Urteilsgrund	273
e) Ergebnisse zu Art. 10 EMRK	277
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
a) Begriff des Internets	285
b) Staatsrechtliche Einordnungsprobleme im Gegensatz zur Rechtsgeltungs- und -durchsetzungsfrage	286
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
a) Der Wortlaut der Verfassung und der Streit	294
aa) Die Aussage des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und ihr 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 Umkehrschluß aus Art. 118 Abs. 2 WRV	304
a) Geschichtlicher Grund der verfassungsrechtlichen Begrenzung	304
b) Die Zensur- und Beschränkungsänderungen des Grundgesetzes gegenüber Art. 118 WRV	305
3. Der Begriff einer „dienenden Freiheit“ und die 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 BGH-Rechtsprechung	318
aa) Schichten der Kritik an Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof in ihrem paradigmatischen UWG-Streit . . .	318
bb) Insbesondere die Einpassung des vorkonstitutionellen Fachrechts	318
cc) Insb. das Problem von Generalklauseln als „Allgemeinen Gesetzen“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG	320
dd) Privileg für „kritische Meinungsäußerungen“ im Fall Benetton?	322
2. Lösung in der Systematik des Grundgesetzes	324
a) Der Streit um „Wettbewerbsfremdes“ im Wettbewerbsrecht als Wiederholung der Lüth-Debatte	324
b) Zwingende Wertaufloadungen und andere in der Abwägung bei Art. 2 Abs. 1 GG	326
aa) Das „wertunglose“ Allgemeine Freiheitsrecht	327
bb) Das dritte Element der Schrankentrias	327
cc) Demokratisierung reiner Anstands-, „Geschmacks“- und Sittenfragen	328
dd) Freiheitsinterne Abstufung: Privates und gesellschaftliches Belieben	331
c) Analogie zum Polizei- und Ordnungsrecht; Gesetzesvorbehalt für „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 rechtlichen	339
3. Zusammenfassung zu III	340
IV. Fehlerträchtige Elemente der Positivierung der Meinungsfreiheit selbst	342
1. Der Meinungsbegriff	344
a) Der Begriff der Tatsache im Sinne der verfassungsrechtlichen 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 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 Geistesäußerungsrechte	367
1. Weitgehende Zulänglichkeit des geltenden Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts	367
2. Ergebnisverantwortung des Staates	370
Literaturverzeichnis	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.¹

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.²

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

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.

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

² 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.)

³ 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 steigt 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 Fragen⁴ 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 immobilisieren⁵. Mangelnde Differenzierung bei der Grundrechtsauslegung ist eine Wurzel dieses Übels:

Falsch ist die Gleichordnung hochrangiger Freiheitsrechte⁶ (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 2⁷ (und mit Einschränkung auch des Art. 14 Abs. 1) GG.⁸ Beschränkungen dieser Positionen muß der Richter

⁴ Also keineswegs in allen Details.

⁵ 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.

⁶ Sowie der Menschenwürde.

⁷ 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.

⁸ 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 Gerechtigkeitsvorstellungen⁹ 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.¹⁰ 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. 31 ff., 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).

⁹ 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.

¹⁰ 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 bedeutungsvollsten 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 Wächteramt¹¹ auferlegt wie – soweit ersichtlich – nirgends sonst¹², trägt zu der Gesamteinschätzung bei, es handle sich bei den Geistes- und Geistesäußerungsfreiheiten um einen Sonderbereich.

Ein weiterer Anstoß zu dieser Schwerpunktsetzung waren höchststrichterliche 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

¹¹ 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.

¹² 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 unten, Fn. 8, S. 85.

GG zu erforschen und der allgemeinen Verfassungsdogmatik einzugliedern. So formulieren zwei Habilitationsschriften zu Aspekten der Meinungsfreiheit, die von *Thomas Vesting*¹³ und *Ulli F.H. Rühl*¹⁴, Annahmen oder Ergebnisse, die beide Untersuchungsthemen zugleich betreffen und die hier relativiert werden sollen. Sie beziehen sich, außer auf die Geistesfreiheiten unmittelbar, auch auf Grundlagen des Rechts und beeinflussen von dorthier die Dogmatik; ebenso berühren sie die Philosophie. Vor allem aus dem Buch (und anderen Arbeiten) *Vestings* sprechen diesbezügliche Tendenzen, die in der Rechtswissenschaft verbreitet, aber m.E. mit dem Grundgesetz unvereinbar sind. Während *Vestings* und *Rühls* Überlegungen zum Widerspruch reizten, weckte die interdisziplinär angelegte Schrift von *Nicolas Druey*, „Information als Gegenstand des Rechts, Entwurf einer Grundlegung“¹⁵, das Bedürfnis nach dogmatischer, verfassungsarchitektonischer und rechtstheoretischer Ergänzung. Sie stimmt in der Tendenz mitunter deutlich mit dem vorliegenden Projekt überein.¹⁶ Auch sie bezieht, wie die Arbeiten *Rühls* und *Vestings*, Philosophie ein. Aber *Druey* verkettet die herangezogene Philosophie oder Theorie nicht so mit dem juristischen oder dem Sachargument, daß es dogmatisch etwas austrägt. Gerade das aber legt m.E. die antitotalitäre Nachkriegsordnung in einigen schwierigen Feldern, so etwa beim Menschenbild und bei den Geistesfreiheiten, nahe.¹⁷

Für die Gesamtentwicklung der Rechtswissenschaft symptomatisch bedeutsam erscheinen kürzere gesamtkonzeptionelle Äußerungen, die aus staatsrechtlicher Sicht überprüft werden sollen. Sie finden sich außer in Aufsätzen auch in Entscheidungsgründen und richterlichen Nebenbemerkungen (*obiter dicta*). Sowohl diverse Beschlüsse und Urteile als auch etwa die abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter *Hobmann-Dennhardt*, *Hoffmann-Riem* und *Kühling* zu dem Urteil vom 24. 1. 2001 (betreffend die Unzulässigkeit von Gerichtsfernsehen gem. § 169 Satz 2 GVG)¹⁸ weichen vom Konzept des Grundgesetzes gerade

¹³ *Thomas Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht, Grundlagen – Elemente – Perspektiven*, Baden-Baden 1997, (Habilitationsschrift Hamburg 1996).

¹⁴ Vgl. *Ulli F.H. Rühl*, *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen, Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit*, Baden-Baden 1998 (Habilitationsschrift Bielefeld 1997).

¹⁵ *Nicolas Druey*, *Information als Gegenstand des Rechts/Entwurf einer Grundlegung*, Zürich usw. 1995.

¹⁶ Vgl. etwa die Überlegungen *Drueys* zur „Geistesfreiheit als Grundnorm der Information“, S. 79 ff.

