

Die friedliche demokratische Grundordnung

Verfassungsimmanente Schutzbereichsgrenzen aus rechtsmethodischer Sicht

Von Stud. iur. **Cristina Durth**, Stud. iur. **Joshua Spannaus**, Gießen*

Die Grundrechte des GG sind auf die sinnvolle Freiheitsbetätigung durch die Bürger angewiesen. Die autonome Beschränkung des Einzelnen auf eine friedvolle Freiheitsausübung kann zwar dabei gemeinwohlfördernd, scil. freiheits-sichernd, wirken. Daraus eine allen Grundrechten gemeine generelle verfassungsimmanente Schutzbereichsschranke im Sinne eines Friedlichkeitsvorbehaltes abzuleiten, ist aber mit Blick auf die herkömmlichen Auslegungskanones sowie Präjudiz und Dogmatik nicht zu begründen.

I. Einführung

Die individuelle Freiheit ist unter dem GG stets im Lichte ihrer Gemeinschaftsbezogenheit zu betrachten.¹ Immerhin ist das dem GG zugrunde liegende Menschenbild nicht das eines „isolierten souveränen Individuums“.² Diese Reziprozität³ kommt vornehmlich in Art. 8 Abs. 1 GG zum Ausdruck. Dort entzieht das GG demjenigen, der sich unfriedlich versammelt, schon auf Schutzbereichsebene den Grundrechtsschutz.⁴ Das von der Freiheitsordnung im Ergebnis Missbilligte wird terminologisch von grundrechtlichen Verbürgungen ferngehalten.⁵ Die in der Staatsidee selbst zu lozierende Friedenspflicht des Bürgers erstarkt, anknüpfend an Art. 8 Abs. 1 GG, zu einem grundrechtlichen Vorbehalt der Friedlichkeit – verstanden nicht bloß als Freiheit von physischer Gewalt,⁶ sondern darüber hinausgehend als Freiheit von Rechtsbeeinträchtigung vonseiten Dritter.⁷

Indessen vermag nach Ansicht der *Verf.* die vermehrte Berufung auf „die Monopolisierung der Ausübung physischer Gewalt beim Staat“⁸ nicht eine rechtsmethodische, an den klassischen Auslegungskanones⁹ und juristischen Begrün-

dungsstrukturen¹⁰ orientierte Herangehensweise an die Problematik der verfassungsimmanenten Schutzbereichsgrenzen zu ersetzen.¹¹

Ziel des Beitrages ist es daher, die constitutionale lata die für und gegen einen Vorbehalt der Friedlichkeit – dieser Begriff soll als Sammelbezeichnung für verfassungsimmanente Schutzbereichsgrenzen aufgrund von Rechten Dritter¹² verstanden werden – sprechenden Argumente in einer dem Gebot rechtsstaatlicher Methodenklarheit¹³ genügenden Weise abzuleiten.

II. Staatstheoretische Ausgangslage

Das GG geht von Spannungen zwischen Individuum und Gemeinschaft aus, wonach die Freiheit jedes Einzelnen ihre Grenzen in der Gemeinschaft selbst findet.¹⁴ Der Bürger kann sich demnach frei entfalten, jedoch müsse aus den während des Bürgerkriegs gesammelten Erfahrungen gelernt und der Bestand des modernen Staates gesichert werden.¹⁵ Historisch bedingt kommt diese Aufgabe allein dem Staat zu, auch wurde allein ihm die Befugnis verliehen, physische Gewalt anzuwenden und anzuwenden – allein dem Staat kann das Gewaltmonopol zugeordnet werden, damit der innere Frieden gesichert wird.¹⁶ Privaten kann ein derartiges gewaltgeprägtes Handeln nur in Ausnahmefällen zugestanden werden – Notwehrrechte und Widerstand sind immanente Schranken des Gewaltmonopols.¹⁷ Gewaltmonopol und Friedlichkeit stehen in einer besonderen Beziehung zueinander, sie stellen ihr jeweiliges spiegelbildliches¹⁸ Pendant dar. Während der Friedlichkeitsvorbehalt eine äußere Rahmenordnung markiert und das Fundament des modernen Staates konstituiert, versuche der Staat, dieses Fundament zu wahren und die darin lebende Gesellschaft zu koordinieren.¹⁹ Allein aus diesem Grund könne die Existenz des Friedlichkeitsvorbehaltes nicht ernsthaft

* Die Autorin *Durth* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Rudkowski) an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Der Autor *Spannaus* ist stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Auer, M.A., LL.M., S.J.D. [Harvard]) sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Menschenrechte (Prof. Dr. Hailbronner, LL.M. [Yale]) an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (327).

² BVerfGE 4, 7 (15); 30, 1 (20).

³ Stober, Grundpflichten und Grundgesetz, 1979, S. 21 f.; Isensee, DÖV 1982, 609 (611, 615).

⁴ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (329–331); Isensee, DÖV 1982, 609 (616 f.).

⁵ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (328).

⁶ A.A. Isensee, in: Franssen, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt, 1991, S. 39 (43, 52).

⁷ Schröder, JA 2016, 641 (646); Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (329).

⁸ Bethge, DVBl. 1989, 841 (844).

⁹ Schröder, JA 2016, 641 (642 f.); Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 269 ff.

¹⁰ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, S. 307 ff., 334 ff.

¹¹ Ähnlich Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 21.

¹² Muckel, in: Dörr u.a., Festschrift für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 347 (356).

¹³ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, Rn. 653; Müller, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 33.

¹⁴ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

¹⁵ Muckel (Fn. 12), S. 353–355; Isensee, in: Müller, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, 1982, S. 23 (26 f., 31–33, 40).

¹⁶ Isensee (Fn. 6), 47 f., 52; Bethge, DVBl. 1989, 841 (844); Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, Wernicke u.a., Bd. 14 (Hauptauschuß), 2009, Nr. 42, S. 1289 (1292).

¹⁷ BVerfGE 74, 257 (261 f.); Isensee (Fn. 15), S. 24.

¹⁸ Muckel (Fn. 12), 353 f.; Bethge, NJW 1982, 2145 (2150).

¹⁹ Isensee (Fn. 15), S. 28 f.; Kröger, JuS 1984, 172 (174).

bezweifelt werden, vielmehr sei er eine „verfassungspolitische Selbstverständlichkeit“ mit Verfassungsrang,²⁰ die selbst der Gestaltungsmacht des Verfassungsgebers insofern entzogen sei, als er sie einer verfassungsrechtlichen Apriori entsprechend voraussetzen musste.²¹

Problematisch ist, dass dieser Ansatz das Verhältnis von Prämissen und Schlussfolgerungen vertauscht; wenn als Prämisse gilt, dass die Verfassung als positives Recht eigens zu analysierendes Anschauungsmaterial bietet, so kann die Idee eines friedlichen Staates nur daran gemessen werden.²² Die Friedlichkeit als einen präverfassungsrechtlichen, überpositiven Baustein zu betiteln, führt dazu, dass man die Vorverständnisabhängigkeit von der Verfassung bei der Methodewahl extendiert.²³

Die staatsrechtlichen Ansichten haben gemein, dass sie die Existenz einer Friedenspflicht – ob in Anbindung an Art. 8 Abs. 1 GG als Grundpflicht des Bürgers²⁴ oder als Zentralelement des modernen Staates – anerkennen und nicht auf einen vergeistigten Gewaltbegriff festlegen, sondern auf physisch ausgeübte Gewalt begrenzen.²⁵ Sofern man die Befugnis zur Anwendung körperlicher Gewalt allein dem Staat zugesteht,²⁶ kann ein dem engen Gewaltbegriff unterfallendes Verhalten, welches aus den privaten Kreisen herrührt, nicht grundrechtlich geschützt werden.²⁷ Der Ausschluss von physischer Gewalt müsse bereits im grundrechtlichen Schutzbereich stattfinden.²⁸ Zugleich wird dem Friedlichkeitsvorbehalt die Funktion zugesprochen, ein Verhalten, welches nicht von spezielleren Freiheitsrechten erfasst wird – so die Durchführung oder Teilnahme an einer unfriedlichen Versammlung in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 GG – jeglichen Grundrechtsschutz, insbesondere die Berufung auf das Innominatgrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, zu verwehren.²⁹

Weitergehend wird darauf beharrt, dass die Friedenspflicht um des Staates willen und in Anbindung an Art. 8 Abs. 1 GG mit der allgemeinen Rechtsgehorsamspflicht gleichgestellt werden müsse.³⁰ Verkannt wird dabei, dass die Rede von einer Pflicht, Pflichten einzuhalten – gewissermaßen Meta-Pflicht – keine zusätzlichen Rechtserkenntnisse enthält.³¹

Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung darüber, ob ein Verhalten einem Grundrecht unterfällt, zuvörderst davon abhängt, ob es der Begrifflichkeit des jeweiligen Grundrechts unterliegt; konzidiert wird, dass

nicht jegliche Rechtsposition Dritter dazu führen kann, bereits eine Exklusion aus dem Schutzbereich zu begründen.³²

Wie im Folgenden zu sehen sein wird, ist Kernstreitpunkt nicht die Existenz eines Friedlichkeitsvorbehaltes, sondern seine Bedeutung in der Grundrechtsdogmatik. Weder das Gewaltmonopol noch der *neminem-laedere*-Grundsatz³³ reichen hierbei als Grundlagen zur Streitlösung aus.

