

Grundrechte

**sowie Bezüge zur
EU-Grundrechtecharta und zur EMRK**

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

27. Auflage 2024

Inhaltsverzeichnis

1. Teil – Allgemeine Grundrechtslehren	1
A. Menschenrechte, Bürgerrechte, Grundrechte	3
B. Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung	3
I. Verhältnis zu den Grundrechten der Landesverfassungen	4
II. Verhältnis zum Völkerrecht/zur EMRK	5
III. Verhältnis zum Recht der Europäischen Union/zur GRC	19
C. Allgemeine Grundrechtslehren (Grundrechtsfunktionen)	33
I. Die subjektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte	33
1. Grundrechte als Abwehrrechte (<i>status negativus</i>).....	33
2. Grundrechte als Leistungsrechte (<i>status positivus</i>)	34
3. Grundrechte als Gleichheitsrechte.....	38
4. Grundrechte als Mitwirkungsrechte (<i>status activus</i>)	39
II. Die objektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte.....	39
1. Staatliche Schutzpflicht (insb. Schutz vor dem Verhalten Dritter)	40
2. Ausstrahlungswirkung (Drittwirkung)	41
3. Verwaltungsprivatrecht und Fiskalverwaltung	41
4. Einrichtungsgarantien.....	42
III. Grundrechte als Maßstab für Auslegung und Gestaltung des Rechts.....	43
IV. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren.....	44
V. Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit.....	46
1. Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen	46
2. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts	57
3. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentl. Rechts	62
4. Sonderfall gemischtwirtschaftliche Unternehmen	66
5. Grundrechtsmündigkeit	69
VI. Grundrechtsbindung	72
1. Grundrechtsbindung der Legislative.....	72
2. Grundrechtsbindung der Exekutive	72
a. Verwaltungsprivatrecht.....	73
b. Fiskalverwaltung	77
3. Grundrechtsbindung zwischen Privaten (Drittwirkung bzw. Horizontalwirkung der Grundrechte)	80
4. Grundrechtsbindung der Judikative.....	85

VII. Grundrechtsprüfung	88
1. Eröffnung des Schutzbereichs	89
a. Unterscheidung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung	99
b. Bestimmung des Schutzbereichs durch Auslegung	100
c. Unterscheidung von Regelungs- und Schutzbereich	101
d. Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche durch Kriterien auch außerhalb des geschriebenen Grundrechtstatbestands?	103
e. Bedeutung des bisher Gesagten für Art. 2 I GG	107
f. Grundrechtskonkurrenz	108
2. Eingriff in den Schutzbereich	111
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	120
a. Allgemeines	120
b. Rechtfertigung aufgrund eines Gesetzesvorbehalts	124
aa. Insbesondere: Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung	126
bb. Zusammenfassung	135
cc. Rechtmäßigkeit des Einzelakts	136
dd. Verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes	137
ee. Grundrechtseingriff und Rechtsverordnung	139
ff. Grundrechtseingriff und Satzung	141
c. Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht	143
VIII. Grundrechte im (abzulehnenden) Sonderrechtsverhältnis	147
IX. Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG	148
X. Abschaffung einzelner Grundrechte	149
XI. Verwirkung von Grundrechten	149
XII. Prüfung von Grundfreiheiten des AEUV und von Grundrechten der GRC	149
2. Teil – Die einzelnen Grundrechte	159
A. Schutz der Menschenwürde – Art. 1 I GG	159
I. Schutzbereich	162
II. Eingriff in den Schutzbereich und Verletzung des Art. 1 I GG	169
III. Verhältnis zu (anderen) Grundrechten	170
B. Freie Entfaltung der Persönlichkeit – Art. 2 I GG	172
I. Die allgemeine Verhaltensfreiheit	173
1. Schutzbereich	173
2. Eingriff in den Schutzbereich	179
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke)	179

II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.....	183
1. Schutzbereich	185
2. Eingriff in den Schutzbereich	197
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	203
4. Konkurrenz zu anderen Grundrechten.....	232
C. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	
– Art. 2 II S. 1 GG	183
I. Abwehrrechte des Art. 2 II S. 1 GG.....	235
1. Schutzbereich	235
2. Eingriff in den Schutzbereich	236
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	238
II. Schutzpflicht des Staates gem. Art. 2 II S. 1 GG	243
D. Freiheit der Person – Art. 2 II S. 2 GG.....	250
I. Schutzbereich.....	250
II. Eingriff in den Schutzbereich.....	251
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	253
E. Das Gleichheitsgebot – Art. 3, 6 V, 33 I-III GG.....	258
I. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)	258
1. Allgemeines	258
2. Prüfungsaufbau.....	258
3. Gleich- bzw. Ungleichbehandlung	259
4. Rechtfertigung von Ungleich- bzw. Gleichbehandlungen	263
II. Spezielle Gleichheitsrechte.....	269
1. Gleichberechtigung v. Mann und Frau (Art. 3 II, III S. 1 Var. 1 GG)	269
2. (Sonstige) Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG	274
3. Das Verbot der Diskriminierung Behinderter (Art. 3 III S. 2 GG)	276
4. Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 II GG).....	280
5. Art. 6 V GG; Chancengleichheit politischer Parteien.....	286
F. Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit – Art. 4,	
140 GG i.V.m. Art. 136 I, III, IV, Art. 137 II, III und VII WRV	289
I. Individuelle Glaubensfreiheit	292
1. Schutzbereich	292
2. Eingriff in den Schutzbereich	296
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranken)	298

II. Kollektive Glaubensfreiheit.....	311
1. Schutzbereich.....	312
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	314
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke).....	314
III. Konkurrenzen.....	316
IV. Gewissensfreiheit, Art. 4 I und III GG	316

G. Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit

– Art. 5 I GG 319

I. Grundrechtstatbestände (Schutzbereiche) und Eingriffe	319
1. Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG.....	319
2. Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG.....	338
3. Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG.....	340
4. Rundfunkfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG	348
5. Filmfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG	353
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen.....	354
1. Schranken der Grundrechte aus Art. 5 I GG.....	354
2. Die qualifizierten Gesetzesvorbehalte des Art. 5 II GG	354
3. Sonstige Grundrechtsschranken	361
4. Insbesondere: Grundrechtskollision	361
5. Zensurverbot.....	369
III. Konkurrenzen.....	370

H. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III GG 371

I. Kunstfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG.....	371
1. Schutzbereich.....	372
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	377
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (Grundrechtsschranken)..	378
II. Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG.....	383
1. Schutzbereich.....	385
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	389
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen.....	390

I. Schutz von Ehe und Familie – Art. 6 GG..... 395

I. Schutzbereich der Abwehrrechte.....	397
1. Ehe und Familie.....	397
2. Das Elternrecht	408
II. Eingriff in den Schutzbereich.....	409
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen.....	412

IV. Konkurrenzen	416
J. Schulbezogene Grundrechte – Art. 7 GG	417
I. Staatliche Schulaufsicht – Art. 7 I GG.....	417
II. Religionsunterricht – Art. 7 II und III GG	419
III. Privatschulfreiheit – Art. 7 IV und V GG	421
K. Versammlungsfreiheit – Art. 8 GG	424
I. Schutzbereich (Vorliegen einer Versammlung)	425
1. Begriff der Versammlung.....	425
2. Ergebnis zur Herleitung des Versammlungsbegriffs	441
II. Eingriffe in den Schutzbereich.....	441
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	443
IV. Konkurrenzen	461
L. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – Art. 9 GG	463
I. Vereinigungsfreiheit – Art. 9 I GG.....	463
1. Schutzbereich	463
2. Eingriff in den Schutzbereich	469
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	470
4. Grundrechtskonkurrenzen.....	476
II. Koalitionsfreiheit – Art. 9 III GG.....	477
1. Bedeutung des Art. 9 III GG.....	477
2. Schutzbereich	478
3. Eingriff in den Schutzbereich	485
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	486
5. Grundrechtskonkurrenzen.....	488
M. Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnis – Art. 10 GG	489
I. Allgemeine Bedeutung.....	489
II. Schutzbereich(e)	491
1. Briefgeheimnis	491
2. Postgeheimnis.....	492
3. Telekommunikationsgeheimnis.....	493
4. Träger des Grundrechts	496
III. Eingriff in den Schutzbereich	496
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	498
V. Konkurrenzen	504
VI. Europarechtliche und konventionsrechtliche Bezüge	504

N. Freizügigkeit – Art. 11 GG	507
I. Schutzbereich	507
II. Eingriff in den Schutzbereich.....	510
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	511
IV. Konkurrenzen	513
O. Berufsfreiheit – Art. 12 GG	514
I. Das Abwehrrecht des Art. 12 I GG	514
1. Schutzbereich.....	515
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	527
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	532
II. Schutzgewähr- und Teilhaberecht des Art. 12 I GG.....	549
III. Konkurrenzen.....	550
P. Unverletzlichkeit der Wohnung – Art. 13 GG	551
I. Schutzbereich	551
II. Eingriff in den Schutzbereich.....	555
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	557
1. Durchsuchungen, Art. 13 II GG.....	558
2. Wohnungsüberwachung zum Zweck der Strafverfolgung, Art. 13 III GG	566
3. Abhören zur (präventiven) Gefahrenabwehr, Art. 13 IV GG	567
4. Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung von ermittelnden Beamten, Art. 13 V GG	569
5. Parlamentarische Kontrolle, Art. 13 VI GG	569
6. (Sonstige) Eingriffe und Beschränkungen, Art. 13 VII GG	569
Q. Eigentumsgarantie – Art. 14 GG	572
I. Einführung	572
II. Grundrechtsprüfung	574
1. Eröffnung des Schutzbereichs	574
2. Eingriff in den Schutzbereich	581
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Enteignung.....	581
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung d. Inhalts- u. Schrankenbestimmung	592
5. Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff	597
R. Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung; Asylrecht	
– Art. 16, 16a GG	598
I. Allgemeines.....	598
II. Schutz vor Ausbürgerung, Art. 16 I GG	599

1. Schutzbereich	599
2. Eingriff in den Schutzbereich	600
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	600
III. Verbot der Auslieferung, Art. 16 II S. 1 GG	603
IV. Asylrecht, Art. 16a GG	604
1. Schutzbereich	604
2. Eingriff in den Schutzbereich	608
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	608
a. Sichere Herkunftsstaaten, Art. 16a III GG	608
b. Beschränkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes, Art. 16a II S. 3, IV GG....	609
S. Grundrechtsgleiche Rechte/Justizgrundrechte.....	610
I. Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I S. 2 GG.....	610
II. Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG.....	614
Anhang – Die Verfassungsbeschwerde	617

1. Teil – Allgemeine Grundrechtslehren

Die Prüfung von Grundrechten beinhaltet nicht nur die spezifischen Besonderheiten der einzelnen Grundrechte, sondern auch allgemeine, für alle Grundrechte gleichermaßen geltende Problemkreise. Eine Auseinandersetzung mit den materiellen Problemen der einzelnen Grundrechte ist daher erst dann sinnvoll, wenn die Grundbegriffe und Grundstrukturen der Grundrechte und die Technik der Grundrechtsprüfung sicher beherrscht werden. Die Vermittlung dieses Wissens ist Gegenstand des 1. Teils dieses Buches. Die einzelnen Grundrechte werden im 2. Teil erläutert und die Prüfung der Verfassungsbeschwerde ist dargestellt bei R. *Schmidt*; Staatsorganisationsrecht, Rn 690 ff.

A. Menschenrechte, Bürgerrechte, Grundrechte

Menschenrechte sind naturrechtlich begründet; sie stehen jedem Menschen allein aufgrund seines Menschseins zu, sind egalitär begründet, universell, unveräußerlich und unteilbar.¹ Sie stehen über jedwedem positiven (d.h. geschriebenen) Recht und gelten daher jenseits von verfasster (Staats-)Gewalt. Ziel der Menschenrechte ist, die Menschen vor der Willkür des Staates bzw. Herrschaftsregimes zu schützen. Daher spielt es für ihre Geltung auch keine Rolle, ob sie (in einer Verfassungsurkunde) kodifiziert sind.

Bürgerrechte sind alle Grund- und Menschenrechte, die ein Staat den Mitgliedern seines Staatsvolkes (seinen Bürgern) gesetzlich zugesteht. In einer Demokratie gehört auch das Wahlrecht zu den Bürgerrechten.

Grundrechte sind wesentliche Rechte, die ein Staat, Staatenbund oder Staatenverband den Mitgliedern der Gesellschaft gewährt. Wesensmerkmal von Grundrechten ist, dass sie als beständig, dauerhaft und einklagbar verbürgt sind und zudem Verfassungsrang haben oder zumindest verbindliche Wirkung entfalten.² Grundrechte werden daher i.d.R. in der Verfassung, in Verfassungszusätzen, in Gesetzen oder in völkerrechtlichen Verträgen kodifiziert. Wegen ihrer Bedeutung unterliegen Grundrechte i.d.R. nicht der Disposition des (einfachen) Gesetzgebers. So enthält das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zahlreiche Grundrechte, die Verfassungsrang genießen und die die drei Staatsgewalten unmittelbar binden (Art. 1 III GG). Grundrechte, die durch völkerrechtliche Verträge vereinbart worden sind, finden sich etwa in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, dazu Rn 4d ff.). Auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), welche mit Wirkung zum 1.12.2009 verbindliche Rechtsquelle für Unionsbürger geworden ist (Rn 9 ff.), enthält Grundrechte im dargelegten Sinn. Zu den Grundrechtsfunktionen vgl. Rn 10 ff.

Freilich ist eine klare Unterscheidung bzw. Abgrenzung zwischen Menschen- und Grundrechten jedenfalls dann nicht möglich, wenn die Verfassung Menschenrechte als Grundrechte garantiert.

Beispiel: Obwohl die Überschrift des 1. Abschnitts des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland von „Grundrechten“ spricht, finden sich dort sowohl Menschenrechte als auch Bürgerrechte und Grundrechte.

⇒ So stehen die Menschenwürde (Art. 1 I GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG), die Religionsfreiheit (Art. 4 I GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), das Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 I GG) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) jedem Menschen zu. Es handelt sich also um im Grundgesetz kodifizierte Menschenrechte.

¹ *König*, Menschenrechte, 2005, S. 9.

² Vgl. etwa *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Vorb Rn 69.

Allgemeine Grundrechtslehren – Begriffe und geschichtliche Entwicklungen

- ⇒ Demgegenüber stehen die Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG), die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 I, III GG), die Freizügigkeit (Art. 11 I GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) nach dem Verfassungstext nur Deutschen zu. Es handelt sich also um Bürgerrechte.
- ⇒ Da alle genannten Menschen- und Bürgerrechte durch Aufnahme in das Grundgesetz beständig, dauerhaft und einklagbar garantiert sind und zudem Verfassungsrang haben, sind sie gleichzeitig Grundrechte.

Grundrechte lassen sich bereits in der Magna Charta Libertatum von 1215 finden, deren Zweck darin bestand, im angelsächsischen Bereich die königliche Macht zu beschränken; sie garantierte in Art. 39 und 40 jedem freien Menschen in England ein Minimum an Rechtsschutz gegen staatliche Willkür. Im Habeas Corpus Amendment Act von 1679 wurden weitere Grundrechte gewährt, etwa der Schutz vor willkürlicher Verhaftung und das Recht, einem Richter vorgeführt zu werden. Im angloamerikanischen Bereich erklärte 1776 die Virginia Bill of Rights in Art. 1 in starker Ausprägung des Naturrechts, dass alle Menschen von Natur aus gleich und frei und ihr Leben und Eigentum unverletzlich seien. Art. 8-11 normierten verfahrensrechtliche Absicherungen zum Schutz eines Angeklagten im Strafprozess. Die tragende Bedeutung der Pressefreiheit wurde in Art. 12 festgehalten und die freie Ausübung der Religion wurde durch Art. 16 gewährleistet. Später, in der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung (Declaration of Independence) von 1776, wurden das Leben, die Freiheit und das Streben nach Glück zu unveräußerlichen Rechten (Naturrechten) erklärt.

Einen Meilenstein in der verfassungsrechtlichen Entwicklung der Vereinigten Staaten von Amerika markiert die Verfassung von 1787, in der die demokratische und republikanische Staatsform mit einem Präsidenten an der Spitze, das Bundesstaatsprinzip mit starker föderaler Struktur und die Gewaltenteilung (checks and balances) festgeschrieben wurden. Sie ist noch heute, wenn auch durch zahlreiche weitere Artikel ergänzt, in Kraft. Von besonderer Bedeutung sind die ersten zehn Zusatzartikel (Amendments) zur Verfassung, die sog. Federal Bill of Rights, weil sie den Einwohnern (also nicht nur den Bürgern) im Rahmen einer freien und demokratischen Gesellschaft – auf der Basis von Werten der Aufklärung – bestimmte unveräußerliche Grundrechte gewähren. Die Besonderheit der Federal Bill of Rights liegt v.a. im Grundsatz der Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. in der Einklagbarkeit der Rechte am Obersten Gerichtshof.

Die ersten 10 Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten lauten: 1. Trennung von Staat und Kirche, Gewährung von Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit; 2. Recht zum Tragen von Waffen durch das Volk; 3. Verbot der Zwangseinquartierung von Soldaten in Privathäusern; 4. Keine Durchsuchung ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss; 5. Verbot des Prozesses ohne ordentliche Anklage, Verbot eines erneuten Prozesses gegen Freigesprochene, Zeugnisverweigerungsrecht, Kompensationsrecht; 6. Recht auf öffentlichen Geschworenenprozess in Strafsachen, Recht auf Hinzuziehung von Entlastungszeugen, Recht auf einen Anwalt; 7. Recht auf ordentlichen Geschworenenprozess in Zivilsachen; 8. Verbot überhöhter Kaution und besonders grausamer Strafen; 9. Bestehenbleiben von in der Verfassung nicht erwähnten Grundrechten; 10. Gewährung von in der Verfassung nicht genannten Rechten durch die Einzelstaaten

In der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 finden sich Freiheit, Gleichheit, Meinungs-, Glaubens- und Gedankenfreiheit sowie die Gewährleistung von Eigentum. In Deutschland finden sich im Grundrechteteil der Paulskirchenverfassung von 1848/49 die Freizügigkeit, die Berufsfreiheit, die Auswanderungsfreiheit, das Briefgeheimnis, die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Glaubensfreiheit, die Gewissensfreiheit, die Versammlungsfreiheit und das Recht auf Eigentum. Allerdings trat die Paulskirchenverfassung v.a. wegen des Widerstands des preußischen Königs nie in

Kraft. Die Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 enthielt dagegen keine Grundrechte. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 knüpfte bzgl. der Grundrechte dagegen wieder an die Paulskirchenverfassung an; sie enthielt nicht nur die dort genannten Grundrechte, sondern darüber hinaus auch zusätzliche soziale Grundrechte wie das Grundrecht auf Arbeit (Art. 163 II S. 1 WRV; vgl. auch noch heute Art. 8 I der Verfassung der Freien Hansestadt Bremen).

B. Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung

Gemäß Art. 1 III GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Aus dieser verfassungsrechtlich angeordneten Grundrechtsbindung der drei Staatsgewalten ergibt sich zugleich der Rang der Grundrechte: Sie sind innerhalb ihres räumlichen und sachlichen Anwendungsbereichs **höherrangiges Recht**.

2

I. Räumlicher Geltungsbereich der Grundrechte

Klar ist, dass die Grundrechte des Grundgesetzes jedenfalls auf dem gesamten Territorium der Bundesrepublik Deutschland gelten. Das schließt die Geltung in deutschen Botschaften und Konsulaten, in Luftfahrzeugen mit deutschem Luftfahrzeugkennzeichen und auf unter deutscher Flagge fahrenden Schiffen³ ein. Fraglich ist indes, ob deutsche Behörden (mit Sitz im Inland) die Grundrechte des Grundgesetzes auch dann zu beachten haben, wenn der Sachverhalt Auslandsbezug hat.

3

Beispiel⁴: Der Bundesnachrichtendienst überwacht aus sicherheitspolitischen Gründen auf der Basis des § 5 G 10⁵ im Rahmen seiner Aufgaben nach dem BNDG die Telekommunikation zwischen Ausländern im Ausland.

Würden in diesem Fall Grundrechte (insbesondere Art. 10 I GG) nicht gelten, wären dem Einsatz lediglich die einfachgesetzlichen Grenzen des G 10 und des BNDG gesetzt.

Bereits frühzeitig hat das BVerfG entschieden, dass die öffentliche Gewalt auch dann an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sei, soweit Wirkungen ihrer Betätigungen außerhalb des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik einträten.⁶

Damit ist jedoch noch nicht die Frage geklärt, ob eine Grundrechtsbindung besteht, wenn auch der Eingriff selbst außerhalb des Staatsgebiets der Bundesrepublik erfolgt. In seinem Urteil über die Telekommunikationsüberwachung durch den BND hat das BVerfG formuliert, dass sich aus der in Art. 1 III GG angeordneten umfassenden Bindung aller Staatsgewalt an die Grundrechte keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte ergebe. Jedoch begnüge sich das Grundgesetz nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimme auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft.⁷ So sei der räumliche Schutzzumfang des Fernmeldegeheimnisses nicht auf das Inland beschränkt. Art. 10 GG könne vielmehr auch dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland hinreichend mit inländischem staatlichem Handeln verknüpft sei.⁸

Daraus wird man folgern müssen, dass nicht nur der BND an Art. 10 I GG (und andere Grundrechte des Grundgesetzes), sondern dass jedwedes Handeln staatlicher Stellen um-

³ Bezüglich der Schiffe, die auf der gebietsrechtlich niemandem gehörenden Hohen See fahren, greift das sog. Flaggenstaatsprinzip. Danach untersteht ein Schiff auf Hoher See grundsätzlich nur der Hoheitsgewalt des Staats, unter dessen Flagge es fährt (vgl. Art. 92 I Seerechtsübereinkommen) – Flaggenhoheit.

⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 ff. (Telekommunikationsüberwachung durch BND).

⁵ Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses („Artikel-10-Gesetz“ - G 10).

⁶ BVerfGE 57, 9, 23 (Einlieferungsersuchen) mit Verweis auf BVerfGE 6, 290, 295 (Washingtoner Abkommen).

⁷ BVerfGE 100, 313, 362.

⁸ BVerfGE 100, 313 Leitsatz 2.

fassend an sämtliche Grundrechte des Grundgesetzes auch dann gebunden ist, wenn der Eingriff im Ausland vorgenommen wird.⁹

Daher war es keine Überraschung, als das BVerfG am 19.5.2020 entschieden hat, die Befugnisse zur **strategischen Überwachung der Telekommunikation** von Ausländern im Ausland durch den BND nach §§ 6 ff. BNDG seien u.a. mit Art. 10 I GG nicht vereinbar.¹⁰ Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass Art. 10 I GG als einschränkbares Grundrecht zwar in § 3 III BNDG zitiert wird (in Bezug auf die Eingriffsbefugnisse nach § 3 I, II BNDG), nicht aber in Bezug auf die Befugnisse nach § 6 BNDG. Daher könnte insoweit ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 19 I S. 2 GG vorliegen. Das wäre jedoch nur der Fall, wenn die Grundrechte des Grundgesetzes überhaupt zu beachten wären.

Auf den ersten Blick erscheint es zweifelhaft, ob der BND an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist, sofern er außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland Daten erhebt. Denn die Anwendbarkeit der Grundrechte als Bestandteil des Grundgesetzes kann ja nicht weiter reichen als die Anwendbarkeit des Grundgesetzes selbst. Von der Nichtgeltung der Grundrechte des Grundgesetzes bei strategischen Aufklärungsmaßnahmen im Ausland (ohne Involvierung von Deutschen oder Inländern) ging bislang wohl auch der Gesetzgeber aus, indem er Art. 10 I GG nicht als einschränkbares Grundrecht im BNDG zitierte. Dem ist das BVerfG mit dem genannten Urteil entgegengetreten. Art. 1 III GG begründe eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes. Einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig machten, ließen sich weder der Vorschrift selbst noch ihrer Entstehungsgeschichte oder systematischen Einbettung entnehmen. Dem grundgesetzlichen Anspruch eines umfassenden, den Menschen in den Mittelpunkt stellenden Grundrechtsschutzes entspreche es vielmehr, dass die Grundrechte als subjektive Rechte immer dann schützten, wenn der deutsche Staat handle und damit potentiell Schutzbedarf auslösen könne – unabhängig davon, an welchem Ort, gegenüber wem und in welcher Form. Das gelte jedenfalls für die Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber Überwachungsmaßnahmen, wie sie hier in Frage stünden.¹¹

Ist also der BND auch bei Auslandsaufklärung an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden und stehen damit die Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab zur Verfügung, gilt auch das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG. Da Art. 10 I GG nicht bzgl. der strategischen Auslandsaufklärung als einschränkbares Grundrecht genannt wurde, waren die Regelungen bereits deshalb verfassungswidrig. Der Gesetzgeber hat infolge des BVerfG-Urteils das BNDG novelliert.¹² U.a. die §§ 6-8 BNDG wurden aufgehoben. Die Strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung ist nunmehr (unter Beachtung des vom BVerfG erteilten Regelungsauftrags) in §§ 19 ff. BNDG geregelt und die Übermittlung von personenbezogenen Daten aus der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung an inländische öffentliche Stellen und andere inländische Stellen ist in §§ 29 ff. BNDG normiert. Art. 10 GG als eingeschränktes Grundrecht wird nunmehr umfassend in § 68 BNDG genannt.

II. Verhältnis zu anderen Rechtskreisen

- 3a** Grundrechte sind nicht nur im Grundgesetz, sondern auch in den Landesverfassungen enthalten. Das führt zu der Frage nach deren Verhältnis zueinander.

1. Verhältnis zu den Grundrechten der Landesverfassungen

- 3b** Bis auf die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg gewähren auch die Landesverfassungen Grundrechte. Soweit bei ihnen Beschränkungen der Grundrechte vorgese-

⁹ Siehe auch *Papier*, NVwZ 2016, 1057 ff.

¹⁰ BVerfG NJW 2020, 2235, 2240 f. (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND).

¹¹ BVerfG NJW 2020, 2235, 2240 f. (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND).

¹² Gesetz v. 19.4.2021 (BGBl I 2021, S. 771).

hen sind, die über diejenigen des Grundgesetzes hinausgehen, sind diese Beschränkungen entgegenstehendes Recht und gem. Art. 31 GG ungültig.¹³ Inhaltsgleiche und inhaltlich weiter gefasste Grundrechte sind jedoch (ggf. gem. Art. 142 GG) gültig¹⁴, können jedoch selbstverständlich lediglich vor dem zuständigen Landesverfassungsgericht geltend gemacht werden¹⁵.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Inhaltsgleiche Grundrechtsnormen des Grundgesetzes und von Landesverfassungen schützen jedoch jeweils nur dasselbe Grundrecht.¹⁶ Daraus folgt, dass in der Fallbearbeitung inhaltsgleiche landesrechtliche Grundrechte i.d.R. nicht gesondert zu prüfen sind. Sind sie aber zu prüfen, führt das dazu, dass landesrechtliche Maßnahmen sowohl am Maßstab der Landesgrundrechte als auch an dem der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen sind.¹⁷

2. Verhältnis zum Völkerrecht/zur EMRK

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich beim Völkerrecht (*ius gentium*; „Recht der Völker“) um durch Vertrag oder „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ (wozu das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätze zählen) begründete Rechtsbeziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten, zu denen Staaten und andere Völkerrechtssubjekte zählen.¹⁸ „Andere“ Völkerrechtssubjekte sind internationale Organisationen (wie bspw. die Vereinten Nationen) und sonstige Völkerrechtssubjekte (wie bspw. der Heilige Stuhl). Somit können also Staaten und andere Völkerrechtssubjekte untereinander Verträge abschließen, da sie allesamt als Völkerrechtssubjekte Rechtsfähigkeit besitzen. Auch die Europäische Union hat Rechtsfähigkeit (siehe Art. 47 EUV), ist Völkerrechtssubjekt und kann völkerrechtliche Abkommen und Verträge (wie z.B. Handelsabkommen¹⁹; Umweltschutzabkommen) schließen.