¹⁷ Hart könnte man auch formulieren: Die Philosophie werde bei *Druey* nicht streng durchgeführt. – Wobei es, selbstverständlich, nicht um Ausführlichkeit, sondern nur um Klarheit des Konzepts geht. An ihr fehlt es, und der Vorwurf gilt erst recht bei Autoren, die nicht schon eigens im Text der Einleitung erwähnt werden. Vgl. bei *Druey* die Abschnitte (S. XXX, 28, 151 f. und öfter), in denen er sich auf die Philosophie von *Karl Jaspers* beruft (für den in der Tat Kommunikation von der größten Bedeutung war), ohne aber zu zeigen, wie dieser Bezug sich mit anderen philosophischen bzw. theoretischen Ansätzen vereinbart, die entweder gar nicht oder doch nicht ohne Weiteres dazu passen (etwa mit dem Buch von *Austin*, *How to do things with words*).

¹⁸ Das Urteil – BVerfGE 103, 44 ff. – 1 BvR 2623/95, 622/99 –, mit der oben erwähnten abwei-

bezüglich der Meinungsfreiheit ab. Insbesondere den letztgenannten Dissenter-Bemerkungen kommt aber Aufmerksamkeit zugleich auch wegen der „Gesamtarchitektur“ des Staatsrechts zu. Die drei Richter postulieren nämlich einen Verfassungswandel,¹⁹ und zwar durch die Heraufkunft der „Informationsgesellschaft“.²⁰

Selbstverständlich gibt es auch Werke jeden Umfangs, die den rechtlichen Rahmen der Informationsgesellschaft in einer solchen Weise ziehen, daß nichts dagegen einzuwenden ist. Auch hier drängen sich drei Schriften als Beispiele auf. *Friedrich Schochs* Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung – Erstbericht zum zweiten Beratungsgegenstand auf der Staatsrechtslehrertagung in Osnabrück 1997²¹, der Zweitbericht²² *Hans-Heinrich Trutes* auf dem selben Kongreß und *Michael Kloepfers* siebenhundertseitiger lehrbuchartiger Gesamtüberblick²³. Doch diese Schriften gewichten entschieden anders. So kritisiert zwar etwa auch *Schoch*²⁴ vorsichtig manches von dem, was auch uns kritikwürdig erscheint. Er sieht etwa²⁵ „erhebliche Rechtsprobleme“ durch die Kommerzialisierung von Informationen²⁶ oder er zeigt²⁷ Abschwächungen der staatlichen Souveränität auf. Er lehnt es aber ausdrücklich ab, wenn „daraus ... die Abdankung des

chenden Meinung S. 72–81, wird nach dem Beschwerdeführer, der n-tv-Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG, gelegentlich auch als „ntv-Urteil“ bezeichnet.

¹⁹ BVerfGE 103, 44ff., (S. 72ff.) S. 75 unten. Diese Annahme eines Verfassungswandels bzw. einer Umwandlung der gesellschaftlichen Verhältnisse mit der Folge, daß sich die Rechtsordnung und insbesondere auch die Kommunikationsordnung ändere, findet sich in der neueren Rechtsprechung öfters. So – und zwar mit der weiteren Folge, daß sich auch „die staatliche Teilhabe an der Kommunikationsordnung“ wandle und weiter wandeln müsse – findet sie sich auch dezidiert in BVerfGE 105, 252ff., Beschl. d. Ersten Senats v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558, 1428/91. Hier begründet sie die staatliche Warnbefugnis vor solchen Weinen, die ihre Hersteller rechtswidrigerweise und heimlich mit einem Frostschutzmittel (Diethylen-Glykol) versüßt hatten. Die Verfassungsbeschwerden wurden zurückgewiesen. Vgl. die dogmatischen Bedenken gegen diesen Beschluss bei *Dietrich Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe. Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26. 6. 2002, in: NVwZ 2003, S. 1ff., m.w.N.

²⁰ Kritik verdient diese abweichende Meinung vor allem aus methodischen Gründen. In ihr zeigt sich ein im kodifizierten Verfassungssystem bedenklicher Historismus (vgl. im Einzelnen unten, S. 197ff., Teil Drei, VI, 1, siehe auch die vorige Fn.) Mit diesem Historismus, d.h. der Unterwerfung unter eine selbstinterpretierte „Geschichte“, verknüpft sich eine zu leichthändige Preisgabe des Rechts an einen technisch-medialen Wandel, den der Richter ebenfalls, an Parlament und Souverän vorbei, selbst erdeutet. (Dazu unten, S. 310f., Teil Fünf, II 4 b). Beides geht auf Kosten der „Steuerungsfähigkeit“ einer Verfassung, die, wie jede Ordnung, vom Steuerungs-willen ihrer Richter und anderen Amtsträger lebt.

²¹ *Friedrich Schoch*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (künftig: VVDStRL) Heft 57, Berlin usw. 1998, S. 158–215.

²² *Hans-Heinrich Trute*, VVDStRL 57, S. 216–273.

²³ *Michael Kloepfer*, Informationsrecht, München 2002.

²⁴ Wie soeben oben, Fn. 21.

²⁵ *Schoch*, VVDStRL Heft 57, S. 173, Fn. 56.

²⁶ *Schoch*, ebenda [wie vorige Fn.].

²⁷ *Schoch* a.a.O., S. 180f.

Staates gefolgert wird“²⁸, wie es etwa *Joachim Burmeister* in seinen Betrachtungen über die freiheitsgefährdende Tendenz des technischen Fortschritts unter dem Titel „Marktpreis und Menschenwürde“²⁹ getan hat. Und nicht nur in der Themenwahl, sondern auch sofern sie skeptische Töne enthalten, betonen jene Darstellungen andere Seiten der „Wissens- und Meinungsordnung“. Im vorliegenden Buch geht es um die prinzipiellen Züge eines Konzepts, das die Verfassung – wenn die Kernthese zutrifft – in einem mittelbar durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Bereich in den Grundlinien anlegt und festlegt.

Noch zwei weitere verfassungsrechtliche Ausgangsbefunde im meinungsfreiheitsspezifischen Fachrecht, besonders dem Medienrecht, legten es nahe, gerade von diesem Feld aus nach den vergessenen Linien der Architektur des „Systems von 1949“ zu suchen.

Die unbefangene Lektüre von Art. 5 Abs. 1 GG enthüllt eine überraschende Privilegierung. Diese Verfassungsnorm bevorzugt nämlich bei der Veranstaltung von „Rundfunk und Film“ die sogenannte „Berichterstattung“. Sie stellt sie besser als alle anderen Äußerungen vermittelt dieser beiden Medien. Sie bevorzugt diese Inhaltsart gegenüber Reklame, Gesprächsrunden, Kommentaren, Shows, „features“ oder schlichter Unterhaltung usw.; und sie tut es, obwohl Berichte quantitativ in den meisten Rundfunk- und Filmveranstaltungen eine untergeordnete Rolle spielen. Soweit jene sonstigen Äußerungen nicht dem Schutz eines anderen Grundrechts, etwa von Art. 5 Abs. 3 (Kunst oder Wissenschaft) oder Art. 4 Abs. 1 GG (Glaube) unterfallen, werden sie – dem Verfassungstext nach – lediglich von der schwächer³⁰ garantierten Allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Die Berechtigung dieser Unterscheidung wird seit langem bestritten. Auch hat das Bundesverfassungsgericht in letzter Zeit eine – so die These – verfassungsrechtlich unbegründete Großzügigkeit walten lassen, aus der man folgern kann, es wolle die genannte Unterscheidung einebnen.