III. Rechtsmethodischer Ansatz

1. Semantik

Ein rechtsmethodischer Zugriff auf die grundrechtlichen Friedlichkeitsvorbehalte hat von der „Essentiale“ der Verfassungsinterpretation, nämlich dem grammatischen Moment, auszugehen.³⁴

Was also sind die verfassungsrechtlichen Orientierungspunkte? Neben Art. 8 Abs. 1 GG sind weitere im Zusammenhang mit dem Vorbehalt der Friedlichkeit genannte Verfassungsbestimmungen – abgesehen von der Präambel – die Art. 2 Abs. 1 Hs. 2, Art. 5 Abs. 3 S. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 18 S. 1, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1, 2 sowie Art. 33 GG.³⁵ Eine Analyse des Konglomerats an Normen, die Ausdruck „wehrhafter Demokratie“ sind – so etwa Art. 18 S. 1, Art. 21 Abs. 2 GG³⁶ – befriedigt nicht. Gefordert wird dort nur eine Minimaltreue des Bürgers,³⁷ die von einer Pflicht zur Verfassungstreue, der nur Beamte unterliegen,³⁸ weit entfernt ist. Danach darf lediglich niemand andauernd, planvoll und aggressiv auf die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung aus sein.³⁹

Die Frage, inwieweit die Grundrechtsverwirklichung des einen Bürgers tatbestandlichen Grenzen durch Grundrechtsverwirklichung der anderen Bürger ausgesetzt ist, kann indessen nur durch die in den jeweiligen Grundrechtsnormen angesprochenen Zuweisungsgehalte selbst beantwortet werden.⁴⁰ Mit Blick auf den Wortlaut konsterniert es, dass hier häufig die Art. 4 Abs. 1, 2,⁴¹ Art. 5 Abs. 3 S. 1 Fall 1⁴² und Art. 12 Abs. 1 GG⁴³ zur Erörterung kommen. Denn aus dem Verfassungstext lässt sich ein Rückschluss darauf, dass bei-

²⁰ *Isensee* (Fn. 6), S. 45; *Kröger*, JuS 1984, 172 (173).

²¹ *Isensee* (Fn. 6), S. 44, 46; *Kröger*, JuS 1984, 172 (173).

²² *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 77 f.

²³ *Höfling* (Fn. 22), S. 77 f.

²⁴ *Bethge*, DVBl. 1989, 841 (845); a.A. *Kröger*, JuS 1984, 172 (173).

²⁵ *Kröger*, JuS 1984, 172 (173 f.); *Muckel* (Fn. 12), S. 354 f.

²⁶ *Isensee* (Fn. 6), S. 47 f., 52.

²⁷ *Muckel* (Fn. 12), S. 354 f.

²⁸ *Isensee* (Fn. 6), 56–59; *Muckel* (Fn. 12), S. 354 f.

²⁹ *Isensee* (Fn. 6), S. 40–42, 58.

³⁰ *Bethge*, DVBl. 1989, 841 (845); *Kröger*, JuS 1984, 172 (173).

³¹ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 33. Aufl. 2017, Rn. 251.

³² *Muckel* (Fn. 12), S. 352, 356–361.

³³ *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl. 1976, S. 10; *Schwarz*, BayVBl. 2003, 326 (327).

³⁴ *Wülfing* (Fn. 11), S. 23; *Reimer* (Fn. 9), Rn. 281; *Schröder*, JA 2016, 641 (643).

³⁵ *Bettermann* (Fn. 33), S. 12, 14, 21; *Bethge*, DVBl. 1989, 841 (845); *Isensee*, DÖV 1982, 609 (611, 613).

³⁶ v. *Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 18 Rn. 4; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 547.

³⁷ *Stober* (Fn. 3), S. 51.

³⁸ *Mager*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 29.

³⁹ *Michael/Morlok* (Fn. 36), Rn. 549.

⁴⁰ *Muckel* (Fn. 12), S. 359.

⁴¹ *Kästner*, in: Stern/Becker (Fn. 36), Art. 4 Rn. 30–41.

⁴² v. *Arnauld*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 38), § 167 Rn. 44.

⁴³ *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, 47. Lfg., Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 35–40.

spielsweise fremdes Eigentum beeinträchtigendes künstlerisches Schaffen nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit gedeckt sei, nicht rechtfertigen.⁴⁴

Die Untersuchung der „Rechte anderer“ aus Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG erscheint dem ersten Anschein nach zielführender. Gleichwohl verweisen die in Bezug genommenen subjektiven Rechtspositionen Dritter auf die gesetzgeberisch gesteuerte Ausgleichsbedürftigkeit des allgemeinen Freiheitsanspruchs mit freiheitlichen Vorstellungen der Mitbürger,⁴⁵ sind mithin relativ zu entsprechenden normativen Ermächtigungen zu sehen.⁴⁶ Kurz: Ohne Tätigwerden des Gesetzgebers gibt es auch keine beschränkenden „Rechte anderer“. Wenngleich „Rechte anderer“ auch die Grundrechte meint,⁴⁷ sind diese, mangels unmittelbarer Drittwirkung,⁴⁸ nicht geeignet, dem allgemeinen Freiheitsanspruch im Sinne eines „absolut verstandene[n] Prinzip[s] des *neminem laedere*“⁴⁹ unmittelbar verfassungsimmanente Tatbestandsgrenzen zu ziehen.⁵⁰

Nichtsdestoweniger offenbart sich aus dieser Konstruktion eine generelle Grenze jeglicher Freiheitsrechte schon auf Schutzbereichsebene: Indem die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG für unantastbar erklärt wird, erlangt sie umfassende Geltung auch im privaten Bereich.⁵¹ Die Ausstattung der Menschenwürdegarantie mit unmittelbarer Drittwirkung kann argumentativ sowohl mit der systematischen Stellung – vor Art. 1 Abs. 3 GG⁵² – als auch dem Wortlaut – Unantastbarkeit und staatlicher Achtens- und Schutzauftrag wurden eigens normiert⁵³ – belegt werden. Strenggenommen resultiert aus der unmittelbaren Verpflichtung der Grundrechtsberechtigten zur Achtung der Menschenwürde, dass der Rekurs auf Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG obsolet wird: Ein den materiellen Gehalt der Menschenwürde tangierendes Verhalten ist von der Grundrechtsordnung – ohne Notwendigkeit legislatorischer Konkretisierung – nicht gedeckt.⁵⁴

Ungeachtet dessen scheint in der Debatte das semantische Argument von Gegnern wie Verfechtern der Immanenz-

lehren⁵⁵ eine untergeordnete Rolle zu spielen. Dass die Textexegese unergiebig sei,⁵⁶ kann letztlich dagegen nicht behauptet werden. Nur punktuell regelt das GG zwar, wann und in welchem Umfang Rechte Dritter tatbestandlich relevant sind. Aber auch das ist ein Erkenntnisgewinn. Das Friedlichkeitskonzept ist dabei in Stufenform realisiert. Erstens: Unterhalb der Schwelle der Unfriedlichkeit aus Art. 8 Abs. 1 GG kennt das GG grundsätzlich keine hier interessierenden Tatbestands-Vorbehalte der Rechte anderer.⁵⁷ Die Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG als Schrankenvorbehalt und nicht etwa als „apriorische[] verfassungsunmittelbare[] Schutzbereichsgrenze“⁵⁸ wurde dabei aufgezeigt. Zweitens: Das kollektiv unfriedliche Verhalten im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 GG genießt keinen Schutz.⁵⁹ Drittens: Steht ein Verhalten in Rede, das den auf der menschlichen Subjektivität fußenden unveräußerlichen Eigenwert eines anderen negiert,⁶⁰ so ist der Freiheitsausübung durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG eine absolute Grenze gezogen. Und viertens kann schließlich der Grundrechtsmissbrauch zur Verwirkung von in Art. 18 S. 1 GG aufgezählten Grundrechten führen.⁶¹

Dafür, dass „einfach-kollidierende“ Freiheitsrechte grundrechtlichen Schutzbereichen restriktive Konturen verleihen könnten, gibt der Wortlaut der Verfassung im Ergebnis also nichts her – nicht allzu schlechte Ausgangsbedingungen für die Annahme, dass alles, was isoliert betrachtet dem Wortlaut einer Grundrechtsnorm unterfällt, tatbestandsmäßig ist.⁶²

2. Systematik

Das Bestreben der systematischen Normkonkretisierung ist es, die konkurrierenden Ziele des Verfassungsgebers aus dem Verfassungszusammenhang herzuleiten,⁶³ wodurch ein entscheidender Beitrag zur dogmatischen Ordnung⁶⁴ der Grundrechte geleistet werden kann.

Fraglich ist, ob eine kollisionsvermeidende Schutzbereichsinterpretation aus systematischen Erwägungen zulässig ist,⁶⁵ oder ganz im Gegenteil systematische Gründe gegen die Immanenzidee – wonach zwar der Typus einer Handlung einem Freiheitsgrundrecht zugeordnet werden kann, die Berufung auf scheinbar gegenläufige Normen das Verhalten vom Schutzbereich hingegen exkludiert⁶⁶ – sprechen.

⁴⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 8. Aufl. 2018, S. 284.

⁴⁵ Dreier, in: Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 52; Horn, in: Stern/Becker (Fn. 36), Art. 2 Rn. 93.

⁴⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz Kommentar*, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 14.

⁴⁷ Kunig, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 20; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 44.

⁴⁸ Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 237; Jarass (Fn. 46), Art. 1 Rn. 48.

⁴⁹ Cornils, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 38), § 168 Rn. 88.

⁵⁰ Murswiek/Rixen, in: Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 91.

⁵¹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 33; Herdegen, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 74.

⁵² Stober (Fn. 3), S. 27 f.

⁵³ Kunig (Fn. 47), Art. 1 Rn. 27.

⁵⁴ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (330); Muckel (Fn. 12), S. 357.

⁵⁵ Zum Begriff v. *Arnauld* (Fn. 42), § 167 Rn. 44.

⁵⁶ Isensee (Fn. 6), S. 42.

⁵⁷ Isensee (Fn. 6), S. 42.

⁵⁸ Cornils (Fn. 49), § 168 Rn. 88.

⁵⁹ Epping, *Grundrechte*, 7. Aufl. 2017, Rn. 38; Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 279.

⁶⁰ Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 417; Epping (Fn. 59), Rn. 589.

⁶¹ v. Coelln (Fn. 36), Art. 18 Rn. 10, 36–42.

⁶² Alexy (Fn. 44), S. 284, 291, 294.

⁶³ Schmidt, AöR 106 (1981), 497 (511).

⁶⁴ Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 13), Rn. 321.

⁶⁵ v. Kielmannsegg, JuS 2009, 19 (23).

