

Das Definieren von Rechtsbegriffen – Beispiele aus dem Verfassungsrecht

Von Dr. Eike Michael Frenzel, Karlsruhe/Freiburg i.Br.*

Die Definitionen von Rechtsbegriffen sind für rechtswissenschaftliches Arbeiten unabdingbar, sichern sie doch Erwartungen und die Anschlussfähigkeit für den juristischen Diskurs. Allerdings werden sie gelegentlich als Zumutungen verstanden, insbesondere soweit behauptet wird, dass sie ein Auswendiglernen erforderten. Dass das materielle Verständnis der Rechtsbegriffe, mit denen die Falllösung bestritten wird, trotz bisweilen gegenläufiger Wahrnehmung keinesfalls willkürlich bestimmt wird (sei es durch „den Gesetzgeber“, das BVerfG oder den Kommentator), verdeutlicht dieser Beitrag anhand ausgewählter Beispiele aus dem Verfassungsrecht.

I. Einleitung

Das Grundgesetz ist ein Text, der aus Sätzen besteht, die wiederum aus Wörtern zusammengesetzt sind. Diese bilden den zur Subsumtion führenden normativen Ausgangspunkt und bezeichnen als Begriffe zu Bestimmendes¹. Die Begriffe müssen hierzu aufgespaltet, einer Binnendifferenzierung zugeführt werden. Schnelle Hilfen für den Definitionsvorgang sind von dem Grundgesetztext selbst im Übrigen – von Ausnahmen abgesehen – nicht zu erwarten: Die Legaldefinition als Regelungstechnik ist der Verfassung im Wesentlichen fremd², und dieselben Termini können sogar innerhalb des Grundgesetzes unterschiedliche Bedeutungen haben, man denke etwa an die „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG einerseits³ und in Art. 9 Abs. 2 GG andererseits⁴ sowie die „öffentliche Gewalt“ in Art. 19 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Gleichwohl werden die Begriffe nicht ohne Bezug zu Vorverständnissen definiert, auch nicht durch die sicherlich prägende Rechtsprechung des BVerfG. Denn das BVerfG definiert die Begriffe nicht durch Zumutungen⁵, die fernab jeden natürlichen Wortverständnisses liegen⁶.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br., Abt. 5 (RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing).

¹ Vgl. *Schneider*, Logik für Juristen, 5. Aufl. 1999, S. 17 ff., 42 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 37 ff., 56 ff.

² Vgl. jedoch Art. 121 GG für den Mehrheitsbegriff; weiterhin Art. 29 Abs. 3 S. 1, 73 Abs. 1 Nr. 6, 91a Abs. 1, 106 Abs. 3 S. 1 GG.

³ Vgl. BVerfGE 6, 32 – Elfes.

⁴ Dazu BVerfGE 80, 244 (254) – Vereinsverbot.

⁵ Vgl. *Denninger*, in: Broda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, S. 279 ff., insbesondere S. 289: Das BVerfG habe ein „System von hochkomplexen Rechtsbegriffen“ entwickelt, „deren gemeinsames Merkmal in ihrer Fähigkeit liegt, typische Kollisionen zwischen den jeweils betroffenen Rechtskreisen fallbezogen elastisch abzdämpfen“.

⁶ Vgl. *Auster*, Stadt aus Glas, in: ders., Die New York-Trilogie, 1989, S. 96, der Stillman ausführen lässt: „Denn unsere Wörter entsprechen der Welt nicht mehr. Als die Din-

Diese Definitionen sind vielmehr plausibel und erstaunlich vertraut – wenn man erst einmal über sie reflektiert. Im Folgenden wird das Denken in Differenzen, welches dem Einheitsjuristen, dessen „juristisches Denken wesensnotwendig Einheitsdenken“⁷ ist und der (was abstrakt zu sein und eine Einheit vorauszusetzen scheint, also auch abschreckend wirken kann) systematisch denken soll, auf den ersten Blick schwerfallen mag, für die Bildung von Definitionen fruchtbar gemacht.

II. Der Dreischritt als Denk- und Argumentationsstrukturmodell

Juristen und Zahlen – die Assoziation ist so populär wie pauschal: „Iudex non calculat.“ Dabei bezeichnen Zahlen nicht nur die Arbeitsgrundlage eines jeden Juristen, etwa Art. 20 GG als eine Grundnorm, sondern schon frühzeitig auch andere Marksteine: Die Achtzehn jedenfalls als Maximalwert der juristischen Punkteskala, die Vier als Minimalwert, der zwar noch nicht der Tiefpunkt ist, an dem man aber nichts gewinnt, außer die so bewertete Klausur nicht mehr schreiben zu müssen (genau diese würde man ohnehin nie wieder schreiben) – vielmehr landet man schnell bei drei Punkten, was keinesfalls weiterführt.