Diese Einebnung des Unterschiedes bedeutet eine Hochstufung des von der Verfassung Herabgestuften durch das Bundesverfassungsgericht. Diese Hochstufung setzen wir in Zusammenhang mit der bundesverfassungsgerichtlichen Großzügigkeit in den Benetton-Entscheidungen³¹. Und beide Abwandlungen der bisherigen Dogmatik erscheinen nicht nur als für den jeweils entschiedenen Fall von Belang; vielmehr sind sie zugleich Ausdruck der Tendenz, die die Arbeit

²⁸ A.a.O., S. 181.

²⁹ *Joachim Burmeister*, Marktpreis und Menschenwürde – Betrachtungen über die freiheitsgefährdende Tendenz des technischen Fortschritts – in: Burkhardt Ziemse, Theo Langheid, Heinrich Wilms und Görg Haverkate (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 85ff., S. 93.

³⁰ Das Grundrecht ist wie gesagt schwächer wegen der großzügigeren Schrankenregelung, der es unterliegt.

³¹ Zum Benetton-Fall und den – bis zum Abschluß dieser Arbeit bereits sechs – zu ihm ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen (darunter zweien des Bundesverfassungsgerichts) genauer sogleich unten im Text S. 10 sowie Fn. 39.

kritisiert. Die Entscheidungen verlieren kein Wort darüber, was es für die Befugnisse nicht etwa nur der Verwaltung, sondern insbesondere auch des demokratischen Gesetzgebers bedeutet, wenn eine Freiheitsbetätigung aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in den privilegierten Raum eines besonders gesicherten Grundrechts aufsteigt. – Müßte hier nicht die vorwirkende Immobilisierung der Politik in den Blick kommen?³² Sie allein bedeutete zwar noch keinen Einwand gegen eine solche Höherstufung. In ihr könnte man ja gerade einen Sinn der Freiheitsrechte sehen. Jedoch sollte dieses prinzipielle Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG jedenfalls in Problemfällen beachtet werden. Ein Problemfall aber ist es, wenn die Ausdehnung der Privilegien³³ der besonderen Freiheitsrechte solche Betätigungen stärkt, die – wie das Fernsehen und wie die kommerzielle Werbung – eine überdurchschnittliche wirtschaftliche Macht voraussetzen. Das Problematische steigert sich noch, wenn die begünstigten Rechtsträger, hier die „Bewußtseinsindustrie“, die Voraussetzungen der Ausübung von Freiheitsrechten Dritter und dadurch die Voraussetzungen der demokratischen Willensbildung beeinflussen oder sogar prägen.

Einen weiteren (den vierten) verfassungsrechtlichen Ausgangsbefund gibt das Grundgesetz durch seine Regelung der unter „Presse“ zusammengefaßten Druckwerke vor. Die ausdrückliche Garantie einer „Pressefreiheit“, sprachlich gesondert von den beiden vorgenannten Medien und insbesondere ohne deren Einschränkung auf „Berichterstattung“, privilegiert sie. – Es ist inzwischen³⁴ durch die Debatte öffentlich geworden, daß sich alsbald die Frage einer allgemeinen staatlichen Stützung von Printmedien stellen könnte.³⁵ Das vorliegende Buch bezieht hierzu zwar keine Position, legt aber den Grund für die möglichen Positionen³⁶.

³² Vgl. dazu schon oben, S. 3, die beiden Abschnitte vor und um Fn. 5.

³³ Der Ausdruck „Privileg“, Sonderrecht, Vorrecht wird hier nun schon zum zweiten Mal für die speziellen Freiheitsrechte verwandt. Er könnte provozieren, da doch zur Freiheit nach neuzeitlichem Verständnis wesentlich die Gleichheit gehört. Die selbstverständliche Gleichheit aller Menschen als Grundrechtsträger bedeutet aber keineswegs die Gleichheit aller Rechte. Das wäre vielmehr ein Unding. Der Terminus „Privileg“ für die laut Grundgesetz weniger leicht beschränkbar Positionen soll dieses Unding ausschließen. Um einer widerspruchsfreien Verfassungsdogmatik, d.h. um der Staatsrechtsarchitektur willen können nicht alle Freiheitsrechte, die die Verfassung garantiert, gleich schwer wiegen (vgl. die in der vorigen Fn. angegebene Stelle).

³⁴ Vgl. z.B. Karsten Plog, „Schröder schaut auf das Kartellrecht / Der Bundeskanzler kündigt beim Treffen des ‚Netzwerks Recherche‘ eine Initiative zum Erhalt der Pressevielfalt an“, in: Frankfurter Rundschau v. 26.5. 2003.

³⁵ Wenn schon heute vereinzelte Medien wie z.B. seit Frühjahr 2003 die soeben (Fn. 34) zitierte Frankfurter Rundschau gestützt werden, so gehört dies bislang noch in ein anderes Feld, da es aus wirtschaftlichen Erwägungen, nämlich um der Arbeitsplätze willen, geschieht.

³⁶ Grundsätzlich ist nach überwiegender Meinung eine Subventionierung von Presseorganen dann zulässig, wenn sie auf parlamentsgesetzlicher Grundlage und ohne politische Tendenz stattfindet, vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Rdnr. 228 zu Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz/Kommentar, Band 1, Artikel 1–19, 2. Aufl. Tübingen 2004, m. zahlr. w. Nachw., auch zur Gegenauffassung.

2. Erosionen der Normativität – insbesondere durch gerichtliche Politik

Die Epoche der Weimarer Reichsverfassung führte den staatsrechtlichen Methoden- und Richtungsstreit anhand der Geistesfreiheiten.³⁷ Unter dem Grundgesetz sind seit „Lüth“ in auffälligem Umfang immer wieder prinzipielle Fragen der Grundrechtsauslegung anhand des Art. 5 GG, insb. des Art. 5 Abs. 1 GG aufgebrochen. Das ändert sich anscheinend nicht: Auch im sechsten Jahrzehnt der Bonner Verfassung wirken in diversen Bereichen gerade dieses Problemfeldes verfassungsrechtliche Auffassungen, an denen das vorliegende Buch zweifelt, und führen zu gelegentlich prominenten Entscheidungen. In der Zeit der Konzeption dieser Arbeit zeigte sich das besonders deutlich im Wettbewerbsrecht, und zwar u.a. am Streit um den schon erwähnten Schockwerbungs- (oder Benetton-)fall, den wir nunmehr vorstellen; zugleich wird in ihm auch die zwiespältige Wirkung der „Lüth“-³⁸Rechtsprechung erkennbar, die darum detaillierter analysiert werden soll.