⁶⁶ Müller (Fn. 13), S. 31.

a) *Einheit der Verfassung*

Vertreten wird, dass die Schutzbereichskonturierung eines Grundrechts A auf die von der Verfassungsordnung ansonsten zur Verfügung gestellten deontischen Sätze⁶⁷ B–X Rückgriff nehmen müsse – eine verfassungsrechtliche Gegennorm, die das grundrechtliche Verhalten verbiete, führe zu einem definitiven Verbot, ohne dass die Schrankenebene betreten werden müsste.⁶⁸ Eine Entscheidung über die Anwendbarkeit des Grundrechts habe sich daher immer in die „Einheit der formellen Verfassung“ einzufügen,⁶⁹ einem Argumentationstopos, welchem vom BVerfG attestiert wurde, „vornehmstes Interpretationsprinzip“ zu sein.⁷⁰ Wenn damit insinuiert werden soll, jede Verfassungsbestimmung fungiere nicht bloß als Entscheidungsmaßstab, sondern gleichsam als Auslegungsdirektive für andere Verfassungsnormen, ist damit nichts anderes als die systematische Auslegung selbst angesprochen. Ein eigenständiger Gehalt kommt der „Einheit der Verfassung“ nicht zu.⁷¹

Über diesen methodischen Einwand hinaus verbleiben nach Ansicht der *Verfasser* weitere Ungereimtheiten. Zum einen wird sich eine derart konkrete Verbots-Aussage der Verfassung typischerweise nicht entnehmen lassen, was die Auslegungsfrage erneut auf die Tagesordnung ruft. So wird denn lediglich Art. 26 Abs. 1, 2 GG genannt, welcher einen solchen Konkretisierungsgrad aufweise.⁷² In der Allgemeinheit der zwingenden gegenläufigen Verfassungsnormen⁷³ ist genauso gut die Anwendbarkeitsfrage der Grundrechte umzukehren. Spricht nicht möglicherweise der Bestand von Grundrechtsnormen gegen die Anwendbarkeit der entgegenstehenden Verfassungsnormen? Jedenfalls für den hier interessierenden Bereich – ist auch das eigentumsbeeinträchtigende Gemälde Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Fall 1 GG⁷⁴ bzw. ist die (*prima facie*)-Berufung auf die Glaubensfreiheit bei Einsatz von Nötigungsmitteln versperrt?⁷⁵ – führt keine Gegennorm *expressis verbis* zu definitiver Renitenz gegenüber dem Freiheitsgebrauch.

b) *Zusammenspiel von Schutzbereich und Gesetzesvorbehalt*

Die Schutzbereichseröffnung ist notwendige Bedingung definitiven Grundrechtsschutzes. Verneint man jene, kann ein Verhalten nicht den erwarteten grundrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen.⁷⁶ Eine Überprüfung gesetzlicher Schranken an dem jeweiligen Grundrecht wird hinfällig; es fehlt

gewissermaßen das Substrat, dem das Gesetz überhaupt noch Schranken setzen könnte.

Entzieht man einer Verhaltensweise schon auf Schutzbereichsbasis den Grundrechtsschutz, wird außer Acht gelassen, dass das Austarieren von Individual- und Gemeinschaftsbelangen durch die Gesetzesvorbehalte auf den jeweils kompetenten Gesetzgeber delegiert wird.⁷⁷ Bis zum Tätigwerden des zuständigen Gesetzgebers genießen die Verhaltensweisen dagegen nach der Systematik des GG Grundrechtsschutz.⁷⁸

Die Frage nach dem Urheber der Norm zu stellen heißt, die formelle Verfassungsmäßigkeit einer Vorschrift zu thematisieren – notwendige Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit einer Norm insgesamt.⁷⁹ Dieser Problemkreis käme aber nicht zur Sprache, sofern man den Grundrechtsschutz auf friedliches, nicht andere Rechtsgüter beeinträchtigendes Verhalten reduzierte.⁸⁰

Um dieses auch von Vertretern enger Schutzbereichsbestimmungen abgelehnte Ergebnis zu kompensieren, wird auf die Selbstverständlichkeit verwiesen, dass der Vorbehalt des Gesetzes selbst dem sich illegal verhaltenden Bürger zugute komme.⁸¹ Das Rechtsstaatsprinzip, verstanden als objektivrechtliche Norm,⁸² verlange einen dem Bestimmtheitsgebot genügenden Rechtssatz, sodass eine Umgehung grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte keineswegs zu befürchten sei.⁸³

Ohnehin sei die Unanwendbarkeit der Schrankenvorbehalte keine veritable Einbuße; die Gesetzesvorbehalte glichen eher einem willkürlichen „Schrankenwirrwarr“ als einer Schranken-systematik.⁸⁴

Gegen den Weg, im rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes ein taugliches Substitut für grundrechtliche Gesetzesvorbehalte zu identifizieren, sind erhebliche Bedenken anzumelden. Während es rechtsmethodisch nicht im Vorhinein geboten erscheint, Normen einen möglichst großen Anwendungsbereich zu verschaffen, gilt demgegenüber, dass eine den Anwendungsbereich über Gebühr verkürzende Auslegungsvariante regelmäßig nicht statthaft ist.⁸⁵ Konsequenz der Einfügung negativer Tatbestandsmerkmale im Sinne von Schutzbereichsvorbehalten wäre ein Verlust realer Anwendungsmöglichkeiten für die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte,⁸⁶ die zu deklaratorischen Normen degradiert würden.⁸⁷

Insoweit, als auf die rechtssatzfordernde Wirkung der Gesetzesvorbehalte abgestellt wird, sind der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte wahr-

⁶⁷ Alexy (Fn. 44), S. 45, 182 f.

⁶⁸ Lerche, in: Großfeld, Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 541 (549 f.).

⁶⁹ Lerche (Fn. 68), S. 541 (549 f.).

⁷⁰ BVerfGE 19, 206 (220).

⁷¹ Reimer (Fn. 9), Rn. 330 f.

⁷² Lerche (Fn. 68), S. 552.

⁷³ Lerche (Fn. 68), S. 550.

⁷⁴ Höfling (Fn. 22), S. 177.

⁷⁵ Starck, JuS 1981, 237 (246).

⁷⁶ Höfling (Fn. 22), S. 173.

⁷⁷ Bleckmann, Staatsrecht II, 4. Aufl. 1997, § 12 Rn. 29; Wülfing (Fn. 11), S. 62 f.

⁷⁸ Wülfing (Fn. 11), S. 14 f.

⁷⁹ Degenhart, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 150–152.

⁸⁰ Schnapp, JuS 1978, 729 (733).

⁸¹ Isensee (Fn. 6), S. 40 f.; Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (331).

⁸² Isensee (Fn. 6), S. 41.

⁸³ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (331).

⁸⁴ Bettermann (Fn. 33), S. 1–3.

⁸⁵ Reimer (Fn. 9), Rn. 327.

⁸⁶ Schnapp, JuS 1978, 729 (733); Höfling (Fn. 22), S. 179 f.

⁸⁷ Wülfing (Fn. 11), S. 14 f.

lich kongruent.⁸⁸ Darin erschöpfen sich die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte natürlich nicht. Sie präzisieren den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes als rechtsstaatliche Reserve,⁸⁹ gehen diesem als speziellere Normen vor⁹⁰ und verlangen im Rahmen von qualifizierten Gesetzesvorbehalten gerade nicht die Existenz irgendeines verfassungsmäßigen Gesetzes, sondern die Erfüllung besonderer Eingriffsmodalitäten (besondere Zwecke, Mittel, Situationen)⁹¹. Die Einebnung des Rangunterschiedes zwischen Gesetzesrecht und Grundrechten erfolgt nur für den Bereich der Einschlägigkeit grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte, was wiederum die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, insbesondere ihre Vereinbarkeit mit qualifizierten Schrankenforderungen, voraussetzt.⁹² Nach der Gegenansicht bliebe dies aber ungeprüft. Die Notwendigkeit, zur Beschränkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte legitime Zwecke⁹³ von Verfassungsrang herauszustellen,⁹⁴ würde gleichermaßen unterminiert. Wenngleich folglich die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte zwar nicht enumerativ sind, so sind sie aber limitativ⁹⁵. Das zu leisten, ist der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes nicht imstande.

Die positivierten Gesetzesvorbehalte erfordern im Ergebnis eine Auslegung der Grundrechtsnormen in einer Weise, die ihnen Anwendungsspielräume belässt. Nach Ansicht der *Verf.* wird demzufolge der Verweis auf die rechtsstaatliche Vorbehaltssicherung nicht dem beachtlichen Zusammenspiel von Grundrechtstatbestand und grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten gerecht.

c) Regel-Ausnahme-Verhältnisse

Um den Gesamtsinn des Grundrechtsabschnitts mit Blick auf die Diskussion um Schutzbereichsvorbehalte eingehender zu verstehen, ist es sinnvoll, sich mit dem dort etablierten Regel-Ausnahme-Verhältnis zu befassen.⁹⁶ Die formale Struktur der Grundrechte ergibt vor diesem Hintergrund folgendes Bild: Immer, wenn eine Grundrechtsnorm explizite Beschränkungsmöglichkeiten vorsieht, sind diese entweder im unmittelbaren Anschluss an den Schutzbereich (vgl. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG), in einem der darauffolgenden Sätze (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3, 5 Abs. 3 S. 2, 12 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 1 S. 2 GG) oder in einem der darauffolgenden Absätze (vgl. Art. 5 Abs. 2, 6 Abs. 3, 8 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 13 Abs. 2–5, Abs. 7, 14 Abs. 3, 16a Abs. 3 GG) normiert. Es gibt keinen Fall, in welchem die staatliche Handlungsmacht zuerst genannt ist, die freiheitliche Verbürgung derselben nachfolgt. Unseres Erachtens ist dies bereits Ausprägung des

rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips, wonach die Freiheit des Bürgers prinzipiell unbegrenzt, die Beschränkungsmöglichkeiten des Staates prinzipiell ihrerseits begrenzt sind und der Bürger – im Gegensatz zum Staat, der Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen hat – nicht über seinen Freiheitsgebrauch Rechenschaft ablegen muss.⁹⁷ Daraus resultiert, dass die tatbestandlichen Grundrechtsgrenzen nicht von der einfachen Rechtsordnung her gedacht werden dürfen,⁹⁸ will man sich nicht der Möglichkeit begeben, auf die umfassende Rechtfertigung staatlichen Agierens zu bestehen.⁹⁹ Zwischen Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken besteht ein normatives Regel-Ausnahmeverhältnis materieller Art.¹⁰⁰ Die individuelle Freiheit soll die Regel, der Grundrechtseingriff die Ausnahme sein,¹⁰¹ sodass im Ausgangspunkt „alles erlaubt [ist], was nicht gesetzlich verboten ist.“¹⁰² Lehnt man Schutzbereichskupierungen¹⁰³ ab, führt dies keinesfalls zu einer Perversion des Grundrechtsschutzes.¹⁰⁴ Die Annahme eines Grundrechtseingriffs vermittelt die staatliche Rechtfertigungspflichtigkeit; zwischen der Rechtfertigungsfähigkeit und der Schutzbereichseröffnung besteht indessen kein Kausalitätsverhältnis in dem Sinne, dass die Schutzbereichseröffnung schon hinreichende Bedingung für eine Grundrechtsverletzung wäre.¹⁰⁵

Zwei formale Aspekte kommen noch hinzu: Zum einen wird durch das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG mit dessen Besinnungs- und Warnfunktion¹⁰⁶ die normative¹⁰⁷ Ausnahmesituation des Grundrechtseingriffs adressiert.¹⁰⁸ Zum anderen streitet Art. 1 Abs. 3 GG mit der angeordneten Bindung (nur) der staatlichen Gewalt an die Grundrechte für die weitgehende Nichtberücksichtigung von Drittinteressen auf Schutzbereichsebene.¹⁰⁹

Die Zweistufigkeit der verfassungsrechtlichen Problematik kann prüfungstechnisch ohne Widersprüche vorgenommen werden, denn schutzbereichsrelevantes Verhalten löst nicht zugleich definitiven Verhaltensschutz aus.¹¹⁰ „Abweichungen von bestimmten Grundrechtsgewährleistungssätzen“¹¹¹ sind in einem zweiten, logisch von der ersten Stufe trennbaren,

⁸⁸ Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 560; Schmidt, AöR 106 (1981), 497 (523).