Rechtsquellen des Völkerrechts sind die „allgemeinen“ Regeln des Völkerrechts und das Völkervertragsrecht. Die „**allgemeinen Regeln des Völkerrechts**“ bestehen aus dem universellen (d.h. zwingenden) Völkerrecht (*ius cogens*) und solchen Regeln, die zwar nicht (zwingend) als völkerrechtliche Verträge verabschiedet wurden, aber von einer weitaus größeren Zahl der Staaten – nicht notwendigerweise (auch) von der Bundesrepublik Deutschland – anerkannt werden.²⁰ Unter das für alle Staaten geltende universelle Völkerrecht fallen die allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätze wie bspw. die Staatensouveränität (und damit das Verbot eines Angriffskrieges), die Staatenimmunität, die Achtung der territorialen Integrität, die Achtung der Menschenwürde (worunter insbesondere das Folterverbot und das Verbot des Sklavenhandels zählen)

¹³ So war nach Art. 21 I S. 2 a.F. Hessische Verfassung die Todesstrafe möglich, wohingegen gem. Art. 102 GG die Todesstrafe abgeschafft ist. Zwar war die hessische Regelung wegen Art. 31 GG ungültig, eine (zwar nur symbolisch wirkende, aber dennoch längst überfällige) Abschaffung der Todesstrafe auch in Hessen ist nun aber durch Volksentscheid am 28.10.2018 herbeigeführt worden. Nach der Neuregelung ist auch nach der Hessischen Verfassung die Todesstrafe abgeschafft (siehe Art. 21 I S. 2 n.F. Hessische Verfassung).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 96, 345, 364; ThürVerfGH 7.12.2016 – VerfGH 28/12; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 37 ff.

¹⁵ Siehe dazu etwa aus jüngerer Zeit ThürVerfGH 7.12.2016 – VerfGH 28/12.

¹⁶ BVerfGE 22, 267, 271.

¹⁷ Siehe auch Lindner, JuS 2018, 233, 234.

¹⁸ Heintschel von Heinegg/Frau, in: BeckOK, GG, Art. 25 Rn 1.

¹⁹ So z.B. das Freihandelsabkommen CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), ein vom EU-Parlament am 15.2.2017 ratifiziertes Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada (siehe ABl. EU Nr. L 11 v. 14.1.2017), bei dem allerdings eine Mitwirkungs- bzw. Zustimmungspflicht der EU-Mitgliedstaaten besteht (siehe dazu BVerfG NJW 2016, 3583, 3584 ff.; BVerfG WM 2017, 254). Die Entscheidung des BVerfG im Hauptsacheverfahren steht aber noch aus. Da jedoch auch der EuGH in seinem Gutachten v. 16.5.2017 (Gutachten 2/15) zum geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur von der Erforderlichkeit der Mitwirkung der Mitgliedstaaten ausgeht (zur Begründung führt er u.a. aus, dass die Regelung zu Investoren-Schiedsgerichten in die geteilte Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten falle), dürfte mit einer entsprechenden Hauptsacheentscheidung des BVerfG zum CETA zu rechnen sein.

²⁰ BVerfGE 15, 25, 34; 95, 96, 129; 46, 342, 367 ff.; 118, 124, 134.

und das Piraterieverbot.²¹ Freilich fehlt es trotz Verbindlichkeit des universellen Völkerrechts an einer institutionalisierten Zwangsorganisation (mit einer „Zwangsjurisdiktion“) und damit an einer juristischen Durchsetzungsmacht, weil es aufgrund der Souveränität der Staaten eine solche nicht geben kann. Verstößen gegen das *ius cogens* ist daher lediglich mit diplomatischen Mitteln, Handelsbeschränkungen, Boykotten etc. zu begegnen. Erst recht können die nicht zwingenden „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ nicht das Ergebnis einer institutionalisierten Zwangsorganisation sein. Hier wie dort basiert das Völkerrecht auf konsensuellem Zusammenwirken und wirkt grds. nur relativ, also nur zwischen den am Konsens beteiligten Parteien und nicht gegenüber unbeteiligten Rechtssubjekten. Auch wirken die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht vertikal, d.h. nicht innerhalb der Völkerrechtssubjekte. Sollen sie vertikal gelten, bedarf es einer entsprechenden innerstaatlichen Anordnung. In der Bundesrepublik Deutschland z.B. sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gem. Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen unmittelbar Rechte und Pflichten für die Bewohner des Bundesgebiets (Art. 25 S. 2 GG). Innerhalb der Bundesrepublik Deutschland stehen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts hierarchisch damit jedenfalls über dem einfachen Bundesrecht (und damit auch über dem Landesrecht einschließlich Landesverfassungsrecht). Die Frage kann daher nur sein, ob sie auch über dem Grundgesetz stehen. Nach h.M.²² stehen sie (aufgrund des Satzfragments in Art. 25 S. 2 GG „gehen den Gesetzen vor“) im Rang über dem einfachen Bundesrecht (und den Landesverfassungen), jedoch unter dem Grundgesetz. Man spricht von **Zwischenrecht**.²³

Zu beachten ist, dass ein Großteil des Völkergewohnheitsrechts durch das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge („Wiener Vertragsrechtskonvention“ – WVK) v. 23.5.1969 kodifiziertes Völkervertragsrecht darstellt. In der Bundesrepublik Deutschland gilt das WVK kraft Zustimmungsgesetzes v. 3.8.1985 seit dem 20.8.1987²⁴, sodass sich in diesem Zusammenhang der innerstaatliche Rang nach Art. 59 II S. 1 GG richtet (dazu Rn 4c).

- 4a Auch die am 10.12.1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündete **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)**, auch als UN-Menschenrechtskonvention oder UN-Menschenrechtscharta bezeichnet, die die Ideen der französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 aufgreift, ist keine verbindliche völkervertragsrechtliche Rechtsquelle; insbesondere stellt sie deshalb keinen völkerrechtlichen Vertrag im eigentlichen Sinne dar, weil sie lediglich als rechtlich nicht verbindliche Resolution der UN-Generalversammlung verabschiedet wurde, eine Art „Absichtserklärung“ darstellen und mit ihren Menschenrechten als „Vorlage“ für die Verfassungen der Staaten dienen sollte bzw. soll. Völkerrechtliche Bindung erlangt sie aber über Art. 25 GG, da sie aufgrund ihrer überragenden Bedeutung und allgemeinen Anerkennung als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts angesehen wird.

Die AEMR formuliert bereits in ihrer Präambel die angeborene Würde und die gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Menschen (insofern wiederholt in Art. 1 S. 1 AEMR) als Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt und erklärt die Menschenrechte als das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal. In 30 Artikeln formu-

²¹ Vgl. etwa BVerfG NJW 2016, 1295, 1297 mit Verweis auf BVerfGE 15, 25, 32 ff.; 23, 288, 317; 31, 145, 177; 94, 315, 328; 95, 96, 129; 96, 68, 86; 117, 141, 149; 118, 124, 134. Vgl. auch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 25 Rn 23.

²² BVerfG NJW 2016, 1295, 1296 f.; zuvor bereits *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 25 Rn 42; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 25 Rn 11; *Tomuschat*, in: Bonner Kommentar, Art. 25 Rn 86; wohl auch BVerfGE 112, 1, 25 f.; a.A. *König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 25 Rn 55 (Verfassungsrang); *Wollenschläger*, in: Dreier, GG, Art. 25 Rn 25 f. (Überverfassungsranrang bei zwingenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts).

²³ Das BVerfG betont den Zwischenrang in BVerfG NJW 2016, 1295, 1296 f. unter Verweis auf BVerfGE 6, 309, 363; 37, 271, 279; 111, 307, 318; 112, 1, 24, 26; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 25 Rn 42; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 25 Rn 11; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 25 Rn 55.

²⁴ Art. 3 II des Zustimmungsgesetzes (BGBl II 1985, S. 926).

liert sie sodann grundlegende Ansichten über die Rechte, die jedem Menschen zustehen, „ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand“ (Art. 2 I AEMR). Auch stellt sie klar, dass kein Unterschied gemacht werden darf aufgrund der politischen, rechtlichen oder internationalen Stellung des Landes oder Gebiets, dem eine Person angehört (Art. 2 II AEMR).

Die Ausrichtung der Grundrechte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland an den Menschenrechten der AEMR ist nicht zu übersehen, was nicht zuletzt auch durch Art. 1 II GG zum Ausdruck kommt, wonach sich das deutsche Volk zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten bekennt.

Insgesamt aber wird deutlich, dass das Völkerrecht die souveräne Integrität der Staaten zu beachten hat bzw. diese nicht ohne weiteres beeinträchtigen darf. Beim nationalen Recht und beim Völkerrecht handelt es sich um verschiedene, voneinander zu trennende Rechtsordnungen, weshalb man auch von einem **Dualismus** spricht. Bei einer Kollision mit dem Völkerrecht wird das nationale Recht also nicht ungültig und tritt auch nicht automatisch zurück, sondern steht schlicht im Widerspruch mit dem Völkerrecht. Die Folge einer solchen Völkerrechtswidrigkeit hängt von der Art des Verstoßes ab (Verstoß gegen „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ oder gegen Völkervertragsrecht) und davon, ob sich der Staat einer überstaatlichen Jurisdiktion bzw. einem Sanktionensystem unterworfen hat. Das Grundgesetz folgt dem Dualismus, indem es mit Art. 25 GG (Kollisionsregel) und Art. 59 II GG (Transformationsregel) das Völkerrecht als eigene Rechtsordnung anerkennt und zugleich die Rangverhältnisse beschreibt.

Völkervertragsrecht ist das durch Willenserklärungen in Form von Vertragserklärungen rechtsgeschäftlich geschaffene Völkerrecht. Es unterfällt folglich nicht der Regelung des Art. 25 GG, der keinen vertraglichen Konsens voraussetzt.²⁵ Daher bedürfen völkerrechtliche Abkommen und Verträge einer speziellen Geltungsanordnung, um innerstaatliche Geltung zu erlangen.²⁶ Das geschieht in der Bundesrepublik Deutschland durch die in Art. 59 II S. 1 GG vorgeschriebene Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften (Bundestag und Bundesrat).²⁷ Die 1951 auf der UN-Sonderkonferenz in Genf verabschiedete und (nach entsprechenden Ratifikationen) 1954 in Kraft getretene **Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)**, die die Rechte der Flüchtlinge im Asyl regelt, ist ein völkerrechtlicher Vertrag i.S.d. Art. 59 II S. 1 GG.²⁸ Auch die am 13.12.2006 von der Generalversammlung der UN beschlossene und (nach entsprechenden Ratifikationen) am 3.5.2008 in Kraft getretene **UN-Behindertenrechtskonvention (BRK)**, deren Zweck in der Förderung und Gewährleistung des vollen und gleichberechtigten Genusses aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen besteht (siehe Art. 1 I BRK), ist ein solcher völkerrechtlicher Vertrag.²⁹ Weiterhin ist die am 18.12.1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedete und am 3.9.1981 in Kraft getretene **UN-Frauenrechtskonvention** (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – **CEDAW**) zu nennen. Die Konvention, die von der Bundesrepublik Deutschland am 17.7.1980 ratifiziert wurde³⁰, verpflichtet die Vertragsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau in jeder Hinsicht zu treffen. Dazu zählen gem. Art. 6 ff. die Abschaffung jeder Form des Frauenhandels und der Ausbeutung der Prostitution

²⁵ Siehe auch BVerfGE 94, 315, 328.

²⁶ Das schließt jedoch nicht aus, dass auch Völkergewohnheitsrecht transformiert werden kann (BVerfGE 118, 124, 134).

²⁷ Durch das Erfordernis der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften soll gewährleistet werden, dass die Exekutive die Legislative nicht durch völkerrechtliche Verträge in ihren Zuständigkeiten beschneidet (vgl. dazu BVerfG NJW 2016, 1295, 1297; BVerfGE 68, 1, 88; 90, 286, 357; 111, 307, 318; 118, 244, 258).

²⁸ Siehe BGBl II 1954, S. 619. Siehe auch *Schmah/Jung*, NVwZ 2018, 125 f.

²⁹ Siehe BGBl II 2008, S. 1419.

³⁰ Siehe BGBl II 1985, S. 647.

4b

4c

von Frauen, die Verpflichtung zur gleichberechtigten Teilhabe an Bildung, in Beruf, Politik und Gesellschaft, auf dem Gebiet des Gesundheitswesens, im wirtschaftlichen und sozialen Leben, in Ehe- und Familienfragen. Zur Prüfung der Fortschritte bei der Durchführung dieses Übereinkommens wurde auf der Grundlage des ebenfalls von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten, am 15. April 2002 in Kraft getretenen Fakultativprotokolls über ein Individualbeschwerde- und Untersuchungsverfahren³¹ ein Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau eingesetzt (Art. 17 I). So sind gem. Art. 18 die Vertragsstaaten verpflichtet, durch den Ausschuss mindestens alle vier Jahre sog. Staatenberichte vorzulegen, um den aktuellen Stand der Umsetzung der Konvention im Land an den UN-Ausschuss zu berichten. Nach dem Fakultativprotokoll zu CEDAW kann der Ausschuss auch Individualbeschwerden gegen einen Staat entgegennehmen, sofern der betreffende Staat das Fakultativprotokoll ratifiziert und damit das Beschwerdeverfahren anerkannt hat. Sanktionen bei Verstößen gegen die Verpflichtungen sind allerdings nicht vorgesehen; es ergehen lediglich „Handlungsempfehlungen“ an den Staat.

- 4d Zum Völkervertragsrecht gehört auch die **Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**, die 1950 vom **Europarat**³² erarbeitet wurde und den Zweck verfolgt, auf dem Vertragsgebiet die Einhaltung der Menschenrechte zu gewährleisten. Auch sie ist ein **völkerrechtlicher Vertrag** in diesem Sinne.

Der EMRK gehören die 46 Staaten („Hohe Vertragsparteien“, vgl. Art. 1 EMRK) des Europarats an, darunter alle 27 EU-Staaten. Mithin lässt sich sagen, dass alle Staaten, die der EU angehören, auch Vertragsstaaten der EMRK sind. Gegliedert ist die EMRK in drei Abschnitte, die wiederum in Artikel untergliedert sind. Der Abschnitt I (Rechte und Grundfreiheiten) enthält die einzelnen, durch die Konvention geschützten Menschenrechte (Art. 2-14). Als Beispiele zu nennen sind das Recht auf Leben (Art. 2), das Folterverbot und das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3), das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit (Art. 4), das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5), das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6), das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz (Art. 8), die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9), die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11), das Recht auf Eheschließung (Art. 12)³³ und das Diskriminierungsverbot (Art. 14).³⁴ Art. 15-18 enthalten neben den bereits in den meisten Menschenrechten enthaltenen Gewährleistungsschranken (vgl. etwa Art. 2 II, 5 I S. 2, 8 II, 9 II, 10 II, 11 II) weitere Schrankenregelungen, aber auch Sicherungsmechanismen.³⁵ Der Abschnitt II („Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte“) enthält die Regelungen über die Zusammensetzung und das Verfahren des Gerichtshofs (Art. 19-51). Schließlich enthält der Abschnitt III „Verschiedene Bestimmungen“ (Art. 52-59). Von besonderer Bedeutung ist Art. 53, wonach die Konvention nicht so ausgelegt werden darf, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer der Vertragsparteien oder in einer anderen Übereinkunft,

³¹ Siehe BGBl II 2001, S. 1237.

³² Bei dem Europarat handelt es sich um eine am 5.5.1949 gegründete supranationale Organisation von heute 46 europäischen Staaten mit Sitz in Straßburg. Gemäß Art. 1 seiner Satzung hat der Europarat die Aufgabe, einen engeren Zusammenschluss unter seinen Mitgliedern zu verwirklichen. Institutionell ist er strikt von der Europäischen Union und damit auch von den Unionsorganen Europäischer Rat und Rat der Europäischen Union (dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 762 ff.) zu unterscheiden. Zu den bedeutendsten Abkommen des Europarats gehört die am 4.11.1950 in Rom unterzeichnete EMRK mit ihren zahlreichen Zusatzprotokollen. Vertragsparteien sind die 46 Staaten des Europarats.

³³ Aber kein Recht auf Scheidung, wie der EGMR meint (EGMR 10.1.2017 – 1955/10). Das ist nicht nur in der Sache abzulehnen, sondern auch deswegen, weil der EGMR auch sonst aus Art. 8 I EMRK ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ableitet. Und daraus lässt sich durchaus ein Recht auf Scheidung (bzw. Auflösung der Partnerschaft) ableiten.

³⁴ Anders als das Grundgesetz (Art. 12 I GG) gewährleistet die EMRK keine Berufsfreiheit. Auch kennt sie nicht (wie das Grundgesetz mit Art. 2 I GG) ein Auffangrecht der allgemeinen Verhaltensfreiheit. Andererseits enthält sie Rechte (wie z.B. das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK), die das Grundgesetz explizit nicht enthält und die dort nur über Art. 2 I GG geschützt werden. Speziell zur beruflichen und geschäftlichen Tätigkeit ist anzumerken, dass der EGMR diese als von Art. 8 I EMRK erfasst ansieht (EGMR NJW 2015, 1003 f.), was angesichts des Wortlauts („Achtung des Privat- und Familienlebens“) erstaunt. Offenbar versucht der EGMR, die nicht vorhandene Berufsfreiheit über eine weite Auslegung des Begriffs „Privatleben“ doch noch zu erfassen.

³⁵ Vgl. dazu auch unten Rn 224.

deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden. Die EMRK gibt damit lediglich einen Mindeststandard des Menschenrechtsschutzes vor, der – jedenfalls aus völkerrechtlicher Sicht – von den Vertragsstaaten überschritten, aber nicht unterschritten werden darf.

Ergänzt wird die EMRK durch 16 Zusatzprotokolle (ZP). Während das 1., 4., 6., 7. und 13. ZP materiell-rechtliche Bestimmungen enthalten (d.h. über die EMRK hinausgehende Menschenrechte wie der Schutz des Eigentums in Art. 1 des 1. ZP oder das Verbot der Todesstrafe im 6. und 13. ZP) und das 12. ZP das auf Konventionsrechte beschränkte Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot ausweitet, betreffen die übrigen Zusatzprotokolle den Verfahrensablauf vor dem EGMR oder sprechen dem Gericht mehr Kompetenzen zu. Das 15. ZP trat am 1.8.2021 in Kraft, nachdem es von der Mindestzahl an Konventionsstaaten ratifiziert worden war. Das am 1.8.2018 in Kraft getretene 16. ZP ermöglicht es den Konventionsstaaten und deren Gerichten, den EGMR um ein Gutachten zu ersuchen über Prinzipienfragen betreffend Auslegung oder Anwendung der EMRK und der Protokolle.³⁶

Als völkerrechtliche Verträge gelten die genannten Regelwerke (GFK, BRK, CEDAW, EMRK) zunächst nur zwischen den vertragsschließenden Parteien (Konventionsstaaten; rechtsfähige supranationale Organisationen), d.h. die Vertragsparteien verpflichten sich nur gegenseitig, die in dem Regelwerk genannten Gewährleistungen umzusetzen. Rechte und Pflichten der jeweiligen Bürger der Vertragsparteien im Verhältnis zu ihrem Staat (bzw. Verband) ergeben sich dadurch noch nicht. Hat aber der Staat bzw. Verband das Vertragswerk ratifiziert³⁷ und damit die innerstaatliche (bzw. innerverbandliche) Geltung angeordnet, folgen daraus unmittelbare Rechte. In der Bundesrepublik Deutschland erfolgt dies gem. Art. 59 II S. 1 GG (Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften). Ein auf diese Weise ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag wird damit für die ausführenden staatlichen Organe zum bindenden Recht i.S.d. Art. 20 III GG, jedenfalls in Bezug auf die vollziehbaren Regelungen. Die nicht vollziehbaren Regelungen erlangen demgegenüber erst dann Bindungswirkung, wenn sie durch einen innerstaatlichen Akt (insbesondere durch ein Gesetz) umgesetzt werden.

4e

Beispiele: So sind die völkerrechtlichen Verpflichtungen der GFK insbesondere in das Asylgesetz eingeflossen, die Verpflichtungen aus der BRK in die Sozialgesetzbücher, aber auch in die Wahlgesetze (etwa, dass unter Betreuung stehende Menschen nicht mehr per se vom Wahlrecht ausgeschlossen sind).

Insbesondere **EMRK:** Aufgrund ihrer Rechtsnatur als **völkerrechtlicher Vertrag** gilt die EMRK zunächst nur zwischen den Konventionsstaaten, d.h. die Vertragsstaaten verpflichten sich nur gegenseitig, die in der EMRK genannten Menschenrechte und Verfahrensbestimmungen umzusetzen. Rechte und Pflichten der jeweiligen Bürger der Vertragsstaaten im Verhältnis zu ihrem Staat ergeben sich dadurch noch nicht. Darüber, welcher Rang der EMRK im innerstaatlichen Normengefüge der einzelnen Konventionsstaaten zukommt, enthält (wie sich u.a. aus Art. 57 EMRK ergibt) die EMRK keine verbindliche Regelung. Der innerstaatliche Rang hängt maßgeblich von der Art der Umsetzung ab. Insoweit haben die Konventionsstaaten einen Gestaltungsspielraum. In Österreich und in der Schweiz bspw. hat die EMRK grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht einschließlich der Verfassungen.³⁸ In der Bundesrepublik Deutschland kommt der

5

³⁶ Eine Liste der Verträge des Europarates einschließlich aller Zusatzprotokolle zur EMRK ist abrufbar unter www.coe.int/de/web/conventions/full-list. Das 16. ZP ist abrufbar unter www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214.

³⁷ Zu Begriff und Bedeutung der **Ratifikation** siehe *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 21p.

³⁸ Vgl. für die Schweiz die Entscheidung des Bundesgerichts BGE 138 II 524 Erwägung 5.1: „Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht nach der Rechtsprechung grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor.“

EMRK kraft einfachgesetzlicher Übernahme gem. Art. 59 II S. 1 GG³⁹ (dazu Rn 4e) innerstaatlich der formale Rang eines **einfachen Bundesgesetzes** zu.⁴⁰ Daraus folgt, dass die EMRK mit ihren Grund- und Menschenrechten in ihrem Rang *unterhalb* der Grundrechte des Grundgesetzes auf formaler Ebene von Bundesgesetzen steht. Denn ein einfaches Bundesgesetz kann einem völkerrechtlichen Vertrag keinen höheren Rang verleihen, als ihm selbst zukommt.⁴¹ Da Art. 20 III GG eine Gesetzesbindung nur der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt auferlegt, nicht auch der gesetzgebenden Gewalt (deren Aufgabe besteht ja gerade darin, Gesetze zu erlassen), wäre formale Folge, dass nur die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt, nicht auch die gesetzgebende Gewalt an die EMRK gebunden wäre. Allerdings ist es ständige Rspr. des BVerfG, dass aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 1 II GG)⁴² sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK als **Auslegungshilfe** für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen⁴³ und die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) formulierten grundlegenden konventionsrechtlichen Wertungen zu beachten seien⁴⁴, weshalb die EMRK insoweit eine **verfassungsrechtliche Dimension** aufweise⁴⁵. Damit folgt letztlich doch eine Bindung auch der Legislative an die Gewährleistungen der EMRK. Speziell zur Bindung der Judikative an die Gewährleistungen der EMRK führt das BVerfG aus, die Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR erfordere, dass ebenjene in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts einfließen.⁴⁶ Zur **konventionskonformen Auslegung** und zu deren Grenzen vgl. sogleich Rn 7 ff.).

- 6 Da es sich bei der EMRK um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, der zudem formal (lediglich) den innerstaatlichen Rang eines Bundesgesetzes hat, kann zur Durchsetzung der gewährten Rechte – trotz ihrer „verfassungsrechtlichen Dimension“⁴⁷ – nicht etwa das BVerfG angerufen werden, weil dieses lediglich über die Auslegung des Grundgesetzes entscheiden kann (vgl. Art. 93 GG).⁴⁸ Vielmehr erfolgen die Auslegung der einzelnen Konventionsrechte und die Überwachung von deren Einhaltung durch die Vertragsstaaten durch EGMR, eine Institution des Europarats mit Sitz in Straßburg, dessen Urteile gem. Art. 46 I EMRK für alle staatlichen Stellen bindend sind. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass den Urteilen eine Gesetzeskraft (wie dies gem. § 31 II BVerfGG bei einigen Urteilen des BVerfG der Fall ist) nicht zukommt. Auch gelten sie nicht über den Einzelfall hinaus, sind also insbesondere für den nationalen Gesetzgeber nicht unmittelbar bin-

³⁹ Vgl. das Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952 (BGBl II 1952, 685); die EMRK ist gemäß der Bekanntmachung v. 15.12.1953 (BGBl II 1954, 14) am 3.9.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Vgl. auch die Neubekanntmachung der Konvention i.d.F. des 11. Zusatzprotokolls, BGBl II 2002, 1054.

⁴⁰ Dieser formale Rang der EMRK lässt sich damit erklären, dass ein Ratifikationsgesetz einem ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag maximal den Rang verleihen kann, den es selbst hat. Handelt es sich bei dem Ratifikationsgesetz also um ein einfaches Bundesgesetz, kann es der EMRK auch maximal diesen innerstaatlichen Rang zusprechen. Vgl. zum Rangverhältnis in Bezug auf die EMRK auch BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel); BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2016, 1295, 1297; BVerfGE 128, 326, 367; 111, 307, 317; 82, 106, 120; 74, 358, 370.

⁴¹ Insoweit klarstellend BVerfG NJW 2016, 1295, 1297.

⁴² Vgl. dazu BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1215 (Zulassung für ein Tierarzneimittel); BVerfGE 111, 307, 316 f. (Görgülü); BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen).

⁴³ Vgl. nur BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 (Körperliche Durchsuchung eines Strafgefangenen bei nacktem Körper); BVerfG NJW 2023, 1117, 1118 (96-stündige Fesselung); BVerfG NVwZ 2022, 139, 143 (Triage); BVerfG NJW 2021, 1222, 1225 (Vermögensabschöpfung); BVerfG NJW 2020, 905, 917 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung). Zuvor schon BVerfGE 149, 293, 328; 128, 326, 370 f.; 120, 180, 200 f.; 111, 307, 317 f. Das Postulat der völkerrechtskonformen Auslegung gilt Übrigens auch für die anderen völkerrechtlichen Verträge wie insb. die BRK (BVerfG NVwZ 2022, 139, 143).

⁴⁴ Vgl. nur BVerfG NJW 2023, 1117, 1118 (96-stündige Fesselung); BVerfG NJW 2020, 905, 917 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) mit Verweis auf BVerfGE 148, 296, 354 und 379 f.

⁴⁵ BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel). Und BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 (Körperliche Durchsuchung eines Strafgefangenen bei nacktem Körper) spricht von „verfassungsrechtliche Bedeutung“.

⁴⁶ BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 (Körperliche Durchsuchung eines Strafgefangenen bei nacktem Körper).

⁴⁷ BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

⁴⁸ Insofern klarstellend BVerfGE 128, 326, 366 ff.; 111, 307, 317; 83, 119, 128; 74, 358, 370; 74, 102, 128.

dend. Ebenfalls lassen sie die Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen unberührt, sind aber (wegen der völkerrechtlichen Bindung) in nachfolgenden Verfahren zu berücksichtigen. Schließlich ist zu beachten, dass Zwangsmittel zur Durchsetzung von Urteilen des EGMR ebenfalls nicht vorgesehen sind.

Der umfassende Schutz persönlicher Freiheit, den die EMRK gewährleistet, kann von jedem Einzelnen aber vor dem EGMR eingeklagt werden: So entscheidet nach Art. 34 EMRK der EGMR über Individualbeschwerden, mit denen jeder Bürger eines Vertragsstaates nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs⁴⁹ eine Verletzung der EMRK rügen kann (Art. 35 EMRK).⁵⁰ Stellt der EGMR daraufhin einen **Verstoß gegen die EMRK** fest, ist – aus völkerrechtlicher Sicht – der verurteilte Staat **zur Abhilfe** bzw. ggf. zur Entschädigung verpflichtet (Art. 46 I EMRK).

6a

Jedoch gilt – worauf das BVerfG wiederholt hinweist – die Pflicht zur konventionskonformen Auslegung nicht uneingeschränkt. Zwar seien die Bestimmungen des Grundgesetzes völkerrechtsfreundlich auszulegen (Art. 1 II GG) und damit auch EMRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen (s.o.), jedoch folge daraus keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Verträge und damit der EMRK⁵¹. Folgerichtig spricht das BVerfG der EMRK (und den Urteilen des EGMR) eine zwingende Bindungswirkung ab. In seiner Entscheidung vom 4.5.2011 über die gesetzliche Sicherungsverwahrung wird dies überaus deutlich. Hierin betont das BVerfG ausdrücklich, dass die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes ein **Aufnehmen der Wertungen der EMRK nur so weit fordere, wie dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sei**.⁵² Das „letzte Wort“ liege bei der deutschen Verfassung.⁵³ Daher dürfe die Berücksichtigung der EMRK keinesfalls dazu führen, dass der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes eingeschränkt werde.⁵⁴ Das schließe aber auch die EMRK selbst aus (Art. 53 EMRK).⁵⁵

7

Relevant kann der zuletzt genannte Aspekt v.a. in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen werden, wenn also Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger kollidieren, bei denen ein „Mehr“ an Freiheit für einen Grundrechtsschutz zugleich ein „Weniger“ für einen anderen bedeutet⁵⁶ (siehe dazu Rn 193 ff.). In diesem Fall darf die Aufnahme der Wertungen der EMRK nicht zu einer Grundrechtsverkürzung führen.