Weiterführend ist die Anzahl Drei fernab jeglicher Zahlenmystik in anderen Hinsichten⁸, ohne dass dafür Rechenkünste erforderlich wären, nicht nur konkret in Bezug auf die Zahl der Rechtsgeschäfte beim – im Verfassungsrecht zunächst irrelevanten – Brötchenkauf: Der Normtext selbst verweist bisweilen auf genau drei Tatbestandsmerkmale oder drei Varianten, etwa die drei Gewalten in Art. 1 Abs. 3 GG, die Kommunikationswege der Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG, die Objekte der Wahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, die

ge noch heil waren, hatten wir die Zuversicht, daß unsere Wörter sie ausdrücken konnten. Aber nach und nach sind diese Dinge zerbrochen, zersplittert, ins Chaos gestürzt. Doch unsere Wörter sind dieselben geblieben“; Stillman verweist später auf eine Episode aus „Alice hinter den Spiegeln“, in: *Carroll*, Alice im Wunderland und was Alice hinter den Spiegeln fand, 1992, S. 125 (207).

⁷ *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 1 m.w.N. zur „Einheit der Rechtsordnung“; vgl. auch *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 23, 35 f.

⁸ Zu außerrechtlichen Bezügen *Balla*, Die Zahl Drei und die Soziologie, 2008, insbesondere S. 17 ff.; vgl. auch *Höcker*, in: ders./Moser/Weber (Hrsg.), Wissen. Erzählen. Narrative der Humanwissenschaften, 2006, S. 153 ff.; berühmte Dreierheiten finden sich freilich auch bei *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* und *Auguste Comte* sowie in den Pragmatismus-Vorlesungen von *Charles Sanders Peirce* (vgl. CP 5.14/5.66), vgl. *Apel*, in: *Peirce*, Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, 1991, S. 7 (8), nach dem die Lehre von den drei Fundamentalkategorien der „logos spermatikos“ der Peirceschen Dialektik sei.

nach Art. 76 Abs. 1 GG Initiativberechtigten⁹. Auch außerhalb des Normtextes sind „Dreiheiten“ zu finden: Man denke an die Dreistufenlehre zu Art. 12 Abs. 1 GG oder die Kategorien nicht nur der Statuslehre nach *Georg Jellinek*¹⁰ sowie zahlreiche Definitionen. Als abstrakte Beispiele sind zu nennen die weit verbreiteten Dreischritte „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ zur Beurteilung der Frage, ob ein Freiheitsgrundrecht verletzt ist, „Zuständigkeit – Verfahren – Form“ zur Konkretisierung der formellen Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, „Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit“ zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme (den legitimen Zweck voraussetzend) und die drei zusammenwirkenden Formen demokratischer Legitimation¹¹. Nicht zuletzt lesen sich Begründungen gut, die nicht nur ein Argument anführen, und auch nicht nur zwei Argumente, sondern eben drei¹²; und auch Meinungsstreitigkeiten werden häufig über eine Ansicht, eine andere Ansicht und eine vermittelnde Ansicht dargestellt.

Dass es – nicht nur im Verfassungsrecht¹³ – immer wieder Dreiheiten sind, in denen juristisches Denken kondensiert bzw. juristische Ausführungen kulminieren¹⁴, könnte daran liegen, dass diese im Vergleich zu zweiseitigen Unterscheidungen – „A und Nicht-A“ oder auch „A und B“¹⁵ – eine größere Dynamik mitbringen, ein größeres Potential für Komplexität. Juristen werden für sich die Kapazität beanspruchen, diese Komplexität verarbeiten zu können: Geht man davon aus, dass die Dreiheit sich an jedem Punkt fortsetzt, so entsteht schnell ein terminologisches oder argumentatives Netzwerk, in dem jeder Knoten unmittelbar mit drei Knoten verbunden ist – wohingegen zweiseitige Unterscheidungen nicht mehr als eine Kette bilden¹⁶. Offenbar (und

historisch bedingt¹⁷) steht die Rechtswissenschaft der dem tertium (nicht nur: *comparationis*) verbundenen Rhetorik näher als der Logik, der das *tertium non datur*¹⁸ zugeschrieben wird. So wird die Drei zum Memorierungs-, Denk- und Argumentationsstrukturmodell, lange bevor es um Streitwerte geht, für die Zahlen konstitutiv sind¹⁹.

III. Definitionen als Anwendungsbeispiele für Dreischritte

Ist man mit der Aufgabe konfrontiert, einen Begriff zu definieren, mag man sich wie auf einem „Flug über den Wolken“ vorkommen; „[...] es ist mit einer ziemlich geschlossenen Wolkendecke zu rechnen. Man muß sich auf die eigenen Instrumente verlassen. Gelegentlich sind Durchblicke nach unten möglich – ein Blick auf Gelände mit Wegen, Siedlungen, Flüssen oder Küstenstreifen, die an Vertrautes erinnern“²⁰. Vor diesem Hintergrund soll das differenzierende, auf Dreiheiten rekurrierende Denkmodell für die Erschließung von Definitionen anhand einiger immer wieder aktueller Beispiele zur Anwendung gebracht werden.

1. Beruf

Der verfassungsrechtliche Begriff des Berufs lässt sich anhand dreier Merkmale definieren. Zunächst bezeichnet Beruf eine Tätigkeit, die sich von anderen Tätigkeiten darin unterscheidet, dass sie auf eine gewisse Dauer angelegt ist.