⁸⁹ Bethge, VVDStRL 57 (1998), 7 (28).

⁹⁰ Deterbeck, Öffentliches Recht, 11. Aufl. 2018, Rn. 34.

⁹¹ Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 307; Jarass (Fn. 46), Vorb. Rn. 40.

⁹² Müller (Fn. 13), S. 60.

⁹³ Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 711.

⁹⁴ Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 139–141; v. Münch/Kunig, in: v. Münch/Kunig (Fn. 47), Vorb. Rn. 41.

⁹⁵ A.A. Bettermann (Fn. 33), S. 8.

⁹⁶ Grundlegend Reimer (Fn. 9), Rn. 332–339.

⁹⁷ Bethge, VVDStRL 57 (1998), 7 (11) m.w.N.; Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 120 f.

⁹⁸ Muckel (Fn. 12), S. 350; Müller (Fn. 13), S. 29.

⁹⁹ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159, (186 f.).

¹⁰⁰ Reimer (Fn. 9), Rn. 334.

¹⁰¹ v. Arnould, JZ 2000, 276 (279); Epping (Fn. 59), Rn. 48.

¹⁰² Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 439–441; Schröder, JA 2016, 641 (646).

¹⁰³ Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 120.

¹⁰⁴ Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 439.

¹⁰⁵ Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 120.

¹⁰⁶ BVerfGE 64, 72 (80); 120, 274 (343); Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 51), Art. 19 Rn. 67.

¹⁰⁷ Reimer (Fn. 9), Rn. 332.

¹⁰⁸ Schmidt, AöR 106 (1981), 497 (512).

¹⁰⁹ Starck, JuS 1981, 237 (244); v. Arnould, JZ 2000, 276 (279).

¹¹⁰ Müller (Fn. 13), S. 34 f.

¹¹¹ Sachs, in: Sachs (Fn. 50), Vorb. Rn. 101.

Schritt heranzuziehen.¹¹² Erst das Zusammenwirken beider Stufen steckt einen Verhaltensbereich ab, der grundrechtlich geschützt oder zulässigerweise beschränkt ist.¹¹³ Die Rede-weise davon, die Immanenzlehren ablehnenden Theorien entwürfen beispielsweise ein Grundrecht auf Töten, Stehlen, Hehlen¹¹⁴ geht demgemäß bewusst überspitzt an der Sache vorbei und suggeriert einen definitiven Schutz dort, wo ihn ernsthaft keiner annimmt.¹¹⁵ Das liegt aber daran, dass in der Praxis die Fälle des Totschlags auf der Bühne¹¹⁶ gesetzgeberisch über § 212 Abs. 1 StGB auf verfassungskonforme Art eingefangen werden. Die Rechtfertigung des § 212 Abs. 1 StGB abstrakt-generell wie in der Einzelfallanwendung wird nicht schwerfallen; einige Grundsätze muss die Norm dennoch erfüllen, soll auf ihrer Basis ein Grundrechtseingriff erfolgen. Nach obiger Argumentation hat die Schutzbereichseröffnung daher in profanen, bloß potenziellen Grundrechtsfällen¹¹⁷ den Sinn, eine Rückanbindung sowohl des Gesetzgebers als auch der zu Einzelfallentscheidungen berufenen Stellen an die grundrechtlichen Sicherungsinstrumente zu gewährleisten.¹¹⁸

d) Umkehrschluss als Erst-Recht-Nicht-Schluss

Beim Umkehrschluss wird aus der Tatsache, dass eine Rechtsfolge nur in punktuellen Einzelregelungen vorkommt, geschlossen, dass der Gesetzgeber dieselbe Rechtsfolge bewusst nicht auf andere Fälle hat erstrecken wollen, insoweit also beredt geschwiegen hat (*argumentum e silentio*).¹¹⁹

Nimmt man die hier vermeintlich aussagekräftigen Normen unter die Lupe, kommt primär in Betracht, aus Art. 5 Abs. 3 S. 2, 8 Abs. 1, 20 Abs. 4, 26 Abs. 1, 33 Abs. 2 GG abzuleiten, dass die Verfassung nur in bestimmten, abschließend bestimmten Fällen eine Rechtsausübung auf Friedlichkeit, ergo: Kollisionsfreiheit, beschränken wollte.¹²⁰

Das *argumentum e contrario* hat jedoch nicht unerhebliche Hürden zu überwinden. Wenn der Umkehrschluss dadurch bedingt ist, dass eine Auslegung der Norm ergibt, dass der Normsetzer einen Lebenssachverhalt zur Gänze erkannt und abschließend geregelt hat, dann wird eine Abgrenzung zum *argumentum a fortiori virulent*.¹²¹ Letzteres liegt nämlich in unserem Fall genauso nahe wie ein Umkehrschluss.¹²² Zur Illustration seien zwei Beispiele angeführt:

Erstens wird überlegt, aus Art. 20 Abs. 4 GG einen Umkehrschluss in Richtung auf einen generellen Friedlichkeitsvorbehalt zu konstruieren. Da das Widerstandsrecht die subsidiäre Befugnis des Einzelnen beinhaltet, auch unter Gewalt-

anwendung Widerstand gegen Personen zu leisten, die darauf abzielen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu eliminieren, müsse im Gegenzug gelten, dass ansonsten die friedliche Grundrechtsausübung der Grundsatz ist.¹²³ Ganz sauber gelingt dieses systematische Argument freilich nicht. Art. 20 Abs. 4 GG legitimiert ein Verhalten, das schwerpunktmäßig Gewaltanwendung sein kann, wenn es sich gegen die Angreifer richtet und eine Widerstandslage eingetreten ist.¹²⁴ Die auf Verfassungsebene gegebene Rechtfertigung gewalttätigen Verhaltens durchbricht dabei die staatlichen Schutzpflichten.¹²⁵ Das „irreguläre Grundrecht“¹²⁶ mag in diesem Lichte den Standpunkt substantiieren, dass gewalttätiges Verhalten nicht und ohne Weiteres hinnehmbar ist. Allerdings bestätigt Art. 20 Abs. 4 GG *e contrario*, dass im Normalfall der Grundrechtskollision staatliche Schutzpflichten nur insoweit das Übermaßverbot hinsichtlich des vom Grundrechtseingriff Betroffenen wahren, als sie eine Deckungsgleichheit mit dem Untermaßverbot generieren.¹²⁷ Das wiederum ist eine Frage, die im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung zu behandeln ist.¹²⁸ Warum demzufolge die These, rechtsbeeinträchtigendem Verhalten sei im Vorhinein der Grundrechtsschutz zu versagen, Wahrheitsanspruch haben soll, ergibt sich hieraus nicht.

Ähnliches gilt zweitens für ein auf der Gegenseite vorgebrachtes Argument. Art. 5 Abs. 2 GG zeige, dass nicht jedes Übertreten in fremde Rechtssphären außerhalb grundrechtlicher Schutzbereiche liegt.¹²⁹ Das Recht der persönlichen Ehre ist keine Schutzbereichsausnahme der Kommunikationsfreiheiten, sondern setzt vielmehr nach seinem Wortsinn,¹³⁰ und allgemeiner Grundrechtsdogmatik folgend,¹³¹ eine gesetzliche Konkretisierung voraus. Welche Folgewirkungen das hat, ist indessen ebenso unklar wie bei Art. 20 Abs. 4 GG. Beim besten Willen wird man nicht behaupten können, dass überall, wo das Recht der persönlichen Ehre keinen Eingang in den Normtext eines Gesetzesvorbehaltes gefunden habe, dieses dem Schutzbereich Grenzen ziehen müsse.

Die krasse Divergenz der Rechtsfolgenanordnungen für Umkehrschlüsse als Erst-Recht-Nicht-Schlüsse¹³² gegenüber den regulären Argumenten vom Stärkeren her (*argumentum a fortiori*)¹³³ führt im Verfassungsrecht, welches „nun einmal Konflikt- und Kompromißrecht“¹³⁴ ist,¹³⁴ unseres Erachtens zu

¹¹² Müller (Fn. 13), S. 34 f.

¹¹³ Alexy (Fn. 44), S. 278 f.; Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 134.

¹¹⁴ Starck, JuS 1981, 237 (245).

¹¹⁵ Höfling (Fn. 22), S. 184; Bleckmann (Fn. 77), § 12 Rn. 25.

¹¹⁶ Muckel (Fn. 12), S. 347.

¹¹⁷ Alexy (Fn. 44), S. 295 f.

¹¹⁸ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (186 f.).

¹¹⁹ Rütters/Fischer/Birk (Fn. 13), Rn. 899.

¹²⁰ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (328); Isensee, DÖV 1982, 609 (611).

¹²¹ Reimer (Fn. 9), Rn. 322.

¹²² Isensee (Fn. 6), S. 42.

¹²³ Isensee (Fn. 6), S. 52 f.; zum Gedankengang Stober (Fn. 3), S. 52.