Teilweise geht das BVerfG noch weiter und ordnet die EMRK mitunter sogar im Rang **unterhalb der einfachen Bundesgesetze** ein, wenn es formuliert, die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung endeten dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erschiene⁵⁷, etwa wenn die Beachtung der Entscheidung des EGMR gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht verstoße. Die EMRK genieße nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht.⁵⁸ Zudem sei die Rechtsprechung des EGMR lediglich

7a

⁴⁹ Vgl. dazu EGMR NJW 2016, 2243, 2244 (Unzulässigkeit der Individualbeschwerde einer Rechtsanwältin, die sich nicht fristgerecht mit nationalen Rechtsbehelfen gegen ein Verbot des Auftretens mit Kopftuch im Gerichtssaal gewehrt hatte).

⁵⁰ Vgl. dazu etwa aus jüngerer Zeit EGMR NJW 2014, 2925 ff. (kein Verstoß gegen EMRK durch Verbot der Gesichtsverschleierung – Tragen eines Niqab durch eine Muslima – in einem Konventionsstaat; zum Niqab-Verbot vgl. auch Rn 385 Bsp 4 und 5); EGMR NJW 2019, 741, 742 f. (Verbreitung von Fotos, die Jörg Kachelmann auf dem Gefängnishof zeigen).

⁵¹ BVerfG NJW 2016, 1295, 1299 f.

⁵² BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126; BVerfGE 128, 326, 366 ff. Vgl. auch BVerfG NSTZ 2016, 49, 51; NJW 2016, 1939, 1944; NJW 2017, 611, 627 („Auslegungshilfe“); BGH NJW 2016, 91, 95. Enger BGH NSTZ 2015, 541, 544 („prägend“) und NJW 2014, 2029, 2031 („interpretationsleitend“).

⁵³ BVerfGE 128, 326, 366 ff.; BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126.

⁵⁴ BVerfGE 128, 326, 371. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

⁵⁵ BVerfGE 128, 326, 371; 111, 307, 317. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

⁵⁶ BAG NJW 2016, 1034, 1035 mit Verweis auf BVerfGE 137, 237.

⁵⁷ BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 (Körperliche Durchsuchung eines Strafgefangenen bei nacktem Körper) mit Verweis auf BVerfGE 111, 307, 323, 329; 128, 326, 371; 148, 296, 355.

⁵⁸ BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 mit Verweis auf BVerfGE 111, 307, 329; 148, 296, 354.

möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen⁵⁹, weshalb sich eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe verbiete⁶⁰.

Letztlich verbietet sich damit – jedenfalls in der Praxis – jedwede schematische Betrachtung des Konkurrenzverhältnisses. Im Grundsatz spricht das BVerfG der EMRK eine „verfassungsrechtliche Bedeutung“ zu und fordert sogar eine konventionskonforme Auslegung auch der Grundrechte. Dann aber soll die EMRK im Rang sogar unterhalb der einfachen Bundesgesetze stehen, wenn diese eindeutig seien und ein Vorrang der EMRK nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vertretbar erscheine. Im Ergebnis ist damit völlig unklar, wie weit das BVerfG im zu entscheidenden Fall die „verfassungsrechtliche Bedeutung“ der EMRK anzunehmen gedenkt und wann die Grenzen der allgemeinen Methoden der Gesetzesauslegung (sogar in Bezug auf einfache Bundesgesetze) überschritten sind. Der Hintergrund dieses „Phänomens“ ist klar: Ist eine gesetzliche Regelung eindeutig und damit nicht mehr konventionskonform auslegbar, kann die EMRK auch nicht „interpretationsleitend“ Eingang in die Rechtsanwendung finden, weil die Auslegung ihre Grenzen im Wortlaut (Wort-sinn) findet. Dann aber müsste man der EMRK wegen Art. 1 II GG den Vorrang einräumen und das einfache Gesetz unangewendet lassen, weil eine Lösung des Konflikts auf einfacher Gesetzesebene (*lex specialis*, *lex posterior*, teleologische Extension bzw. Reduktion) nicht möglich ist (Rn 7d). So weit wollte das BVerfG offenbar nicht gehen. Freilich stellt sich die Problematik nicht, wenn eine staatliche Maßnahme gegen die EMRK *und* gegen Grundrechte des GG verstößt. Denn dann ist das Konkurrenzverhältnis nicht entscheidend.

- 7b** Unbeschadet der aufgezeigten Problematik findet der Standpunkt des BVerfG hinsichtlich der (begrenzten) Bindungswirkung der EMRK und der Urteile des EGMR seine Begründung darin, dass die deutsche Staatsgewalt – von den auf die EU übertragenen Kompetenzen abgesehen – (lediglich) an die Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere an die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip gebunden ist (vgl. Art. 1 III, 20 III GG). Insbesondere folgt aus Art. 20 III GG, dass die gesetzgebende Gewalt nicht an die Gesetze gebunden ist (da sie diese ja erlassen soll), was zur Folge hat, dass der Gesetzgeber auch nicht an die EMRK gebunden ist, steht diese ja formal auf derselben Stufe wie einfache Bundesgesetze (oder – wie aufgezeigt – nach der Rspr. des BVerfG sogar darunter).⁶¹ Und auch für das BVerfG ist formaler Prüfungsmaßstab allein das Grundgesetz (vgl. Art. 93 GG). Andererseits hat sich die Bundesrepublik Deutschland mit Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK dazu verpflichtet, nicht nur die Inhalte der Konvention zu beachten, sondern auch den Urteilen des EGMR Folge zu leisten (Art. 46 I EMRK); das schließt auch den Gesetzgeber und in gewisser Weise die Verfassungsgerichtsbarkeit mit ein, möchte man eine Völkerrechtsverletzung vermeiden. Bei einem Konflikt zwischen der nationalen Rechtsordnung und der EMRK muss das nationale (einfache) Recht daher konventionskonform ausgelegt werden.⁶² Jede andere Auffassung würde Art. 46 EMRK widersprechen⁶³ und gäbe den Konventionsstaaten die Möglichkeit, sich den Urteilen des EGMR zu entziehen und sich so hinter ihrer jeweiligen Verfassung zu verstecken, wenn ihnen eine bestimmte Entscheidung nicht zusagt.⁶⁴ Zu begrüßen ist es daher, wenn auch das BVerfG betont, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit (immerhin) als Auslegungshilfe für die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verfassung sowie das einfache

⁵⁹ BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650 mit Verweis auf BVerfGE 111, 307, 327; 128, 326, 371; 148, 296, 355 f.

⁶⁰ BVerfG NVwZ-RR 2023, 649, 650.

⁶¹ Freilich steht dem die völkerrechtliche Bindung entgegen, siehe dazu oben Rn 5.

⁶² *Sachs*, FS Klein 2013, 321, 330 f.; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, Handkommentar EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 46 Rn 22 ff. (insb. Rn 33) sowie Rn 39 ff.; *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 46 Rn 47 ff., 55 ff. Vgl. später auch BVerfG 4.5.2015 - 2 BvR 2169/13; BVerfG NJW 2017, 611, 627 f.

⁶³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer* a.a.O.; *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer a.a.O. Vgl. auch *Masing*, JZ 2015, 477 ff.

⁶⁴ *Ruffert*, EuGRZ 2007, 245, 251.

Recht diene⁶⁵ mit der Folge, dass nicht nur der Gewährleistungsgehalt der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes und des einfachen Rechts zu berücksichtigen sei⁶⁶ (s.o.), sondern auch, dass bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes der Rechtsprechung des EGMR eine „normative Leitfunktion“ zukomme, auch wenn eine mit § 31 BVerfGG vergleichbare Bestimmung fehle.⁶⁷ Das aber steht mit der Aussage in Konflikt, die EMRK stehe im Rang auch unterhalb der einfachen Bundesgesetze, wenn diese eindeutig seien und ein Vorrang der EMRK nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vertretbar erscheine (s.o., Rn 7a).

Beispiel: Gemäß § 9 I S. 1 BJagdG bilden Eigentümer von Grundflächen, die zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehören, eine Jagdgenossenschaft (= Körperschaft öffentlichen Rechts). K ist Eigentümer eines solchen Grundstücks und damit kraft Gesetzes Mitglied der Jagdgenossenschaft. Folge daraus ist, dass er nicht nur Mitgliedsbeiträge zu entrichten hat, sondern auch die Ausübung der Jagd durch Jagdpächter auf seinem Grundstück dulden muss (siehe § 10 I S. 1 BJagdG). K macht geltend, dass die Zwangsmitgliedschaft⁶⁸ und die gesetzliche Übertragung des Jagdausübungsrechts ihn in seinen Grundrechten aus Art. 2 I, 4 I, 9 I, 14 I, 3 I GG verletzen.

Das BVerfG entschied, dass die Zwangsmitgliedschaft in Jagdgenossenschaften verfassungsgemäß sei.⁶⁹ Daraufhin erhob K gem. Art. 34 EMRK Beschwerde beim EGMR. Dieser entschied, dass die gesetzliche Übertragung des Jagdausübungsrechts gegen Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK verstoße. Es greife unverhältnismäßig in das Eigentumsrecht ein, wenn einem aus ethischen Gründen gegen die Jagd eingestellten Eigentümer die Pflicht auferlegt werde, die Jagd auf seinem Grundstück zu dulden.⁷⁰

Steht damit ein Konventionsverstoß fest, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen. Urteile des EGMR haben keine Auswirkung auf die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen. Die Rechtsprechung des EGMR muss aber (infolge der völkerrechtlichen Bindung) in Folgeverfahren bzw. nachfolgenden Gerichtsverfahren berücksichtigt werden. So muss etwa ein Verwaltungsgericht, das (erneut) über die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft und die erwähnte Duldungspflicht zu entscheiden hat, sich mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzen. Dazu gehört es, dass es die EMRK sowie die Rechtsprechung des EGMR in die Auslegung der streitentscheidenden Vorschriften des BJagdG einbezieht (konventionskonforme bzw. EGMR-konforme Auslegung). Sollte es die vom EGMR vorgenommene Auslegung der EMRK bzw. den Konventionsverstoß tragen, kann es aber nicht einfach die der EMRK entgegenstehenden Vorschriften des BJagdG unangewendet lassen. Auch kann es nicht die Rechtssache aussetzen und dem EGMR vorlegen. Denn dazu fehlt es an entsprechenden Regelungen. Es kann aber das Verfahren aussetzen und die Sache dem BVerfG gem. Art. 100 I GG vorlegen. Das BVerfG prüft dann, ob die Vorschriften des BJagdG über die Zwangsmitgliedschaft und die Duldungspflicht mit den Grundrechten des GG in deren konventionskonformer Auslegung vereinbar sind.⁷¹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie bereits erläutert, ist formaler Prüfungsmaßstab für das BVerfG zwar allein das Grundgesetz (vgl. Art. 93 GG), sodass ein Verstoß gegen die EMRK auch nicht mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Da sich aber die Bundesrepublik Deutschland mit Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK dazu verpflichtet hat, nicht nur die Inhalte der Konvention zu beach-

⁶⁵ BVerfG NJW 2016, 1295, 1300 f. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2017, 611, 627 f.

⁶⁶ Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2020, 905, 917 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung); BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2016, 1295, 1299 f.; BVerfGE 128, 326, 366 ff.; 123, 257, 344 ff.; 113, 273, 296; 112, 1, 26; 111, 307, 317; 92, 26, 48; 83, 119, 128; 74, 358, 370.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 128, 326, 366 ff.; BVerfG NVwZ 2007, 808, 811; BVerfGE 111, 307, 317 ff.; 82, 106, 115; 75, 1, 19; 74, 358, 370; 63, 343, 33. Vgl. auch BVerfG NJW 2020, 905, 917.

⁶⁸ Vgl. dazu Rn 680.

⁶⁹ BVerfG NVwZ 2007, 808.

⁷⁰ EGMR NJW 2012, 3629, 3631 (Herrmann gegen Deutschland)

⁷¹ Winkler, JA 2013, 676, 680. Zur konventionskonformen Auslegung vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

ten, sondern auch den Urteilen des EGMR Folge zu leisten (Art. 46 I EMRK), und auch das BVerfG betont, dass die Gewährleistungen der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes und damit auch der Grundrechte jedenfalls insoweit zu berücksichtigen seien, wie dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sei, sind die Gewährleistungen damit mittelbar doch in gewisser Weise im Rahmen eines Verfahrens vor dem BVerfG Prüfungsmaßstab, wenn auch „nur“ als Interpretationshilfe bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes.

- 7c Problematisch ist es auch, wenn der EGMR der EMRK Gewährleistungen entnimmt, die von der **Verfassung** eines Konventionsstaates nicht vorgesehen sind bzw. durch nationale Verfassungsinterpretation ausgeschlossen werden.

Beispiel⁷²: Vier beamtete Lehrkräfte waren Mitglieder der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) und nahmen während der Dienststunden an Streiks teil, welche die Gewerkschaft organisiert hatte, um gegen die verschlechterten Arbeitsbedingungen für Lehrer zu protestieren. Sie wurden im Rahmen von Disziplinarverfahren gerügt oder mit Sanktionen belegt, weil sie ihre Pflichten als Beamte verletzt hätten. Widersprüche und Klagen blieben erfolglos. Letztinstanzlich wies das BVerwG die Revision, die einer der Lehrer eingelegt hatte, zurück.⁷³ In der Begründung setzte sich das BVerwG ausführlich mit der (zum türkischen Beamtenrecht ergangenen) Rechtsprechung des EGMR auseinander. Der EGMR interpretiert nämlich die Gewährleistungen der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 I EMRK⁷⁴ dergestalt, dass die Vorschrift denjenigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes ein Recht auf Tarifverhandlungen und kollektive Kampfmaßnahmen einräumt, die nach ihrem Aufgabenbereich nicht an der Ausübung genuin hoheitlicher Befugnisse beteiligt sind (etwa Lehrer).⁷⁵ Gemäß der vom EGMR vorgenommenen Interpretation des Art. 11 I EMRK steht also Beamten, die keine genuin hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen, das Streikrecht nach der EMRK durchaus zu; lediglich Beamte der genuinen Hoheitsverwaltung (insbesondere Polizei, Feuerwehr, Soldaten, Finanzverwaltung, aber auch allgemeine (Ordnungs-)Verwaltung) nimmt er aus dem konventionsrechtlichen Streikrecht aus.

Dann aber konstatierte das BVerwG in einer Revisionsentscheidung, dass Art. 33 V GG nicht konventionskonform ausgelegt werden könne, weil das Streikverbot für Beamte zu den tragenden Grundstrukturen des Berufsbeamtentums gehöre. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, die Kollision zwischen dem Grundgesetz und der Konvention aufzulösen; bis dahin bleibe das Streikverbot für Beamte nach Art. 33 V GG in Kraft.⁷⁶

Doch die Aufforderung an den Gesetzgeber dürfte sich als nicht gangbar erweisen, weil der einfache Gesetzgeber sich nicht über eine Verfassungsnorm (hier: Art. 33 V GG) und deren Interpretation durch das BVerfG hinwegsetzen darf. Wegen der Notwendigkeit der völkerrechtlichen Beachtung der EMRK einschließlich der Urteile des EGMR bliebe nur eine Änderung des Art. 33 V GG bzw. eine Änderung der vom BVerfG vorgenommenen Interpretation dieser Verfassungsbestimmung.

Von dieser „untauglichen“ Aufforderung abgesehen, anerkannte das BVerwG also eine Pflicht zur konventionskonformen Auslegung, wies aber auch darauf hin, dass diese Pflicht Halt vor dem Verfassungsrecht mache, vermöge dessen es den Revisionen nicht stattzugeben vermochte.

Daraufhin erhoben die Lehrkräfte gegen das Urteil des BVerwG Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG und rügten eine Verletzung des Art. 9 III GG. Das BVerfG bestätigte zu-

⁷² Vgl. BVerwG NVwZ 2014, 736 ff.; EGMR NZA 2010, 1425; BVerwG NVwZ 2015, 811 f.; BVerfG NVwZ 2018, 1121 ff.; EGMR NVwZ 2024, 221 ff. – Streikverbot für Beamte.

⁷³ BVerwG NVwZ 2014, 736 ff.

⁷⁴ Art. 11 I EMRK lautet: „Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“

⁷⁵ EGMR NZA 2010, 1425, 1428 ff. (Demir u. Baykara/Türkei); EGMR NZA 2010, 1423, 1424 f. (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei).

⁷⁶ BVerwG NVwZ 2014, 736, 742 f.

nächst seine Rechtsprechung, dass Bestimmungen des Grundgesetzes (und damit auch Art. 33 V GG) zwar völkerrechtsfreundlich (und damit auch konventionsfreundlich) auszu-legen seien, und entschied, dass das Streikverbot für deutsche Beamte einen Eingriff in Art. 11 I EMRK darstelle. Der Eingriff sei aber wegen der im Vergleich zum türkischen Recht bestehenden Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums nach Art. 11 II EMRK⁷⁷ gerechtfertigt.

Damit verwies das BVerfG also insbesondere auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 V GG), worunter nach allgemeiner Verfassungsinterpretation das Lebenszeitprinzip, die besondere Treuepflicht des Beamten zu seinem Dienstherrn und das Alimentationsprinzip gehören. Gerade mit dem Alimentationsprinzip korrespondiert der Grundsatz, dass die Besoldung der Beamten einseitig durch Gesetz zu regeln ist. Ein Streik von Beamten, der zum Abschluss eines Tarifvertrags führen soll, der wiederum auch die Vereinbarung einer Gehaltsstruktur zum Gegenstand hat, wäre demnach mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nicht vereinbar. Ebenso steht die besondere Treuepflicht einem Streikrecht entgegen. Dabei macht es nach Auffassung des BVerfG keinen Unterschied, ob es sich bei dem Beamten um einen „Kernbereichsbeamten“ (bspw. Polizei; Justiz) oder „Randbereichsbeamten“ (bspw. Lehrer) handelt.⁷⁸ Daraus folgt nach der Rspr. ein umfassendes Streikverbot für Beamte.⁷⁹ Insofern schränkt Art. 33 V GG die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG ein (vgl. Rn 713).

Im vorliegenden Fall stellte das BVerfG im Ergebnis fest, dass das Streikverbot wegen der Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums notwendig sei in einer demokratischen Gesellschaft, weil es die Funktionsfähigkeit des Staates sichere. Zudem finde die Bindungswirkung der EMRK und der Urteile des EGMR ihre Grenzen in den Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes. Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung endeten dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheine.⁸⁰ Im Übrigen sei auch im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes die Rechtsprechung des EGMR (lediglich) möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen.⁸¹

Gegen das Urteil des BVerfG legten die Lehrer Beschwerde vor dem EGMR ein (siehe Art. 34 EMRK). Sie rügten eine Verletzung des Art. 11 I EMRK. Der EGMR stellte klar, dass das von Art. 11 I EMRK geschützte Streikrecht einer Gewerkschaft die Möglichkeit gebe, sich Gehör zu verschaffen; das Streikrecht sei ein wesentliches Instrument für die Gewerkschaft zum Schutz der beruflichen Interessen ihrer Mitglieder und damit auch für die Gewerkschaftsmitglieder zur Verteidigung ihrer Interessen.⁸² Daher wiege ein Streikverbot auch für Beamte einschließlich der beamteten Lehrer schwer. Sodann konstatierte der EGMR, dass die Regelung in Deutschland, die allen Beamten einschließlich beamteter Lehrer Streiks verbiete, zudem nicht mit dem Trend im Einklang stehe, der sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergebe, und auch nicht mit dem Trend in den Konventionsstaaten.⁸³ Dann aber die Kehrtwende: Streiks seien nicht das einzige Mittel, mit dem Gewerkschaften und ihre Mitglieder berufliche Interessen schützen könnten, und die Staaten könnten grundsätzlich frei entscheiden, welche Maßnahmen sie treffen wollen, um die Beachtung von Art. 11 EMRK zu gewährleisten, solange die Gewerkschaftsfreiheit nicht durch Einschränkungen inhaltslos werde.⁸⁴ Das sei letztlich eine Frage der Verhältnismä-

⁷⁷ Art. 11 II S. 1 EMRK lautet: „Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

⁷⁸ BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1131.

⁷⁹ Ausdrücklich in diesem Sinne BVerfG NVwZ 2014, 736, 737; BVerfG NVwZ 2015, 811 f. – zurückgehend auf BVerfGE 8, 28, 33 ff. (Besoldungsrecht). Bestätigt in BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1123.

⁸⁰ BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126 mit Verweis auf BVerfGE 111, 307, 329; 123, 267, 344 ff.; 128, 326, 371.

⁸¹ BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126.

⁸² EGMR NVwZ 2024, 221, 223 (Humpert u. a./Deutschland).

⁸³ EGMR NVwZ 2024, 221, 226.

⁸⁴ EGMR NVwZ 2024, 221, 228.

Bigkeit. Dabei müssten alle Umstände des Falls und alle Maßnahmen, die der Staat zum Schutz der Gewerkschaftsfreiheit getroffen hat, berücksichtigt werden.⁸⁵ Zu berücksichtigen seien Art und Ausmaß des Streikverbots, die Maßnahmen, die getroffen wurden, um den Gewerkschaften der Beamten und den Beamten selbst zu ermöglichen, ihre beruflichen Interessen zu verteidigen, das mit dem Verbot verfolgte Ziel, andere Rechte durch den Beamtenstatus, die Möglichkeit, als Angestellter mit Streikrecht als Lehrer an staatlichen Schulen zu unterrichten, und das Gewicht der Disziplinarmaßnahmen.⁸⁶

Dann erfolgte die Anwendung der herausgearbeiteten Grundsätze auf den Fall: In Deutschland gebe es eine Vielzahl unterschiedlicher institutioneller Garantien, um den Beamtengewerkschaften und ihren Mitgliedern zu ermöglichen, ihre beruflichen Interessen auch ohne Streikrecht zu verteidigen.⁸⁷ Beamte seien auch ohne Streik in der Lage, Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten.⁸⁸ Deswegen mache das Streikverbot die gewerkschaftliche Freiheit der Beamten nicht substanzlos.⁸⁹ Hinzu komme, dass Beamte in Deutschland ein Recht auf lebenslange Anstellung und auf eine angemessene Alimentierung hätten, auch im Ruhestand und bei Krankheit.⁹⁰ Beamte bekämen im Vergleich zu Angestellten des öffentlichen Dienstes ein höheres Nettoeinkommen, bessere Bedingungen bei der Gesundheitsfürsorge und bessere Pensionen.⁹¹ Verletzt sei also kein wesentliches Element der in Art. 11 EMRK garantierten gewerkschaftlichen Freiheit der Beamten.⁹²

Im Ergebnis hat der EGMR bei der Auslegung des Art. 11 I, II EMRK also den Besonderheiten des deutschen Beamtenrechts (Lebenszeitprinzip, Treuepflicht und Alimentationsprinzip) Rechnung getragen. Undifferenziert ist den Beamten in Deutschland das Streikrecht verwehrt.

- 7d Haben völkerrechtliche Verträge kraft gesetzlicher Übernahme gem. Art. 59 II S. 1 GG formell den Rang (einfacher) Bundesgesetze, können sie entsprechend dem Lex-posterior-Grundsatz⁹³ durch spätere, ihnen widersprechende Bundesgesetze verdrängt werden; Art. 59 II S. 1 GG schließt dies nicht aus.⁹⁴ Für die EMRK könnte dies bedeuten, dass der deutsche Gesetzgeber durch Erlass eines einfachen Bundesgesetzes in der Lage wäre, von den Inhalten der EMRK abzuweichen, zumal nach Auffassung des BVerfG dem Lex-posterior-Grundsatz auch nicht der (ungeschriebene) Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entgegensteht.⁹⁵ Zwar betont das BVerfG den Verfassungsrang dieses Grundsatzes, stellt aber gleichzeitig fest, dass der Gesetzgeber keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Normen habe.⁹⁶ Der Gesetzgeber könnte demnach also in der Tat durch Bundesgesetz von den Inhalten der EMRK abweichen. Da der Gesetzgeber aber uneingeschränkt dem Grundgesetz untersteht, muss er sich stets innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen bewegen, die sich insbesondere aus den Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip ergeben. Da die Grundrechte des Grundgesetzes qualitativ den Gewährleistungen der EMRK nicht nachstehen und der Gesetzgeber durch die Grundrechte unmittelbar gebunden ist (Art. 1 III GG), dürfte schon

⁸⁵ EGMR NVwZ 2024, 221, 223.

⁸⁶ EGMR NVwZ 2024, 221, 225.

⁸⁷ EGMR NVwZ 2024, 221, 228.

⁸⁸ EGMR NVwZ 2024, 221, 226.

⁸⁹ EGMR NVwZ 2024, 221, 228.

⁹⁰ EGMR NVwZ 2024, 221, 227.

⁹¹ EGMR NVwZ 2024, 221, 227.

⁹² EGMR NVwZ 2024, 221, 228.

⁹³ Korrekt lautet der Grundsatz: „Lex posterior derogat legi priori“ („Das jüngere Gesetz verdrängt das ältere Gesetz“). Dieser Grundsatz stellt eine Kollisionsregel dar und besagt, dass das jüngere Gesetz dem früheren Gesetz derselben Rangordnung vorgeht, es sei denn, die ältere Regelung ist spezieller als die jüngere (vgl. BVerfG NJW 2016, 1295, 1298). Denn dann griffe der (vorrangige) Grundsatz: „Lex specialis derogat legi generali“ („Das spezielle Gesetz verdrängt das allgemeine Gesetz“).

⁹⁴ BVerfG NJW 2016, 1295, 1298 ff.

⁹⁵ BVerfG NJW 2016, 1295, 1298.

⁹⁶ BVerfG NJW 2016, 1295, 1299 f.

allein deswegen kein von der EMRK negativ abweichendes Bundesgesetz zulässig sein. Zudem muss auch ein von der EMRK abweichendes Bundesgesetz trotz des Lex-posterior-Grundsatzes im Rahmen vertretbarer Verfassungsinterpretation Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK berücksichtigen (s.o.).

Sind die Gewährleistungen der EMRK also **bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen** (Rn 5 ff.), gilt dies auch für die **Strafgerichte**, die Straf(verfahrens)normen anzuwenden haben, und für die **Zivilgerichte**, die über Streitigkeiten zwischen Privaten zu entscheiden haben. Das fordert allein schon die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG).

7e

Beispiel⁹⁷: A und B standen im Verdacht, sich wegen Geldwäsche sowie wegen Drogenhandels strafbar gemacht zu haben. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden durch richterlichen Beschluss eine längerfristige Observation sowie die Überwachung der Telekommunikation der Tatverdächtigen angeordnet. Im Rahmen der Observation wurde festgestellt, dass sich die Tatverdächtigen in den Niederlanden mit X trafen, gegen den in den Niederlanden mehrfach, wenn auch ergebnislos, wegen internationalen Drogenhandels ermittelt worden war. Trotz längerfristiger Observation und Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen konnte der Verdacht gegen A und B aber nicht bestätigt werden. Daher setzte die Polizei Verdeckte Ermittler aus Deutschland und den Niederlanden ein, um die Sachverhaltsaufklärung voranzubringen. Diese versuchten, über einen Zeitraum von mehreren Monaten die Tatverdächtigen dazu zu bringen, ihnen große Mengen Ecstasy aus den Niederlanden zu besorgen (das würde den Tatbestand des § 30 BtMG, ggf. sogar den des § 30a BtMG – 5-15 Jahre Freiheitsstrafe – erfüllen), was den Ermittlern jedoch zunächst nicht gelang, da sich A und B nicht das Geschäft einließen. Erst, nachdem einer der Verdeckten Ermittler drohend aufgetreten war und ein anderer wahrheitswidrig behauptet hatte, seine Familie werde mit dem Tod bedroht für den Fall, dass er seinen „Auftraggebern“ das Ecstasy nicht besorge, halfen A und B bei der Beschaffung und Einfuhr von Ecstasy aus den Niederlanden, ohne dafür ein Entgelt gefordert oder erhalten zu haben.

In diesem Fall stellt sich nicht nur die Frage nach der Strafbarkeit von A und B, sondern auch nach der Zulässigkeit einer derartigen Tatprovokation durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden (und von ihnen gelenkten Dritten). In einem Rechtsstaat mutet es nahezu grotesk an, wenn Polizeibeamte oder von ihnen beauftragte Dritte Tatverdächtige, bei denen die bisherigen Beweise für eine Anklage nicht ausreichen, durch Lügen und Drohungen dazu bringen dürften, eine Straftat zu begehen, für die diese dann später angeklagt und verurteilt werden.