Sodann hat diese Tätigkeit ein Ziel, das sich erschließt, wenn man die Tätigkeit einer bestimmten Zeit, der Arbeitszeit, zuordnet, die sich jedenfalls im 20. Jahrhundert von der Freizeit abgrenzt; führt man sich diesen Dualismus vor Augen, so steht der Beruf auf der einen Seite dem Hobby auf der anderen gegenüber, und damit wird eine besondere Qualität des Berufs offenbar: Die Tätigkeit soll – ohne Ansehung der Vermögenssituation des Grundrechtsberechtigten – der Gewinnung des Lebensunterhalts dienen, ein Ansinnen, welches bei einem Hobby naturgemäß nicht gegeben ist; dort wird eher investiert, was eine Wandlung vom Hobby zum Beruf nicht ausschließt. Ein einmaliges Veräußerungsgeschäft, welches Gewinn bringt, der bisweilen für den Lebensunter-

⁹ Vgl. weiterhin die Schachtelkonstruktionen in Art. 13 Abs. 7 GG und in Art. 79 Abs. 3 GG; einfachgesetzlich etwa die Grundmandatsklausel in § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG.

¹⁰ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, unveränderter Nachdruck 1963, S. 85 ff.

¹¹ Dazu zuletzt *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 803 (804).

¹² Für einen ganz anderen Bereich – das Patentrecht, genauer: Patentnichtigkeitsverfahren – vgl. *Pagenberg/Stauder/Singer*, GRUR Int 2008, 689 (691).

¹³ Im Verwaltungsrecht etwa in Gestalt der (nach einer Ansicht drei) Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses, der „Theorien“ zum Begriff der „öffentlichrechtlichen Streitigkeit“ oder der Kategorien der Ermessensfehlerlehre. Zur „Three Strikes“-Gesetzgebung in Kalifornien und zur Vereinbarkeit mit dem achten Zusatzartikel der US-Verfassung vgl. etwa die Entscheidungen des US Supreme Court *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003); vgl. zuvor *Grasberger*, ZStW 110 (1998), 796 ff.

¹⁴ Für das Zivilrecht und damit in einem in doppelter Hinsicht anderen Kontext *Barnert*, Der eingebildete Dritte, 2008, S. 238 f.

¹⁵ Voraussetzend, dass B nicht nur Nicht-A ist.

¹⁶ Trotz „*iudex non calculat*“: 2 hoch 5 ist nur 32, 3 hoch 5 immerhin schon 243.

¹⁷ Vgl. *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 37 f.

¹⁸ Selbst der Dualismus in Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GG wird vom BVerfG gedrittelt: Inhalts- und Schrankenbestimmung, Legalenteignung, Administrativenteignung, vgl. BVerfGE 58, 300 (330 f.) – Nassauskiesung.

¹⁹ Zu nennen sind freilich weitere „magische Zahlen“ innerhalb und außerhalb des juristischen Argumentationsraums: 1, 7, 12 (vgl. etwa die Anzahl der Sterne in der seit 1986 von den Gemeinschaftsorganen verwandten Europa-Flagge), 40 (sowie $7 \times 7 + 1 = 50$ Bücher der Digesten); *Möllers*, Das Grundgesetz, 2009, S. 40, spricht davon, dass die Gliederung des Grundgesetzes in ursprünglich elf Abschnitte „wenig elegant“ sei.

²⁰ *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, S. 13.

halt zur Verfügung gestellt wird²¹, ist jedenfalls nicht auf Dauer angelegt und daher nicht Beruf.

Das dritte Merkmal des Berufsbegriffs inkorporiert einen sehr selten zu aktivierenden „Notausgang“, um der Annahme der Eröffnung des Schutzbereichs ggf. noch „entgehen“ zu können: Die Tätigkeit darf nicht schlechthin gemeinschaftsschädlich sein²². Dies basiert auf zwei Überlegungen: Einerseits wird ein anerkanntes Berufsbild²³, welches etwa einfachgesetzlich induziert werden müsste und damit das Grundrecht präformieren würde, an dieser Stelle gerade nicht zum Prüfungsmaßstab erhoben, und der Staat ist auch hinsichtlich „staatlicher“ bzw. „staatlich gebundener“ Berufe, deren Ausfüllung dem Staat vorbehalten bleiben soll, unter einen Rechtfertigungsdruck zu setzen²⁴; andererseits sind Tätigkeiten denkbar, die nicht unter dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG stehen sollen, selbst wenn man sie im Wege eines verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffs verbieten könnte – zu nennen ist etwa der Auftragskiller, dessen Tun dem absoluten Lebensschutz evident widerspricht; viele weitere Beispiele wird man aber nicht finden, sind doch auch die Verbotsnormen des Strafrechts als einfaches Recht an der Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen: So existieren zahlreiche Tätigkeiten, die durch pejorative Bezeichnungen vorab stigmatisiert werden und verhindern, dass man zum Kern der Betätigung vordringt: der Adoptionsvermittler erscheint als gemeinschaftsschädlich, wenn man ihn als Menschenhändler bezeichnet, der Rüstungsexporteur erscheint als Waffenhändler so²⁵ – und umgekehrt. Jedenfalls wird ersichtlich, wie leicht der Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG zu erarbeiten ist; es folgt die Unterscheidung bzw. Nichtunterscheidung von Berufswahl und Berufsausübung²⁶, die letztlich doch wieder in eine Dreiheit – diejenige der Stufenlehre – über- bzw. der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zugeführt wird.

2. Versammlung

Auch der Versammlungsbegriff des Art. 8 Abs. 1 GG ist mehrgliedrig, und die Eröffnung des Schutzbereichs setzt nicht nur eine Versammlung, sondern noch zwei weitere Elemente voraus: Es müssen sich Deutsche versammeln, und zwar friedlich und ohne Waffen.