¹²⁴ Sachs (Fn. 111), Art. 20 Rn. 171–174.

¹²⁵ Sachs (Fn. 111), Art. 20 Rn. 174.

¹²⁶ Isensee (Fn. 6), S. 53.

¹²⁷ Grundlegend Epping (Fn. 59), Rn. 93–101.

¹²⁸ Epping (Fn. 59), Rn. 93.

¹²⁹ Muckel (Fn. 12), S. 359.

¹³⁰ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 51), Art. 5 Rn. 306.

¹³¹ BVerfGE 33, 1 (16 f.).

¹³² Reimer (Fn. 9), Rn. 320, 322.

¹³³ Reimer (Fn. 9), Rn. 323; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 13), Rn. 897 f.

¹³⁴ Häberle, JZ 1975, 297 (304).

einer Zurückhaltung mit aus solchen Argumenten erwachsenden Universalisierungen.

e) Zwischenfazit

Nur unter Einschränkungen haben sich die Argumente zur Einheit der Verfassung und zum Umkehrschluss als instruktiv erwiesen. Im Vergleich dazu streiten das normative Regel-Ausnahme-Verhältnis und die aus der funktionellen Betrachtung von Schutzbereichs-Schranken-Relationen gewonnenen Erkenntnisse für eine sich vom weiten Verfassungswortlaut der Schutzbereiche leitende Auslegung.

3. Genese/Historie

Die historisch-genetische Betrachtungsweise ist ein weiterer Eckpfeiler auf dem Gelände der Auslegungskanonens.¹³⁵ Erst das historisch-genetische Element grenzt Auslegung von intransparenten Eigenwertungsprozessen ab.¹³⁶ In diesem Zusammenhang bietet es sich an, im Hinblick sowohl auf die Vorgängerbestimmungen des GG als auch die Regelungsabsichten des Verfassungsgebers die Materialien des Parlamentarischen Rates, prioritär die Protokolle zum Ausschuß für Grundsatzfragen,¹³⁷ zu konsultieren.¹³⁸

Die Beratungen des Ausschusses für Grundsatzfragen waren geprägt durch die als Leitfaden zu den Einzelbestimmungen gedachte Berichterstattung von *Dr. Bergsträsser*.¹³⁹ Begleitend zum vorgelegten tentativen Grundrechtskatalog formulierte er, dass die natürliche individuelle Freiheit nur so weit reiche, wie damit nicht eine Freiheitsbeeinträchtigung der Mitbürger einherginge.¹⁴⁰ Interessant ist, dass die Grenzen als „ausschließlich von dem Gesetz festgelegt“ bezeichnet wurden.¹⁴¹ Von grundrechtsimmanenten Schutzbereichsausnahmen also noch keine Spur.

Wesentlich sind überdies die Erörterungen im Grundsatzausschuß zu Art. 21 Abs. 3 des Herrenchiemseer Entwurfs,¹⁴² der wie folgt lautete:

„Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen.“

Dr. v. Mangoldt konzentrierte die Debatte in diesem Zusammenhang auf die legistische Umsetzung der Grundrechte: Welchen Konkretisierungsgrad sollten die Grundrechte aufweisen?¹⁴³ Er gelangte zu dem Ergebnis, dass nur die Bereitstellung hinreichend konkreter Einzelgewährleistungen eine

veritable Sicherung der Freiheitsräume der Bürger erreichen könnte.¹⁴⁴ Dass damit zugleich die tatbestandlichen Grenzen der Grundrechte erörtert werden mussten, bestätigt folgende Äußerung v. *Mangoldts*:

„[...] daß wir die gewährleisteten Rechte in ihren *Auswirkungen* näher zu umschreiben, sie zu konkretisieren suchen.“¹⁴⁵

Erwähnung findet Art. 21 Abs. 3 Herrenchiemsee-Entwurf sodann nur noch in der achten Sitzung vom 7.10.1948:

„Diesen Satz haben wir von Anfang an für gefährlich gehalten und haben uns bemüht, bei der Formulierung der Einzelgrundrechte diesen allgemeinen Satz gleich in die einzelnen Artikel einzubauen und so zu einer stärkeren Klärung durch eine Konkretisierung bei den einzelnen Artikeln zu kommen, so daß er auch wegfallen konnte.“¹⁴⁶

Welche Schlüsse lassen sich aus dieser Entwicklung ziehen?

Zum einen unterstreicht sie, dass als gesichert gelten kann, dass der Ausschuß für Grundsatzfragen eine Grundrechtsinterpretation, die ihren Ausgang im einfachen Recht sucht, verhindern wollte. Zum anderen war es vor allem ein – für die anderen Mitglieder erkennbares und insoweit nicht zurückgewiesenes – Anliegen v. *Mangoldts*, von einer universalisierenden Schutzbereichsauslegungsklausel wie der des Art. 21 Abs. 3 Herrenchiemsee-Entwurf zugunsten von sachnäheren, auf die Einzelgewährleistungen zugeschnittenen externen Schranken abzusehen.¹⁴⁷

Zu letztgenanntem Aspekt sind die Debatten zur Meinungsfreiheit erhellend. Der in erster Lesung vom Ausschuß für Grundsatzfragen angenommene Art. 8 Abs. 4 (Schranken der Kommunikationsfreiheiten des heutigen Art. 5 Abs. 1 GG) las sich wie folgt:¹⁴⁸

„Diese Rechte finden ihre Grenze in der Pflicht zur Treue gegenüber der Verfassung, an den Vorschriften der Strafgesetze, an den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend insbesondere im Filmwesen und an dem Recht der persönlichen Ehre.“

Die Treue zur Verfassung reihte sich in die anderen Schrankenvorbehalte ein. Wie genau der Begriff der Treue zu verstehen war (Missbrauchsgrenze, Beamtenspezifikum oder gar staatsbürgerliche Grundpflicht), darüber herrschte Uneinigkeit.¹⁴⁹ Prof. *Thoma* hatte zuvor moniert, dass die Bürger – anders als Beamte – nicht zur Treue, sondern lediglich zur Loyalität gegenüber der Verfassung verpflichtet seien; die Konkretisierung sei inhaltlich den Strafgesetzen vorbehalten.

¹³⁵ *Reimer* (Fn. 9), Rn. 347.

¹³⁶ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 13), Rn. 789, 793.

¹³⁷ *Stern*, in: *Stern/Becker* (Fn. 36), Einl. Rn. 20.

¹³⁸ *Reimer* (Fn. 9), Rn. 350.

¹³⁹ Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, Wernicke u.a., Bd. 5 (Ausschuß für Grundsatzfragen), 1993, Nr. 3, S. 15 ff.

¹⁴⁰ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 3, S. 15 (17).

¹⁴¹ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 3, S. 15 (17).

¹⁴² *Wülfing* (Fn. 11), S. 61 f.

¹⁴³ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 4, S. 28 (40–42).

¹⁴⁴ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 4, S. 28 (41).

¹⁴⁵ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 4, S. 28 (42).

¹⁴⁶ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 9, S. 172 (215).

¹⁴⁷ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 4, S. 28 (50); Nr. 9, S. 172 (215).

¹⁴⁸ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 16, S. 333 (336).

¹⁴⁹ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (648).

ten.¹⁵⁰ Er erkannte, dass die anfänglichen Formulierungsversuche von *Dr. Eberhard*¹⁵¹ wie *Dr. v. Mangoldt*¹⁵² auf ein Verständnis der Treueklausel als verfassungsimmanente Schutzbereichsbeschränkung hinausliefen. Schließlich einigte man sich darauf, dass die Meinungsfreiheit grundsätzlich weit zu fassen sei:¹⁵³

Dr. v. Mangoldt: „Jemand darf sich ruhig unsachlich äußern, es wird soviel Blech geredet.“¹⁵⁴

Den Vorschlag, der Meinungsfreiheit mit dem religiösen Empfinden Dritter oder dem Verbot der Rassenhetze verfassungsunmittelbare Grenzen zu setzen,¹⁵⁵ wies in erster Linie *Dr. v. Mangoldt* zurück, weil den zu schützenden Grundrechten keine unmittelbare Bindungswirkung im Verhältnis zu den Mitbürgern zukomme.¹⁵⁶

Zusammenfassend hat sich der Verfassungsgeber bewusst davon distanziert, die einfache Rechtsordnung in die Grundrechtsinterpretation miteinzubeziehen. Selbst wenn die Figur verfassungsimmanenter Schutzbereichsbeschränkungen expressis verbis nicht zur Sprache kam, exemplifizierte die Debatte zur Meinungsfreiheit schlussendlich einen dahingehenden Konsens, dass eine verfassungsunmittelbare Treueklausel der strafgesetzlichen Eingriffsmediatisierung zu weichen hatte.

4. Telos

Verschiedentlich wird zurecht darauf hingewiesen, dass die teleologische Auslegung, wenn sie nicht durch rechtsanwenderspezifische Zweckunterstellungen geprägt sein soll, früh an ihre Grenzen stößt.¹⁵⁷ Diese Brisanz ist im Grundrechtsbereich deshalb besonders ausgeprägt, weil die Gefahr besteht, Grundrechte auf vorgebliche Zwecke zu reduzieren und dadurch ihren Anwendungsbereich unzulässig zu verkürzen.¹⁵⁸

Dem ist mit der Einsicht zu entgegen, dass die Freiheit unter dem GG vor allem die Möglichkeit umfasst, „das eigene Leben nach eigenen Entwürfen zu gestalten.“¹⁵⁹ Die eingriffsabwehrrechtliche Grundrechtsdimension ist der Idee „personaler Selbstgesetzgebung“ verschrieben.¹⁶⁰ Die Freiheit des Einzelnen, selbst Zwecke der Freiheitsausübung zu setzen, kann folglich als einer von vielen Zwecken der Grundrechte beschrieben werden.¹⁶¹

Dieser Prämisse folgend, wird erreicht, dass die Grundrechtsträger, welche die diskutierten Normen „leben“, an der Verfassungsinterpretation partizipieren.¹⁶² Ein Vorteil: Indem die der Norm nächsten Personen im Sinne einer personalisierten Verfassungsinterpretation an der Normauslegung teilhaben können, wird die Verfassungswirklichkeit als „res publica“ aktualisiert.¹⁶³

Denselben Weg verfolgen Rechtsprechung und Literatur, wenn im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Fall 1 GG („offenes Kunstverständnis“) respektive des Art. 4 Abs. 1, 2 GG („glaubensgeleitetes Verhalten“) das schutzbereichsmaßgebliche Entscheidungskriterium in dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers gesehen wird.¹⁶⁴

Die Bemühungen, Schutzbereiche unter Berufung auf die Notwendigkeit einer wehrhaften innerstaatlichen Friedensordnung einzuengen, stellen sich letztlich entweder als Untersuchungen von Staatszwecken¹⁶⁵ oder als von symbolischen Erwägungen getragene Überzeugungen¹⁶⁶ dar. Angesprochen sind damit zuvörderst nicht etwa Zwecke konkreter Normen, sondern solche des Staatswesens schlechthin, die nach Ansicht der *Verf.* nicht in der Lage sind, handhabbare Kriterien für Schutzbereichskonturierungen zu liefern.