Die bisherige Rechtsprechung (des BGH) sah in diesen Fällen weder einen Verstoß gegen Art. 2 II S. 2 GG (Recht auf Freiheit) noch gegen das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) verankerte Fair-trial-Prinzip (Grundsatz des fairen Verfahrens⁹⁸) und nahm demzufolge kein Strafverfahrenshindernis an, sondern berücksichtigte die Tatprovokation lediglich in der Strafzumessung des oder der Verurteilten (sog. „Strafzumessungslösung“), was aber gleichwohl in vielen Fällen (der Betäubungsmittelkriminalität) nichts an der Verurteilung zu teilweise hohen Haftstrafen änderte.⁹⁹

Erstaunlicherweise wurde diese Auffassung vom BVerfG dem Grunde nach gebilligt.¹⁰⁰ Nun aber änderte der BGH seine Rechtsprechung, wenn auch (nur) unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EGMR, der zu Recht die Aufgabe der Ermittlungsbehörden in der

⁹⁷ Nach BGH NJW 2016, 91 (Strafverfahrenshindernis bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation) – abgeändert und vereinfacht, um die Probleme des Falles zu verdeutlichen.

⁹⁸ Das Recht auf ein faires Verfahren gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Der Angeklagte darf nicht nur Objekt des Verfahrens sein; ihm muss vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen (*Hartmann/Schmidt*, StrafProzR, 7. Aufl. 2018, Rn 102 mit Verweis u.a. auf BVerfGE 26, 66, 67 ff.; 63, 380, 390; 66, 313, 318; BGHSt 45, 321, 355; 46, 93, 100).

⁹⁹ Vgl. etwa die Fälle BGHSt 32, 345, 348 ff.; 45, 321, 324 f.; 47, 44, 47; BGH NStZ 2014, 277, 280.

¹⁰⁰ BVerfG NStZ 2016, 49 f.

Aufklärung von Straftaten sieht, nicht in deren *Provokation*.¹⁰¹ So sieht der EGMR in der eines Rechtsstaates unwürdigen Tatprovokation durch Polizeibeamte einen Verstoß gegen Art. 6 I S. 1 EMRK (Recht auf faires Verfahren).¹⁰²

Diese Rechtsprechung des EGMR hat der BGH in das deutsche Strafrechtssystem überführt, indem er eine Nichtverwertbarkeit aller auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation zurückzuführenden unmittelbar und mittelbar erlangten Beweismittel angenommen hat, was in der Sache ein Verfahrenshindernis zur Folge habe.¹⁰³ Das Verfahren gegen A und B war daher gem. §§ 206a, 260 III StPO einzustellen.

Bewertung: Der Wandel in der Rechtsprechung war längst überfällig. Die EMRK mit ihren Gewährleistungen ist „Gesetz und Recht“ i.S.d. Art. 20 III GG und daher auch vom BGH zu beachten. Aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG (Art. 1 II GG) sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik Deutschland mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, sind Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK bei der Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts einschließlich des Verfassungsrechts zu berücksichtigen. Mit Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK hat sich die Bundesrepublik Deutschland zudem dazu verpflichtet, auch den Urteilen des EGMR Folge zu leisten (Art. 46 I EMRK). Insofern war die Überführung der Rechtsprechung des EGMR in die staatliche Strafrechtsordnung konsequent und geboten. Aber auch bei rein nationaler Betrachtung des Falls war das Verhalten der Ermittlungsbehörden rechtsstaatswidrig und von solcher Intensität, dass auch auf dem Boden des GG die Annahme eines Verfahrenshindernisses die allein richtige Konsequenz war. Dem BGH ist daher vollauf beizupflichten.¹⁰⁴ Somit bleibt (lediglich) die Erwartung, dass sich nunmehr auch das BVerfG klar von der „Strafzumessungslösung“ verabschiedet und in der Tatprovokation von Tatverdächtigen durch Polizeibeamte stets ein zwingendes Verfahrenshindernis sieht.

- 8 Die EMRK ist jedoch eigenständiger Prüfungsmaßstab, wenn es allein um die Frage geht, ob eine konventionsstaatliche Maßnahme (eine behördliche Verfügung oder eine gerichtliche Entscheidung) mit den Gewährleistungen der EMRK vereinbar ist.

Beispiel¹⁰⁵: Der bekannte Moderator von Wetterberichten im Fernsehen und Unternehmer X wurde wegen des Verdachts der schweren Vergewaltigung seiner damaligen Freundin in U-Haft genommen. Unter anderem auf seiner Internetseite veröffentlichte das Presseunternehmen P einen Artikel mit der Überschrift „Statt Aktionärsversammlung hinter Gittern – hier sonnt sich X im Knast“. Der Artikel wurde von zwei Fotos begleitet, von denen eines X mit freiem Oberkörper im Gefängnishof zwischen anderen Gefangenen sitzend zeigt. Der Begleittext lautete: „X (voller Name), Wetterexperte, ganz entspannt, mit freiem Oberkörper, unterhält sich auf dem Gefängnishof mit seinen Mithäftlingen. Einmal am Tag, um 14.45 Uhr, darf er raus.“ Die Bilder wurden dabei vom Dach eines der U-Haftanstalt gegenüberliegenden Gebäudes gefertigt. X verlangt vor dem Zivilgericht Unterlassung der Veröffentlichung auf Grundlage des § 1004 I S. 2 BGB analog.¹⁰⁶

Bei rein nationaler Betrachtung sind in diesem Fall das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) des X aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und die Pressefreiheit des P aus Art. 5 I GG untereinander abzuwägen. Unter Heranziehung der Gewährleistungen der EMRK tritt auf Seiten des APR Art. 8 I EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) und auf Seiten der Pressefreiheit Art. 10 I EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) flankierend hinzu. Eine grundsätzliche Verschiebung in die eine oder andere Richtung ist damit aber nicht ge-

¹⁰¹ EGMR NJW 2015, 3631 ff.

¹⁰² EGMR NJW 2015, 3631, 3634 f.

¹⁰³ BGH NJW 2016, 91, 96.

¹⁰⁴ Vgl. auch BGH NJW 2014, 768 (Veröffentlichung von Informationen über Prominententochter), BGH NJW 2015, 489 ff. (jameda.de I) und BGH NJW 2018, 1884 ff. (jameda.de II) – dazu Rn 517c, wo der BGH (ebenfalls) erfreulicherweise den Einfluss der EMRK auf die nationale Rechtsordnung betont.

¹⁰⁵ Nach EGMR NJW 2019, 741, 742 f. (Verbreitung von Fotos, die Jörg Kachelmann auf dem Gefängnishof zeigen).

¹⁰⁶ Anmerkung: Da § 1004 I BGB nur von „Eigentum“ spricht, bedarf es einer analogen Anwendung der Vorschrift auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (dazu R. *Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 350 und Rn 517b).

geben, wobei der EGMR das Persönlichkeitsrecht tendenziell stärker zu betonen pflegt (vgl. dazu Rn 286 ff.). Vgl. auch Rn 518a.

Sollten die nationalen Gerichte dem Unterlassungsanspruch (gleichwohl) nicht stattgeben und erhebt X Beschwerde beim EGMR¹⁰⁷, muss dieser die genannten Gewährleistungen der EMRK gegeneinander und untereinander abwägen. Der Gerichtshof prüft, ob (durch die konventionsstaatlichen Gerichte) ein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Gewährleistungen hergestellt worden ist, wobei er den Konventionsstaaten (in diesen Fällen) einen Ermessensspielraum einräumt.¹⁰⁸ Konkret heißt es: „Wenn die staatlichen Gerichte den Ausgleich unter Berücksichtigung der in seiner Rechtsprechung entwickelten Kriterien vorgenommen haben, muss der Gerichtshof gewichtige Gründe haben, um anders zu entscheiden.“¹⁰⁹ Die genannten „entwickelten Kriterien“ für die Abwägung sind: Beitrag zu einer Diskussion allgemeinen Interesses, Bekanntheit des Betroffenen, Gegenstand des Berichts, vorheriges Verhalten des Betroffenen, Inhalt, Form und Folgen des Berichts, wie die Fotos gemacht worden sind und – wenn es um eine Beschwerde wegen Verletzung des Art. 10 EMRK geht – die Schwere der Sanktion.¹¹⁰

3. Verhältnis zum Recht der Europäischen Union/zur GRC

Vom Völkerrecht im dargelegten Sinn abzugrenzen ist das **EU-Recht** (Unionsrecht). Dieses ist zwar kein Verfassungsrecht, da der EU in Ermangelung einer umfassenden Hoheitsgewalt keine Staatsqualität zukommt¹¹¹, es ist aber mehr als nur Völkervertragsrecht, da die EU über übertragene Einzelermächtigungen (d.h. über einzelne, gem. Art. 23 I S. 2 GG übertragene Hoheitsrechte) verfügt (Art. 5 EUV) und in diesem Rahmen eine Rechtsetzungskompetenz hat.¹¹² Es handelt sich um einen Staatenverbund¹¹³ mit einer **Rechtsordnung eigener Art**. Freilich ist auch hier das Verhältnis zum nationalen Recht zu klären. Da die Union über übertragene Hoheitsrechte verfügt und von diesen auch (durch Erlass von Sekundärrecht gem. Art. 288 AEUV) Gebrauch gemacht hat, steht außer Zweifel, dass dann auch das Unionsrecht bei einer Kollision mit nationalem Recht **Vorrang** haben muss. Das hat auch der EuGH schon frühzeitig entschieden.¹¹⁴ Fraglich kann daher allein sein, ob der Vorrang des Unionsrechts zur Derogation¹¹⁵ (d.h. zur Aufhebung bzw. Unwirksamkeit) des entgegenstehenden nationalen Rechts führt oder lediglich zu dessen Verdrängung/Unanwendbarkeit (Suspension). Seit seiner *Costa/Enel*-Entscheidung¹¹⁶ geht der EuGH vom **Anwendungsvorrang** des EU-Rechts vor jeglichem nationalem Recht (also auch vor nationalem Verfassungsrecht) aus und beansprucht gleichzeitig für sich eine ausschließliche Prüfungskompetenz, und zwar nicht nur in Bezug auf die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit Primärrecht, sondern auch in Bezug auf die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht. Den Anwendungsvorrang des EU-Rechts vor dem nationalen Recht begründet der EuGH mit den übertragenen Hoheitsrechten und der primärvertraglich verankerten Unionstreue (Art. 4 III EUV). Auch das BVerfG erkennt den Anwendungsvorrang des EU-Rechts im Grundsatz an, begründet ihn aber nicht mit den Gründungsverträgen, sondern mit dem

9

¹⁰⁷ In der Entscheidung EGMR NJW 2019, 741 verhielt es sich umgekehrt. Dort hatte das Presseunternehmen die Individualbeschwerde erhoben gegen die nationalen Urteile, die auf Beseitigung und Unterlassung gerichtet waren. Es rügte die Verletzung des Art. 10 EMRK.

¹⁰⁸ EGMR NJW 2019, 741, 742 mit Verweis u.a. auf EGMR NJW 2012, 1053; NJW 2012, 1058; NJOZ 2017, 346.

¹⁰⁹ EGMR NJW 2019, 741, 742 mit Verweis u.a. auf EGMR NJOZ 2012, 335; NJW 2012, 1053; NJW 2012, 1058.

¹¹⁰ EGMR NJW 2019, 741, 742 mit Verweis auf EGMR NJOZ 2017, 346. Zum Prüfschema einer direkten Prüfung vgl. Rn 224.

¹¹¹ Vgl. dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 39 sowie Rn 327 ff.

¹¹² Vgl. dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 338 ff.

¹¹³ BVerfGE 89, 155, 188 (Maastricht); 123, 267, 376 (Lissabon); 129, 78, 96 f. (Anwendungserweiterung); BVerfG NJW 2021, 1518, 1520 (Europäischer Haftbefehl).

¹¹⁴ EuGH Slg. 1964, 1251 ff. (*Costa/Enel*); vgl. auch EuGH Slg. 1970, 1125 ff. (Internationale Handelsgesellschaft), aufgegriffen in EuGH NJW 2013, 1215 ff. (Melloni).

¹¹⁵ Lat. *derogare* = abschaffen, aufheben, außer Kraft setzen.

¹¹⁶ EuGH Slg. 1964, 1251 ff.; vgl. auch EuGH Slg. 1970, 1125 ff. (Internationale Handelsgesellschaft), aufgegriffen in EuGH NJW 2013, 1215 ff. (Melloni).

Anwendungsbefehl, der aus den Zustimmungsgesetzen zu den Verträgen und den damit verbundenen übertragenen Hoheitsrechten (siehe Art. 23 I S. 2 GG) folgt.¹¹⁷

Anwendungsvorrang bedeutet, dass das höherrangige Recht das entgegenstehende niederrangige lediglich suspendiert, d.h. in der Anwendung sperrt, nicht aber – wie das beim **Geltungsvorrang** der Fall wäre – derogiert, also nicht dessen Ungültigkeit (Nichtigkeit) herbeiführt.¹¹⁸ Zwar greift bei einer Normkollision an sich der Geltungsvorrang, da eine gegen eine ranghöhere Norm verstoßende niederrangige Norm nach allgemeiner juristischer Methodenlehre keine Geltung beanspruchen kann. Jedoch fehlt dem Unionsrecht die Kompetenz, für sich einen Geltungsvorrang zu beanspruchen. Die Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs wäre auch schon gar nicht übertragbar. Aus Sicht des Grundgesetzes ergibt sich der Ausschluss der Übertragbarkeit aus Art. 23 I S. 3 GG, der auf die Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG verweist, wonach u.a. die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze nicht „berührt“ werden dürfen (sog. Ewigkeitsgarantie). Ein in Art. 20 GG niedergelegter Grundsatz ist die Staatlichkeit, die beeinträchtigt werden würde, wenn man die Übertragung der Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs zuließe. Auch stünde der Übertragung der Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs das in Art. 20 GG genannte Demokratieprinzip entgegen. Daher bedient man sich der Figur des Anwendungsvorrangs, um der Bedeutung der auf die Union übertragenen Kompetenzen gerecht zu werden. Der Anwendungsvorrang greift (daher) auch dann, wenn dem Unionsrecht nicht nationales einfaches Recht, sondern Verfassungsrecht entgegensteht. Das betrifft im Kern die Kollision des EU-Rechts mit den Grundrechten des Grundgesetzes, aber auch mit anderen grundlegenden Verfassungsgütern.¹¹⁹ Das BVerfG betont diesbezüglich, dass der Integrationsgesetzgeber nicht nur Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union, soweit sie in Deutschland öffentliche Gewalt ausüben, von einer umfassenden Bindung an die Gewährleistungen des Grundgesetzes freistellen könne, sondern auch deutsche Stellen, die Unionsrecht durchführten.¹²⁰ Allerdings stellt das BVerfG auch klar, dass der Anwendungsvorrang des EU-Rechts seine Grenzen in den durch Art. 23 I S. 3 i.V.m. Art. 79 III GG für integrationsfest erklärten Grundsätzen der Verfassung findet, namentlich in den in Art. 1 GG und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen.¹²¹ Sollte durch eine Maßnahme der EU ein durch Art. 79 III GG für unantastbar erklärter Grundsatz aus Art. 1 GG oder Art. 20 GG berührt werden, muss umgekehrt das EU-Recht für unanwendbar erklärt werden.¹²²

Das soeben Erläuterte mag auf den ersten Blick verunsichernd wirken, da der einzelne Hoheitsrechte auf die Union übertragende Gesetzgeber ja seinerseits dem Grundgesetz unterworfen ist, also an sich keine Kompetenzen übertragen darf, die bei einer Kollision mit dem Grundgesetz den Vorrang genießen. Dennoch ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts richtig und konsequent. Überträgt die Bundesrepublik Deutschland unter Beachtung der integrationsfesten Kerne Hoheitsrechte auf die EU (siehe Art. 23 I S. 2 GG und Art. 23 I S. 3 GG i.V.m. Art. 79 III GG und Art. 20 GG) und macht diese von den ihr übertragenen Hoheitsbefugnissen Gebrauch, ist der Staat daran gebunden, solange die EU ihre Kompetenzen nicht überschreitet. Das hat dann die genannte Folge, dass der Anwendungsvorrang des EU-Rechts unabhängig davon greift, ob das nationale

¹¹⁷ BVerfGE 89, 155 ff. (Maastricht); bestätigt in BVerfGE 102, 147 ff. (Bananenmarktordnung), BVerfGE 126, 286, 302 (Honeywell bzw. Mangold) und BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 (Identitätskontrolle). Siehe auch BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“); BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II); BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordevisengesetz II); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

¹¹⁸ Einen Geltungsvorrang ordnet aber Art. 31 GG an im Falle einer Kollision von Landesrecht mit Bundesrecht. Danach gilt nur das Bundesrecht, das entgegenstehende Landesrecht wird derogiert, d.h. es ist nichtig (dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 70/233 f.). Zur Abweichungsgesetzgebungskompetenz (Art. 72 III S. 1 GG) vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 70/842 ff. Zu Art. 72 III S. 3 GG, der wiederum von einem Anwendungsvorrang (des später erlassenen Gesetzes gleich welchen Rangs) ausgeht, vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 819 f.

¹¹⁹ EuGH Slg. 1964, 1251 ff.; vgl. auch EuGH Slg. 1970, 1125 ff. (Internationale Handelsgesellschaft), aufgegriffen in EuGH NJW 2013, 1215 ff. (Melloni); BVerfGE 89, 155 ff. (Maastricht); bestätigt in BVerfGE 102, 147 ff. (Bananenmarktordnung) und in BVerfGE 126, 286, 302 (Honeywell bzw. Mangold).

¹²⁰ BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff.

¹²¹ BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 ff. Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff.

¹²² BVerfG NJW 2016, 1149, 1151. Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff. Vgl. dazu insgesamt ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 357b und 365 ff.

Recht einschließlich des Verfassungsrechts dem Unionsrecht entgegensteht. Daher treten selbst dem EU-Recht nicht entgegenstehende Materien des Mitgliedstaates zurück, wenn die EU in Ausübung der ihr übertragenen Rechtsetzungskompetenz die betreffende Materie (wie z.B. weit reichende Aspekte des Datenschutzes) **einheitlich und abschließend** (i.S.v. **vollständig determinierend** und den Mitgliedstaaten keine Gestaltungsspielräume lassend) für die gesamte Union geregelt hat.¹²³

Zum EU-Recht, das (im Kollisionsfall und bei einheitlicher und abschließender Regelung) Anwendungsvorrang genießt, gehört in erster Linie das primäre Unionsrecht, aber auch das sekundäre Unionsrecht. Zum primären Unionsrecht gehören im Wesentlichen die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaft sowie die Änderungsverträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon, die die Grundlage der heutigen Europäischen Union bilden. Die hierbei maßgeblichen Verträge sind der Vertrag über die Europäische Union (**EUV**) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**). Mit dem Vertrag von Lissabon ist zudem die (im Zuge des Vertrags von Nizza verabschiedete) Europäische Grundrechtecharta (**GRC**) zum europäischen Primärrecht erklärt worden. Die dies ermöglichende Übertragung von Hoheitsrechten fand über Art. 23 I S. 2 GG (bzw. die Vorgängerbestimmungen) statt.

Die Bestimmungen des primären Unionsrechts begründen, soweit sie an natürliche und juristische Personen adressiert sind, unmittelbar geltende Rechte und Pflichten. Dies gilt insbesondere für die in Art. 26 II AEUV genannten **Grundfreiheiten**, die als grundrechtsähnliche Rechte bezeichnet werden können und die der Verwirklichung der in Art. 3 EUV genannten Ziele der EU durch Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes dienen (vgl. Art. 3 III S. 1 EUV und Art. 26 f. AEUV). Der Binnenmarkt wiederum umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist (Art. 26 II AEUV). Die Grundfreiheiten sind insgesamt Ausdruck der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 120 S. 2 AEUV). Sie setzen – anders als die GRC, die gem. Art. 51 I S. 1 GRC in der vom EuGH vorgenommenen Auslegung für ihre Anwendbarkeit (lediglich) verlangt, dass die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich den Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen auferlegen, die diese umzusetzen haben¹²⁴ – allesamt einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus und differenzieren im Übrigen nach Sachgebieten. Das sind der freie Personenverkehr (Art. 21 AEUV) mit den Unterarten Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV) und Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV).¹²⁵ Nach der Rspr. des EuGH stellen (jedenfalls) die genannten Personenverkehrsfreiheiten und die Warenverkehrsfreiheit **subjektive Rechte** dar. Bei

9a

¹²³ BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Siehe dazu den Beitrag des Verfassers vom 1.12.2019, abrufbar unter verlag-rolf-schmidt.de/aktuelles-2019-pruefung-von-akten-deutscher-oeffentlicher-gewalt-am-maßstab-von-unionsgrundrechten. Siehe auch R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 366h ff. und Muckel, JA 2020, 237, 239. Siehe auch BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 (Europäischer Haftbefehl), wo das Gericht von „Nichtanwendung der deutschen Grundrechte als unmittelbarer Kontrollmaßstab“ spricht. Und im Beschluss über die Zulassung für ein Tierarzneimittel heißt es, dass Akte der deutschen öffentlichen Gewalt, die durch Unionsrecht vollständig determiniert würden, grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen seien (BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212). Daraus folgt im Umkehrschluss: Setzt eine Norm des nationalen Rechts kein zwingendes Unionsrecht um, stehen wiederum die Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab zur Verfügung. So heißt es in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrorsteuergesetz II), dass die Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes eröffnet sei, da § 6a ATDG kein zwingendes Unionsrecht in deutsches Recht umsetze. Ähnlich BVerfGE 156, 63, 113 (elektronische Aufenthaltsüberwachung), wo das BVerfG erneut deutlich macht, dass der Beschwerdegegenstand am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen sei, da es an unionsrechtlichen Determinierungen fehle. Schließlich heißt es in BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1214 (Zulassung für ein Tierarzneimittel), dass die Frage der Heranziehung und Verarbeitung der von den Beschwerdeführerinnen erstellten Ökotox-Daten durch das Bundesamt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sei, sodass der Bescheid des Bundesamts am Maßstab von Art. 12 I GG zu messen sei.

¹²⁴ EuGH EuZW 2022, 721, 722 – dazu oben Rn 9c/d.

¹²⁵ Zur jüngeren Rspr. des EuGH zu den Grundfreiheiten vgl. *Epiney*, NVwZ 2015, 777 ff. Zu den Grundfreiheiten vgl. i.Ü. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 219 f. sowie Rn 341 ff.

(möglicher) Verletzung besteht daher eine Klagemöglichkeit (vor dem EuGH, siehe dazu Art. 263 IV AEUV).

- 9b Die erwähnte **EU-Grundrechtecharta** (GRC) wurde zwar bereits auf dem EU-Gipfel von Nizza am 7.12.2000 feierlich proklamiert, jedoch kam ihr eine unmittelbare Rechtswirkung vorerst nicht zu. Erst mit dem Vertrag von Lissabon wurde sie rechtsverbindlich in das europäische Primärrecht integriert. Zwar wurde sie nicht in den Vertragstext des EUV inkorporiert, Art. 6 I Halbs. 2 EUV i.d.F. von Lissabon bestimmt aber die rechtliche Gleichrangigkeit mit den Unionsverträgen; sie ist also trotz unterbliebener Integration in den EUV (n.F.) oder den AEUV integraler Bestandteil des **primären Unionsrechts**. Sekundäres Unionsrecht ist somit stets im Lichte der GRC auszulegen.¹²⁶ Auch ist die GRC im Rahmen ihres Anwendungsbereichs (dazu sogleich Rn 9c/d) verbindliche und mit einem **Anwendungsvorrang** (oben Rn 9) gegenüber nationalem Recht versehene Rechtsquelle für Unionsbürger.

Die in der GRC kodifizierten Grund- und Menschenrechte sind in sechs große Kapitel unterteilt: Kapitel I (Würde): Würde des Menschen; Recht auf Leben; Recht auf Unversehrtheit; Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung; Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit; Kapitel II (Freiheiten): Recht auf Freiheit und Sicherheit; Achtung des Privat- und Familienlebens; Schutz personenbezogener Daten; Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen; Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit; Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit; Freiheit von Kunst und Wissenschaft; Recht auf Bildung; Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten; unternehmerische Freiheit; Eigentumsrecht; Asylrecht; Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung; Kapitel III (Gleichheit): Gleichheit vor dem Gesetz; Nichtdiskriminierung; Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen; Gleichheit von Männern und Frauen; Rechte des Kindes; Rechte älterer Menschen; Integration von Menschen mit Behinderung. Kapitel IV enthält Solidaritätsrechte sowie Umweltschutz und Verbraucherschutz, Kapitel V enthält Bürgerrechte wie das Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen die Freizügigkeit und die Aufenthaltsfreiheit; in Kapitel VI sind justizielle Rechte gewährleistet und Kapitel VII enthält allgemeine Bestimmungen.

- 9c Die **GRC** gilt zunächst für die **Organe und Einrichtungen der Union** unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Die Charta gilt mit ihrem Anwendungsvorrang vor nationalem Recht auch für **EU-Mitgliedstaaten, wenn diese das Unionsrecht umsetzen** (Art. 51 I S. 1 Halbs. 2 GRC).¹²⁷ Nach dem Wortlaut des Art. 51 I S. 1 Halbs. 2 GRC findet die GRC somit keine Anwendung auf rein nationale Sachverhalte, d.h. auf Sachverhalte, deren zugrunde liegende Vorschriften nicht in Durchführung des EU-Rechts ergangen sind. Hier sind an sich die mitgliedstaatlichen Grundrechte alleiniger Prüfungsmaßstab. Allerdings hat der EuGH in seinem Åkerberg-Fransson-Urteil entschieden, dass die durch die GRC garantierten Grundrechte auch bei nationalen Sachverhalten zu beachten seien, wenn die betreffende **nationale Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts** falle.¹²⁸ Damit weitet der Gerichtshof den Anwendungsbereich der GRC entgegen dem Wortlaut des Art. 51 I S. 1 Halbs. 2 GRC aus und erstreckt ihn auf den gesamten Geltungsbereich des Unionsrechts. Der Geltungsbereich des Unionsrechts wiederum bestimmt sich nach den Bestimmungen des EU-Primärrechts und dem dieses konkretisierenden EU-Sekundärrecht. Nach der Aussage des EuGH in seinem Åkerberg-Fransson-Urteil gilt also: „**Der Anwendungsbereich der GRC reicht so weit wie der des Unionsrechts.**“ Das ist mit Blick auf die Erweiterung des Individualrechtsschutzes zwar begrüßenswert, jedoch mit Blick auf den Wortlaut des Art. 51 I S. 1

¹²⁶ EuGH NVwZ 2013, 1139 f.

¹²⁷ Vgl. dazu EuGH EuZW 2011, 137 ff. Siehe auch EuGH NVwZ 2018, 643 ff. (Homosexualitätstests für Asylbewerber mit Art. 7 GRC unvereinbar). Vgl. auch *Jarass*, NVwZ 2012, 457 ff.

¹²⁸ EuGH NJW 2013, 1415, 1416 (Åkerberg Fransson).

Halbs. 2 GRC und damit aus kompetenziellen Gründen abzulehnen. Insbesondere macht Art. 6 EUV deutlich, dass durch die Bestimmungen der GRC die in den Primärverträgen festgesetzten Zuständigkeiten der Union (und damit auch die Jurisdiktion des Gerichtshofs) in keiner Weise erweitert werden. Gerade darauf läuft die genannte Rechtsprechung des EuGH aber hinaus.

Eine Abkehr von der doch sehr weiten Interpretation des Anwendungsbereichs der GRC findet sich indes in späteren Entscheidungen des EuGH¹²⁹, was mit Blick auf den Wortlaut des Art. 51 I S. 1, II GRC zu begrüßen ist. So lässt es der EuGH in seiner aktuellen Rechtsprechung nicht genügen, dass eine nationale Maßnahme in einen Bereich fällt, in dem die Union über Zuständigkeiten verfügt. Erforderlich sei vielmehr, dass die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich den Mitgliedstaaten auch spezifische Verpflichtungen auferlegten, die diese umzusetzen hätten.¹³⁰

9d

Im konkreten Fall rügten zwei Arbeitnehmer, die bei Coca-Cola Deutschland Nachtarbeit im Schichtdienst geleistet hatten, klageweise, dass nach § 7 Nr. 1 des Manteltarifvertrags (MTV) der Zuschlag für die regelmäßige Nachtarbeit um 30% geringer ausfällt als für unregelmäßige Nachtarbeit. Die Begründung der Tarifvertragsparteien für die Festlegung der unterschiedlichen Höhe der Vergütung für Nachtarbeit, die darin bestehe, dass bei unregelmäßiger Nachtarbeit eine Planbarkeit nicht möglich sei, was zu einer deutlich höheren Belastung für die betreffenden Arbeitnehmer führe, überzeuge nicht.¹³¹

Die beiden Arbeitnehmer machten eine Verletzung des Art. 3 I GG (allgemeiner Gleichheitssatz) und des Art. 20 GRC (Gleichheit vor dem Gesetz) geltend. Nachdem ihre Klagen vor dem Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht gescheitert waren, legten sie Revision beim Bundesarbeitsgericht ein. Dieses setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) die Frage vor, ob mit einer tarifvertraglichen Regelung, die für unregelmäßige Nachtarbeit einen höheren Vergütungszuschlag vorsieht als für regelmäßige Nachtarbeit, die RL 2003/88 i.S.v. Art. 51 I GRC durchgeführt werde. Einfacher ausgedrückt: Wird mit § 7 Nr. 1 MTV Unionsrecht umgesetzt?