²¹ Wenn eine Wiederanlage erfolgt, ist diese Anforderung auch schon nicht erfüllt.

²² Vgl. BVerfGE 115, 276 (300) – Sportwetten; BVerfGE 117, 126 (137) – Hufbeschlaggesetz; BVerwGE 22, 286 (289) – Astrologie (1965).

²³ BVerfGE 7, 377 (397) – Apotheken.

²⁴ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397 f.); für die Personenbeförderung wurden die Versorgungsaspekte in BVerfGE 11, 168 (183 ff.) – Bedürfnisprüfung (1960), thematisiert; aus der Sicht der damaligen Richter wäre der die Privatisierung der Bahn betreibende Verkehrsminister wohl anzuklagen (das Grundgesetz kennt ein solches Verfahren allerdings nicht, wohl aber Art. 61 der Bayerischen Verfassung).

²⁵ Man denke etwa an Yuri Orlov (Nicolas Cage) in „Lord of War – Händler des Todes“ (2005).

²⁶ BVerfGE 7, 377 (400 f.); vgl. aber Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 47 ff.

Verlangt wird für eine Versammlung zunächst die (körperliche) Zusammenkunft mehrerer Personen. Sicher ist diesbezüglich: Es muss sich um mehr als eine Person (die sich alleine zwar sammeln, aber nicht versammeln kann) handeln, aber eine Orientierung etwa am Verein²⁷ verbietet sich. Die Untergrenze liegt somit bei zwei oder drei Teilnehmern, und man könnte hier unterschiedliche Überlegungen anstellen, etwa zur Phänomenologie der Versammlung, zur Schutzbedürftigkeit und zur Dynamisierung durch den offenen Zugang von weiteren Teilnehmern²⁸. Zwar steht die Frage der Mindestanzahl „[...] in keinem Verhältnis zur fehlenden rechtspraktischen Relevanz“²⁹, doch darf sie aus Gründen des Minderheitenschutzes nicht ignoriert werden; umso bedauerlicher ist die Zurückdrängung der Umschreibung von *Roman Herzog*: „Die systematische Isolierung mißliebiger Personen, die dem totalitären Staat heute durchaus möglich und übrigens, wie die Geschichte lehrt, auch zuzutrauen ist, macht vor der Isolierung vom letzten Freund nicht halt“³⁰.

Als zweite Voraussetzung wird der gemeinsame Zweck genannt, der nicht ein rein äußerlicher, nicht zur eigenen Angelegenheit gemachter Anlass sein darf, wie etwa der Verkehrsunfall, der Schaulustige anzieht, die körperlich zwar vor Ort verweilen, allerdings ohne dass zwischen ihnen eine über die Schaulust hinausreichende Verbindung bestünde: Art. 8 GG schützt Versammlungen und Aufzüge „[...] – im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen – als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung [...]. Dieser Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfaßt vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Es gehören auch solche mit Demonstrationscharakter dazu, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird“³¹; Ziel muss die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung sein³². Auf die Qualität der Meinung oder gar einen Bezug zu „anerkannten“ politischen Themen kommt es dabei nicht an. Wenn die Schaulustigen sich angesichts des Schreckens des Verkehrsunfalls als Ergebnis eines kommunikativen Akts dafür entscheiden, spontan für die Einführung einer Helmpflicht für Fahrradfahrer oder gegen die Kriminalisierung von Sportwagenfahrern zu

²⁷ Mindestmitgliederzahl für die Eintragung nach § 56 BGB: sieben.

²⁸ Man beachte – nicht als Vergleich, sondern als Hinweis – die Diskussion um den Bandenbegriff, etwa im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; vgl. erst neuerdings BGHSt 46, 321: Zusammenschluss von mindestens drei Personen; zuvor kritisch *Erb*, NStZ 1999, 187 f.

²⁹ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 53. Aufl. 2006, Art. 8 GG Rn. 44.

³⁰ *Herzog*, in: Maunz/Dürig (Fn. 29), 52. Aufl. 1987, Art. 8 GG Rn. 48.

³¹ BVerfGE 69, 315 (343) – Brokdorf; dazu *Hong*, in: Rensen/Bring (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 155 (156 ff.).

³² BVerfG NJW 2001, 2459 (2460) – Musikparaden.

demonstrieren, wäre aus der Ansammlung schon eine Versammlung geworden – höchst wahrscheinlich ist eine solche Metamorphose indes nicht, aber in Aufnahme eines äußeren Anlasses entstehende Spontanversammlungen sind durchaus denkbar³³. Volksfeste, Vergnügungsveranstaltungen oder auf Unterhaltung ausgerichtete Massenpartys dienen nicht der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung; soll eine Veranstaltung jedoch der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung dienen, so kann sie „[...] ihre kommunikativen Zwecke unter Einsatz von Tanz und Musik verwirklichen“³⁴, wie dies etwa im Falle der „Fuckparade“³⁵ als „Gegendemonstration zur Berliner Love Parade“ angenommen wurde, auch wenn es sich um eine „gemischte“ Veranstaltung handelte; das BVerwG stellte – sich auf das BVerfG stützend³⁶ – insoweit darauf ab, ob die Veranstaltung „ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist“; im Zweifel ist dies wegen des hohen Rangs der Versammlungsfreiheit zu bejahen³⁷; die „Love Parade“ in ihrer Ausgestaltung als Massenparty wird dadurch aber gerade nicht zu einer Versammlung. Fest steht ohnehin: Ob die genannten Beispiele, Neonazidemonstrationen³⁸, „Clandestine Insurgent Rebel Clown Army“³⁹, „Mietdemonstranten“ oder „Flashmobbing“⁴⁰ – das Versammlungsrecht und die Frage seiner Einschlägigkeit sind fortgesetzte Begleiter nicht nur während der Examensvorbereitung⁴¹.