Das BVerfG³⁹ hob Entscheidungen des BGH⁴⁰ auf, die dem Kleidungshersteller Benetton verboten hatten, mit Bildern von Umwelt- und menschlichen Katastrophen (ölverschmutzte Ente, „HIV“-bestempeltes Gefäß, schwerarbeitende Kleinkinder in Indien) für sich zu werben. – Es meint, das Sittenwidrigkeitsurteil des BGH beruhe zwar auf der „durchaus billigenwerten Anstandsregel“, die auch „als solche von weiten Teilen der Bevölkerung wohl akzeptiert werde“, daß man menschliches und tierisches Leid so nicht ausnutzen dürfe. Doch genossen „kritische Meinungsäußerungen“ besonders hohen Schutz.

Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts erklärt die Werbeanzeigen zur Meinungsäußerung. Damit ist die Abstufung, der Unterschied der diversen Freiheitsrechte angesprochen. Denn nun scheinen solche Anzeigen unter Art. 5

³⁷ Und zwar nicht unwesentlich in den Münchener Referaten und darauffolgenden Debatten beider Tage vom 24. und 25. 3. 1927. Vgl. *Karl Rothenbücher*, Erstbericht zum ersten Beratungsgegenstand: Das Recht der freien Meinungsäußerung, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927, VVdStRL Heft 4, Berlin 1928, und *Rudolf Smend*, Zweitbericht, ebda., S. 44ff. *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur, 1914–1945, München 1999, S. 192 weist nach, daß auch die Teilnehmer schon selbst den Eindruck hatten, die aus Anlaß der Meinungsfreiheit angefangene, von ihr aus aber umfassend geführte Debatte sei für die Zunft eine „historische Stunde“.

³⁸ BVerfGE 7, 198ff., Urt. des Ersten Senats vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51 –.

³⁹ Zunächst durch Urt. d. Ersten Senats vom 12. 12. 2000, BVerfGE 102, S. 347ff. – 1 BvR 1762, 1787/95 – und zwar unter Aufhebung und Zurückverweisung zweier der BGH-Urteile v. 6. 7. 1995 (I ZR 110/93=NJW 1995, S. 2490ff. und I ZR 180/94=NJW 1995, S. 2492f.). Dagegen beharrlich (und im Ergebnis im Sinne der vorliegenden Arbeit; wenn auch nicht in der dogmatischen Konstruktion) wiederum BGHZ 149, 247ff. (Urt. v. 6. 12. 2001 – I ZR 284/00); – erneut aufgehoben vom Bundesverfassungsgericht durch BVerfGE 107, 275ff., Beschl. v. 11. 3. 2003 – 1 BvR 426/02 – (NJW 2003, 1303ff., ZIP 2003, 642ff.) unter erneuter Zurückverweisung der Sache an den BGH. Vgl. auch BGHZ 130, 196ff., Urt. v. 6. 7. 1995 – 1 ZR 239/93 – zur ölverschmutzten Ente in Werbeanzeigen auf Plakaten, in der Illustrierten „Stern“ und einem eigenen Blatt des Unternehmens *Benetton*.

⁴⁰ Sie sind in der vorigen Fn. zitiert.

Abs. 1 GG zu fallen⁴¹ (anstatt unter Art. 2 Abs. 1 GG), weshalb schlichte Sittenwidrigkeit zu ihrer Unterbindung nicht mehr genügen kann. Darüber hinaus verkennt das Gericht die Stoßrichtung von „Lüth“ und der folgenden Rechtsprechung, wenn es die Ausnutzung von Schreck und Mitleid für kommerzielle Zwecke mit der dort geübten politischen Kritik an konkreten Individuen oder gesellschaftlichen Kräften gleichstellt.

Der Streit über den Fall ist daher auch hier nicht das allein Interessante. Die grundrechtsdogmatische Frage dahinter gilt vielmehr einer Annahme sowohl der soeben zitierten Verfassungsrichter als auch mancher Kritiker der „Lüth“-Rechtsprechung: Es ist, abstrakt gesagt, die Übertragung von Zweifelsregeln (*in dubio* ... – etwa „für die Freiheit der Rede“) auf zweifelsfreie Fälle. Diese Übertragung führt – so die These – zu einer schematischen Verflachung der Grundrechtsordnung in „Beeinträchtigung/Nichtbeeinträchtigung“ bzw. „permissiv/nichtpermissiv“. Dieses unterkomplexe Entweder-Oder aber ebnet – konkret – das wohldurchdachte Regime insbesondere von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG ein. Die Einebnung schwächt die Gesamtarchitektur des Grundgesetzes mittelbar dadurch, daß sie die Argumentationslasten umkehrt, den Rechtsschutzanspruch etwa kommerzieller Reklame erhöht und damit, logisch unausweichlich, alle anderen Positionen, als potentielle Konkurrenten, schwächt. Das aufzuzeigen ist ein Ziel der Arbeit.

Insofern vergleichbar ist im Bereich des Ehrenschatzes die BGH-Entscheidung zum Fall „Stolpe“. Von ihr distanzierte sich der Senatsvorsitzende bei der Urteilsverkündung dadurch, daß er erklärte, er habe die Meinungsfreiheitsrechtsprechung des BVerfG zugrundelegen müssen, die sich „leider“ nicht immer zu Gunsten des Ehrschutzes ausgewirkt habe⁴²:

Für die Stasi-Verstrickung eines hohen DDR-Kirchenjuristen sprechen zahlreiche Indizien. Nach der Wende wird er X-Partei-Mitglied und Ministerpräsident. Der BGH⁴³ verbietet es nicht, daß ein Y-Partei-Mitglied im Fernsehen sagt, „... wie wir alle wissen“ [sei der Ministerpräsident] „über zwanzig Jahre im Dienste der Staatssicherheit tätig“ [gewesen].

Der Kläger habe die Äußerung der nicht erweislich wahren, nach Auffassung auch des BGH „schwer“ ehrenrührigen Behauptung unter anderem darum hinzunehmen, weil sie

⁴¹ Damit müsste, wer entsprechende Plakate und Anzeigen usw. verbieten wollte, schwerer wiegende verfassungsrechtliche Argumente geltend machen. Vgl. i. Ü. zu der Benetton-Entscheidung und ihrer Interpretation noch unten im Einzelnen Teil Fünf, Kapitel III, zur Verfassungslage bei der Wirtschaftswerbung, vor allem S. 340 bei und mit Fn. 192.

⁴² Übereinstimmendes Zitat in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (künftig: FAZ) v. 17. 6. 1998 und der Frankfurter Rundschau v. 20. 6. 1998. Der Senatsvorsitzende irrte jedoch. Vgl. die Aufhebung und Zurückverweisung des BGH-Urteils durch das Bundesverfassungsgericht am 25. 10. 2005 – 1 BvR 1696/98 – NJW 2006, S. 207ff.; im Einzelnen dazu Verf., Kein Grundrecht auf üble Nachrede – Der Stolpe-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts schützt das Personal der Demokratie, NJW 2006, S. 189ff.

⁴³ BGHZ 139, 95 (Urt. v. 16. 6. 1998, – VI ZR 205/97 –). Zum Verfahrensfortgang siehe vorige Fn.