Der EuGH hat entschieden, dass die RL 2003/88 zwar Dauer und Rhythmus der Nachtarbeit, den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Nachtarbeiter sowie die Unterrichtung der zuständigen Behörden regelt, nicht aber das Entgelt der Arbeitnehmer für Nachtarbeit. Fehle also eine solche Regelung, erlege die RL insoweit den Mitgliedstaaten in Bezug auf die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Sachverhalte auch keine spezifische Verpflichtung auf. Fehle eine spezifische Verpflichtung, könne sie nicht als Durchführung des Rechts der Union i.S.v. Art. 51 GRC angesehen werden.¹³² In der Folge stand damit auch nicht Art. 20 GRC als Prüfungsmaßstab zur Verfügung.

Im Ergebnis folgt daraus: Um die GRC auf einen Sachverhalt anwenden zu können, genügt es nicht, dass die Union über die Kompetenz zur Regelung dieses Sachverhalts verfügt. Sie muss auch von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht und den Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen aufgegeben haben.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der Anwendungsvorrang der GRC übt Einfluss unmittelbar auf die **Grundrechtsprüfung** aus: Denn regelt das **Unionsrecht** einen Sachverhalt **abschließend** (i.S.v. **vollständig determinierend**, wie das in weiten Teilen des Datenschutzrechts der Fall ist¹³³), führt das – wie aufgezeigt – nach der

¹²⁹ EuGH NVwZ 2014, 575; EuGH EuZW 2014, 795; EuGH NJW 2015, 145; EuGH EuZW 2015, 439; EuGH EuZW 2022, 721.

¹³⁰ EuGH EuZW 2022, 721, 722.

¹³¹ So die Sachverhaltsdarstellung EuGH EuZW 2022, 721 f.

¹³² EuGH EuZW 2022, 721, 723.

¹³³ Auf EU-Ebene ist neben der primärrechtlichen Bestimmung des Art. 8 GRC auch das sekundärrechtliche Regelwerk der **DSGVO** zu beachten. Dieses mit Anwendungsvorrang versehene und gemäß seiner Rechtsnatur als EU-Verordnung i.S.d. Art. 288 II AEUV unmittelbar geltende Regelwerk normiert die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten

Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass Akte der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen sind, sondern am Maßstab der dann vorrangigen Unionsgrundrechte. Die thematisch einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes sind insoweit nicht anwendbar; sie bleiben hinter den Unionsgrundrechten (aber) „ruhend in Kraft“¹³⁴. Voraussetzung für den Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte ist aber, dass diese einen den Grundrechten des Grundgesetzes ebenbürtigen Schutz bieten.¹³⁵ So betont das BVerfG, der durch die Unionsgrundrechte jeweils gewährleistete Schutz müsse dem vom Grundgesetz als unabdingbar geforderten Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten sein und insbesondere den Wesensgehalt der Grundrechte verbürgen, um Anwendungsvorrang zu entfalten.¹³⁶ Nach gegenwärtigem Stand sei das aber der Fall.¹³⁷

Bei der Bearbeitung von Grundrechtsfällen muss daher zunächst geprüft werden, ob die Unionsgrundrechte oder die nationalen Grundrechte Prüfungsmaßstab sind. Dazu bietet sich folgende Vorgehensweise an:

- Damit die GRC Anwendungsvorrang gegenüber den nationalen Grundrechten entfalten kann, muss sie zunächst selbst anwendbar sein. Dazu ist zunächst die Rechtsnatur der GRC als Teil des europäischen Primärrechts (Art. 6 I EUV) festzustellen.
- Sodann ist der Anwendungsbereich der GRC gem. Art. 51 I S. 1 GRC zu erörtern, der nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH voraussetzt, dass die Union von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht und den Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen aufgegeben hat.
- Folgerichtig ist dann zu untersuchen, ob der zu prüfende Sachverhalt in die Gesetzgebungskompetenz der Union fällt, was anhand eines Abgleiches mit den Politiken der Union festzustellen ist, die sich aus den übertragenen Einzelermächtigungen ergeben. Zu den Politiken gehören gem. Art. 3 und 4 AEUV (konkretisiert in Art. 26-197 AEUV) insbesondere der Binnenmarkt¹³⁸, der freie Warenverkehr, die Landwirtschaft und die Fischerei, die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit), Grenzkontrollen, die Asyl- und Einwanderungspolitik, die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen und die polizeiliche Zusammenarbeit, die Verkehrspolitik, der unternehmerische Wettbewerb, steuerliche Vorschriften sowie die Wirtschafts- und Währungspolitik.
- Fällt danach der zu untersuchende Sachverhalt in die Gesetzgebungskompetenz der Union und steht somit fest, dass die GRC anwendbar ist, ist sodann zu prüfen, ob das Unionsrecht den zu untersuchenden Sachverhalt vollständig und abschließend determiniert oder den Mitgliedstaaten einen Spielraum lässt, was durch Auslegung des Unionsrechts zu ermitteln ist.
- Regelt das Unionsrecht den Sachverhalt abschließend (i.S.v. vollständig determinierend), führt das nach der Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass die thematisch einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes insoweit nicht anwendbar

innerhalb der EU. Die DSGVO möchte sowohl den Datenschutz als auch den freien Datenverkehr innerhalb des Europäischen Binnenmarktes gewährleisten (Art. 1 DSGVO). Gemäß S. 2 ihres Erwägungsgrunds 10 soll dies (bis auf einige Ausnahmen, in denen die DSGVO den Mitgliedstaaten Spielräume lässt, wie das gem. Art. 85 II DSGVO der Fall ist) **unionsweit gleichmäßig und einheitlich** geschehen.

¹³⁴ BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Bestätigt in BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II) und in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Siehe auch BVerfGE 156, 63, 113 (elektronische Aufenthaltsüberwachung); BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 (Europäischer Haftbefehl); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 f. (Zulassung für ein Tierarzneimittel). Zur Problematik siehe Rn 113 ff.

¹³⁵ BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II); BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) – mit Verweis auf BVerfGE 73, 339, 387; 102, 147, 162 f.; 118, 79, 95; 125, 260, 306; 129, 186, 199; 152, 216, 235 f.

¹³⁶ BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) mit Verweis auf BVerfGE 73, 339, 376 u. 387; 102, 147, 162 ff.; 118, 79, 95; 129, 186, 199.

¹³⁷ BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

¹³⁸ Wichtige Gegenstände des Binnenmarkts sind in Art. 114 III AEUV genannt: Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz.

sind; sie bleiben hinter den Unionsgrundrechten (aber) „ruhend in Kraft“¹³⁹. Der Sachverhalt (d.h. der zu prüfende nationale Rechtsakt) ist am Maßstab der Unionsgrundrechte zu prüfen – dazu sogleich Rn 9f.

- Ist aber der zu prüfende nationale Rechtsakt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert, ist er am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen¹⁴⁰, dazu ebenfalls sogleich Rn 9f.

Eine **horizontale Direktwirkung** („unmittelbare Drittwirkung“ – also eine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten) der Gewährleistungen der GRC ist **abzulehnen**. Wortlaut und Ratio des Art. 51 I S. 1 GRC sprechen dagegen.¹⁴¹ Ähnlich, wie das bei den Grundrechten des GG aber anerkannt ist¹⁴², wird man auch bei den Grundrechten der GRC eine objektive Wertordnung annehmen und daraus eine **mittelbare Drittwirkung** ableiten müssen.¹⁴³

9e

Der Anwendungsvorrang der GRC hat auch eine **prozessuale** Seite. Denn werden die Grundrechte des Grundgesetzes durch die Unionsgrundrechte verdrängt, d.h. in ihrer Anwendbarkeit gesperrt, kann das BVerfG auch nicht die Vereinbarkeit von Maßnahmen innerstaatlicher Stellen, die Unionsrecht anwenden, am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes prüfen.¹⁴⁴ An sich stehen dem BVerfG (wegen Art. 93 GG) auch nicht die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab zur Verfügung. Denn für die Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte ist der EuGH zuständig. Für Individualbeschwerden in Bezug auf nationale Rechtsakte besteht nach Art. 263 ff. AEUV aber keine Zuständigkeit des EuGH. Ein Unionsbürger hat also keine Möglichkeit, direkt vor dem EuGH die Verletzung eines Unionsgrundrechts durch nationale Stellen zu rügen. Und da nach dem Gesagten die Grundrechte des Grundgesetzes nicht anwendbar sind, kann auch schon deshalb nicht die Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes vor dem BVerfG geltend gemacht werden. Das führt zu einer (vermeintlichen) Rechtsschutzlücke, die das BVerfG geschlossen hat. Es nimmt für sich eine Prüfungskompetenz dahingehend in Anspruch, dass es das durch deutsche Stellen angewendete Unionsrecht (d.h. das den Sachverhalt vollständig determinierende sekundäre Unionsrecht) am Maßstab der Unionsgrundrechte prüft.¹⁴⁵ Das entspricht freilich nicht dem Regelungsgehalt des Art. 93 GG, der dem BVerfG allein das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab aufzeigt, weshalb die Vorgehensweise des BVerfG – trotz des unabweislichen Bedürfnisses nach der Schlie-

9f

¹³⁹ BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Bestätigt in BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II) und in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Siehe auch BVerfGE 156, 63, 113 (elektronische Aufenthaltsüberwachung); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 (Zulassung für ein Tierarzneimittel). Zur Problematik siehe Rn 113 ff.

¹⁴⁰ So im Fall BVerfG NVwZ 2021, 1211 ff. (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

¹⁴¹ EuGH NZA 2014, 193 ff. Insofern besteht also kein Unterschied zum nationalen Recht. So regelt für die Bundesrepublik Deutschland Art. 1 III GG eindeutig, dass die Grundrechte des GG (unmittelbar) nur die Staatsgewalt binden. Eine unmittelbare Geltung von Grundrechten zwischen Privaten liegt nur dort vor, wo das Grundgesetz dies eindeutig anordnet (so Art. 9 III S. 2 GG).

¹⁴² Die allgemein anerkannte mittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten fußt auf der „objektiven Wertordnung“, die von den Grundrechten ausgeht. Denn die Grundrechte nehmen Einfluss auch auf die gesamte (Zivil-)Rechtsordnung. Sie gelten für alle Bereiche des Rechts als Richtlinie und Impuls und damit auch mittelbar im Verhältnis der Bürger untereinander (dazu Rn 21 und 105).

¹⁴³ Siehe bereits die 17. Aufl. 2015. Das BVerfG hat das später ausdrücklich bestätigt, indem es formuliert: „Eine Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“, wie sie das deutsche Recht kennt (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom selben Tag - 1 BvR 16/13 -, Rn 76 f.), wird der Auslegung des Unionsrechts dabei nicht zugrunde gelegt. Im Ergebnis kommt den Unionsgrundrechten für das Verhältnis zwischen Privaten jedoch eine ähnliche Wirkung zu. Die Grundrechte der Charta können einzelfallbezogen in das Privatrecht hineinwirken.“ (BVerfG NVwZ 2020, 63, 72).

¹⁴⁴ BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“); BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II); BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II).

¹⁴⁵ BVerfG NVwZ 2020, 63, 67 („Recht auf Vergessenwerden II“). Siehe auch BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

ßung von (vermeintlichen) Rechtsschutzlücken¹⁴⁶ – vom Verfasser an anderer Stelle auch scharf kritisiert wird.¹⁴⁷

Hinweis für die Fallbearbeitung: Damit ist unklar, ob in einer Themenarbeit oder Fallbearbeitung ein thematisch einschlägiges Grundrecht des Grundgesetzes überhaupt noch als Prüfungsmaßstab herangezogen werden darf, wenn der Sachverhalt (d.h. die zu prüfende innerstaatliche Maßnahme) in den abschließenden Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, was durch Auslegung des Unionsrechts zu ermitteln ist. Das trifft auf Verordnungsstufe auf das **Datenschutzrecht** zu und auf Richtlinienstufe insbesondere auf das Verbraucherschutzrecht.

- ⇒ So ordnet bspw. die **Verbraucherrechtlichrichtlinie** (Richtlinie 2011/83/EU) weitgehend eine Vollharmonisierung auf EU-Ebene insbesondere im Fernabsatzrecht und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen an.¹⁴⁸
- ⇒ Eine weitgehende Vollharmonisierung besteht auch hinsichtlich der **Warenkaufrichtlinie** (Richtlinie (EU) 2019/771), deren Zweck es ist, zum ordnungsgemäßen Funktionieren des (digitalen) Binnenmarkts beizutragen und gleichzeitig für ein hohes Verbraucherschutzniveau zu sorgen¹⁴⁹,
- ⇒ und hinsichtlich der **Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen** (Richtlinie (EU) 2019/770), die gemeinsame Vorschriften für bestimmte Anforderungen an Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen festlegt und in ihren Kernbereichen (wie die Warenkaufrichtlinie) eine weit reichende Vollharmonisierung vorsieht; abweichende nationale Bestimmungen sind auf diesen Gebieten ausgeschlossen¹⁵⁰.

Auch das Verfahren der Überstellung im Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl ist vollständig unionsrechtlich determiniert.¹⁵¹

Es kann mittlerweile als gesichert angesehen werden, dass bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen grundsätzlich nicht die deutschen Grundrechte, sondern die Unionsgrundrechte den Prüfungsmaßstab bilden.¹⁵² Das BVerfG spricht insoweit von „Die Nichtanwendung der deutschen Grundrechte als unmittelbarer Kontrollmaßstab“.¹⁵³

Rechtsmethodisch darf in einer Themenarbeit oder Fallbearbeitung ein thematisch einschlägiges Grundrecht des Grundgesetzes also nicht mehr als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, wenn der Sachverhalt in den abschließenden Anwendungsbereich eines Unionsgrundrechts fällt.¹⁵⁴

¹⁴⁶ Siehe dazu auch *Hoffmann*, NVwZ 2020, 33 ff.

¹⁴⁷ Siehe bereits den Beitrag des Verfassers vom 1.12.2019 abrufbar unter verlag-rolf-schmidt.de/aktuelles-2019-pruefung-von-akten-deutscher-oeffentlicher-gewalt-am-maßstab-von-unionsgrundrechten. Siehe auch unten Rn 113 ff. (zum anwendbaren Prüfungsmaßstab in der Fallbearbeitung) sowie *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 366h ff. Siehe auch die Kritik von *Muckel*, JA 2020, 237, 239.

¹⁴⁸ Siehe Erwägungsgründe 2, 4, 5, 7 und 9 sowie Art. 4 der RL – dazu Rn 113 ff.

¹⁴⁹ Siehe Art. 1 der RL i.V.m. ihren Erwägungsgründen 1 und 3 – dazu ebenfalls Rn 113 ff.

¹⁵⁰ Siehe Art. 4 der RL i.V.m. Erwägungsgrund 11; lediglich einzelne Materien wie die Verjährungsregelung sind einer abweichenden Regelung zugänglich (siehe Erwägungsgrund 58) – dazu ebenfalls Rn 113 ff.

¹⁵¹ BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 mit Verweis auf BVerfGE 140, 317, 343; 147, 364, 382.

¹⁵² Siehe ausdrücklich BVerfG NJW 2021, 1518, 1519: „Bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen sind grundsätzlich nicht die deutschen Grundrechte, sondern die Unionsgrundrechte maßgeblich.“

¹⁵³ BVerfG NJW 2021, 1518, 1519.

¹⁵⁴ Das sieht auch der BGH so (BGH NJW 2020, 3436, 3437 ff.), der im Rahmen geltend gemachter Lösungsansprüche ggü Google Einzelfallprüfungen ausschließlich am Maßstab der widerstreitenden Grundrechte der GRC vornimmt. In die gleiche Richtung BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 (Europäischer Haftbefehl), wo das Gericht von „Nichtanwendung der deutschen Grundrechte als unmittelbarer Kontrollmaßstab“ spricht. Und in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II) heißt es, dass die Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes eröffnet sei, da § 6a ATDG kein zwingendes Unionsrecht in deutsches Recht umsetze. Ähnlich BVerfGE 156, 63, 113 (elektronische Aufenthaltsüberwachung), wo das BVerfG erneut deutlich macht, dass der Beschwerdegegenstand am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen sei, da es an unionsrechtlichen Determinierungen fehle. Vgl. auch BVerfG 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 Rn 101 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2021, 1222), wo es heißt, dass die Regelungen im StGB über die Vermögensabschöpfung vollumfänglich – und ausschließlich – am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar seien, da sie keine unionsrechtlichen Vorgaben umsetzen. Schließlich ist BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1214 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) zu

Freilich stellt sich die Problematik nicht, wenn Vorschriften zu prüfen sind, die nicht bzw. nicht vollständig durch das Unionsrecht determiniert sind, es also um nationales Recht geht, das auf der Grundlage von EU-Recht erlassen wurde, das den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume lässt, wie das bspw. bei Art. 85 II DSGVO („Medienprivileg“) oder Art. 88 DSGVO in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz oder der Datenschutzrichtlinie im Bereich von Justiz und Inneres (EU) 2016/680 der Fall ist. Auch § 6a ATDG setzt kein (zwingendes) Unionsrecht um, da die Richtlinie 2002/58/EG („ePrivacy“-Richtlinie), die Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutzrichtlinie im Bereich von Justiz und Inneres) und die Richtlinie (EU) 2017/541 (Terrorismusbekämpfungsrichtlinie) nur Grundsätze und Mindeststandards festlegen.¹⁵⁵ Auch die meisten nationalen umweltrechtlichen Vorschriften sind nicht vollständig unionsrechtlich determiniert, da das EU-Umweltrecht (in Form von Richtlinien) regelmäßig lediglich Mindeststandards regelt.¹⁵⁶ In diesen Fällen sind die Grundrechte des Grundgesetzes nicht in ihrer Anwendung gesperrt und das BVerfG prüft innerstaatliches Recht, das der Durchführung von Unionsrecht dient, am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes¹⁵⁷, freilich in europarechtskonformer Auslegung, was bedeutet, dass die Unionsgrundrechte zwar nicht unmittelbar, aber mittelbar im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung zu beachten sind (wobei sich aber i.d.R. ohnehin kein Unterschied im Schutzniveau ergeben dürfte und daher nicht wirklich am Maßstab der Unionsgrundrechte ausgelegt werden muss).

Es ist, was den Prüfungsmaßstab betrifft, also stets danach zu unterscheiden, ob unionsrechtlich vollständig oder nicht bzw. nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht auf seine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen ist (siehe dazu Rn 113 ff.). Zur Prüfungskompetenz des BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde siehe *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 366h ff.

Bei Überlappung der Gewährleistungsbereiche von Grundrechten der Grundrechtecharta und des Grundgesetzes gilt die **Schutzniveaunklausel** des Art. 53 GRC. Die Vorschrift lässt weitergehende (inhaltsgleiche) Gewährleistungen anderer Kodifikationen (und damit auch des Grundgesetzes) unberührt, weshalb Art. 53 GRC auch **Meistbegünstigungsklausel** genannt wird.¹⁵⁸ Schließt die Grundrechtecharta danach also einen weitergehenden Grundrechtsschutz durch andere Gewährleistungen nicht aus, könnte das bedeuten, dass die Grundrechtecharta insoweit auch keinen Anwendungsvorrang genießt. Das darf nach Auffassung des EuGH jedoch nicht dazu führen, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterlaufen wird.¹⁵⁹ Das bedeutet: Auch wenn nationaler Grundrechtsschutz weiter geht als derjenige nach der GRC, darf dies den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht beeinträchtigen. Ob dies mit Wortlaut und Regelungszweck des Art. 53 GRC in Einklang steht, darf bezweifelt werden. In einer aktuellen

99

nennen, wo es heißt, dass die Frage der Heranziehung und Verarbeitung der von den Beschwerdeführerinnen erstellten Ökotox-Daten durch das Bundesamt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sei, sodass der Bescheid des Bundesamts am Maßstab von Art. 12 I GG zu messen sei.

¹⁵⁵ BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II).

¹⁵⁶ BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 (Klimaschutzgesetz).

¹⁵⁷ BVerfG NVwZ 2020, 53 ff. („Recht auf Vergessenwerden I“); BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Ähnlich BVerfGE 156, 63, 113 (elektronische Aufenthaltsüberwachung), wo das BVerfG erneut deutlich macht, dass der Beschwerdegegenstand am Maßstab der Grundrechte des **Grundgesetzes** zu messen sei, da es an unionsrechtlichen Determinierungen fehle. Siehe auch BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II). Und auch bei BVerfG 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 Rn 101 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2021, 1222) heißt es, dass die Regelungen im StGB über die Vermögensabschöpfung vollumfänglich – und ausschließlich – am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar seien, da sie keine unionsrechtlichen Vorgaben umsetzten. Und in BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 (Klimaschutzgesetz) heißt es, dass die angegriffenen Vorschriften nicht vollständig unionsrechtlich determiniert seien (womit die Grundrechte des Grundgesetzes Prüfungsmaßstab waren). Schließlich ist BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1214 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) zu nennen, wo es heißt, dass die Frage der Heranziehung und Verarbeitung der von den Beschwerdeführerinnen erstellten Ökotox-Daten durch das Bundesamt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sei, sodass der Bescheid des Bundesamts am Maßstab von Art. 12 I GG zu messen sei.

¹⁵⁸ Siehe dazu EuGH NJW 2013, 1215, 1216 f. (Melloni). Zur Abgrenzung zu Art. 52 III GRC, der den Einfluss der EMRK auf Bedeutung und Tragweite der EU-Grundrechte regelt, siehe Rn 9k.

¹⁵⁹ EuGH NJW 2013, 1215, 1216 f. (Melloni).

Entscheidung hat der EuGH denn auch betont, dass weitergehender nationaler Schutz unberührt bleibt.¹⁶⁰ Zwar ging es in der Entscheidung nicht (direkt) um Art. 53 GRC, sondern um die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die in Art. 8 I bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften einführen oder beibehalten können, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger sind als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften. Da der EuGH jedoch Art. 10 I GRC (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) ins Spiel bringt, ist damit auch Art. 53 GRC ein Thema. Der EuGH überlässt folgerichtig (wenngleich auf Art. 8 I der RiLi gestützt) die Abwägung mit den widerstreitenden Neutralitätsinteressen den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten, sofern das nationale Recht ein höheres Schutzniveau entfaltet.¹⁶¹

4. Verhältnis zwischen GRC und EMRK

- 9h Gemäß Art. 6 II S. 1 EUV tritt die EU der EMRK bei. Ein solcher Beitritt ist aber noch nicht erfolgt. Sollte – trotz vehement geäußerter Bedenken des EuGH¹⁶² – ein Beitritt erfolgen, erhielte die EMRK nicht nur ihre 48. Vertragspartei, sondern die 27 EU-Mitgliedstaaten wären dann auch „parallel“ vertreten, und zwar zunächst direkt (d.h. über den Europarat) und parallel dazu über die EU als Vertragspartei der EMRK. Weitere Folge wäre, dass die EMRK entgegen dem bei Rn 4d ff. Gesagten zur unmittelbar geltenden Rechtsquelle erhoben (vgl. Art. 216 II AEUV) würde. Die EU und ihre Organe müssten sich dem Regime der EMRK unterwerfen. Der EGMR würde die Zuständigkeit erhalten, Akte der Organe der EU (einschließlich der Entscheidungen des EuGH) am Maßstab der EMRK zu überprüfen.
- 9i Genau hier setzen (hintergründig) die Bedenken des EuGH an, die er in seinem genannten Gutachten geäußert hat. Letztlich geht es um die Frage, ob das aus einem Beitritt der EU zur EMRK resultierende Nebeneinander der Systeme mit dem EU-Primärrecht vereinbar wäre. Der EuGH sieht eine Gefahr für die Zuständigkeiten der EU und deren Organe im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, wenn der EGMR bindend für die EU entscheide. Der EGMR dürfe nicht über unionsinterne Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten entscheiden.
- 9j Unbeschadet eines späteren (möglichen) Beitritts der EU zur EMRK sind nach Art. 6 III EUV auch nach der gegenwärtigen Rechtslage u.a. die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind, als „allgemeine Grundsätze“ Teil des Unionsrechts. Die Formulierung „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ lässt eindeutig erkennen, dass die EMRK keine eigene Rechtsquelle für das Unionsrecht sein kann. Das wäre nur der Fall, wenn es hieße „ist Bestandteil des Unionsrechts“ bzw., wenn der Beitritt der EU zur EMRK erfolgt wäre. Dann wären gem. Art. 216 II AEUV die Organe der Union und die Mitgliedstaaten an die EMRK gebunden. Die EMRK kann für die Union gegenwärtig also nur eine Rechtserkenntnisquelle sein, keine Rechtsquelle. Daher besteht auch keine formelle Bindung der Organe der EU an das Konventionsrecht (und dementsprechend auch nicht an die Judikatur des EGMR, daher kann der EGMR auch nicht Unionsrechtsakte

¹⁶⁰ EuGH NZA 2021, 1085, 1092 (Kopftuchverbot im Arbeitsverhältnis).

¹⁶¹ EuGH NZA 2021, 1085, 1092 (Kopftuchverbot im Arbeitsverhältnis).

¹⁶² Ein Beitrittsabkommen wurde zwar bereits 2013 von der Kommission auf den Weg gebracht, jedoch hat der EuGH in seinem Gutachten C-2/13 v. 18.12.2014 einen Beitritt, wie er in dem Beitrittsabkommen vorgesehen ist, für nicht vereinbar mit dem EU-Recht gehalten. Der EuGH ist der Ansicht, ein Beitrittsabkommen müsse „der besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ gerecht werden. Denn die Union sei kein Staat, wovon aber die EMRK im Verhältnis zu den „Hohen Vertragsparteien“ ausgehe. Es müsse gewährleistet sein, dass Bestimmungen der EMRK und der GRC aufeinander abgestimmt werden. Zudem müsse darauf geachtet werden, dass ein Beitritt nicht den Lissabonner Vertrag verletze. So müsse ausgeschlossen werden, dass der EGMR mit Rechtsstreitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten der EU oder zwischen ihnen und der Union befasst werde. Denn nach dem Lissabonner Vertrag seien die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, Streitigkeiten nur im Rahmen dieses Vertrags zu regeln. Auch dürfe die gerichtliche Kontrolle über Handlungen der Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik keinem unionsexternen Organ anvertraut werden (vgl. dazu näher *Streinz*, JuS 2015, 567 ff.; *Wendel*, NJW 2015, 921 ff. m.w.N.).

prüfen und im Licht der EMRK auslegen); die EMRK dient aber aufgrund des Bestandteils als „allgemeine Grundsätze“ als **Auslegungshilfe** des EuGH in Bezug auf die Gewährleistungen der Grundrechtecharta.