³³ Wenngleich die Einordnung als Eil- oder als Spontanversammlung bisweilen offen gelassen wird; Ausgangspunkt ist dafür die Überlegung, dass der Schutz durch Art. 8 Abs. 1 GG unabhängig davon besteht, ob eine Anmeldung erfolgte oder nicht, vgl. nur BVerfG NVwZ 2005, 80.

³⁴ BVerwGE 129, 42 (46).

³⁵ Zuvor BVerfG NJW 2001, 2459.

³⁶ BVerfG NJW 2001, 2459 (2461).

³⁷ Vgl. BVerwGE 129, 42 (47).

³⁸ Und – friedliche, vgl. etwa BVerfG NJW 2000, 3053 (3054, 3056) – Gegendemonstrationen. Vgl. für die USA die Aufarbeitung der Auseinandersetzung mit Neonazis durch Gerichte – in Bezug auf Skokie/Illinois, einen Vorort von Chicago: National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977) – einerseits und in dem in und um Chicago spielenden Film „Blues Brothers“ (1980) sowie in Woody Allens „Manhattan“ (1979; 21:38) andererseits.

³⁹ Vgl. Süddeutsche Zeitung Nr. 87 vom 14.4.2008, S. 10.

⁴⁰ Arbeitsgerichtlich bereits als Mittel des Arbeitskampfes gewürdigt (und damit wohl eher als „smart mob“ einzuordnen), vgl. Rieble, NZA 2008, 796; dazu auch BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (vgl. Pressemitteilung Nr. 95/09; <http://www.bundesarbeitsgericht.de>, "Pressemitteilungen"); vgl. zuletzt Stadt Braunschweig, Mitteilung: „Nutzung des Schlossplatzes für ein öffentliches Picknick (Flashmob)“, Drs. 10255/09 vom 29.7.2009 (http://www.braunschweig.de/politik_verwaltung/presse/Mitteilung_10255_09.pdf [letzter Abruf: 31.8.2009]).

⁴¹ Vgl. auch BVerfGE 85, 69, für die verfassungskonforme Auslegung des § 14 VersammlG (Anmeldepflicht) für Eilversammlungen trotz Strafbewehrung durch Reduktion der Frist

3. Kunst

Was ist Kunst? Angesichts des Umstandes, dass die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ohne Vorbehalt gewährleistet ist, muss eine Antwort auf diese Frage gesucht werden – selbst der Befund, dass alles Kunst sei, wäre eine (wohl wenig hilfreiche) Antwort; schon dies spricht gegen die Annahme eines Definitionsverbots. Mit dem zunächst leeren Blatt, auf dem der Versuch einer Definition unternommen werden soll, liegt ein Betätigungsfeld, ein Rahmen vor – der auf bestimmte Kunstgattungen rekurrierende formaltypologische Kunstbegriff ward gefunden. Sodann knüpfen wir daran an, was innerhalb dieses Rahmens – inhaltlich – das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist: „[...] freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“⁴² – das Tagebuchschreiben unterscheidet sich davon schon dadurch, dass es (zunächst) für das forum internum bestimmt ist; damit wird der Kern des materialen Kunstbegriffs deutlich. Zuletzt werden mit einem weiteren, dem sog. offenen Kunstbegriff, die Anforderungen zugleich gesenkt und erhöht: Kennzeichnendes Merkmal einer künstlerischen Äußerung ist es demnach, „[...] daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“⁴³.

Formaler, materialer und offener Kunstbegriff – wieder eine Dreieit – bilden das Portfolio des BVerfG bei der (Nicht-)Entscheidung darüber, was Kunst ist und damit in den Schutzbereich fällt⁴⁴: Was gerade bei der Kunstfreiheit für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Regel erhoben wurde – in dubio pro libertate⁴⁵ –, wirkt sich bereits auf der Ebene des Schutzbereichs aus. Dem Portfolio voraus liegt die abzulehnende Annahme eines Definitionsverbots, kaum überzeugend ergänzt wird es durch das Konzept der Drittanerkennung, wonach die Qualifizierung als Kunst (sachverständigen) Dritten überlassen wird, was sich sicherlich nicht zugunsten der Kunstfreiheit, insbesondere neuer Formen auswirken würde.

Zudem führt das BVerfG eine im Text des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht angelegte Unterscheidung ein: „Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft in gleicher Weise den ‚Werkbereich‘ und den ‚Wirkbereich‘ des künstlerischen Schaffens. Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hinaus

sowie als aktuelles Beispiel BVerfGE 122, 342 – BayVersammlung.

⁴² BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.

⁴³ BVerfGE 67, 213 (227) – Anachronistischer Zug; im Kontext klingt allerdings eine gewisse Skepsis an.