„in einer Fernsehsendung erfolgt [sei], die plakative Aussagen nahelegt und Spontaneität der Rede erfordert.“⁴⁴

Wie schon im Fall „Benetton“ (soeben, S. 10) zeigen auch die „Stolpe“-Urteilsgründe des BGH außer der Absolutsetzung von Zweifelsregeln noch ein zweites, das die Arbeit in verschiedenen Bereichen der Geistesäußerungsrechte aufdecken soll: eine Unterwerfung des Gerichts unter die Eigendynamik des betreffenden Mediums.⁴⁵ Auch sie beeinträchtigt – so die These – die dem Richter aufgetragene Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden positiven Rechtsnormen. Diese Eigendynamik, die „Forderungen“ des Mediums, ersetzen die Forderungen der Rechtsordnung, die in ihr positivierten Werte.

In enger Nachbarschaft dieser Erosion der Normativität kommt noch eine weitere Absolutsetzung von Zweifelsregeln vor, die untersucht werden soll: Sie besteht in der Annahme, da bestimmte Rechtsgrenzen in seltenen Einzelfällen faktisch nicht zu verteidigen seien, müsse man sie generell preisgeben. Schwierig hieran ist, daß Fälle *unvermeidlicher* Preisgabe wirklich vorkommen.⁴⁶ Es läßt sich allerdings zeigen, daß viele Fälle, die auf den ersten Blick so erscheinen mögen, doch kein Abgehen vom Wortlaut des positiven Rechts rechtfertigen, sondern mit dem üblichen Instrumentarium zu bewältigen sind. Gerade im Bereich des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG muß das dichte Regelgeflecht von Verfassung und einfachem Recht (Ehrenschaft, insb. §§ 188, 193 StGB, aber auch der Jugendschutz) nicht verlassen werden.

Die hiermit kritisierten dogmatischen Annahmen beeinflussen, über die rechtspolitische Debatte, auch den Gesetzgeber. Er aber hat die Güter des Art. 5 Abs. 2 GG (Ehre und – etwa im folgenden Beispiel: – Jugendschutz) zu wahren.

Die Schwierigkeit (i. d. R. nicht Unmöglichkeit), Internet-Inhalte zu überwachen, gepaart mit Wirtschaftsförderungsabsichten, wirkte z. B. so:

Die automatischen Puffer (*proxy-caches*) der inländischen Knotenpunkt-Rechner (*server*) einer GmbH halten Gewalt-, Kinder- und Tierpornografie-„Web-Seiten“ bereit, die den Abonnenten das „Herunterladen“ von anderen Rechnern her ersparen. Das **AG München**⁴⁷ verurteilt den Geschäftsführer gem. § 184 Abs. 3 StGB zu zwei Jahren Freiheitsstrafe auf Bewährung. War ihm als faktischem und rechtlichem Beherrscher der Gefahrenquel-

⁴⁴ So die Formulierung in BGHZ 139, 95, 107.

⁴⁵ Das ist, abstrakt, die Bedeutung der ebenzitierten Folgerungen des Senats in BGHZ 139, 95, 107.

⁴⁶ Das Internet verwischt in zahlreichen Rechtsbereichen die bis *dato* klaren Grenzen einzelner Begriffe, vom Versteigerungs- und Glücksspiel- bis zum Urheber- und zum Strafrecht. Die Zahl und Raschheit dieser Veränderungen reizt zur Überschätzung. Wandel, der dort stattfindet, wird zu leicht auf eine Gesamtumwälzung des Rechtssystems hochgerechnet. Darum muß unten auch ein Seitenblick auf das wirkliche Ausmaß und die thematische Begrenztheit der Umwälzungen fallen, die dieses Medium der Rechtsordnung tatsächlich abfordert (S. 285 ff.). Er belegt die sogleich im Text zu betonende These, die Unabgrenzbarkeiten im Extremfall rechtfertigten noch kein Abgehen von den in der Verfassung verwendeten Begriffen oder den darin verkörperten Werten.

⁴⁷ Sachverhalt wie im Urteil des Amtsgerichts München v. 28.5. 1998, ZUM 1998, 685 ff., –

le – und damit als „Garanten“ – i. S. v. § 5 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 TelediensteG „zumutbar“, seine Rechner von kriminellen Inhalten zu reinigen, die er kannte? Das LG⁴⁸ hebt das „Katastrophenurteil“⁴⁹ auf. Auch die Staatsanwaltschaft hatte, von der ersten Instanz an, Freispruch beantragt. – Die Aufhebung entspricht, ausweislich der Materialien, dem Willen des Gesetzgebers des TelediensteG.

In Urteilen wie den drei dargestellten – aber auch im erwähnten *ntv*- oder Gerichtsfernseh-Streit⁵⁰ – folgen Kontroversen *anlässlich* vermeintlich marginaler Auslegungs-Unklarheiten von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG – und der sie ausgestaltenden Gesetze – aus fundamentaleren Konflikten. Doch oft – so die Arbeitshypothese – aus anderen, als sie die Richter und ihre Kritiker formulieren. Es ist weder der erwähnte Gegensatz „permissiv oder restriktiv“ oder „schutzwürdig – weniger schutzwürdig“, noch sind es die Fronten „Freiheit oder Autorität“, „Persönlichkeitsschutz oder Demokratie“, „Staatsverantwortung oder Eigenverantwortung“, sondern andere, allerdings ebenfalls *übergreifende* Bezüge.⁵¹ Diese Bezüge sind, anders als in früheren Ordnungen, weitgehend verrechtlicht.⁵² Soweit sie für Art. 5 Abs. 1 GG von Belang sind, bilden sie den Gegenstand der Arbeit. Die umstrittenen Einzelfälle werden zwar auch im Blick auf denjenigen Zweig des „Besonderen Teils“ der Geistesäußerungsrechte betrachtet, zu dem sie jeweils gehören; das Schwergewicht liegt aber auf der Ortung und (partiellen) Lösung der verfassungsdogmatischen Kernfragen. Die Hoffnung ist, daß sich Allgemeines und Besonderes befruchten.

Die Arbeit besteht daher, wie gesagt, aus mehreren Untersuchungen. Für den Bereich der Geistesäußerungsrechte soll sie insbesondere belegen, daß

8340 Ds 465 Js 173158/95 –, das in der Literatur teils als „Compuserve“, teils als „Felix-Somm“-Urteil bezeichnet wird. (Weitere Fundstellen im Internet-Kapitel, unten S. 289 mit Fn 25.)

⁴⁸ Freispruch durch LG München I durch Urt. v. 17. 11. 1999, – 20 Ns 465 Js 173158/95 –, ZUM 2000, 247ff., rechtskräftig; auch hierzu die weiteren Fundstellen im Internet-Kapitel, unten, S. 291, Fn. 136.

⁴⁹ Der Ausdruck stammt aus dem repräsentativen Artikel „Ein ‚Katastrophenurteil‘ aus München?“, mit dem *Fritjof Haft* das Heft 9 der K&R 1998 eröffnete (S. 1). Im Einzelnen zu diesem Zitat und ähnlichen Echos auf das Urteil wiederum unten im Internet-Abschnitt, S. 289ff. mit den Fn. 23ff.