Dies wird besonders deutlich durch Heranziehung der **Kongruenz- bzw. Konvergenzklausel** des Art. 52 III S. 1 GRC, wonach Rechte der GRC, die den Gewährleistungen der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie in der EMRK verliehen werden. Das heißt also: Bei Identität (bzw. Überschneidung) einer Gewährleistung der GRC ist diese im Einklang mit der EMRK auszulegen („konventionskonforme Auslegung der GRC“).¹⁶³ Das trifft – bei einem direkten Normvergleich – auf sehr viele Grundrechte zu und impliziert eine Beachtung der Rechtsprechung des EGMR, der ja die Gewährleistungen der EMRK auslegt. Folgerichtig erstreckt sich die Kongruenz- bzw. Konvergenzklausel des Art. 52 III S. 1 GRC auch auf solche Grundrechte, die vom EGMR aus anderen Grundrechten der Konvention abgeleitet wurden, wie etwa das Datenschutzgrundrecht, das der EGMR aus Art. 8 I EMRK abgeleitet hat¹⁶⁴. Freilich bleibt ein höherer Standard (d.h. ein höheres Schutzniveau) unberührt, da die EMRK insoweit lediglich einen Mindeststandard gewährt (siehe Art. 52 III S. 2 GRC und Art. 53 EMRK). Das bedeutet (auch für die Fallbearbeitung), dass die Schrankenregelungen der EMRK, sofern sie vom EGMR enger ausgelegt werden, als dies nach der GRC der Fall wäre, auch bei den entsprechenden Grundrechten der Charta zu beachten sind, da der Schutz der GRC gem. Art. 52 III S. 1 GRC ja nicht geringer ausfallen darf.^{165 166}

9k

5. Fazit zum Verhältnis der drei (Grund-)Rechtsordnungen

Nach dem bisher Gesagten lässt sich festhalten, dass mit der GRC, der EMRK und den Grundrechten der nationalen Verfassungen (im vorliegenden Kontext denen des Grundgesetzes) konkurrierende Grundrechtsordnungen bestehen, wodurch eine **dreifache Grundrechtsverbürgung** besteht. Die drei Grundrechtsverbürgungen haben eine große Gemeinsamkeit, den Schutz von Grund- und Menschenrechten. Aber auch, wenn die Schutzbereiche der jeweiligen Gewährleistungen weitgehend deckungsgleich sind und auch bei den Schrankenvorbehalten keine großen Unterschiede bestehen¹⁶⁷, so wachen doch drei verschiedene, die jeweiligen Gewährleistungen nicht stets kongruent auslegende Gerichtsbarkeiten über die jeweilige Einhaltung, der EuGH, der EGMR und das BVerfG, was Rechtsanwender vor besondere Herausforderungen an die Systemkenntnis stellt. Sollte es zu einem Beitritt der EU zur EMRK kommen, werden diese Herausforderungen noch erhöht. Auf der Grundlage des (aber) noch nicht erfolgten Beitritts gilt:

9l

- **Grundrechte der GRC vs. Grundrechte des GG:** Im Verhältnis zwischen den Grundrechten der GRC und den Grundrechten des Grundgesetzes gilt im Rahmen der Anwendbarkeit der GRC (siehe Art. 51 I GRC, dazu Rn 9c/d) grds. der Anwendungsvorrang:
 - ⇒ Das ist zunächst eindeutig, wenn der Schutz der Grundrechte der GRC weiter reicht als das weniger gewährende nationale Recht; dieses ist dann nicht anwendbar.

¹⁶³ Siehe auch EuGH NVwZ 2021, 219, 221 (Rituelle Schlachtung nur mit Betäubung grds. europarechtskonform).

¹⁶⁴ EGMR NVwZ 2011, 1503 ff. (Wasmuth vs. Deutschland); EGMR DÖV 2014, 125 ff. (Rehabilitierung Homosexueller).

¹⁶⁵ Siehe auch EuGH NVwZ 2021, 219, 221 (Rituelle Schlachtung nur mit Betäubung grds. europarechtskonform) und BVerfG NJW 2021, 1518, 1520 (Europäischer Haftbefehl).

¹⁶⁶ Siehe auch EuGH NVwZ 2021, 219, 221, wo es bei Rn 56 heißt: „Bei der Auslegung der Charta sind somit die entsprechenden Rechte der EMRK als Mindestschutzstandard zu berücksichtigen.“ Und BVerfG NJW 2021, 1518, 1520 (Europäischer Haftbefehl) spricht davon, dass die Unionsgrundrechte und die Grundrechte des GG ein „Funktionsäquivalent“ bildeten (Rn 37 der Entscheidung) und dass die Union ein „Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund“ sei (Rn 38 der Entscheidung mit Verweis auf BVerfGE 140, 317, 338; BVerfG NJW 2020, 1647, 1651). Zumindest das mit dem „Rechtssprechungsverbund“, der ja auf Kooperation aufbaut, dürfte einer einseitigen Betrachtung des BVerfG geschuldet sein. Vgl. im Übrigen Rn 222d.

¹⁶⁷ Das betont BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

Allgemeine Grundrechtslehren – Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung

- ⇒ Aber auch bei Identität der Gewährleistungsbereiche gilt grds. der Anwendungsvorrang.
- ⇒ Bei weiterreichendem Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes greift die Schutzniveaulause (Meistbegünstigungsklausel) des Art. 53 GRG.¹⁶⁸

Greift der Anwendungsvorrang, prüft das BVerfG Akte deutscher Stellen, die unionsrechtlich vollständig vereinheitlichte Regelungen des Unionsrechts anwenden, am Maßstab der Unionsgrundrechte, weil Individualrechtsschutz vor dem EuGH nicht besteht.¹⁶⁹ Freilich legt der Wortlaut der Art. 23 und 93 GG eine solche Vorgehensweise nicht gerade nahe, weshalb sie vom Verfasser an anderer Stelle auch kritisiert wird¹⁷⁰. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte es sich vielmehr angeboten, eine Ausnahme vom Anwendungsvorrang zu machen, wenn Individualrechtsschutz vor dem EuGH nicht besteht. Denn in diesem Fall leben die Grundrechte des Grundgesetzes wieder auf und stehen dem BVerfG als Prüfungsmaßstab zur Verfügung.

Das Problem stellt sich aber nicht, wenn es um unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht geht, weil dieses auch vom BVerfG primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes geprüft wird, auch wenn das innerstaatliche Recht der Durchführung des Unionsrechts dient.¹⁷¹

Auf prozessualer Ebene wird das Problem gleichwohl zumindest bei Erhebung einer Verfassungsbeschwerde relativiert, da sich das BVerfG auch für die Prüfung von Akten deutscher Stellen, die unionsrechtlich vollständig vereinheitlichte Regelungen des Unionsrechts anwenden, am Maßstab der Unionsgrundrechte zuständig erklärt und daher dem Beschwerdeführer zumindest die Problematik nimmt, abzugrenzen, ob der angegriffene Akt unionsrechtlich vollständig oder nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht darstellt.

- **Grund- und Menschenrechte der EMRK vs. Grundrechte des GG:** Innerhalb der Bundesrepublik Deutschland kommt der EMRK kraft einfachgesetzlicher Übernahme¹⁷² gem. Art. 59 II S. 1 GG der formale Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Daraus folgt, dass die EMRK mit ihren Grund- und Menschenrechten in ihrem Rang *unterhalb* der Grundrechte des Grundgesetzes auf formaler Ebene von Bundesgesetzen steht. Dieser formale Rang der EMRK lässt sich damit erklären, dass ein Ratifikationsgesetz einem ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag maximal den Rang verleihen kann, den es selbst hat. Handelt es sich bei dem Ratifikationsgesetz also um ein einfaches Bundesgesetz, kann es der EMRK auch maximal diesen innerstaatlichen Rang zusprechen.¹⁷³ Allerdings ist es ständige Rspr. des BVerfG, dass aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 1 II GG)¹⁷⁴ sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik

¹⁶⁸ Siehe EuGH NJW 2013, 1215, 1216 f. (Melloni) – dazu oben Rn 9g.

¹⁶⁹ BVerfG NVwZ 2020, 63, 64 ff. („Recht auf Vergessenwerden II“). Fortgeführt in BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 f. (Europäischer Haftbefehl); BGH NJW 2020, 3436, 3437 ff. (Löschungsansprüche ggü Google). Siehe dazu und zur Kritik ausführlich Rn 222 ff.

¹⁷⁰ Siehe bereits den Beitrag des Verfassers vom 1.12.2019 abrufbar unter verlag-rolf-schmidt.de/aktuelles-2019-pruefung-von-akten-deutscher-oeffentlicher-gewalt-am-maßstab-von-unionsgrundrechten. Siehe auch unten Rn 222 ff. (zum anwendbaren Prüfungsmaßstab in der Fallbearbeitung) sowie *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 366h ff. Siehe auch die Kritik von *Muckel*, JA 2020, 237, 239.

¹⁷¹ BVerfG NVwZ 2020, 53, 54 ff. („Recht auf Vergessenwerden I“). Und auch bei BVerfG 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 Rn 101 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2021, 1222) heißt es, dass die Regelungen im StGB über die Vermögensabschöpfung vollumfänglich – und ausschließlich – am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar seien, da sie keine unionsrechtlichen Vorgaben umsetzen – siehe dazu ebenfalls Rn 222 ff. Siehe auch BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 (Klimaschutzgesetz), wo es heißt, dass die angegriffenen Vorschriften nicht vollständig unionsrechtlich determiniert seien. Schließlich heißt es in BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1214 (Zulassung für ein Tierarzneimittel), dass die Frage der Heranziehung und Verarbeitung der von den Beschwerdeführerinnen erstellten Ökotox-Daten durch das Bundesamt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sei, sodass der Bescheid des Bundesamts am Maßstab von Art. 12 I GG zu messen sei.

¹⁷² Vgl. das Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952 (BGBl II 1952, 685); die EMRK ist gemäß der Bekanntmachung v. 15.12.1953 (BGBl II 1954, 14) am 3.9.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Vgl. auch die Neubekanntmachung der Konvention i.d.F. des 11. Zusatzprotokolls, BGBl II 2002, 1054.

¹⁷³ Vgl. zum Rangverhältnis in Bezug auf die EMRK auch BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel); BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2016, 1295, 1297; BVerfGE 128, 326, 367; 111, 307, 317; 82, 106, 120; 74, 358, 370. Zu Begriff und Bedeutung der **Ratifikation** siehe *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 210.

¹⁷⁴ Vgl. dazu BVerfGE 111, 307, 316 f. (Görgülü); BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK bei der Anwendung von einfachem Recht, bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes sowie bei der Ausübung von Ermessen und der Prüfung der Verhältnismäßigkeit¹⁷⁵ zu berücksichtigen sind.¹⁷⁶ Der EMRK komme insoweit eine verfassungsrechtliche Dimension zu.¹⁷⁷ Relativierend betont das BVerfG jedoch, dass die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK nur so weit fordere, wie dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sei.¹⁷⁸ Das „letzte Wort“ liege bei der deutschen Verfassung.¹⁷⁹ Daher dürfe die Berücksichtigung der EMRK keinesfalls dazu führen, dass der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes eingeschränkt werde.¹⁸⁰

- **Grundrechte der GRC vs. Grund- und Menschenrechte der EMRK:** Zwar tritt gem. Art. 6 II EUV die EU der EMRK bei, solange aber noch kein Beitritt erfolgt ist, ist die EMRK (lediglich) Rechtserkenntnisquelle für die Union. Gewährleistungen der EMRK sind (lediglich) als „allgemeine Grundsätze“ Teil des Unionsrechts und damit (lediglich) Auslegungshilfe des EuGH in Bezug auf die Gewährleistungen der GRC. Bei Identität (bzw. Überschneidung) einer Gewährleistung der GRC ist diese aufgrund der Kongruenz- bzw. Konvergenzklausel des Art. 52 III S. 1 GRC im Einklang mit der EMRK auszulegen. Freilich lässt die EMRK ein etwaiges höheres Schutzniveau der GRC unberührt, da die EMRK insoweit lediglich einen Mindeststandard gewährt (siehe Art. 52 III S. 2 GRC und Art. 53 EMRK). Sollte es zu einem Beitritt der EU zur EMRK kommen, würde die EMRK zur unmittelbar geltenden Rechtsquelle erhoben (vgl. Art. 216 II AEUV). Die EU und ihre Organe müssten sich dem Regime der EMRK unterwerfen. Der EGMR würde die Zuständigkeit erhalten, Akte der Organe der EU (einschließlich der Entscheidungen des EuGH) am Maßstab der EMRK zu überprüfen, was vom EuGH teilweise für mit dem EU-Primärrecht unvereinbar gehalten wird.

Abschließender Hinweis (auch für die Fallbearbeitung): Wie aus den vorstehenden Ausführungen deutlich geworden sein sollte, würde sich eine rein nationale Betrachtung dem Blick auf geltendes Konventionsrecht und EU-Recht verschließen. Es bleibt mithin abzuwarten, welche Folgewirkungen der genannte Anwendungsvorrang der Grundrechtecharta und die Rechtsprechung des BVerfG haben werden. Man wird aber sagen müssen, dass unionsrechtlich vollständig vereinheitlichte Regelungen und damit auch vollharmonisierende Regelungen des sekundären Unionsrechts dazu führen, als alleinigen Prüfungsmaßstab für Akte nationaler Stellen das Unionsrecht anzunehmen. Die Grundrechte des Grundgesetzes werden insoweit erheblich an Bedeutung verlieren. Auch im juristischen Studium wird man daher nicht umhinkommen, sich neben den Grundrechten des Grundgesetzes ausführlich mit den Grundrechten der Grundrechtecharta und den Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auseinanderzusetzen sowie mit deren Verhältnis zueinander. Das vorliegende Buch greift diesen Umstand auf und geht im erforderlichen Rahmen auf die Verzahnung von nationalem Recht und EU-Recht, von nationalem Recht und Konventionsrecht sowie auf diejenige von EU-Recht und Konventionsrecht ein.

9m

¹⁷⁵ Siehe auch *Spitzlei/Schneider*, JA 2019, 9, 11, die von den drei Arten der Berücksichtigung der EMRK im deutschen Recht sprechen.

¹⁷⁶ Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 (Stiefkindadoption); BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1132 (Streikverbot für Beamte); BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfG NJW 2017, 611, 627 ff. (NPD-Parteiverbotsverfahren); BVerfG NJW 2017, 217, 218 (Atomausstieg); BVerfG NJW 2017, 53, 58 f. (ärztliche Zwangsmaßnahmen); BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; NJW 2016, 1295, 1299 f.; BVerfGE 128, 326, 366 ff.; 123, 257, 344 ff.; 113, 273, 296; 112, 1, 26; 111, 307, 317; 92, 26, 48; 83, 119, 128; 74, 358, 370. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

¹⁷⁷ BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1217 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

¹⁷⁸ BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126; BVerfGE 128, 326, 366 ff. Vgl. auch BVerfG NSTZ 2016, 49, 51; NJW 2016, 1939, 1944; NJW 2017, 611, 627 („Auslegungshilfe“); BGH NJW 2016, 91, 95. Enger BGH NSTZ 2015, 541, 544 („prägend“) und NJW 2014, 2029, 2031 („interpretationsleitend“).

¹⁷⁹ BVerfGE 128, 326, 366 ff.; BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126.

¹⁸⁰ BVerfGE 128, 326, 371. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

Hinsichtlich der Einbettung in die Fallbearbeitung ist stets die Aufgabenstellung entscheidend.

- So können zunächst die **Menschenrechte der EMRK** bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sein. Es kann aber auch sein, dass man einen nationalen Sachverhalt (direkt) am Maßstab der Menschenrechte der EMRK prüfen muss (siehe bereits Rn 8). Zum **Prüfschema** einer direkten Prüfung vgl. Rn 220.
- Was die **Grundrechte der GRC** betrifft, ist zu beachten, dass regelmäßig zunächst der Anwendungsbereich der GRC geprüft werden muss (Art. 51 I S. 1 GRC). Denn der EuGH lässt es in seiner aktuellen Rechtsprechung nicht (mehr) genügen, dass eine nationale Maßnahme in einen Bereich fällt, in dem die Union über Zuständigkeiten verfügt. Erforderlich sei vielmehr, dass die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich den Mitgliedstaaten auch spezifische Verpflichtungen auferlegten, die diese umzusetzen hätten¹⁸¹ (dazu Rn 9c/d). Steht dieser fest und regelt das Unionsrecht den zu prüfenden Sachverhalt vollständig und abschließend, sind die Grundrechte der GRC unmittelbarer Prüfungsmaßstab und es kommen dieselben Prüfungsmöglichkeiten wie bei den Grund- und Menschenrechten der EMRK in Betracht. Zum **Prüfschema** einer direkten Prüfung vgl. Rn 215. Lässt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten aber Spielräume, prüft das BVerfG primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, auch wenn das innerstaatliche Recht der Durchführung des Unionsrechts (i.S.v. Art. 51 I S. 1 GRC) dient, freilich in europarechtskonformer Auslegung.
- Letztlich sind auch die **Grundfreiheiten des AEUV** nach diesen Prinzipien zu prüfen. Nach der Feststellung, dass der Sachverhalt EU-Bezug hat, erfolgt die Prüfung der fraglichen Maßnahme (Gesetz, Einzelakt) am Maßstab der einschlägigen Grundfreiheit, entweder inzident (also „eingeschachtelt“) oder separat. Zum **Prüfschema** vgl. Rn 208.

¹⁸¹ EuGH EuZW 2022, 721, 722.

C. Allgemeine Grundrechtslehren (Grundrechtsfunktionen)

I. Die subjektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte

Historisch gesehen sind die Grundrechte als **Abwehrrechte** des Bürgers gegen den Staat konzipiert. Das hat den Hintergrund, dass der Staat das sog. Gewaltmonopol innehat. Nur er ist Inhaber legitimer Gewalt. Das bedeutet, dass der Staat auch unter Ausübung körperlicher Gewalt die Einhaltung seiner Anordnungen und Gesetze erzwingen kann. Er ist unter bestimmten Voraussetzungen zum Eingriff in die persönliche Sphäre seiner Bürger befugt, insbesondere in Freiheit und Eigentum. Gleichwohl muss in einem demokratischen Staatswesen die Staatsgewalt rechtlich geordnet sein, kann also nicht willkürlich ausgeübt werden und ist bestimmten staatlichen Institutionen vorbehalten. Die Grenze staatlichen Eingreifens bilden die Grundrechte als Abwehrrechte. In dieser Funktion stellen sie rechtliche Vorkehrungen zum Schutz vor freiheitsverkürzenden staatlichen Maßnahmen dar. Auch schützen sie vor sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen.

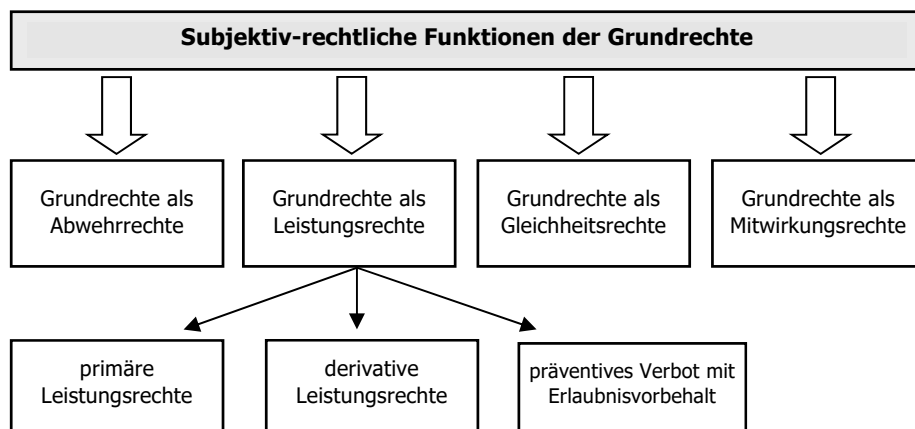
10

Das moderne Verständnis der Grundrechte beschränkt sich aber nicht auf die Abwehr staatlichen Handelns, sondern erstreckt sich, da der Einzelne zunehmend von staatlichen Leistungen abhängig wird, auch auf Leistungsansprüche gegenüber dem Staat. Man spricht in diesem Zusammenhang von Leistungsgrundrechten (Teilhaberrechte, soziale Grundrechte).

11

Die Grundrechte lassen sich daher entsprechend ihrer rechtlichen Wirkung in drei Gruppen einteilen, in Abwehr-, Leistungs- und Gleichheitsrechte. Darüber hinaus fungieren sie als Mitwirkungsrechte.

12



1. Grundrechte als Abwehrrechte (*status negativus*)

Sind also die Grundrechte in erster Linie als Abwehrrechte (negativer Status¹⁸²) des Bürgers gegenüber dem Staat konzipiert, dienen sie dazu, „die Freiheit des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern“¹⁸³. Daher werden sie üblicherweise als **Freiheits-** bzw. **Abwehrgrundrechte** bezeichnet.

13

Beispiele: Art. 2 I GG schützt die allgemeine Verhaltensfreiheit und (i.V.m. Art. 1 I GG) das allgemeine Persönlichkeitsrecht; Art. 4 GG schützt die Glaubens- und Gewissensfreiheit; Art. 5 I GG schützt die Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit;

¹⁸² Die Statuslehre wurde - wie die Drei-Elemente-Lehre - begründet von *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 94 ff.

¹⁸³ BVerfGE 7, 198, 204 (Lüth); 50, 290, 337 (Mitbestimmung); 68, 193, 205 (Innungen).

heit; Art. 5 III GG schützt die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit; Art. 6 GG schützt Ehe und Familie; Art. 8 GG schützt die Versammlungsfreiheit; Art. 9 schützt die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit; Art. 10 GG schützt das Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnis; Art. 12 GG schützt Berufswahl und Berufsausübung; Art. 14 GG schützt das Eigentum.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Abwehr belastenden, d.h. freiheitsverkürzenden staatlichen Handelns ist primär mit verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfen zu erreichen. Besteht das fragliche Handeln in einem Verwaltungsakt, sind Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft (vgl. §§ 68 ff. und 42 I Var. 1 VwGO). Besteht das belastende Handeln in einem schlicht-hoheitlichen Handeln, ist die allgemeine Leistungsklage einschlägig. Wird ein generelles Verbot mit einem Genehmigungsvorbehalt verknüpft, kann aus dem Grundrecht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung folgen. Vgl. dazu ausführlich Rn 17 ff. Schließlich kann die Verletzung eines Grundrechts einen Folgenbeseitigungsanspruch nach sich ziehen. Ist der Rechtsweg erschöpft oder steht ein solcher nicht offen, kommt die Individualverfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) in Betracht. Bei der Begründetheit des jeweiligen Rechtsbehelfs ist bei der möglichen Verletzung eines Freiheitsgrundrechts zunächst zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegt, dann, ob das Grundrecht einschränkbar ist, und schließlich, ob die einschränkende staatliche Maßnahme ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Vgl. dazu ausführlich Rn 112 ff. (allgemeine Grundrechtsprüfung) und die Ausführungen zu den jeweiligen Grundrechten.

Beispiel: Die zuständige Ordnungsbehörde ist der Auffassung, dass der gewerbetreibende G aufgrund wiederholten Vorenthaltens und Veruntreuens von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 266a StGB) unzuverlässig sei, und untersagt ihm die weitere Ausübung seines Gewerbes.

Durch die Gewerbeuntersagung greift die Behörde in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I S. 1 GG) ein. Dieser Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Grundrecht einschränkbar ist und es den konkreten Eingriff zulässt.

Die Einschränkbarkeit des Grundrechts ist Art. 12 I S. 2 GG zu entnehmen. Ob es den Eingriff zulässt, ist eine Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs. Minimalvoraussetzung ist das Vorliegen einer Rechtsgrundlage. Diese ist § 35 I GewO zu entnehmen, der für anzeige-, aber nicht genehmigungspflichtige Gewerbe eine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit vorsieht. Ob die Gewerbeuntersagung in Anbetracht der Bedeutung des Art. 12 I S. 1 GG rechtmäßig ist, muss unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beantwortet werden. Vgl. dazu Rn 154 ff.

2. Grundrechte als Leistungsrechte (*status positivus*)

- 14 Der Einzelne ist in gewissem Maße von staatlichen Leistungen abhängig. Diese Abhängigkeit gilt es durch die Grundrechte abzusichern. Die Grundrechte fungieren daher nicht nur als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe (*status negativus*), sondern können auch als Leistungs- bzw. Teilhaberechte (*status positivus*) und Mitwirkungsrechte (*status activus*) fungieren. Zu beachten ist jedoch, dass die Grundrechte unter Berücksichtigung von Wortlaut und Funktion überwiegend nicht als Anspruchsgrundlagen konzipiert sind und dass sich nur bei einigen Grundrechten (und grundrechtsgleichen Rechten) aus dem Wortlaut oder dem Inhalt bereits ein Leistungs- und Teilhabeanspruch des Bürgers (Leistungsrechte i.e.S. oder primäre Leistungsrechte¹⁸⁴) ergibt.

¹⁸⁴ Kingreen/Poscher, Rn 179 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn 2.

Beispiele: Art. 1 I S. 2 Halbs. 1 GG (Anspruch auf Menschenwürde); Art. 6 IV GG (Anspruch der Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft); Art. 6 V GG (Anspruch nichtehelicher Kinder auf Gleichstellung mit ehelichen); Art. 7 IV GG (Anspruch auf Errichtung von Privatschulen); Art. 16a I GG (Anspruch auf politisches Asyl); Art. 17 GG (Petitionsrecht); Art. 19 IV GG (Rechtsschutzgarantie gegen Maßnahmen der Exekutive¹⁸⁵); Art. 2 I, 20 III GG (Rechtsschutzgarantie im Privatrecht; Anspruch auf faires Verfahren); Art. 33 II GG (Anspruch auf Einhaltung des Leistungsprinzips im Beamtenrecht¹⁸⁶); Art. 101 I S. 2 GG (Anspruch auf den gesetzlichen Richter); Art. 103 I GG (Anspruch auf rechtliches Gehör)

Die Zurückhaltung des Grundgesetzes bei der Gewährung von sozialen Grundrechten (zumeist in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip) hat den Hintergrund, dass Leistungsansprüche zu erheblichen finanziellen Belastungen des Staates führen können, die Budgethoheit aber dem Parlament unterliegt. Gäbe es z.B. ein grundgesetzlich garantiertes Recht auf Arbeit, müsste der Staat sämtliche Vorkehrungen treffen, um jedem Einzelnen einen Arbeitsplatz zu garantieren. Dies wäre mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden, was eine Zurückdrängung anderer Aufgaben zur Folge hätte.¹⁸⁷ Um den grundsätzlichen Abwehrcharakter der Grundrechte zu wahren, lassen sich deshalb – bis auf die genannten Beispiele – subjektive Leistungsrechte aus den Grundrechten jedenfalls unmittelbar grundsätzlich nicht ableiten.¹⁸⁸ Die Grundrechte in ihrer Funktion als Freiheits- und Abwehrrechte gewähren dem Bürger einen Anspruch auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und schützen ihn vor staatlichen Eingriffen. Gerade aber die Wahrung der freien Entfaltung der Persönlichkeit kann es erforderlich machen, dass ein Grundrecht selbst dann als Leistungsrecht fungiert, wenn es nach Wortlaut und Rechtsfolge eigentlich eine Abwehrfunktion ausübt.¹⁸⁹

Beispiel: Der BGH und das BVerfG haben mit Blick auf die Menschenwürde (Art. 1 I GG) schon frühzeitig die Notwendigkeit erkannt, dass dem Einzelnen ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf Achtung und Entfaltung seiner Persönlichkeit zustehen muss, das über das reine Abwehrrecht des Art. 2 I GG hinausgeht.¹⁹⁰ Die durch Elemente der Menschenwürde verstärkte freie Entfaltung der Persönlichkeit wurde zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG), das auch Straftätern zusteht. Daher hat die Rechtsprechung aus dem Abwehrrecht des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG einen Anspruch eines Straftäters auf Resozialisierung abgeleitet, d.h. ihm das Recht gewährt, die Chance darauf zu erhalten, sich nach Verbüßung der Strafe wieder in die Gesellschaft einzuordnen.¹⁹¹

¹⁸⁵ Der Ausschluss von Akten der Legislative ist damit zu begründen, dass Rechtsschutz gegen Akte der Legislative durch das BVerfG selbst gewährt wird (Verwerfungsmonopol!). Der Ausschluss von Akten der Judikative hat seinen Grund darin, dass Art. 19 IV GG nur Rechtsschutz *durch* den Richter, nicht aber *gegen* den Richter garantieren soll. Freilich bezieht sich der Ausschluss der Judikative nur auf solche Akte, in denen das Gericht als „klassische Streitschlichtungsinstanz“ tätig wurde. Wird ein Gericht also nicht spruchrichterlich tätig (etwa, wenn es eine Telekommunikationsüberwachung gem. § 100b StPO anordnet), gehört es folgerichtig zur öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 IV GG; der Rechtsweg steht offen. Nichtsdestotrotz ist Art. 19 IV GG ein Individualgrundrecht und ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zu entnehmen, der zur Annahme auch eines Justizgewährungsanspruchs führt. Siehe auch BVerfG NJW 2018, 3374, 3375: Individualgrundrecht und objektive Wertscheidung.

¹⁸⁶ Siehe nur BVerwG NVwZ 2018, 1140, 1143 (mehrjährige Restdienstzeit als Zulassungsaltersgrenze für die Laufbahn der Offiziere); OVG Bremen 6.10.2023 – 2 B 278/23 (Einstellung in den Polizeivollzugsdienst).