⁴⁴ Eine klare Darstellung des dreifaltigen Kunstbegriffs unter Ablehnung eines Definitionsverbots findet sich in BVerfGE 67, 213 (224 ff.).

⁴⁵ Kritisch Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, S. 374 f.

auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser ‚Wirkbereich‘, in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist⁴⁶; verbunden wird dies mit einem historischen Argument. Die Unterscheidung zweier Phasen, die auch der Effektivierung und Optimierung des Grundrechtsschutzes dient, ist aus anderen Zusammenhängen vertraut: die innere und äußere Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG, die Freiheit der Meinungsäußerung und -verbreitung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG. Die Differenzierung zwischen Werk- und Wirkbereich hilft auch, den Kreis der Berechtigten zu erfassen: nicht nur den Künstler selbst, sondern auch seine Mittler, Verleger, Galeristen, jedoch nicht den Rezipienten⁴⁷. Über diese Funktion hinaus kommt der Unterscheidung keine Bedeutung zu, insbesondere wird sie – anders als bei Art. 12 Abs. 1 GG – im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs explizit nicht wieder aufgenommen⁴⁸: Der Werkbereich ist eben nicht eher zu schützen als der Wirkbereich.

Die Auseinandersetzung mit dem Kunstbegriff ist angezeigt: Denn die Kunst ist auch für Prüfungen „[...] ein einerseits bevorzugter, andererseits ungeliebter, jedenfalls ewig wiederkehrender Gegenstand des Rechts, da er dem Recht Grenzen aufzeigt und selbst Grenzen überschreitet – und das Recht selbst keine Grenzüberschreitungen unternehmen kann, solange es Recht ist“⁴⁹; aktuelle ober- und höchstgerichtliche Entscheidungen⁵⁰ bestätigen dies – voraus geht solchen Entscheidungen die alltägliche Auseinandersetzung mit diesen Fragen seitens der Eingangsgerichte, und diese sind vom Prüfungs- und zukünftigen Berufsalltag nicht weit entfernt⁵¹.

⁴⁶ BVerfGE 30, 173 (189).

⁴⁷ Vgl. aber *Duchamp*, *The Creative Act*, April 1957, erneut abgedruckt in: Müller-Alsbach/Stahlhut/Szeemann (Hrsg.), *Marcel Duchamp*, 2002, S. 43: „Let us consider two important factors, the two poles of the creation of art: the artist on one hand, and on the other the spectator who later becomes the posterity. [...] In the creative act, the artist goes from intention to realization through a chain of totally subjective reactions“.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 77, 240 (254) – Herrnburger Bericht.

⁴⁹ *Frenzel/Singer*, AfP 2006, 416 (422).

⁵⁰ Vgl. zu *Maxim Billers* Roman „Esra“ BVerfGE 119, 1; BGH NJW 2008, 2587; weiterhin BGH NJW 2009, 751 – Jugendtheaterstück; BGH NJW 2005, 2856 – Lila Postkarte; bezüglich der Einschlägigkeit der Kunstfreiheit nicht entscheidend BGH AfP 2008, 598 – Zigarettenwerbung; die Meinungsfreiheit fokussierend BGH NJW 2008, 3782 – Zigarettenstapel (Ernst August); vgl. auch die Bezugnahme von *Di Fabio*, in: Schorkopf (Hrsg.), *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2006, S. 219 f., auf *Gerhard Haderers* „Das Leben des Jesus“, 2002, sowie BVerfGE 101, 596 – Deutschland muss sterben.

⁵¹ Vgl. zum Thema Straßenkunst die älteren Entscheidungen BVerfGE 84, 71 (75 f.), und VGH Baden-Württemberg

4. Gesteigerte Anforderungen: Freiheitliche demokratische Grundordnung

Als verfassungsrechtlicher Begriff taucht die freiheitliche demokratische Grundordnung zunächst in Art. 10 Abs. 2 S. 2, 11 Abs. 2, 18 S. 1, 21 Abs. 2 S. 1 GG auf⁵². Streitentscheidend war er bereits in dem Urteil des BVerfG vom 23.10.1952, mit dem die Sozialistische Reichspartei (SRP) verboten wurde⁵³. Freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG ist nach Ansicht des Gerichts „[...] eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“⁵⁴. Sich den Inhalt des Begriffs so zu erschließen, wie der Staatsrechtslehrer *Günter Dürig* ihn umschrieb, fällt heute mangels höchstpersönlicher Erfahrung nicht mehr leicht: „Blickt man in die erlebte Vergangenheit und auf die erlebte *Gegenwart* jenseits ‚der Mauer‘ und ‚des Todesstreifens‘, so wird eigentlich unmittelbar einsichtig, was alles (aber auch nur) zum Begriff der ‚freiheitlichen demokratischen Grundordnung‘ i.S. des Grundgesetzes gehört“⁵⁵ – die diese Ausführungen enthaltende Kommentierung zu Art. 21 GG im von *Maunz/Dürig* begründeten Loseblattkommentar wurde zwischenzeitlich durch eine andere ersetzt⁵⁶.

GewArch 1992, 452 f., einerseits, aktuell VG München, Urt. v. 15.10.2008 – M 2 K 08.1754, andererseits. Zu erstinstanzlich behandelten Fragen in Sachen „Der Baader Meinhof Komplex“ vgl. LG Köln AfP 2009, 78, und LG Berlin ZUM 2008, 880.