⁵⁰ Zu diesem bereits erwähnten Streit um das Gerichtsfernsehen mit den abw. Meinungen zu § 169 Satz 2 GVG vgl. oben S. 6f. mit den Fn. 18ff. sowie detaillierter unten, Teil Drei VI 1 (S. 199ff.) und Teil Fünf, II 4 b (S. 310f.).

⁵¹ Überraschenderweise kommt das Verfassungsrecht ganz ohne die Unterscheidung zwischen „gutem“ und „schlechtem“ Freiheitsgebrauch, gemessen am Menschen- und Persönlichkeitsentfaltungsbild des Grundgesetzes, nicht aus. Die h. M. wie auch die Rspr. sieht das bekanntlich anders, erfährt aber seit nunmehr 50 Jahren Widerspruch (vgl. zu diesem Streit, betreffend vor allem die Dogmatik des Hauptfreiheitsrechts, den Vermittlungsversuch des Verf.: Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2 Abs. 1 GG, JZ 2002, S. 743ff.). Derselbe Streit kehrt der Sache nach, doch terminologisch anders eingekleidet, vielfach bei der Ziehung immanenter Grundrechts-Schranken wieder. Er verstärkt sich dort noch weiter, wenn die geschriebenen Schranken sogar auf beiden „Seiten“ des Konfliktes fehlen.

⁵² Vgl. bereits knapp die Überlegungen zum gesteigerten Ordnungsanspruch des Grundgesetzes (oben, I/1, S. 2) sowie unten zur Verrechtlichung außerrechtlicher Begriffe, 3, S. 21ff.

die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG als Geistes- und Geistesäußerungsfreiheiten zu verstehen sind. Der Verfassungsbegriff „Meinungsfreiheit“ wird also verstanden nicht im Sinne von „reden dürfen, was immer man reden mag“, sondern von „sagen dürfen, was man denkt und sagen will“. Dieser Meinungsbegriff wertet damit die Äußerung der eigenen Überzeugung höher als etwa die bezahlte Reklame. Er differenziert zwar nicht zwischen „richtiger“ und „falscher“ Meinung⁵³, will aber den Schutz auf die „echte“ Meinungsäußerung beschränken. Etliche Betätigungen aus den Bereichen Rundfunk, Film, Presse und Reklame werden danach aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 in den des Art. 2 Abs. 1 GG verwiesen.

Diese meinungsfreiheits-verfassungsrechtlichen Fragen werden an bekannten Beispielen aus dem zivilrechtlichen Ehrschutz- und dem Wettbewerbsrecht (aus denjenigen Rechtsgebieten also, auf die die Untersuchungsergebnisse letztlich angewandt werden sollen) verdeutlicht. Die Arbeit soll hier die grundrechtsspezifischen Sachverhalte aufsuchen, an denen sich ein kritikwürdiger Verfassungswandel zeigt. Sie kann den „Besonderen Teil“ der Geistesäußerungsrechte aus Umfangsgründen zwar nicht liefern.⁵⁴ Doch um die verfassungsrechtliche Arbeitshypothese auf Handhabbarkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen, wird sie immer wieder in seine grundrechtsrelevanten Details vordringen müssen.

Das meinungsfreiheitsspezifische Verfassungsrecht wirkt allerdings auch in andere, in überraschende, scheinbar entlegene Bereiche, etwa auf die Frage der Gewährleistungen „flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen [...] im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation“ gem. Art. 87f GG. Hier soll der restriktivere Meinungsbegriff über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte eine Bevorzugung von Bericht, Kunst und Wissenschaft erzwingen.⁵⁵

⁵³ Demgegenüber finden sich in der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts Formeln, die nicht nur die Lüge vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG ausnehmen wollen, sondern auch den Irrtum, da er zur Meinungsbildung nichts beitragen könne. Es wird also tatsächlich zwischen „richtiger“ und „falscher“ Meinung diskriminiert. Wir werden zeigen, daß es ohne wertende Absichtungen nicht geht, und daß zu diesen auch die Wahrheit, Unwahrheit oder Nichterweislichkeit von Tatsachenaussagen beiträgt. Das hat jedoch durch Beschränkung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 GG bzw. durch immanente Schranken zu geschehen. Dagegen ein Ausschluß des ehrlichen Irrtums schon aus dem Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit gefährdet sie ohne Not.

⁵⁴ Vielfältige und bereichsweise umfassend ausgearbeitete Ansätze zu einem solchen Besonderen Teil bietet das in Fn. 23 zitierte Werk von *Kloepfer*.

⁵⁵ Wieweit eine solche Auslegung des deutschen Rechts auch „europafest“ ist, bedarf angesichts des – in nahezu allen hier einschlägigen Rechtsfragen eindeutigen – Vorranges des Europarechts der Untersuchung. Sie zeigt, daß es schwerlich je zum Konflikt kommen wird sowie, zweitens, daß allfällige Konflikte nicht aus widerstreitenden Normen folgen, sondern aus ökonomistischen Fehlinterpretationen, wie sie in Deutschland nicht seltener oder unwahrscheinlicher sind, als in Brüssel und Luxemburg. Der Vorrang des Europarechts, auf den der Gerichtshof ebenso pocht, wie die Kommission, führt daher zu keinem Problem. Das gilt schon auf der obersten Normhierarchieebene (EG-Vertrag, EU-Vertrag, Fernsehprotokoll [zur Kulturkompetenz des Titels XII *Jürgen Sparr*, bei *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000,

Im Vordergrund stehen jedoch nicht solche Fragen. Wesentliches Untersuchungsziel ist, den Kern und die Einheit der Geistesäußerungs-Ordnung herauszuarbeiten, die im Verständnis der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG als Geistesfreiheiten liegen. Die diese These tragende Annahme einer von der Verfassung positivierten Wertordnung, die den Gesetzgeber bindet, drückt sich für den Grundrechtsbereich besonders im Menschen-, Freiheits- und Demokratiebild aus. Dieses Menschenbild ist der Schlußstein oder auch die Basis des *gemeineuropäisch*⁵⁶-aufgeklärten, bürgerlich-idealistischen, jedoch wegen der Verfassungsentstehungs-Epoche (den vier Jahren vor dem 23. Mai 1949) obrigkeitskritisch⁵⁷ angereicherten „Systems der Grundfreiheiten“⁵⁸, das 1949 in wesentlichen Punkten Verfassungsrecht geworden ist.⁵⁹ Die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG decken daher keine – wirtschaftliche oder technische – „Eigendynamik“ der elektronischen Medien⁶⁰, die auf Kosten der dem Menschenbild des GG entsprechenden Persönlichkeitsbildung ginge. Die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG sind kultur- und autonomiebezogen. Die besagte obrigkeits- oder herrschaftskritische Tendenz darf daher auch nicht als allgemeine Permissivität mißverstanden werden. Sie ist „unterdrückungsfeindlich“, doch weder moral- noch wertfeindlich. Vielmehr sind alle garantierten Freiheiten⁶¹ der Verfassung wertend, das heißt sie unterscheiden zwischen einem dem Menschenbild entsprechenden⁶² und anderem

zu Artikel 151 EGV, passim, insb. aber RdNr. 6, 61 und 68f.]). Es gilt aber auch bis hinab etwa zur Fernsehrichtlinie (89/552/EWG). (Vgl. zu dieser letzteren etwa [hinsichtlich der für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Frage kommerzieller Reklame im Fernsehen] Dieter Dörr, Der Einfluß der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf das Medienrecht, in: VerwArch, 2001, S. 149ff. [insb. S. 162].) Zur überwiegenden (wenn auch nicht ausnahmslosen) diesbezüglichen Zurückhaltung von EuGH und EuG insbesondere in Fernsehfragen vgl. ausführlich unten, Teil Vier, Kapitel I, S. 211ff. und dort insb. die S. 233ff.