¹⁸⁷ Ein anderer Weg, dem Recht auf Arbeit nachzukommen, bestünde etwa darin, dass sich der Staat die Verfügungsbefugnis über die Arbeitsplätze verschafft. Dies würde aber faktisch zur Abschaffung des Art. 12 I GG führen.

¹⁸⁸ Vgl. BVerfGE 33, 303, 331 (Numerus clausus); *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 111. Sofern in den *Landesverfassungen* weitergehende soziale Grundrechte anzutreffen sind (etwa ein Recht auf Arbeit), stellen diese keine einklagbaren Rechte dar, sondern lediglich Staatszielbestimmungen. Zu Begriff und Funktion von Staatszielbestimmungen vgl. die entsprechenden Ausführungen bei *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 314.

¹⁸⁹ Vgl. dazu auch *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 244.

¹⁹⁰ Vgl. BGHZ 13, 334, 337 ff. (Leserbrief); 30, 7, 12 ff. (Caterina Valente); BVerfGE 35, 202, 220 ff. (Soldatenmord von Lebach). Aus jüngerer Zeit vgl. etwa BVerfG NVwZ 2018, 877, 878 (geschlechtliche Identität); BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 Rn 80 („Recht auf Vergessenwerden I“) – insoweit nicht abgedruckt in NVwZ 2020, 53 ff.; BVerfG NJW 2020, 1049, 1056 (Kopftuchverbot ggü Rechtsreferendarinnen); BVerwG NVwZ 2020, 247 ff. (Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbedienstete).

¹⁹¹ BVerfGE 156, 63, 117 (elektronische Aufenthaltsüberwachung); BVerfG NJW 2023, 2405, 2408 (Strafgefangenenvergütung II).

- 16** Auch wenn danach ein grundrechtlicher Anspruch in Betracht kommt, darf nicht übersehen werden, dass die in den Grundrechten garantierten Rechtspositionen in den überwiegenden Fällen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung und Konkretisierung bedürfen. Es ist in erster Linie Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, subjektive Rechte zu gewähren. Hinzu kommt, dass die einschlägigen Grundrechte häufig sowohl dem Begünstigten als auch dem Belasteten zur Seite stehen.

Beispiel: Art. 14 GG garantiert einerseits die Baufreiheit des Bauherrn, schützt andererseits aber auch den Nachbarn vor Beeinträchtigungen seines Grundstücks.

- 16a** Daraus resultiert ein genereller **Anwendungsvorrang** unterverfassungsrechtlicher Normen und Ansprüche gegenüber den Grundrechten.¹⁹² Es müssen also zunächst einfachgesetzliche Normen auf subjektive Rechte hin untersucht werden. Soweit die betreffende einfachgesetzliche Norm keinen ausdrücklichen Individualschutz gewährt, ist danach zu fragen, ob die Norm nur Allgemeininteressen oder auch Individualinteressen schützt. Bei dieser Auslegung sind jedoch die Grundrechte maßgeblich heranzuziehen (**norminterne Wirkung der Grundrechte**). Im Zweifel spricht eine grundrechtskonforme Auslegung in Verbindung mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG für die Annahme eines Individualschutzes.¹⁹³

Beispiel¹⁹⁴: B ist schwer krank und leidet an starken Schmerzen. Er beantragt daher gem. § 3 II BtMG eine Ausnahmeerlaubnis zum Eigenanbau von Cannabis, weil das Betäubungsmittel für seine medizinische (Schmerz-)Behandlung notwendig sei und ihm keine gleich wirksame und erschwingliche Therapiealternative zur Verfügung stehe.

Unter diesen Voraussetzungen ist die Erteilung der Ausnahmeerlaubnis wegen der von Art. 2 II S. 1 GG geforderten Achtung vor der körperlichen Unversehrtheit rechtlich zwingend vorgezeichnet, sodass das der Behörde eröffnete Ermessen auf Null reduziert ist¹⁹⁵ und K daraus das subjektive Recht auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung erwächst. Davon unberührt bleibt die Befugnis der Behörde, die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen zu versehen.¹⁹⁶

- 16b** Lassen sich der Anspruch bzw. das Abwehrrecht nicht aus einfachgesetzlichen Regelungen herleiten, ist auf den übergeordneten Verfassungskreis zurückzugreifen. Dann ist zu prüfen, ob die Wertentscheidungen der Grundrechte die Anerkennung eines Abwehrrechts fordern (**normexterne Wirkung der Grundrechte**).¹⁹⁷ So sind bei der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage stets Art. 33 II, III GG zu beachten¹⁹⁸, bei wirtschaftlichen Konkurrentenklagen Art. 12 und 14 GG¹⁹⁹, bei Grundstücksnachbarn Art. 14 GG²⁰⁰, bei Klagen auf Erlass von Maßnahmen gegen gesundheitsschädigendes Verhalten

¹⁹² Auch das BVerfG und das BVerwG bestätigen konsequent ihre Abneigung, subjektiv-rechtliche Positionen unter Vernachlässigung des einfachen Rechts sogleich unmittelbar aus den Grundrechten abzuleiten (vgl. etwa BVerfG NJW 2015, 805, 811; NVwZ 2001, 1148, 1149 f.; BVerwG DVBl 2000, 1614; vgl. auch *Ortloff*, NVwZ 2005, 1381, 1384 f.; *Frenz*, JA 2011, 433, 438). Dagegen prüft das VG Sigmaringen (NJW 2001, 628, 630) die Grundrechte vorrangig vor dem einfachen Recht.

¹⁹³ Vgl. *Wallerath*, NJW 2001, 781, 785; *Winter*, NVwZ 1999, 467, 468.

¹⁹⁴ Nach BVerwG NVwZ 2016, 1413.

¹⁹⁵ BVerwG NVwZ 2016, 1413, 1417.

¹⁹⁶ BVerwG NVwZ 2016, 1413, 1417. Zu beachten ist, dass Cannabis mittlerweile u.a. zu den verkehrsfähigen und verschreibungsfähigen Betäubungsmitteln i.S.d. Anlage III zu § 1 I BtMG zählt, der vorliegende Sachverhalt sich also so nicht mehr stellen dürfte.

¹⁹⁷ *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 56 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 121. In einer Verpflichtungssituation wäre danach zu fragen, ob sich der Anspruch aus Grundrechten ergibt.

¹⁹⁸ Der Beamte hat ein subjektives Recht auf fehlerfreie Anwendung des Art. 33 II GG (sowie der nachgebildeten Vorschriften des Bundes- und Landesrechts), vgl. VG Stuttgart NVwZ 2000, 959; VG Lüneburg NJW 2001, 767; BVerwG 2002, 3344 ff., dazu auch BVerfGE 108, 282, 294 ff.

¹⁹⁹ Vgl. dazu BVerwGE 32, 173, 178 f.; 50, 282, 287 f.

²⁰⁰ Siehe etwa BVerwG NVwZ 2021, 984 (Rn 10): „...Das Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 GG gebietet es insbesondere nicht, die allein im öffentlichen Interesse erlassenen Schutzvorschriften für Natura-2000-Gebiete zugunsten des Eigentümers unter Schutz gestellter Grundstücke als individualschützend auszulegen und diesem ein auf §§ 32 ff. BNatSchG gestütztes Klagerecht einzuräumen.“

Dritter Art. 2 II S. 1 GG²⁰¹, bei Auskunftsansprüchen der Presse gegenüber Bundesbehörden (in Ermangelung einer einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlage) Art. 5 I S. 2 GG (sog. verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Bundesbehörden)²⁰² usw.

Grundrechte als Leistungsrechte spielen auch bei der Kontrollerlaubnis eine Rolle: Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass der Gesetzgeber dem Bürger ein Tätigwerden nur innerhalb der von den Grundrechten vorgesehenen Möglichkeiten materiell-rechtlich verbieten kann. Er darf allerdings ein Tätigwerden vorweg darauf hin kontrollieren, ob es dem materiellen Recht entspricht. Bei Einhaltung dieser Voraussetzung kann das Verbot nicht aufrechterhalten werden. Der Bürger hat aus dem Abwehrrecht einen Anspruch auf Genehmigung eines Vorhabens. Die Versagung der Leistung bzw. Genehmigung würde einen Eingriff in die subjektiven Rechte des Bürgers darstellen. Die Kontrollerlaubnis ist also **ein (präventives) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Dieser Erlaubnisvorbehalt ermöglicht der Behörde die rechtzeitige Nachprüfung, ob sich die beabsichtigte Tätigkeit *materiell* im Bereich des gesetzlich Erlaubten oder Verbotenen hält.

17

Beispiel: Art. 12 I S. 1 GG gewährt u.a. die Gewerbefreiheit. Allerdings steht dieses Grundrecht im Interesse der Allgemeinheit unter einem Schrankenvorbehalt (vgl. Art. 12 I S. 2 GG). Eine solche Schrankenregelung stellt z.B. § 2 GastG²⁰³ dar. Demnach kann der Gesetzgeber (präventiv) die Tätigkeit darauf hin kontrollieren, ob die Schranken einschlägig sind, d.h. ob der Gewerbetreibende zuverlässig ist. Diese Prüfung erfolgt anhand von § 4 GastG. Zeigt das Prüfungsverfahren, dass die Voraussetzungen für das bestimmte Gaststättengewerbe vorliegen, hat der Anspruchsteller einen Anspruch auf die Genehmigung (§§ 2, 3 GastG i.V.m. Art. 12 I S. 1 GG). Der Genehmigungsvorbehalt soll gewährleisten, dass von den Vorhaben keine Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen. Die rechtstechnische Einkleidung macht aus dem Abwehrrecht ein Leistungsrecht.

Ein Anspruch auf Leistung kommt stets in Betracht, wenn der Staat Leistungen *bereits anderen gewährt hat*. Denn gem. Art. 3 I GG ist der Staat zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf ohne sachlichen Grund Dritte nicht von der Leistungsgewährung ausschließen (**derivatives Leistungsrecht bzw. Teilhaberecht**).

17a

Beispiel: Die im Bundesland X ansässigen A-Werke befinden sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um die Arbeitsplätze in der Region zu sichern, gewährt X ihnen – in Übereinstimmung mit dem Haushaltsplan – eine Beihilfe. Die ebenfalls in X ansässigen und sich in einer ebenso schwierigen Lage befindenden B-Automobilwerke wollen aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls subventioniert werden.

In diesem Beispiel findet sich die Konstellation der sog. Partizipationserzwingungsklage in Form der Konkurrentengleichstellungsklage. Wenn man unterstellt, dass die an die A-Werke gewährte Subvention unter Kapazitätsvorbehalt (Vorbehalt des Möglichen) stand und das Kontingent bereits erschöpft ist, wird eine auf Art. 12 I i.V.m. 3 I GG gestützte Klage mit dem Ziel, ebenfalls in den Genuss der Begünstigung zu kommen, mangels Klagebefugnis unzulässig sein, da es nichts mehr zu verteilen gibt.²⁰⁴ Die Klagebefugnis entfällt aber auch bei einem noch nicht erschöpften Kontingent, wenn die B-Werke selbst die Förderungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Erfüllen sie diese allerdings, wäre eine Verpflichtungsklage unter dem Aspekt der Ermessensreduzierung auf Null (aus Art. 3 I GG abgeleitete Selbstbindung der Verwaltung²⁰⁵) zulässig und möglicherweise auch begründet. Die Begründetheit hängt davon ab, ob eine Selbstbindung der Verwaltung tatsächlich besteht und der Kläger auf Fortbestand der Leistungsgewährung vertrauen durfte. Dies

²⁰¹ Siehe OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89, 90 – dazu bereits Rn 233c.

²⁰² Siehe BVerwG NVwZ 2020, 305, 306; BVerwG NJW 2019, 2186, 2187.

²⁰³ Zur Föderalismusreform 2006, die u.a. die Gesetzgebungskompetenzen beeinflusst hat, vgl. Rn 633.

²⁰⁴ Vgl. BVerwGE 30, 191, 197.

²⁰⁵ Vgl. dazu sehr anschaulich BVerwG NVwZ 1998, 273; VGH Mannheim NVwZ 1991, 1199.

wird auch – mit Blick auf das Haushaltsrecht der Legislative – nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein.²⁰⁶ Vgl. zum Gleichbehandlungsgrundsatz auch sogleich Rn 18.

3. Grundrechte als Gleichheitsrechte

- 18 Die dritte Kategorie von Grundrechten bilden die sog. Gleichheitsgrundrechte. Diese zielen primär auf ein relatives Verhalten des Staates. Dem Staat soll es grundsätzlich verwehrt sein, sich in bestimmten Fällen anders zu verhalten, als er sich bereits in gleichgelagerten Fällen verhalten hat. Wenn er sich aber in bestimmten Fällen anders verhält, darf er nicht unzulässige Differenzierungskriterien verwenden oder sonst ohne ausreichende Legitimation eine Ungleichbehandlung vornehmen. Diese **Nichtdiskriminierungs-** oder **Gleichbehandlungsfunktion** findet sich primär bei den Gleichheitsgrundrechten. Das sind Art. 3 I GG und die besonderen Gleichheitsgrundrechte der Art. 3 II, Art. 3 III S. 1 und 2, Art. 6 V, Art. 33 I-III, Art. 38 und Art. 21 GG. Ein solcher Anspruch auf Gleichbehandlung besteht in erster Linie bei der Leistungsvergabe. Zwar besteht dort grundsätzlich nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, der Gleichbehandlungsgrundsatz kann aber bei gegebener Sachlage aus der Ermessensentscheidung eine gebundene Entscheidung machen, sich also im Einzelfall *faktisch* zu einem Anspruch auf staatliches Handeln konkretisieren.

Wenn die Behörde in den fiktiven Fällen A, B und C von ihrer Berechtigung zum Einschreiten rechtmäßigerweise Gebrauch gemacht hat und in solchen Fällen auch künftig tätig bleiben will, darf sie im **gleichgelagerten Fall D** ebenfalls nicht untätig bleiben. Eine Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis ist nur dann zulässig, wenn sich Sachgründe finden lassen, warum künftig anders verfahren werden soll. Unter Umständen können dann eine Härtefallregelung und/oder eine Übergangsregelung erforderlich werden. Zu beachten ist jedoch, dass sich eine Ermessensreduzierung auf Null insbesondere im Bereich eines Leistungsanspruchs des Bürgers gegenüber der Verwaltung ergeben kann. Verwaltungsprozessual ist die Verpflichtungsklage einschlägig. Vgl. dazu *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 310 ff.

Beispiel: Alle Parteien sollen grundsätzlich formal gleichbehandelt werden.²⁰⁷ Das ist zwar nicht direkt dem Wortlaut des Art. 21 GG zu entnehmen, ergibt sich aber zwingend aus der Gründungsfreiheit und dem daraus folgenden Mehrparteiensystem. § 5 PartG konkretisiert diese verfassungsrechtliche Vorgabe. Stellt danach ein Träger öffentlicher Gewalt (etwa eine Gemeinde) den Parteien Einrichtungen zur Verfügung (etwa die Stadthalle zur Abhaltung eines Parteitags) oder gewährt er andere öffentliche Leistungen, sollen die Parteien gleichbehandelt werden. Für den Fall, dass eine bestimmten Partei bereits die Stadthalle einer Gemeinde zur Verfügung gestellt wurde, folgt für die Gemeinde im Grundsatz die Pflicht, dass sie ihre Stadthalle auch anderen Parteien zur Verfügung stellen muss.²⁰⁸

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die gutachtentechnische Prüfung des *allgemeinen Gleichheitssatzes* (Art. 3 I GG) stellt sich anders dar als die bei Freiheitsrechten, da er keinen Schutzbereich hat: Zunächst ist festzustellen, dass eine tatsächliche Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegt. Sodann ist zu prüfen, ob diese Gleich- bzw. Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist. Die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt, wenn sie willkürlich oder unverhältnismäßig erfolgte. Bei *besonderen Gleichheitsrechten* (etwa Art. 3 II oder III GG) kann man wie bei Freiheitsgrundrechten verfahren. Denn dadurch, dass in diesem Zusammenhang der Schutz nur bestimmten Personen zusteht, kann durchaus von einem „Schutzbereich“ gesprochen werden.

²⁰⁶ BVerwG NVwZ 1998, 273, 274 f.; VGH Mannheim NVwZ 1991, 1119.

²⁰⁷ BVerfGE 8, 51, 64 f.; 69, 257, 268; 82, 322, 337; siehe auch OVG Saarlouis NVwZ 2018, 183, 184.

²⁰⁸ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 380 ff.

Sind schließlich durch eine staatliche Maßnahme sowohl Freiheits- als auch Gleichheitsgrundrechte betroffen, sind diese grundsätzlich *nebeneinander anwendbar* (gutachtentechnisch sollten dann die Freiheitsrechte vor den Gleichheitsrechten geprüft werden). Lediglich, wenn der Schwerpunkt des staatlichen Handelns eindeutig im Bereich der Ungleichbehandlung liegt, können Freiheitsrechte von Gleichheitsrechten verdrängt werden.

Aber auch Freiheitsrechte können eine Nichtdiskriminierungsfunktion einnehmen, wenn man davon ausgeht, dass ein grundrechtlich geschütztes Verhalten nicht Anknüpfungspunkt diskriminierenden Handelns sein darf.

19

Beispiele:

- (1) Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Religionsgemeinschaften stellt nicht nur einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern auch einen Eingriff in den Schutzbereich der (negativen) Glaubensfreiheit des Art. 4 I, II GG dar.²⁰⁹
- (2) Die selektive Förderung (d.h. Subventionierung) von Zeitungen stellt nicht nur eine Verletzung des Art. 3 I GG, sondern auch eine Beeinträchtigung der durch Art. 5 I S. 2 GG geschützten Pressefreiheit dar.²¹⁰

4. Grundrechte (grundrechtsgleiche Rechte) als Mitwirkungsrechte (*status activus*)

Die Funktion der Grundrechte beschränkt sich nicht nur auf Abwehr, Leistung und Gleichheit, sondern erstreckt sich (über grundrechtsgleiche Rechte) auch auf die Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung. Der Einzelne hat das Recht, sich im und für den Staat zu betätigen (sog. *status activus*).

20

Beispiele:

- (1) Gemäß Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.
- (2) Gemäß Art. 38 I S. 1 und II GG hat jeder Deutsche grundsätzlich das Recht, zu wählen und sich wählen zu lassen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Prüfung eines Grundrechts in seiner Funktion als Mitwirkungsrecht unterscheidet sich nicht von der Prüfung eines Grundrechts als Abwehrrecht. Es ist also zunächst die Eröffnung des Schutzbereiches zu prüfen, sodann der Eingriff in denselben festzustellen und schließlich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs zu untersuchen.

II. Die objektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte

Grundrechte verleihen nicht nur Individualansprüche, sondern verkörpern zugleich eine **objektive Wertordnung**, die – nach der Kernaussage der Lüth-Entscheidung des BVerfG – als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien sowie (wegen Art. 1 III GG) Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt.²¹¹ Das bedeutet, dass der Staat die Grundrechte unabhängig von ihrem individualrechtlichen Charakter bei all seinen Entscheidungen stets berücksichtigen muss. Speziell hinsichtlich Art. 2 II S. 1 GG hat das BVerfG in seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch aus der objektiven Wertordnung zudem die Verpflichtung des Staates herausgearbeitet, sich schützend vor das Grundrecht auf Leben und

21

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 93, 1, 15 ff. (Kruzifix).

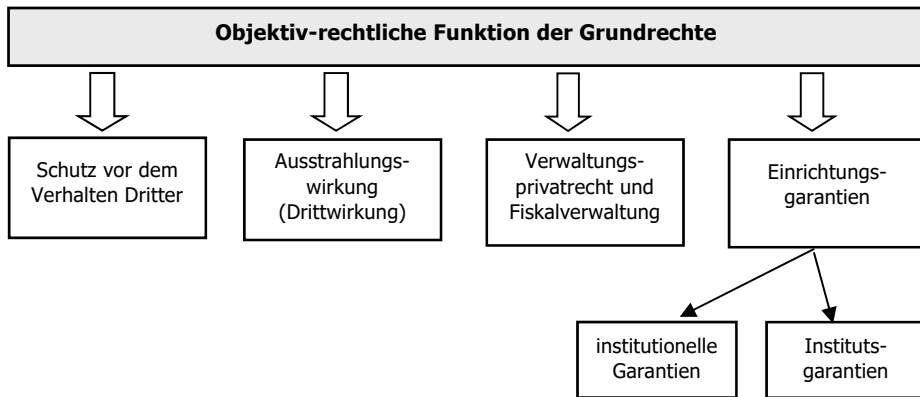
²¹⁰ Vgl. BVerfGE 80, 124, 133 ff. (Staatliche Presseförderung).

²¹¹ BVerfGE 7, 198, 203 ff.; aus jüngerer Zeit BVerfGE 148, 267, 280 (Stadionverbot); BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 („Ugah, Ugah“).

körperliche Unversehrtheit zu stellen und dieses auch vor Beeinträchtigungen Dritter zu bewahren (sog. **staatliche Schutzpflicht**).²¹² Die damit verbundenen Aspekte werden im Folgenden (Rn 22 f.) sowie ausführlich bei Rn 301 ff. erörtert.

Aus der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte folgt zudem, dass die Grundrechte mittelbar auch zwischen Privaten gelten (sog. **Ausstrahlungswirkung** oder **Drittwirkung** bzw. **Horizontalwirkung** der Grundrechte).²¹³ Auch die damit verbundenen Aspekte werden im Folgenden (Rn 24) sowie ausführlich bei Rn 105 ff. erörtert.

Des Weiteren wird der Frage nach der Geltung der Grundrechte im Verwaltungsprivatrecht (Rn 25/91 ff.) und in der Fiskalverwaltung (Rn 25/96 ff.) sowie im (abzulehnenden) „Sonderstatusverhältnis“ (Rn 200) nachzugehen sein. Schließlich werden die Einrichtungsgarantien erörtert (Rn 26 ff.).



1. Staatliche Schutzpflicht

- 22 Wie soeben erwähnt, stellen Grundrechte nicht nur subjektive Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar, sondern sie verkörpern auch eine objektive Wertordnung, die alle Staatsgewalten berücksichtigen müssen. Aus etlichen Grundrechten ergibt sich daher auch die Pflicht des Staates und seiner Organe, die grundgesetzlich gewährten Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen durch private Dritte, durch nichtdeutsche staatliche Stellen oder durch Naturgewalten zu schützen.²¹⁴ Die staatliche Schutzpflicht kann es auch gebieten, Menschen vor sich selbst zu schützen. So kann der (paternalistische) Staat aus Art. 2 II S. 1 GG verpflichtet sein, etwa einen drohenden Suizid zu verhindern oder einem der freien Willensbildung nicht fähigen Betreuten in hilfloser Lage Schutz zu gewähren und ihn notfalls einer medizinischen Zwangsbehandlung zu unterziehen. Auch das Verbot der assistierten Selbsttötung (besser: der Suizidassistenz) wurde auf die staatliche Schutzpflicht gestützt.²¹⁵ Des Weiteren verpflichtet Art. 2 II S. 1 GG den Staat zum Schutz vor den Gefahren des Klimawandels. Er muss dem erheblichen Gefahrenpotenzial des Klimawandels durch Maßnahmen begegnen, die menschengemachte Erwärmung der Erde anzuhalten und den daraus resultierenden Klimawandel zu begrenzen.²¹⁶

²¹² BVerfGE 39, 1, 42 ff. Vgl. auch BVerfGE 49, 89, 140 ff. (Kalkar I); BVerfG NVwZ 2013, 502; BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfGE 157, 30, 90 ff. (Klimaschutzgesetz). Siehe auch EGMR NJW 2012, 1053, 1054.

²¹³ Grundlegend BVerfGE 7, 198, 204 ff. (Lüth). Aktuell BVerfG NJW 2018, 1667, 1668 (Stadionverbot).

²¹⁴ Zur Pflicht des Staates und seiner Organe zum Schutz vor Gefahren vgl. nur BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 49, 89, 140 ff.; 53, 30, 57; 56, 54, 73; 69, 315, 355 ff.; 115, 118, 152; BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225; BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 f.; BVerfG NVwZ 2022, 139, 142.

²¹⁵ Siehe dazu BVerfG NVwZ 2020, 905, 909 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung).

²¹⁶ BVerfGE 157, 30, 90 ff. (Klimaschutzgesetz) – dazu unten Rn 304/305.

Wie sich aus einer Analyse der Rechtsprechung des BVerfG ergibt, kann sich ein Schutzauftrag bei entsprechender Verfassungsinterpretation aus nahezu jedem Grundrecht ergeben. So entnimmt das BVerfG bspw. Art. 12 I S. 1 GG (i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG und Art. 28 I GG) einen an den Gesetzgeber gerichteten Schutzauftrag und beanstandet es nicht, wenn der Gesetzgeber auf die regelmäßig asymmetrischen Bedingungen in der Erwerbsarbeit reagiert und die Möglichkeit der Kettenbefristung bei Arbeitsverträgen, also die schrittweise „Verlängerung“ eines Arbeitsverhältnisses beim selben Arbeitgeber durch stetig neue befristete Arbeitsverträge, beschränkt.²¹⁷ Vor allem aber ergibt sich eine Schutzverpflichtung aus Art. 2 II S. 1 GG, worauf bei Rn 269/290/301 ff. ausführlich eingegangen wird.

23

2. Ausstrahlungswirkung (Drittwirkung)

Der ursprünglichen Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen folgend, verpflichtet Art. 1 III GG nur den Staat, Grundrechte zu beachten. Private sind demnach keine Grundrechtsadressaten und können daher auch nicht (jedenfalls nicht unmittelbar) Grundrechte anderer verletzen.²¹⁸ Gleichwohl ist seit Langem anerkannt, dass die Grundrechte ihre Geltung auch im Privatrecht entfalten.²¹⁹ Denn das Grundgesetz stellt – wie bereits bei Rn 21 ausgeführt – Ordnungsprinzipien auf, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung zugleich auch für die gesamte gesellschaftliche Ordnung gelten. Insofern sind die Grundrechte nicht nur „vertikal“ Abwehr- (und Leistungs-)rechte des Bürgers gegen Eingriffe des Staates, sondern zugleich Ausdruck einer hinter den Abwehr-(und Leistungs-)rechten stehenden **objektiven Wertordnung**, die **mittelbar** (und „horizontal“) auch das **Verhältnis zwischen Privaten beeinflusst**. Da der Komplex der mittelbaren Drittwirkung bzw. der horizontalen Wirkung der Grundrechte aber ausführlich bei Rn 105 ff. erläutert wird, sei insoweit darauf verwiesen.

24

3. Verwaltungsprivatrecht und Fiskalverwaltung

Die öffentliche Verwaltung ist nicht stets verpflichtet, sich der öffentlich-rechtlichen Handlungsform zu bedienen. In bestimmten Fällen hat sie die Wahlfreiheit, d.h. sie kann wählen, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich tätig sein will. Die Wahlfreiheit bezieht sich sowohl auf die Organisationsform der Einrichtung als auch auf die Ausgestaltung des Leistungs- bzw. Benutzungsverhältnisses (sog. doppelte Wahlfreiheit der Verwaltung). Nimmt die Verwaltung genuine, d.h. *öffentlich-rechtliche* Aufgaben in Privatrechtsform wahr, spricht man von **Verwaltungsprivatrecht**. Ist die (Wirtschafts-) Verwaltung demgegenüber im Beschaffungs- und Investitionswesen (Bedarfsdeckungsgeschäfte, Auftragsvergabe = *fiskalische Hilfsgeschäfte*) oder erwerbswirtschaftlich (Betrieb von Staatsbrauereien, staatliches Weingut, Kieswerke = *erwerbswirtschaftliche Betätigung*) tätig, handelt sie *nicht unmittelbar* hoheitlich, sondern nimmt als eine den Privatrechtssubjekten gleichgeordnete juristische Person am Privatrechtsverkehr teil. Man spricht dann von **Fiskalverwaltung**. Die Verwaltung tritt in diesen Fällen rechtlich nicht anders auf als ein privater Unternehmer. Maßgebend sind die Normen des Privatrechts; im Streitfall sind dann die ordentlichen Gerichte zuständig. Problematisch ist in diesem Bereich die Ausstrahlung der Grundrechte in das Privatrecht bzw. generell die Bindung der Exekutive an die Grundrechte. Vgl. dazu ausführlich Rn 87 ff./94 ff.

25

²¹⁷ BVerfG NJW 2018, 2542, 2543 f. (Befristung von Arbeitsverträgen) – dazu auch unten Rn 813.

²¹⁸ Vgl. auch Hager, JuS 2006, 769, 770 f.; Schnapp/Kaltenborn, JuS 2000, 937, 939 f.; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411, 412; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn 48; vgl. aber die Regelung des Art. 9 III S. 2 GG und die Ausführungen bei Rn 700 ff.