Was bleibt übrig von einer teleologischen Auslegung? Bedeutsamer als die Normerforschung nach teleologischen Maßstäben ist die teleologische Kontrollüberlegung, ob das, was nach den anderen Auslegungsmitteln herausgefunden wurde, so vom Verfassungsgeber gewollt sein kann.¹⁶⁷ Ist es dementsprechend möglich, dass der Verfassungsgeber die Dichte von Schutzbereichsausnahmen tendenziell gering halten wollte?

Die Wortlautauslegung hat ergeben, dass der Verfassungsgeber die Mehrzahl der Grundrechte gerade nicht¹⁶⁸ tatbestandlich beschränkt formuliert hat. Die Erörterungen zu den Wechselwirkungen zwischen Schutzbereich und Schranken zeigten in dieselbe Richtung. Historie und Genese demonstrierten, dass der Parlamentarische Rat die hier zum Diskurs gestellte Problematik zugunsten verfassungsautonom zu bestimmender, offener Schutzbereiche gelöst hat. Grundrechte sind verdichtete Normen, die durch eine Vielzahl divergierender Individual- und Gemeinschaftsinteressen determiniert sind. In dem Wettbewerb zwischen diesen Belangen könnte zwar die Verfassung selbst Schiedsrichter sein, indessen hat sie über die Gesetzesvorbehalte die Instrumente bereitgestellt, um die Schiedsrichterrolle – zumindest in Teilen – dem Gesetzgeber, kontrolliert durch die verfassungsrechtlichen Sicherungsmechanismen sowohl im Gesetzgebungsprozess als auch im gerichtlichen Kontrollverfahren, anzubieten.¹⁶⁹ Die-

¹⁵⁰ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 18, S. 361 (369).

¹⁵¹ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (669).

¹⁵² Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (667).

¹⁵³ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 42, S. 910 (934):

Dr. von Mangoldt: „Wir müssen die Freiheit der Meinungsäußerung möglichst breit gestalten.“

¹⁵⁴ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (669).

¹⁵⁵ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (672).

¹⁵⁶ Der Parlamentarische Rat (Fn. 139), Nr. 32, S. 648 (672).

¹⁵⁷ *Reimer* (Fn. 9), Rn. 363–365.

¹⁵⁸ *Schröder*, JA 2016, 641 (643).

¹⁵⁹ BVerfGE 60, 253 (268).

¹⁶⁰ *Dreier* (Fn. 45), Vorb. Rn. 84.

¹⁶¹ *Schröder*, JA 2016, 641 (643).

¹⁶² *Häberle*, JZ 1975, 297 (297).

¹⁶³ *Häberle*, JZ 1975, 297 (300 f.).

¹⁶⁴ BVerfGE 24, 236 (247 f.); 32, 98 (106 f.); *Michael/Morlok* (Fn. 36), Rn. 189, 238; *Jarass* (Fn. 46), Art. 4 Rn. 12, Art. 5 Rn. 119.

¹⁶⁵ *Bethge*, DVBl. 1989, 841 (844-846).

¹⁶⁶ *Schwarz*, BayVBl. 2003, 326 (330 f.).

¹⁶⁷ *Reimer* (Fn. 9), Rn. 372.

¹⁶⁸ Zu dieser Argumentationsform *Reimer* (Fn. 9), Rn. 289.

¹⁶⁹ *Bleckmann* (Fn. 77), § 12 Rn. 29.

ses Angebot bedarf – explizite verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge¹⁷⁰ einmal ausgeblendet – der Annahme durch den Gesetzgeber. Und das gilt selbst und erst recht für Art. 2 Abs. 1 GG,¹⁷¹ dem allen anderen Freiheitsgewährleistungen zugrunde liegenden Muttergrundrecht.¹⁷² Das Verdikt, dass sich die hier entwickelten Grundrechtsverständnisse als sinnvoll erweisen, erscheint mithin gerechtfertigt.

5. Präjudiz

Deutsches Verfassungsrecht ist in nicht geringem Maße Präjudizienrecht.¹⁷³ Die Verwertung geschaffener Präjudizien stellt sich als Erforschung der den Gerichtsentscheidungen zugrunde gelegten Sollensgeboten dar.¹⁷⁴ Es bedeutet demgemäß einen Erkenntnisgewinn des Rechtsanwenders, sich mit den für und gegen eine Entscheidung anführbaren Präjudizien¹⁷⁵ – in concreto: der Rechtsauffassung des BVerfG hinsichtlich tatbestandlicher Grenzen des Grundrechtsgebrauchs – zu befassen.

Im Gleichlauf mit der Literatur konkretisierte das BVerfG Freiheitsverbürgungen der Grundrechte zunächst anhand von staatsrechtlichen Erwägungen. Das GG und somit auch alle Grundrechte gingen von einer gewissen Gemeinschaftsbindung des Einzelnen aus, welche die dem Menschen grundsätzlich eingeräumte Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Persönlichkeitsentwicklung Grenzen setzte.¹⁷⁶ Lösungsdirektive in Konfliktfällen sei stets die grundgesetzliche Wertordnung unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertesystems, insbesondere der Menschenwürde.¹⁷⁷ Anfang der 80er Jahre versuchte sich das BVerfG darin, die Reichweite von Grundrechten aus ihrem vermeintlichen Wesen selbst zu konkretisieren. So stellte es unzweideutig fest, dass der sachliche Schutzbereich der in Art. 5 Abs. 3 S. 1 Fall 1 GG normierten Kunstfreiheit von vornherein nicht die „eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung“ umfasse.¹⁷⁸ Die sogenannte „Sprayer von Zürich“-Entscheidung spricht sogar von einer Gleichrangigkeit freiheitlicher Verbürgungen, namentlich werden die dem Eigentumsgrundrecht und der Kunstfreiheit innewohnenden Freiheitsgehalte als gleichrangig einander gegenübergestellt. Lapidar und mit einer lediglich scheinbaren Begründung wird diese Wertung für einen Ausschluss rechtsbeeinträchtigender künstlerischer Betätigungsmodalitäten herangezogen. Dem liegt freilich eine interne Abwägung zugrunde, deren inhaltlicher Kern jedoch nicht preisgegeben wurde.¹⁷⁹ Auf einem innentheoretischen Wege kann eine solche Konfliktsituation sinnvoll

jedoch nicht gelöst werden. Das bundesverfassungsgerichtliche Rechtskonstrukt hält unter dem Mantel der Selbstverständlichkeit¹⁸⁰ die erforderliche Argumentation zurück.

Neben der apodiktischen Äußerung zur tatbestandlichen Grenze der Kunstfreiheit erscheint der Hinweis, dass Gesetze, die derartige Eigentumsbeschädigungen unter Strafe stellen, nicht gegen den Sinn der Kunstfreiheit verstießen,¹⁸¹ nur als unsystematisches Hilfsargument. Denn das BVerfG verkennt dabei seine eigenen Prämissen. Das Verhältnis von grundrechtlichem Schutzbereich und dessen Telos zur gesetzlichen Grundlage dürfte nämlich überhaupt keine Rolle mehr spielen. Richtigerweise hätte das BVerfG mithin formulieren müssen: „Gesetze, die derartige Eigentumsbeschädigungen unter Strafe stellen, sind von vornherein nicht an dem Grundrecht auf Kunstfreiheit zu messen.“ Demnach mag sich das Ergebnis des Rechtsstreits zwar als richtig erweisen, der beschrittene Weg dahin jedoch nicht.¹⁸² Ob das BVerfG ebenfalls zu der Überzeugung gekommen ist, dass eine Schutzbereichsbestimmung nicht mithilfe der Innentheorie zu begründen ist, bleibt unklar. Im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechungslinie ist schließlich eine Abkehr von der hier noch vertretenen Ansicht zu verzeichnen. Im Fall *Esra*¹⁸³ kollidierten im Ausgangsverfahren das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin *Esra* und die Kunstfreiheit der Romanverlegerin, nun Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG schließt sich willentlich nicht einem engen Kunstbegriff an, der künstlerische Ausdrucksformen, die rechtsbeeinträchtigende Wirkung auf Dritte haben, tatbestandlich vom Grundrechtsschutz ausnimmt. Im vorliegenden Fall stellte es eine Persönlichkeitsrechtsbetroffenheit fest, doch allein diese genüge nicht, um die Kunstfreiheit vollständig zu verdrängen.¹⁸⁴ Das Persönlichkeitsrecht stelle eine Schranke der Kunstfreiheit dar. Dessen Bedeutung korreliere mit der jeweils betroffenen Dimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹⁸⁵ Einen generellen Vorrang vor der Kunstfreiheit genieße das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht.¹⁸⁶ Stattdessen müsse eine – offen dargelegte – Abwägung erfolgen; eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG müsse positiv nachgewiesen werden.¹⁸⁷ Dieses Vorgehen wurde durch das BVerfG im Jahre 2016 bekräftigt. Ob Grundrechte Dritter gegenüber der betrachteten Freiheitsbetätigung hintangestellt werden müssen, sei nicht innerhalb des Schutzbereiches, sondern auf einer nachgelagerten Ebene zu entscheiden.¹⁸⁸

Die verfassungsgerichtliche Entscheidungspraxis weist einen eindeutigen Trend auf: Die Auslotung von Grundrechtskollisionen erfolgt weniger innerhalb der jeweiligen grund-

¹⁷⁰ *Jarass* (Fn. 46), Art. 7 Rn. 1; *Kingreen/Poscher* (Fn. 31), Rn. 746.