⁵⁶ Wenn die geschichtliche Auslegung des GG mitunter auch nach deutsche Spezifika fragen muß, etwa beim Bildungsbegriff, so sind das nur Nuancen innerhalb des gesamteuropäischen Projekts der Aufklärung. Der Wirtschaftsakzent der bisher überwiegenden Praxis der EG berührt das nicht.

⁵⁷ Daher fehlt etwa in Art. 5 Abs. 2 GG eine Möglichkeit, zum Schutze des Staates oder staatlicher Organe Berichte oder Meinungsäußerungen zu beschränken. Hier helfen allein die „Allgemeinen Gesetze“, soweit entgegenstehende Vorschriften sich nicht über den Ehrschutz rechtfertigen lassen (wie möglicherweise etwa § 188 StGB, vgl. zu ihm schon oben S. 11f. das Beispiel „Stolpe“).

⁵⁸ Ein solches System ist eine Fiktion, aber eine zu jeder Rechtsentscheidung notwendige Fiktion. Da das vielfach – wenn auch meist unbewußt, nämlich nicht durch Debattenbeiträge, sondern durch schlechte Kategoriefehler – bestritten wird, bedarf es, erstens, einiger Hinweise auf das Systemverständnis des Bundesverfassungsgerichts. Zweitens ist schon hier daran zu erinnern, daß „System“ zunächst nichts weiter bedeutet, als „ein Ganzes nach Gesetzen“, also das Verbot des Selbstwiderspruchs.

⁵⁹ Daher muß die Untersuchung auch das so umrissene idealistische Gebäude des Grundgesetzes und seine Statik thematisieren.

⁶⁰ Für die Presse gilt, ihrer Einrichtungsgarantie wegen, ein deutlich großzügigerer Maßstab.

⁶¹ Einzige Ausnahme ist die von der h.M. und der Rspr. zu Recht in Art. 2 Abs. 1 GG hinein-gelesene Allgemeine Handlungsfreiheit. Vgl. dazu insb. den oben, Fn. 51 genannten Aufsatz.

⁶² Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang die These, daß als „grundsätzlich“ uneinschränkbar

Freiheitsgebrauch. Daher bedeutet etwa die Meinungsfreiheit unter dem Grundgesetz im klassischen Sinne „Gedankenfreiheit“. Art. 5 Abs. 1 GG spricht von „Meinung“ lediglich, um eine einengende Auslegung zu verhindern, nach welcher allein das Denken selbst, allein das *forum internum* geschützt wäre.

3. Insbesondere die Rolle der Gerichte

Aus der größeren Regelungsdichte folgt, daß das Bundesverfassungsgericht als Kontrolleur hier so stark gefordert ist wie sonst im Grundrechtsbereich (fast⁶³) nirgends. Sofern das GG den Staat beauftragt hat, Güter nicht nur seinerseits ungestört zu lassen, wie es die grundrechtlichen Eingriffsbeschränkungen zeigen, sondern auch, sie aktiv zu schützen, muß das vor allem hier gelten.⁶⁴ Das Apothekenurteil oder die Fristenlösungsentscheidung sind daher (nicht in ihren materiellen Ergebnissen, jedoch) als richterliche Zugriffe in die Sphäre anderer Gewalten bedenklicher als „Lüth“. Der meiste Unwille, den dieses Urteil auf sich zog und zieht⁶⁵, ist, wie sich zeigen soll, unberechtigt. Die in ihrer prinzipiellen Tragweite noch unbegriffene Klagbarkeit der Grundrechte löste ihn aus. Sie forderte

diejenigen Grundrechte ausgestaltet worden sind, die nah am – wohl als Selbstzweck gesetzten – Kern dessen liegen, was im besagten System des Grundgesetzes „den Menschen“ ausmacht. Dieser aber ist wesentlich autonome Subjektivität, was wiederum zu einem hohen Rang geistiger Entfaltungsmöglichkeiten führt. Hierzu wird die Auseinandersetzung mit Positionen wie der von Klaus Vogel und Otto Depenheuer und des Bundesverfassungsgerichts (vgl. u.a. oben, S. 10) und einzelner äußerungsfreudiger Verfassungsrichter in der abweichenden Meinung zum Gerichtsfernseh-Beschluß zu führen sein.

⁶³ Das „fast“ steht mit Rücksicht auf das *Habeas Corpus*. Vgl. zu diesem Bereich und den anderen Grundrechtsbereichen, bei denen das Argument zu erwägen ist, oben, Fn. 12 (S. 5) und unten im Haupt-Teil Zwei den Abschnitt I, 2, c zur Regelungsdichte (S. 85ff.).

⁶⁴ Mehr als ein Seitenblick kann auf die „objektive Dimension“ an sich, ein eigenes Habilitationsthema, nicht geworfen werden. Zwar wirkt sich der Streit um sie, sodann aber auch um die „(mittelbare) Drittwirkung“ und um das „institutionelle Grundrechtsverständnis“ mehrfach aus: Bei der Regulierung der Rundfunkordnung, aber auch bei der schon mehrfach angesprochenen „Lüth“-Problematik wird sie von Gerichten und Literatur immer wieder mit Art. 5 Abs. 1 GG zusammengebracht. Dieser Zusammenhang ist bei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gleichwohl rechtssystematisch äußerlich, d.h. er ist in dem Sinne zufällig, daß das BVerfG seine Objektivitätsüberlegungen geradeso bei der leiblichen Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) o.ä. hätte entwickeln können. Ein Problemfeld allerdings erfordert den besagten Seitenblick gleichwohl. Es ist der Bereich der hypersuggestiven Sondermedien, die vom BVerfG zu Recht als „dienende Freiheit“ verstandene Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film. (Dazu unten die S. 294ff. und dort insb. S. 306ff.) Ein zweites Wirkungsfeld der „objektiven Dimension“ ist die in § 188 StGB eingetragte, von der früheren Rechtsprechung und einem Großteil der Literatur aber *contra legem* gehandhabte „Stolpe“- (vgl. oben S. 11f.) oder auch Friedrich-Ebert-Problematik: Hier ist zu zeigen, daß die obrigkeitkritische Ausrichtung des Grundrechtsteils allenfalls in einer verschwindend kleinen Zahl von Fällen, nicht aber grundsätzlich zur „Schutzlosigkeit der Führungskräfte“ (so die Formel von Erich Schwinge, vgl. noch unten, S. 64, mit Fn. 105) führen muß.