⁵² Art. 20 Abs. 4 GG nimmt auf „diese“, d.h. die in Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG beschriebene Ordnung Bezug.

⁵³ BVerfGE 2, 1 – SRP-Verbot; über den nahezu zeitgleich gestellten Antrag auf Verbot der KPD wurde wegen eines anderen Kontextes erst 1956 entschieden, vgl. BVerfGE 5, 85.

⁵⁴ BVerfGE 2, 1; vgl. *Böhme*, in: Denninger (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Bd. 1, 1977, S. 67 ff.; *Gusy*, AöR 105 (1980), 279 ff.

⁵⁵ *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 29), 1964, Art. 18 GG Rn. 50, abgedruckt in: Denninger (Fn. 54), S. 155 (157).

⁵⁶ Dies ist das Schicksal von Loseblattwerken, die dann der Archivare (vgl. Fn. 54) bedürfen, die leider nicht immer zur Stelle sind – es sei denn, man führt einen gesonderten Ordner mit Altcommentierungen; im Falle des genannten Kommentars ist dies durchaus zu empfehlen; vgl. auch *Böckenförde*, *Die Würde des Menschen war unantastbar*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 204 vom 3.9.2003, S. 33.

Das BVerfG führte in der SRP-Entscheidung zudem das Bild der „auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ stehenden Parteien ein⁵⁷. Kombiniert mit dem reduzierenden Etikett „FDGO“ wurde aus tief greifenden Überlegungen zu Form und Substanz der Bundesrepublik Deutschland eine bloße Parole⁵⁸. Nicht nur deshalb ist es eher unwahrscheinlich, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung über Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG in Prüfungen eingebracht wird⁵⁹ – anders als bei der Berufung in ein Beamten- oder Richterverhältnis: Voraussetzung für die Berufung ist demnach jeweils, dass der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die FDGO im Sinne des Grundgesetzes einzutreten⁶⁰. Und doch ist sie auch für die Ausbildung ein Lehrstück über die Strukturprinzipien des Grundgesetzes, die wortreich dargelegt werden können. Der Bezugspunkt ist dann aber nicht Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG; vielmehr wird er von Art. 1 Abs. 1 bis Abs. 3, Art. 2 Abs. 1, 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 bis 3, Art. 21 Abs. 1, Art. 30, Art. 38, Art. 96 GG und nicht zuletzt Art. 79 Abs. 3 GG gebildet.

Indes: Man muss die Definition der FDGO nicht auswendig lernen, zumal sich der Wortlaut aus dem SRP-Urteil in § 4 Abs. 2 BVerfSchG⁶¹ wiederfindet; auch als einfachgesetzliche Regelung ist sie taugliche (unbenannte) Referenz, die natürlich verstanden sein will⁶².

5. Grenzwertig: Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung

An der Grenze dessen, was vom Studierenden verlangt werden kann, liegt der dreigliedrige Terminus „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“⁶³: Zum einen ist dies da-

durch begründet, dass es sich nicht um einen Begriff des Gesetzes handelt, sondern er einer Formulierung entspringt, die eine Grenze des parlamentarischen Untersuchungsrechts skizzieren, wenn nicht festlegen sollte. Hier zeigte sich, wie wichtig es sein kann, die Begriffe zu besetzen und zu prägen⁶⁴. Zum anderen ist der Terminus in erhöhtem Maße einer sich wandelnden Interpretation durch das Verfassungsgericht zugänglich – die Autorität eines Wortes des Gesetzes erscheint größer.

Für die Prüfung ist es entscheidend, die Figur als Terminus benennen und ihre Idee durch die Bezugnahme auf die Leitnorm des Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG nachvollziehen zu können: Die Exekutive trägt für bestimmte Entscheidungen die Verantwortung, die sie nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt, bei dem Entscheiden von Zugriffen insbesondere der parlamentarischen Kontrolle freigestellt zu bleiben. Diese Freistellung kann sich in einem rechtsstaatlichen, parlamentarisch geprägten System freilich niemals auf die Endentscheidung oder Teilentscheidungen mit Außenwirkung beziehen, sondern nur auf die Willensbildung im forum internum und noch völlig unentschiedene Fragen; hier eine Beteiligung parlamentarischer Kontrolle im Voraus vorzusehen, verstieße gegen das Prinzip einer geteilten oder gegliederten Staatsgewalt durch die Herstellung von Einheit (und Einfachheit) statt Vielheit. Ein Schlüsselbegriff wie der des Kernbereichs, der nach Ansicht des BVerfG „[...] einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt“⁶⁵, und damit die Deutung nicht ausschließt, dass sich in diesem Kernbereich neben den genannten Bereichen noch weitere befinden, fordert eine extensive Interpretation durch denjenigen, dem dies günstig erscheint, geradezu heraus; diese Interpretation kann dann selbst erst gerichtlich wieder eingeehrt werden⁶⁶. Es sind daher mehrere Stoßrichtungen beim Umgang mit der Gewaltenteilung zu unterscheiden: „Während die Trennung der Staatsorgane dem Ziel dienen soll, durch die Kontrastwirkung ihres Profilierens die Macht in der Unterschiedlichkeit der Staatsaufgaben bewußt

⁵⁷ BVerfGE 2, 1 (73); BVerfGE 5, 85 (134); das OLG Nürnberg, Urt. v. 19.11.1979 – 5 U 128/79, griff dies in dem zivilgerichtlichen Verfahren um die Behauptung, die „CSU sei die NPD Europas“, auf und führte nach BVerfGE 61, 1 (2), aus: „Die CSU stehe voll auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, während die NPD als Partei gelte, die dieser Ordnung entgegenwirke und sie gefährde“.