¹⁷¹ *Murswiek/Rixen* (Fn. 50), Art. 2 Rn. 53.

¹⁷² *Epping* (Fn. 59), Rn. 551; a.A. *Starck* (Fn. 51), Art. 2 Rn. 7.

¹⁷³ *Reimer* (Fn. 9), Rn. 32.

¹⁷⁴ *Alexy* (Fn. 10), S. 340.

¹⁷⁵ *Alexy* (Fn. 10), S. 339.

¹⁷⁶ BVerfGE 32, 98 (107 f.).

¹⁷⁷ BVerfGE 32, 98 (108).

¹⁷⁸ BVerfG NJW 1984, 1293 (1294).

¹⁷⁹ *Couzinnet*, JuS 2009, 603 (607).

¹⁸⁰ *Couzinnet*, JuS 2009, 603 (607).

¹⁸¹ BVerfG NJW 1984, 1293 (1294).

¹⁸² Ähnlich *Schmieder*, NJW 1982, 628 (630).

¹⁸³ BVerfGE 119, 1 (1–59).

¹⁸⁴ BVerfGE 119, 1 (27, 49).

¹⁸⁵ BVerfGE 119, 1 (29).

¹⁸⁶ BVerfGE 75, 369 (380); BVerfG NJW 2016, 2247 (2250 f. Rn. 90).

¹⁸⁷ BVerfGE 119, 1 (28 f., 49).

¹⁸⁸ BVerfG NJW 2016, 2247 (2250 f. Rn. 90, 92).

rechtlichen Schutzbereiche. Vielmehr wird die Auflösung der Kollisionslage zunehmend der Ebene materieller Rechtfertigung überantwortet, wo der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen genuinen Sitz hat.¹⁸⁹ Diese Entwicklung ordnet sich in einen infolge reger Anwendung fortlaufenden Prozess der Ausdifferenzierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein.¹⁹⁰

Eines wurde von der Rechtsprechung jedoch nie angezweifelt: Aus der grundrechtlichen Wertordnung geht die Menschenwürde als absolute Schranke mit unmittelbarer Drittwirkung hervor.¹⁹¹

6. Dogmatik

In Anbetracht der anzuerkennenden stabilisierenden, entlastenden und technischen Leistung dogmatischer Sätze¹⁹² widmet sich der letzte Abschnitt der dogmatischen Aufarbeitung von verfassungsimmanenten Schutzbereichsbeschränkungen.

a) Redlichkeit und Praktikabilität

„Warum sollte die Verfassung die Freiheit zum Töten, Stehlen oder Nötigen erst gewährleisten, um sie sogleich über Grundrechtsschranken wieder zurückzunehmen?“¹⁹³ Diese Frage scheint berechtigt, wenn nicht sogar zwingend, wenn sie aus Bürgersicht gestellt wird. Denn es verwundert, zunächst die Einschlägigkeit eines Grundrechts anzunehmen und anschließend wieder zu verwerfen.¹⁹⁴ Diesem Vorgehen wird eine inkonsequente, „das Rechtsbewusstsein [der Bürger] zersetzende“ Eigenschaft nachgesagt.¹⁹⁵ Aus prüfungstechnischem Blickwinkel überrascht dieser Unredlichkeitseinwand; gerade eine Grundrechtsprüfung im Dreischritt solle gewährleisten, Grundrechte nicht a limine auszublenden und dass Begründungen des Staates für seinerseits ergriffene Maßnahmen durch den Rechtsanwender stärker beleuchtet werden.¹⁹⁶

Inwieweit das Gebot der redlichen Verfassungsinterpretation bei Anerkennung des Grundrechtsschutzes für unfriedliches Verhalten tatsächlich unterminiert wird, ist auch angesichts des prima-facie-Charakters der Grundrechte¹⁹⁷ zweifelhaft. Grundrechten, die Bürgern ein subjektives Recht gewähren, kann zumindest Prinzipiencharakter zugestanden werden.¹⁹⁸ Dies führt dazu, dass allein der Zuspruch, ein Verhalten falle in den sachlich erfassten Rahmen eines Grundrechts, sich nicht auch als definitiver, unaufhebbarer Zu-

spruch für vollumfänglichen Grundrechtsschutz erweist. In Worten Alexys gesprochen, stellen Prinzipien lediglich Gründe dar, zunächst in Form von prima-facie-Rechten, die durch Gegengründe ausgeräumt werden können, selbst wenn der ihr zugewiesene prima-facie-Charakter durch Argumentationslasten verstärkt wird.¹⁹⁹ Anders als Regeln statuieren Prinzipien niemals definitive Sollensurteile.²⁰⁰ Aus dem Prinzipiencharakter, somit aus den jeweiligen Grundrechtsnormen selbst, folgt logisch das Erfordernis der Abwägung.²⁰¹ Die Verfassung hat sich für das „Spiel von Grund und Gegengrund“ entschieden, ohne zuvor vereinzelt Ausnahmen festzusetzen.²⁰² Insbesondere der Bürger profitiert von dieser Entscheidung, denn Standpunkte und Begründungsmuster werden im Rahmen der Abwägung offengelegt; Immanenzvorbehalte basierend auf Evidenzerwägungen werden nicht geduldet.²⁰³ Zwar leiden auch Abwägungen mit der Notwendigkeit zur Argumentation an gewissen Unberechenbarkeiten²⁰⁴ hinsichtlich des Ergebnisses. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache und wird durch Vorteile wie Nachvollziehbarkeit und Transparenz kompensiert. Dies macht wahre Redlichkeit aus und nicht der Ausschluss von bestimmten Verhaltensweisen aufgrund von scheinbaren Selbstverständlichkeiten.²⁰⁵

Es sei angemerkt, dass die weite Tatbestandstheorie mit der Bejahung des Schutzbereichs einen Eingriff nicht zugleich für unzulässig erklärt.²⁰⁶ Insofern wird dieses Ergebnis mit dem der engen Tatbestandstheorie im Hinblick auf potenzielle Grundrechtsfälle²⁰⁷ in der Regel übereinstimmen, denn in beiden Fällen wird ein Handeln verfassungsrechtlich nicht toleriert. Allerdings bewährt sich die enge Tatbestandstheorie nicht, wenn es darum geht, Grenzfälle widerspruchsfrei und verständlich zu entscheiden,²⁰⁸ womit ihr Eigenschaften fehlen, die eine taugliche juristische Theorie auszeichnen würden.²⁰⁹

Zutreffend ist somit Folgendes: „Die Einschlägigkeit eines Schutzbereiches sagt also noch nichts über das Resultat der Grundrechtsprüfung aus, eröffnet aber die Möglichkeit, das betreffende Grundrecht als Prüfungsmaßstab für staatliches Handeln zu verwenden.“²¹⁰ Die Aufspaltung in drei Prüfungsebenen verdeutlicht vielmehr die unterschiedlichen, in der Grundrechtsargumentation zu beachtenden, Perspektiven, wobei sowohl Grundrechtsträgern als auch den Rechten

¹⁸⁹ Stern (Fn. 137), Einl. Rn. 135; Jarass (Fn. 46), Vorb. Rn. 45.

¹⁹⁰ Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 16 f.; Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 142 ff.

¹⁹¹ BVerfGE 12, 1 (4); 39, 1 (48); 75, 369 (380).

¹⁹² Alexy (Fn. 10), S. 326-331.

¹⁹³ Starck, JuS 1981, 238 (245).

¹⁹⁴ Schwarz, BayVBl. 2003, 326 (330); Muckel (Fn. 12), S. 357.

¹⁹⁵ Starck, JuS 1981, 238 (245 f.).

¹⁹⁶ Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 120.

¹⁹⁷ Alexy (Fn. 44), S. 87 ff.

¹⁹⁸ Alexy (Fn. 44), S. 118, 122-125.

¹⁹⁹ Alexy (Fn. 44), S. 88-92.

²⁰⁰ Alexy (Fn. 44), S. 91 f.

²⁰¹ Alexy (Fn. 44), S. 100-104.

²⁰² Alexy (Fn. 44), S. 290-294; a.A. Isensee (Fn. 6), S. 58.

²⁰³ Alexy (Fn. 44), S. 290-294; Höfling (Fn. 22), S. 181; Müller (Fn. 13), S. 14.

²⁰⁴ Isensee (Fn. 6), S. 57 f.

²⁰⁵ Alexy (Fn. 44), S. 294.

²⁰⁶ Bleckmann (Fn. 77), § 12 Rn. 18; für eine Indizwirkung hingegen Jarass (Fn. 46), Vorb. Rn. 37.

²⁰⁷ Alexy (Fn. 44), S. 295.

²⁰⁸ Alexy (Fn. 44), S. 290.

²⁰⁹ Höfling (Fn. 22), S. 183.

²¹⁰ Dreier (Fn. 45), Vorb. Rn. 120.

Dritter hinreichend Rechnung getragen wird – einerseits auf Schutzbereichs- und andererseits auf Schrankenebene.²¹¹

Gerade um Redlichkeit zum Wohle der Bürger gewähren zu können, muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Tragen kommen.

b) Irrationale Abwägung und widersprüchliche Zuteilungsentscheidungen

Seit dem Aufstieg des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Theorie und Praxis²¹² ist die Abwägung Teil der Debatte um die „richtige“ Schutzbereichsauslegung geworden. Die Maxime, an richterlichem Deziisionismus krankende,²¹³ inkommensurable Werte in Relation setzende²¹⁴ und die Normtextbindung des Rechtsanwenders vernachlässigende²¹⁵ Abwägungsentscheidungen zu umgehen, spiegelt sich wider in der Akzentuierung (vermeintlicher) verfassungsimmanenter Schutzbereichsschranken.²¹⁶ Wer die Freiheit der Kunst als durch die Eigentumsbelange Dritter tatbestandlich begrenzt ansieht, ist befreit von problembehafteten Abwägungsentscheidungen, so die These.²¹⁷ Denn enge Tatbestandstheorien kommen scheinbar gänzlich ohne Abwägung aus: „Auf Tatbestandsebene wird die Reichweite des Grundrechts durch Abgrenzung bestimmt, auf Schrankenebene durch Abwägung.“²¹⁸

Verhältnismäßigkeitsprüfungen auf Aspekte der Angemessenheit (Abwägung im eigentlichen Sinne) zu fokussieren, kann allerdings reduktionistisch sein.²¹⁹ Der Facettenreichtum des Grundsatzes geht verloren, wenn man die Ebenen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und Erforderlichkeit unterschätzt. Dabei zeichnet sich namentlich der Argumentationsfundus des BVerfG durch eine enorme Variationsbreite an Topoi – wie etwa Kohärenz- und kategorialen Argumenten – aus,²²⁰ denen gegenüber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Vorzug einzuräumen ist. Prüfungsstrukturelle Transparenz,²²¹ differenzierte Einzelfallentscheidungen²²² und logisch interne Rechtfertigung der juristischen Begründung²²³ sind beachtliche, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zukommende Vorteile. Die Rationalität juristischer Argumentation gebietet es mithin, die konfligierenden Rechtsgüter Dritter als Gegengründe zum Grundrechtsschutz in diesem Zuge anzuführen,²²⁴ und zwar selbst dann, wenn strafrechtswidriges Verhalten zu beurteilen ist. Die Ansicht, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besitze exklusiv für „rechtlich

gebotenes Handeln“ Geltung,²²⁵ stellt unseres Erachtens das Verhältnis von Prüfinstrument und Prüfungsergebnis auf den Kopf: Ein Verhalten als rechtlich (un-)zulässig zu qualifizieren, setzt nämlich die vorherige Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus.