⁶⁵ Vgl. nur die Kritik bei Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999 (Habilitationsschrift Bonn 1999), S. 109ff., insb. S. 110 oben, m.w.N.

und fordert eine völlig andere Dogmatik, um die seither gerungen wird. Die Grundlinien dieser allgemeinen Dogmatik sind Ziel des auf „das System des Grundgesetzes“ gerichteten Aspekts der Untersuchung.

III. Die zweipolige Einheit des Projekts

1. Die aus dem neuen Verfassungsbegriff folgende, teilweise andere Verfassungsdogmatik am Beispiel von Art. 5 Abs. 1 GG

Die beiden Pole des Projekts sind zwar deutlich unterschieden, aber doch vielfältig verknüpft.

a) Allgemeiner Teil des Staatsrechts zwischen Entfesselung und Versteinerung

Für den Allgemeinen Teil des Staatsrechts wird die Spannung zwischen Versteinerung und Entfesselung untersucht, die die Verfassung von 1949 durch ihre nach Veränderungsfestigkeit abgestuften Normierungen anlegt. „Versteinerung“ soll das selektive Politikverbot versinnbildlichen, das aus einigen, vom Verfassungsgeber offenbar als zentral empfundenen Garantien folgt. „Entfesselung“ bezieht sich auf die – ebenfalls nur selektive – Gesellschaftsdynamik, die das Grundgesetz auslöst. Die Positivierung materiell aufgeladener Begriffe entfesselt den subjektiven Veränderungswillen. Doch dem stehen bis hin zu einer Ewigkeitsgarantie sich steigernde Festschreibungen gegenüber. Das führt bei den Rechtsfolgen in Auslegung ein und derselben Verfassung zu einer Fülle unterschiedlichster Zwischentöne, sozusagen zu einer Gleitskala zwischen Versteinerung vorfindlicher Verhältnisse und totaler Dynamik.

b) Der auf die Geistesäußerungsrechte bezogene Systemausschnitt und sein Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Staatsrechts

Der andere Pol ist die Überprüfung jenes Vorschlages einer neuen Systeminterpretation am konkreten Beispiel. Bezogen auf die Meinungsfreiheitsgarantien des Art. 5 Abs. 1 GG ließe das Unternehmen sich sogar in einen einzigen Satz zusammenfassen: Es wird geprüft, ob das Grundgesetz einen idealistischen⁶⁶ Kern sowohl der Geistesfreiheiten als auch einiger der sie begrenzenden Güter positiert, und, sollte das der Fall sein, ob er gegen den Materialismus eines Teils der sogenannten postmodernen Rechtstheorie zu halten und in einer umfassend grundrechtsgeprägten Fach-, (d.h. u.a.) Verwaltungsrechtsordnung durchzuhalten ist. Mit anderen Worten: Die verfassungskräftigen idealistischen Unterschei-

⁶⁶ Zum Begriffspaar „Idealismus/Materialismus“ siehe sogleich unten, S. 25f. (einschließlich der Anmerkungen Nrn. 93 bis 95).

dungen im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG und einige ihrer einfach-rechtlichen Auswirkungen werden herausgearbeitet.

Falls sich das Konzept als in sich schlüssig erweist, so folgt:

(a) Richter, aber auch etwa die Verantwortlichen in den Medienanstalten sollen in fast allen Fällen, auch vermeintlichen Problemfällen, streng den Wortlaut sowohl von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG sowie derjenigen Vorschriften einhalten, auf die Absatz 2 verweist (Jugend-, Ehreenschutz und „allgemeine“ Gesetze). Gesetzgeber sind stärker an die Geistesäußerungsrechte und schwächer an die Gewerbe-freiheit gebunden, als die insbesondere medienpolitische Debatte den Anschein erwecken kann.

(b) Nur in einer kleinen Sondergruppe von Fällen bedarf es folglich einer – dann allerdings reflektierten – Theorie⁶⁷, und zwar zur Verkürzung, möglicher-weise sogar Erledigung der genannten⁶⁸ „falschen“ Fronten: Die wirkliche Konfliktlinie entsteht – der These nach – durch die *materialistische* Zurückdrängung der *idealistischen* Konzepte des Grundgesetzes. Es soll gezeigt werden, daß uns solche verfassungskräftigen Idealismen⁶⁹ in zahlreichen Zentralbegriffen des Staatsrechts begegnen, insbesondere in dem der Meinung, der Freiheit und der Person. Ebenso sind – wenn die These zutrifft – die Begriffe von Wahrheit und Tatsache, die Art. 5 GG voraussetzt, die klassisch-herkömmlichen. (Die letztge-nannten Begriffe entsprechen demnach übrigens zugleich weitgehend dem Alltagsverständnis.) Die materialistische Erosion scheint hier vor allem in den Gestalten der *Kommerzialisierung* sowie diverser *Funktionalisierungen*⁷⁰ stattzu-finden. Zur Eigendynamik des geldwerten Vorteils (Kommerzialisierung) und der davon beeinflussten weiteren Eigendynamik der Bewußtseins-Industrie (sy-stematische Herstell- und massenhafte Durchsetzbarkeit von „Meinung“)⁷¹ tritt

⁶⁷ Die Untersuchung greift darum, obwohl verfassungsdogmatisch, sowohl gelegentlich nach „oben“, ins Begriffliche, als auch nach „unten“ ins einfachrechtlich- und ins technisch-empirisch Konkrete der entschiedenen Fälle und der zu kritisierenden neueren Normen aus.

⁶⁸ Oben, S. 13.

⁶⁹ Dieser Ausdruck wiederum so verstanden wie (vgl. soeben Fn. 66) unten, S. 25f. mit Fn. 93–95 dargestellt.

⁷⁰ Die Kommerzialisierungs- und Funktionalisierungsdebatte braucht nicht nachgezeichnet zu werden; wir begegnen ihr insb. beim Ehreenschutz, aber auch im Zusammenhang mit der Frage nach selbstzweckhaften und bloß „dienenden“ Freiheiten, wie sie sich etwa beim Fernsehen stellen.

⁷¹ Der kritische Akzent, den der Ausdruck „Bewußtseinsindustrie“ haben mag, ist beabsichtigt. Er ergibt sich aus folgendem Vorverständnis: Aus der Grundannahme, das Bewußtsein bilde sich einerseits frei und andererseits, etwa in der Erziehung, auch durch Institutionen. „Industrie“ dagegen dient der Waren- und Dienstleistungs-Produktion. Dient sie der „Produktion“ von Meinungen, so empfindet man das als manipulativ. Was an dem Begriff befremdet, ist die Grenz-verwischung zwischen Warenwelt und Geisteswelt. Was im einen Bereich unproblematisch ist, muß es im anderen nicht sein. Zu dieser Unterscheidung noch unten die Abgrenzung zwischen Art. 5 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG bei der Frage der Einordnung der Wirtschaftswerbung (Teil Fünf, Kapitel III). Nur knapp verwiesen werden kann (vgl. Teil Fünf, IV, 2) auf die Problematik der Gefährdung der Ehre und Würde durch die Massenmedien. Dort zeigt sich ebenfalls, wie sich