⁵⁸ Vgl. nur *Gaus*, Warum ich kein Demokrat mehr bin, Süddeutsche Zeitung Nr. 193 vom 23./24.8.2003, S. 13.

⁵⁹ Über den Umgang mit Parteiverboten vor dem historischen Hintergrund *Grimm*, in: ders., Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 174 ff.

⁶⁰ Vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG, § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften und § 9 Nr. 2 DRiG; vgl. ausführlich BVerfGE 39, 334 (1975), auch zum Bezug der einfachgesetzlichen Regelung der besonderen politischen Treuepflicht zu Art. 33 Abs. 5 GG.

⁶¹ Und § 4 Abs. 2 LVSG Baden-Württemberg, Art. 1 Abs. 1 BayVerfSchG, § 6 Abs. 2 VSG Berlin etc.

⁶² Als für die Rezeption beispielhaft anzusehen: Plenardebate des Bundestages am 14.2.1974, vgl. Protokoll der 79. Plenarsitzung, S. 5002 ff.; das Nachschlagen wird empfohlen, auch um diese Materialien sich selbst einmal zur Anschauung zu bringen.

⁶³ BVerfGE 67, 100 (139) – Flick-Untersuchungsausschuss, verweist auf *Scholz*, AöR 105 (1980), 598; in BVerfGE 77, 1 (59) – Neue Heimat, ist der Terminus noch in Anführungszeichen gesetzt, verwiesen wird aber ausschließlich auf BVerfGE 67, 100 (139); weiterhin BVerfGE 110, 199 (214,

221; betrifft Schleswig-Holstein, vgl. Art. 99 GG, § 13 Nr. 10 BVerfGG i.V.m. Art. 59c der Landesverfassung; vgl. nunmehr jedoch Art. 44 der Landesverfassung, §§ 1, 3, 56 LVerfGG 2008).

⁶⁴ Ob es die „richtigen“ sind, stellt sich erst mit der Zeit heraus; als Beispiele für in Bezug auf ihre Wirkmacht und Durchsetzungskraft gelungene Vorschläge: Daseinsvorsorge, Regulierungsverwaltungsrecht, Gewährleistungsverantwortung.

⁶⁵ BVerfGE 110, 199 (214), Hervorhebung durch den Verfasser.

⁶⁶ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 – 2 BvE 3/07, insbesondere Absatz-Nr. 122 ff. – BND-Untersuchungsausschuss; BVerfG, Beschl. v. 1.7.2009 – 2 BvE 5/06, insbesondere Absatz-Nr. 123 – Kleine Anfragen. Ein weiteres Beispiel im Zusammenhang mit dem parlamentarischen Frage- und Untersuchungsrecht bietet BayVerfGH NVwZ 2002, 715 (717): „Einschätzungsprärogative“; in BayVerfGH NVwZ 2007, 204 (207), überprüft und perpetuiert.

zu machen und die Machtkontrolle zu ermöglichen, wandelt man heute die Gewaltenteilung in eine Doktrin der Nichteinmischung mit dem Ziel, eine unkontrollierte und unkontrollierbare Eigenständigkeit jeder Organmacht daraus abzuleiten⁶⁷. Das Verhältnis der Gewalten zueinander ist indes nicht nur im Zusammenhang mit Art. 44 GG relevant⁶⁸, sondern bei jeglichen Fragen der Kompetenz und der Kontrolle staatlicher Gewalt⁶⁹.

IV. Zum Geleit

Dass das Grundgesetz, welches selbst die Einheit der Differenz aus drei Regelungstypen – Grundentscheidungen (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG), Grundrechten und staatsorganisationsrechtlichen Regelungen – darstellt, durch dreiteilige Differenzierungen bearbeitet werden kann, sollte in diesem Beitrag verdeutlicht werden. Dies konnte nur anhand von Beispielen geschehen, nicht nur wegen der Grenzen der Aufmerksamkeitskapazität des Lesers und des begrenzten Raumes, sondern auch wegen der Erkenntnis, dass der Mehrwert nicht aus der Imitation dieser Beispiele durch unreflektierte Übernahme generiert werden kann. Man muss sich selbsttätig und wohltdosiert mit dem Verfassungsrecht befassen. Denn die aktive Befassung vermittelt einen Zugang zum Verfassungsrecht und verbessert die Inkompetenzkompensationskompetenz⁷⁰ im Rahmen systematischer Mangelverwaltung.

⁶⁷ Arndt, Das nicht erfüllte Grundgesetz, 1960, S. 18.

⁶⁸ Vgl. auch BVerfGE 49, 70 (85).

⁶⁹ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, Absatznr. 60 f. und 103 ff. (Sondervotum) = BVerfGE 122, 248 – (Verbot der) Rügeverkümmern.

⁷⁰ Für die Philosophie Marquard, in: ders., Abschied vom Prinzipiellen, 2005, S. 4 ff.