Das Versprechen enger Tatbestandstheorien, abwägungsfrei zu sein, kann nicht eingelöst werden. Auch dort werden Ausgleichentscheidungen im Wege der Abwägung getroffen, allerdings, ohne dass dies offengelegt würde,²²⁶ was richtigerweise selbst dem Einwand, richterlichem Intuitionismus Vorschub zu leisten, ausgesetzt ist.²²⁷ Der Gefahr, „schwierige Abwägungs- und Wertungsfragen leichter Hand mit dem methodischen Fallbeil [zu] entscheide[n]“,²²⁸ entgeht nur ein außentheoretischer Ansatz, wonach Grundrechte als prima-facie-Gebote verstanden werden und definitiver Grundrechtsschutz akzessorisch ist zu den auf Rechtfertigungsebene gemachten Ausführungen.²²⁹ Zurecht ist zu konstatieren, dass es sich bei Schutzbereichsbegrenzungen auf „Friedlichkeit“ dem Grunde nach „nicht um ein Geltungs-, sondern um ein Gewichtungproblem“ handelt.²³⁰

Endlich verdient eine interessante These über verfassungsrechtliche Zuteilungsentscheidungen – exemplifiziert am Künstler, der eine eigenhändig gestohlene Leinwand bearbeitet – Aufmerksamkeit.²³¹ Die Indienstnahme fremden Eigentums zur eigenen Grundrechtsausübung sei nicht von der Kunstfreiheit geschützt.²³² Dadurch, dass sich der Künstler als Eigentümer geriere, verstoße er gegen die „verfassungsrechtliche Zuteilungsentscheidung“, ohne sich selbst in Widersprüche zu verwickeln, sei es nicht möglich, ein Ausschließlichkeitsrecht wie das Eigentum sowohl dem Eigentümer als auch dem Künstler zuzuordnen.²³³ Anders sei der Fall zu entscheiden, sobald der Künstler durch Karikaturen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Abgebildeten verletze – das Recht auf Ehre werde zwar ebenfalls verletzt, wohingegen die Zuteilung zum Ehrschutzberechtigten nicht negiert werde.²³⁴

Gleichwohl ist es nach hier vertretener Konstruktion der Grundrechte als prima-facie-Rechte²³⁵ möglich, die künstlerische Betätigung dem Schutzbereich unterfallen zu lassen und den Gegengrund für ein etwaiges Verbot – Eigentum des Dritten – als Frage der Rechtfertigung zu thematisieren. Die eigentliche Frage ist, ob sich in casu das Eigentumsrecht deshalb durchsetzt, weil andernfalls eine staatliche Schutz-

²¹¹ Höfling (Fn. 22), S. 175.

²¹² BVerfGE 7, 198 ff.; 7, 377 ff.; Lepsius (Fn. 190), S. 2.

²¹³ Schlink, in: Badura, Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 445 (460 f.).

²¹⁴ Tsakyrakis, i.con 7 (2009), 468 (471).

²¹⁵ Klement, JZ 2008, 756 (759).

²¹⁶ Muckel (Fn. 12), S. 351; Isensee (Fn. 6), S. 57.

²¹⁷ Isensee (Fn. 6), S. 57.

²¹⁸ Isensee (Fn. 6), S. 57; Tsakyrakis, i.con 7 (2009), 468 (488).

²¹⁹ So aber Tsakyrakis, i.con 7 (2009), 468 (474).

²²⁰ Petersen (Fn. 190), S. 136–195.

²²¹ Barak, Law & Ethics 04 (2010), 1 (14 f.).

²²² Lepsius (Fn. 190), S. 19–21.

²²³ Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (172).

²²⁴ Alexy (Fn. 44), S. 285 f.

²²⁵ Kröger, JuS 1984, 172 (176).

²²⁶ v. Arnould (Fn. 42), § 167 Rn. 44; Schröder, JA 2016, 641 (645).

²²⁷ Höfling (Fn. 22), S. 173 f., 177; Couzinet, JuS 2009, 603 (607).

²²⁸ Wittreck, in: Dreier (Fn. 45), Art. 5 Abs. 3 Rn. 49.

²²⁹ Alexy (Fn. 44), S. 91 f., 296–299; Couzinet, JuS 2009, 603 (607).

²³⁰ v. Arnould (Fn. 42), § 167 Rn. 44.

²³¹ Näher Muckel (Fn. 12), S. 359 f. m.w.N.

²³² Näher Muckel (Fn. 12), S. 359 f. m.w.N.

²³³ Näher Muckel (Fn. 12), S. 359 f. m.w.N.

²³⁴ Näher Muckel (Fn. 12), S. 359 f. m.w.N.

²³⁵ Alexy (Fn. 44), S. 71 ff.

pfligt verletzt würde. Dies wiederum ist ein Problem hinsichtlich der korrekten Auslotung von Rechtssphären nach Maßgabe des Kongruenzprinzips zwischen Über- und Untermaßverbot.²³⁶ Zudem sind in der gewählten Fallgestaltung zwei Handlungsabschnitte zu separieren. Der Diebstahl ist zwar zunächst von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst, die Rechtfertigung des beschränkenden § 242 Abs. 1 StGB gelingt indes ohne Weiteres.²³⁷ Davon zu trennen ist die Problematik im Zusammenhang mit der Kunstfreiheit – dass erneut eine Eigentumsverletzung soll stattfinden können, ist nicht im Vorhinein einsichtig. Nebenbei ist nicht klar, welche Rolle die Intention des Künstlers beim Diebstahl spielen soll: Macht es einen Unterschied, wenn der Künstler die Sache unabhängig von einem „Kunstschaffungswillen“ stiehlt, bei sich lagert, über die Existenz der Sache 20 Jahre nicht reflektiert und er durch Zufall auf die gestohlene Leinwand stößt und dann erst auf dieser ein Kunstwerk anfertigt? Die Subsumtion unter das Merkmal „Indienstnahme zur Grundrechtsausübung“ wird nicht mehr so eindeutig ausfallen können. Und letztlich kann in Bezug auf das Beispiel zur Ehrverletzung ebenfalls argumentiert werden, dass sich der „Störer“ anmaßt, selbst Rechtsinhaber zu sein; immerhin entzieht er dem Ehrinhaber einen entscheidenden Teil seiner Selbstbestimmung in Form der Selbstdarstellung. Eine Verfügung hierüber wird für den Ehrberechtigten gravierend erschwert.

c) Zwischenfazit

Unter dogmatischen Vorzeichen sind enge Tatbestandstheorien abzulehnen. Sie sind mit dem Risiko behaftet, den Schutz von Grundrechtsnormen insofern auf null zu reduzieren, als mit ihnen der Verlust von Schutzinstrumenten wie den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und allen voran der Kontrollmöglichkeit am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einhergeht.²³⁸

IV. Fazit

Der offene Wortlaut der Grundrechte hat den Weg für ein prima-facie-Verständnis der Grundrechte offengehalten. Fundiert wurde das ohne verfassungsimmanente Schutzbereichsgrenzen auskommende Grundrechtsverständnis durch die angestellten systematischen Erwägungen. Die Äußerungen im Ausschuss für Grundsatzfragen dokumentierten den Willen, den Grundrechten jeweils selbstständige Schrankenkláuseln zur Seite zu stellen, sodass der Gesetzgeber die definitive Freiheitssphäre des Bürgers würde mitgestalten können. Bei der teleologischen Kontrolle manifestierte sich die Vernünftigkeit dieses Ergebnisses. In dieselbe Richtung wies die Entwicklung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur.

Folglich ist es dogmatisch gerechtfertigt, dass selbst „der Rechtsbrecher“ als Rechtsträger vom Rechtsstaat geachtet wird.²³⁹ Gerade darin, dass der Bürger in der Regel nicht an die Grundrechte Dritter gebunden ist, ist ein zentrales Cha-

rakteristikum grundrechtlicher Freiheit zu erblicken.²⁴⁰ Demnach gilt, dass die Grundrechte dem Einzelnen die Möglichkeit gewähren, ohne gemeinwohlfördernde Intention, eigennützig zu agieren; gewährleistet wird, „Inhalt, Würdigkeit und Wertigkeit seiner Freiheit“²⁴¹ zunächst selbst zu bestimmen.²⁴² Es ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der als Korrektiv dafür fungiert, dass auch dem Friedensgedanken diametral zuwiderlaufendes Verhalten prima facie grundrechtlichen Schutz verdient.²⁴³

²³⁶ Epping (Fn. 59), Rn. 93–101.

²³⁷ Alexy (Fn. 44), S. 297 f.

²³⁸ Bleckmann (Fn. 77), § 12 Rn. 14, 16, 30.

²³⁹ Isensee (Fn. 15), S. 29, 40.

²⁴⁰ Starck, JuS 1981, 237 (244).

²⁴¹ Bethge, NJW 1982, 2145 (2148).

²⁴² Bleckmann (Fn. 77), § 12 Rn. 21.

²⁴³ Alexy (Fn. 44), S. 293–298.