²¹⁹ Vgl. nur BVerfGE 7, 198, 204 ff. (Lüth); später etwa BVerfGE 42, 143, 148 (Deutschland-Magazin); 89, 214, 229 (Bürgerschaftsverträge) – st. Rspr.; aus jüngerer Zeit vgl. etwa BVerfG NJW 2018, 1667, 1668 (Stadionverbot); aus der Lit. bspw. v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 28 ff.

4. Einrichtungsgarantien

26 Aus dem Wortlaut einiger Grundrechte ergibt sich nicht nur, dass sie subjektive Rechte gewähren, sondern auch, dass sie den Bestand bestimmter Rechtseinrichtungen garantieren. In diesen Fällen ist der Staat dazu verpflichtet, die Ausübung des betreffenden Grundrechts im Rahmen des Möglichen umfassend zu fördern, ggf. eine entsprechende Organisation zu schaffen und zu erhalten und rechtswidrige Beeinträchtigungen zu unterlassen. Terminologisch und inhaltlich ist zwischen Institutsgarantie und institutioneller Garantie zu unterscheiden:

27 Unter **Institutsgarantie** versteht man die Verbürgung eines Rechtsinstituts des *Privatrechts* durch die Grundrechte.²²⁰

Beispiele:

- (1) Art. 2 I GG gewährleistet die Privatautonomie und Vertragsfreiheit als solche.
- (2) Art. 6 I GG gewährleistet über das Recht, eine Ehe zu schließen, hinaus, dass Ehe und Familie als Rechtsinstitut bestehen.²²¹ *Ob* zwei zur Eheschließung berechtigte Menschen die Ehe eingehen, obliegt ihrer Entschließungsfreiheit.
- (3) Art. 7 IV GG gewährleistet nicht nur das Recht des Einzelnen, eine Privatschule zu errichten, sondern auch, dass die Einrichtung Privatschule als solche nicht abgeschafft werden darf und dass sie der Staat unter dem Vorbehalt des Möglichen fördern muss.
- (4) Art. 9 III GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit, d.h. die Freiheit, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände zu gründen und zu unterhalten. *Ob* es solche Verbände gibt, obliegt der Entschließungsfreiheit der zur Gründung Berechtigten.
- (5) Art. 14 I S. 1 GG schützt nicht nur das Eigentum vor Beeinträchtigungen, sondern garantiert auch das Eigentum und das Erbrecht als Rechtsinstitute.
- (6) Umstritten ist dagegen, ob sich aus Art. 6 I GG auch eine Garantie der elterlichen Sorge ergeben kann oder ob Art. 5 I S. 2 GG die freie Presse als Institution gewährleistet.²²²

28 Die Institutsgarantie gewährleistet also, dass es die entsprechenden Einrichtungen (abstrakt) geben muss, auch wenn einzelne Menschen davon keinen Gebrauch machen (können). So verstieße z.B. eine Bargeldabschaffung durch die EZB (auch) gegen die Institutsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG. Zu beachten ist jedoch, dass die Institutsgarantie keine zusätzlichen Rechte verschafft; vielmehr ist sie im Rahmen der Prüfung eines Grundrechts als Abwehrrecht bedeutsam und führt zur Verletzung des Grundrechts, wenn sie missachtet wird. Sie ist in der Fallbearbeitung aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten bei der Angemessenheit (dazu Rn 179 f.) zu prüfen.

29 **Institutionelle Garantien** entziehen demgegenüber *öffentlich-rechtliche* Einrichtungen der Disposition des Gesetzgebers.²²³

Beispiele:

- (1) Art. 7 III S. 1 GG garantiert den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen.²²⁴
- (2) Art. 33 V GG garantiert das Berufsbeamtentum.
- (3) Umstritten ist, ob Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG die Universität in ihrer traditionellen Gestalt garantiert.²²⁵ Zumindest sollte der Wissenschaftsfreiheit die institutionelle Garantie entnommen werden, dass der Staat die baulichen, personellen und organisatorischen

²²⁰ v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 23.

²²¹ Zur Art. 6 I GG als Institutsgarantie vgl. unten Rn 552 ff. sowie auch BVerfGE 131, 239, 255 ff.

²²² Dafür *Degenhart*, in: Bonner Kommentar, Art. 5 I u. II Rn 88 f.; kritisch BVerfGE 93, 85, 95.

²²³ v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 23.

²²⁴ Vgl. dazu *Heimann*, NVwZ 2002, 935 ff.; *Holzke*, NVwZ 2002, 903 ff.

²²⁵ Dafür *Oppermann*, in: HdbStR VI, S. 837 f. und wohl auch BVerfGE 35, 79, 111 ff.

Mittel zur Verfügung stellt, damit das Grundrecht nicht ausgehöhlt wird. Vgl. dazu auch Rn 538b.

Institutionelle Garantien ergeben sich auch außerhalb von Grundrechten, und zwar aus Art. 28 II GG (kommunale Selbstverwaltung) und Art. 7 I GG in seiner Funktion als staatliche Garantie der Schulaufsicht. 30

- **Art. 28 II GG** garantiert, dass es generell Gemeinden und Kreise als Untergliederungen der Bundesländer geben muss, ohne den konkreten Bestand einer Gemeinde festzuschreiben. Darüber hinaus ist der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung der gesetzgeberischen Disposition entzogen.
- **Art. 7 I GG** betrifft die staatliche Schulaufsicht. Damit ist nicht nur die staatliche Aufsicht über alle Schulen gewährleistet, sondern auch gleichzeitig eine Rechtsgrundlage für den Staat zum Erlass von Aufsichtsmaßnahmen gegenüber der jeweiligen Schule geschaffen.

III. Grundrechte als Auslegungsmaßstab

1. Von Grundrechten ausgehende objektive Wertordnung

Einzelne Grundrechte enthalten in ihrer objektiv-rechtlichen Funktion vor allem objektive Wertentscheidungen der Verfassung für das gesamte staatliche und gesellschaftliche Leben. Die Gesamtheit der Grundrechte bildet eine **objektive Wertordnung** (Rn 21). Das bedeutet, dass die Grundrechte über ihre klassischen Wirkungen (Abwehrrechte, Leistungsrechte, Mitwirkungsrechte) hinausgehen, insbesondere Wirkungen zeigen für 31

- ⇒ die Auslegung des einfachen Rechts, gerade auch des Privatrechts,
- ⇒ den Schutz, den der Staat den Bürgern gewähren muss und den die Bürger vom Staat fordern können,
- ⇒ und die Einräumung von Teilhabe an staatlichen Einrichtungen, Leistungen und Verfahren.

Zur sog. Drittwirkung oder Horizontalwirkung der Grundrechte vgl. auch Rn 105 f. 32

2. Notwendigkeit grundrechtskonformer Auslegung

Bei der Funktion der Grundrechte als Vorgaben für die Wirksamkeit bzw. für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ist vor allem der Regelungsgehalt der Art. 1 III und Art. 20 III GG zu beachten. Nach diesen Bestimmungen ist die Gesetzgebung von Bund und Ländern verpflichtet, keine grundgesetzwidrigen Gesetze zu erlassen. Ähnliches gilt auch für die Exekutive in Bund und Ländern bezüglich des Erlasses von Rechtsverordnungen und Satzungen. Darüber hinaus müssen die Exekutive und die Judikative bei der Anwendung und Auslegung einfachen Rechts die Grundrechte beachten (Art. 1 III GG), was zu einer **grundrechtskonformen Auslegung** des einfachen Rechts zwingt: 33

Beispiel: Mitglieder der am rechten politischen Spektrum angesiedelten, vom BVerfG aber nicht für verfassungswidrig erklärten X-Partei verteilen Flugblätter in einer Fußgängerzone. Der vorbeikommende Polizist P untersagt dies mit der Begründung, dass das Verteilen von Flugblättern einer landesstraßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis bedürfe und eine solche nicht vorliege. Daher sei das Verteilen nicht erlaubt und einzustellen. 34

Ob das Verteilen von Flugblättern in Fußgängerzonen erlaubnisfrei oder erlaubnispflichtig ist, richtet sich danach, ob es im Rahmen des sog. Gemeingebrauchs liegt oder eine Sondernutzung darstellt. Liegt es im Rahmen des sog. Gemeingebrauchs, ist eine Genehmigung nicht erforderlich. Die Verfügung des P wäre rechtswidrig.

Gemeingebrauch liegt vor, wenn das Verhalten im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung, der Widmung, liegt. Demgegenüber spricht man von Sondernutzung, wenn der Gebrauch über den Widmungszweck hinausgeht.²²⁶

Fußgängerzonen dienen im Allgemeinen nicht nur der Fortbewegung und dem Einkaufen, sondern auch dem Flanieren und der Kommunikation. Steht jedoch der kommerzielle Charakter einer Handlung im Vordergrund, liegt trotz Art. 12 I GG eine Sondernutzung vor. Das Verteilen von **Handzetteln** zu Zwecken **gewerblicher Werbung** stellt daher grds. eine (zulassungspflichtige) Sondernutzung dar und ist nicht vom (zulassungsfreien) Gemeingebrauch umfasst.²²⁷ Steht jedoch die **politische, religiöse oder künstlerische Kommunikation** im Vordergrund, ist der Begriff des Gemeingebrauchs vor dem Hintergrund der Art. 4 und 5 I, III GG (bei politischen Parteien tritt Art. 21 GG hinzu) **weit auszulegen**. So hat das BVerfG entschieden, dass die sog. kommunikative Begegnung grundsätzlich zum Gemeingebrauch zähle, da die Straße den Charakter eines erweiterten Lebensraums für die Allgemeinheit besitze.²²⁸ Auch das OLG Köln hat entschieden, dass eine Fußgängerzone nicht nur zum Aufsuchen der Geschäfte und der Fortbewegung im Allgemeinen diene, sondern auch die Möglichkeit zum kommunikativen Gebrauch umfasse. Als Teil des so erlaubten kommunikativen Verkehrs bestehe damit grds. für jeden das Recht, auf dem der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellten Raum seine Meinung zu äußern.²²⁹ Bei politischen Parteien kommt hinzu, dass Art. 21 I S. 1 GG das Recht (und die Pflicht²³⁰) der Parteien statuiert, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Diese Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes besteht in der Aufgabe, an in der Bevölkerung bestehende politische Meinungen anzuknüpfen, (Partei-)Programme entsprechend den Zielen der Partei aufzustellen und auf deren Grundlage Kandidaten zu den Wahlen zu präsentieren. Durch Art. 21 I GG geschützt sind daher die Außendarstellung, die Mitgliederwerbung und die Wahlwerbung. Den Schutz können auch solche Parteien für sich in Anspruch nehmen, die im rechten politischen Spektrum angesiedelt sind. Denn solange gem. Art. 21 IV Var. 1 GG das BVerfG über die Frage der Verfassungswidrigkeit noch nicht entschieden hat, ist ein administratives (und auch legislatives) Einschreiten gegen eine Partei auch dann weitgehend ausgeschlossen, wenn sie sich gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung feindlich verhält (sog. Parteienprivileg).²³¹ Die Partei darf zwar politisch bekämpft werden, sie soll aber in ihrer politischen Aktivität von jeder (jedenfalls rechtsförmlichen) Behinderung frei sein.²³²

Im vorliegenden Fall ist ein kommerzieller Charakter nicht ersichtlich. Vielmehr steht die politische Ideologie einer nicht für verfassungswidrig erklärten Partei im Vordergrund. Das führt zur Notwendigkeit, die Vorschriften des Landesstraßengesetzes so auszulegen, dass das nicht-kommerzielle Verteilen der Flugblätter durch die Mitglieder der X-Partei einen zulassungsfreien Gemeingebrauch darstellt, weil sich der Widmungszweck von Fußgängerzonen in Orientierung an Art. 5 I GG (und Art. 21 I GG) auch auf den kommunikativen Verkehr erstreckt (**verfassungskonforme Auslegung**). P hätte also die straßenrechtlichen Vorschriften am Maßstab des Art. 5 I GG und des Art. 21 GG verfassungskonform auslegen müssen. Da er dies verkannt hat, war die Verfügung rechtswidrig.²³³

IV. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren

35

Quer zur subjektiv-rechtlichen und zur objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte liegt deren organisations- und verfahrensrechtliche Dimension. Das Verwaltungs- bzw. Gerichtsverfahren muss so gestaltet sein, dass **keine Gefahr für eine Entwertung**

²²⁶ Vgl. dazu die Bestimmungen des Straßengesetzes des Bundes und die der Straßengesetze der Länder.

²²⁷ BVerwGE 35, 326 ff. Siehe auch bspw. §§ 16, 19 HmbWeGeG.

²²⁸ BVerfG NVwZ 1992, 52, 53. Vgl. auch *Limpens*, JA 2001, 592 ff.

²²⁹ OLG Köln NVwZ 2000, 350, 351.

²³⁰ BVerfGE 61, 1, 11.

²³¹ Vgl. BVerfGE 12, 296, 304; 40, 287, 291; 47, 198, 228; 107, 339, 362; BVerfG NJW 2017, 611, 618; OVG Saarlouis NVwZ 2018, 183, 184; vgl. auch *Volp*, NJW 2016, 459, 460 f.

²³² BVerfGE 12, 296, 305 ff.; 39, 334, 357; 47, 198, 228; 107, 339, 362; BVerfG NJW 2017, 611, 618; OVG Saarlouis NVwZ 2018, 183, 184.

²³³ Beachte dazu auch BVerfG NVwZ 2007, 1306 ff. (Straßenverkauf von Zeitungen ist Sondernutzung).

der materiell-rechtlichen Grundrechtsposition besteht.²³⁴ Dies hat v.a. für das Verwaltungsverfahren Bedeutung²³⁵: So das Verfahren zur Anerkennung als politisch Verfolgter die Regelung des Art. 16a GG zu beachten. Und die aus Art. 2 II S. 1 GG abgeleitete staatliche Schutzpflicht hat Eingang zu finden in Genehmigungsverfahren bei gefährlichen Anlagen (Kraftwerke o.Ä.). Eine Verletzung der verfahrensrechtlichen Dimension des Grundrechts und somit der staatlichen Schutzpflicht kommt in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer Acht lässt, die der Gesetzgeber zur Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 II S. 1 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat.

Keinesfalls dürfen daher die Gerichte bei der Überprüfung von Genehmigungsbescheiden ohne weiteres davon ausgehen, dass ein klagebefugter Dritter zur Geltendmachung von Verfahrensfehlern in der Regel nicht befugt ist.²³⁶

36

Aber auch die anderen Grundrechte müssen bei der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und des Gerichtsverfahrens so berücksichtigt werden, dass dem Einzelnen zur Verwirklichung seiner Grundrechtsgewährleistungen eine effektive Verfahrensbeteiligung ermöglicht wird.²³⁷

37

- So muss das Verfahren bei der Auswertung einer Videoüberwachung öffentlicher Plätze das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sichern.²³⁸
- Das Verfahren zur Indizierung einer als Kunstwerk anzusehenden Schrift als jugendgefährdend hat bei der Frage, ob von ihr eine jugendgefährdende Wirkung ausgeht, eine Abwägung mit der Kunstfreiheit des Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG vorzusehen.²³⁹
- Bei Prüfungsverfahren zu berufsspezifischen Prüfungen besteht zwar grundsätzlich ein nicht weiter gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Prüfer.²⁴⁰ Allerdings besteht unter dem Aspekt der Chancengleichheit und des Willkürverbots (Art. 3 I GG) ein Anspruch auf ein faires Prüfungsverfahren.²⁴¹
- Bei Beamtenernennungsverfahren gem. Art. 33 II GG ist das Leistungsprinzip richtungweisend.²⁴² Die Nichteinhaltung von rechtssatzmäßigen **Verfahrensbestimmungen** zum Auswahlprozess, der die Bestenauslese gewährleisten soll, macht die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

Fraglich ist, ob sich aus der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte ein **subjektives öffentliches** und damit **einklagbares Recht** auf angemessenen Schutz durch Organisation und Verfahren ergeben kann. Dies wird überwiegend bejaht. Aus dem Erfordernis, den objektiven Funktionen der Grundrechte auch eine subjektive Komponente zuzuordnen, und der als fließend angesehenen Grenze zwischen objektiv-rechtlichem Gehalt der Grundrechte und deren Funktion als Leistungs- und Teilhaberechte folge, dass ggf. ein einklagbarer Anspruch auf den Ausbau von Verfahrensregelungen bestehen müsse. Dieser Anspruch bestehe darin, in einem fairen Verfahren die Rechte geltend zu machen und durchzusetzen.²⁴³

38

²³⁴ BVerfGE 63, 131, 143 (Gegendarstellung).

²³⁵ BVerfGE 53, 30, 65 ff. (Mülheim Kärlich). Vgl. dazu auch *Pünder*, JuS 2011, 289 ff.

²³⁶ BVerfGE 53, 30, 64 ff. (Mülheim Kärlich).

²³⁷ St. Rspr. vgl. nur BVerfGE 17, 108, 114 ff. (Hirnkammerluftfüllung); 42, 212, 219 f. (Durchsuchung); 46, 325, 334 f. (Zwangsversteigerung zum Schleuderpreis).

²³⁸ Zur Videoüberwachung öffentlicher Plätze bzw. Flächen vgl. Rn 270 ff.

²³⁹ BVerfGE 83, 130, 136 ff. (Josefine Mutzenbacher).

²⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 283 ff.

²⁴¹ BVerfGE 84, 34, 49 (Juristische Prüfung); 84, 59, 77 (Medizinische Prüfung); 88, 40, 59 (Zulassung einer privaten Grundschule).

²⁴² BVerfG NJW 1990, 501 (Verfahren bei Beamtenernennungen). Vgl. auch OVG Bremen 6.10.2023 – 2 B 278/23 und VG Bayreuth NVwZ 2023, 700 (jeweils zur Eignung in Bezug auf den Polizeivollzugsdienst).

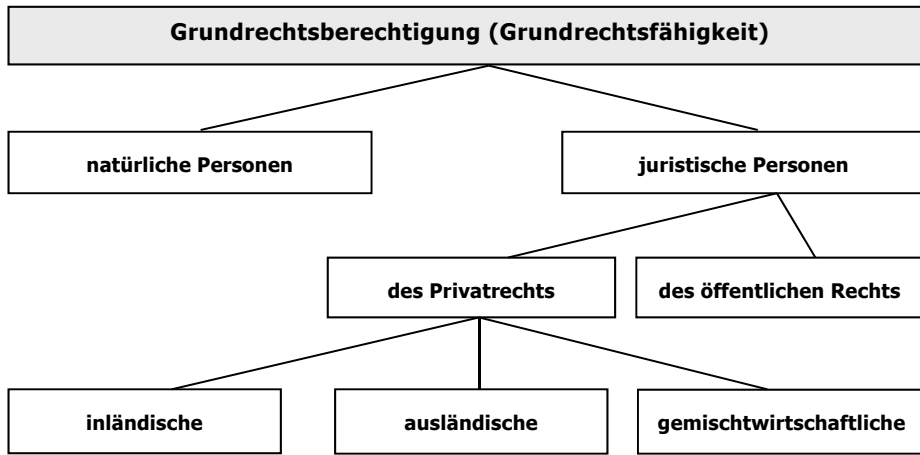
²⁴³ Vgl. BVerfGE 33, 303, 329 ff. (Numerus clausus); 109, 13, 23 (Auslieferung ins Ausland); *Hill*, HdbStR VI, S. 1321 ff.

V. Grundrechtsberechtigung (Grundrechtsfähigkeit)

- 39 Bei der Grundrechtsberechtigung geht es um die Frage, wer sich auf Grundrechte berufen kann, wer also Träger von Grundrechten ist. Mithin geht es um die Frage nach der Grundrechtsfähigkeit, die von der Frage nach der Grundrechtsmündigkeit zu trennen ist.

Grundrechtsberechtigung (Grundrechtsfähigkeit) bedeutet die Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein.²⁴⁴

- 40 Kategorisch muss zwischen der Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen und der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen unterschieden werden.



Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Grundrechtsfähigkeit ist eine Frage des materiellen Verfassungsrechts und somit eine Frage der Begründetheit eines gerichtlichen Verfahrens (z.B. einer Verfassungsbeschwerde). Die Grundrechtsfähigkeit wird allerdings auch schon für die Zulässigkeit eines gerichtlichen Verfahrens bedeutsam: Zum Beispiel kann eine Verfassungsbeschwerde nur von einem Grundrechtsfähigen erhoben (vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 693) und nur gegen einen Grundrechtsverpflichteten (also gegen denjenigen, der an das Grundrecht gem. Art. 1 III GG gebunden ist) gerichtet werden (vgl. ebenfalls *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 693).²⁴⁵

1. Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen

- 41 Grundsätzlich sind alle natürlichen Personen grundrechtsfähig.²⁴⁶ Das Grundgesetz unterscheidet aber bei der Frage, auf welche Grundrechte sich ein Mensch berufen kann, zwischen Grundrechten, die für jedermann (sog. „Jedermannsrechte“), und solchen, die nur für Deutsche gelten (sog. „Deutschenrechte“). Zudem ist danach zu fragen, inwieweit noch nicht geborene Menschen und bereits gestorbene Menschen Träger von Grundrechten sein können. Schließlich ist die Grundrechtsberechtigung von Menschen fraglich, die in Ausübung eines staatlichen Amts tätig sind.

²⁴⁴ v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 7. Vgl. auch BVerwG NVwZ 2001, 1399.

²⁴⁵ Kingreen/Pascher, Rn 193 ff.

²⁴⁶ **Tiere** sind nicht grundrechtsberechtigt, weil die Rechtsordnung einschließlich des Verfassungsrechts sie als Rechtsobjekte behandelt und sie daher nicht Träger von Rechten (und damit von Grundrechten) sein können. Folge ist, dass sie auch keine Rechte einklagen können. Jedoch wäre es wünschenswert, dass die Verfassung den (Bundes-)Gesetzgeber zwänge, ein Verbandsklagerecht (wie es bereits für den Umweltschutz eingeführt wurde) einzuführen. Art. 20a GG würde dies nach der hier vertretenen Auffassung legitimieren.

a. „Jedermannsrechte“

Als „**Jedermannsrechte**“ werden solche Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte bezeichnet, die keine Einschränkungen im Adressatenkreis (Berechtigtenkreis) vorsehen. Man erkennt sie an den im Grundgesetz verwendeten Bezeichnungen wie „jeder“, „jedermann“, „alle Menschen“ oder „niemand“.

42

Beispiele: Art. 1 I GG (Menschenwürde), Art. 2 I (freie Entfaltung der Persönlichkeit), Art. 2 II S. 1 (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit), Art. 3 I (allgemeiner Gleichheitssatz; Willkürverbot), Art. 3 III (Diskriminierungsverbot), Art. 4 III S. 1 (Recht auf Kriegsdienstverweigerung), Art. 5 I S. 1 (Meinungsfreiheit), Art. 9 III (Koalitionsfreiheit), Art. 12 II (Schutz vor Zwangsarbeit), Art. 17 (Petitionsrecht), Art. 33 III S. 2 (Schutz vor Benachteiligung aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen), Art. 101 I S. 2 (Recht auf den gesetzlichen Richter), Art. 103 III (Strafklageverbrauch)

Aber auch den Personenkreis nicht nennende Grundrechte gehören zu den „Jedermannsrechten“.

43

Beispiele: Art. 4 I (Glaubensfreiheit), Art. 5 III (Kunst- und Wissenschaftsfreiheit), Art. 6 I (Ehe und Familie), Art. 13 I (Wohnungsgrundrecht), Art. 14 I (Eigentum und Erbrecht)

b. „Deutschengrundrechte“

Deutschengrundrechte (Bürgerrechte) sind demgegenüber solche Grundrechte, die nach dem Verfassungstext nur Deutschen zustehen. Den Begriff des Deutschen bestimmt Art. 116 I GG.

44

Beispiele: Art. 8 I (Versammlungsfreiheit), Art. 9 I (Vereinigungsfreiheit), Art. 11 (Recht auf Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet), Art. 12 I (Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen), Art. 16 I (Schutz vor Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit), Art. 16 II (Schutz vor Auslieferung), Art. 20 IV (politisches Widerstandsrecht), Art. 33 I (gleiche Rechte und Pflichten), Art. 33 II (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern) und Art. 33 III S. 1 (Unabhängigkeit der Bekleidung öffentlicher Ämter von der Religion). Zu den Deutschenrechten zählt auch das Grundrecht der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl aus Art. 38 I S. 1. Das geht zwar nicht direkt aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor, ergibt sich aber aus Art. 20 II: Wahlen sind Ausdruck der Volkssouveränität und ein Recht des Staatsvolkes der Bundesrepublik Deutschland. Dieses Staatsvolk umfasst aber nur Deutsche.²⁴⁷

c. Grundrechtsberechtigung von Ausländern

Grundrechte, die nicht an die „Deutscheneigenschaft“ i.S.d. Art. 116 I GG anknüpfen (sog. **Jedermannsrechte**), stehen selbstverständlich auch Ausländern zu. Diese können sich ggf. auch dann auf Grundrechte des Grundgesetzes berufen, wenn sie sich außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik aufhalten.

45

Beispiel²⁴⁸: Die in Bangladesch und Nepal lebenden B und N machen vor dem BVerfG mittels Verfassungsbeschwerde geltend, sie seien dadurch, dass die Bundesrepublik Deutschland keine ausreichenden Regelungen zur alsbaldigen Reduktion von Treibhausgasen unternommen habe, die aber erforderlich seien, um die Erwärmung der Erde bei 1,5° C oder wenigstens bei deutlich unter 2° C anzuhalten, in ihren Grundrechten aus Art. 2 II S. 1 GG und Art. 14 I GG verletzt.

²⁴⁷ Kingreen/Poscher, Rn 194. Das BVerfG hat deshalb die Zuerkennung des Wahlrechts an Ausländer und Staatenlose für unzulässig erklärt. Das gilt aufgrund der Homogenitätsklausel des Art. 28 I S. 1 GG auch für die Länder (vgl. BVerfGE 83, 37 ff. und 60; a.A. Meyer, in: HdbStR II, S. 272 ff.). Etwas anderes gilt aber auf Kommunalebene, da dort keine Parlamente gewählt werden, sondern im Rahmen der örtlichen Gemeinschaft Organe der kommunalen Selbstverwaltung (vgl. Art. 28 I S. 3 GG). Diesbezüglich sind auch EU-Bürger wahlberechtigt.

²⁴⁸ BVerfG NJW 2021, 1723 ff. (Klimaschutzgesetz) mit Bespr. v. Muckel, JA 2021, 610.

Das BVerfG hat entschieden, dass B und N beschwerdebefugt seien, weil nicht von vornherein auszuschließen sei, dass die Grundrechte des Grundgesetzes den deutschen Staat auch zu ihrem Schutz vor den Folgen des globalen Klimawandels verpflichteten. Es sei nicht auszuschließen, dass die Grundrechte des Grundgesetzes den deutschen Staat dazu verpflichteten, zum Schutz von Menschen (auch) im Ausland vor Beeinträchtigungen durch Folgen des globalen Klimawandels beizutragen. Da eine Wirkung der Grundrechte auch gegenüber Ausländern im Ausland nicht von vornherein ausgeschlossen erscheine, seien B und N insoweit grundrechtsberechtigt.²⁴⁹

- 46 Grundrechte, die aber an die „Deutscheneigenschaft“ i.S.d. Art. 116 I GG anknüpfen (sog. **Deutschengrundrechte**), gelten folgerichtig für Ausländer²⁵⁰ nicht, weil andernfalls die ausdrückliche Entscheidung des Grundgesetzes unterlaufen würde, bestimmte Grundrechte nur deutschen Staatsbürgern zu gewähren.²⁵¹ Ausländer genießen diesbezüglich aber selbstverständlich Schutz über **Art. 2 I GG**, da dieses Grundrecht als Auffangtatbestand verstanden wird, der die Freiheit allgemein, also stets dann schützt, wenn kein spezielles Freiheitsgrundrecht einschlägig ist.²⁵²

Beispiel: Der aus Syrien stammende S bittet in der Bundesrepublik Deutschland um politisches Asyl. Die zuständige Behörde verbindet mit der vorläufigen Aufenthaltsgestattung die Beschränkung gem. § 56 AsylG, dass S sich für die Dauer des Asylverfahrens lediglich innerhalb des räumlichen Zuständigkeitsbereichs der Behörde bewegen darf. S ist der Auffassung, durch den Verwaltungsakt in seinen Grundrechten verletzt zu sein.

In sachlicher Hinsicht ist das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) betroffen. In persönlicher Hinsicht ist dieses Grundrecht aber nur auf Deutsche anwendbar. S ist syrischer Staatsangehöriger, sodass er nicht Träger des Grundrechts aus Art. 11 GG sein kann. Möglicherweise liegt aber ein Eingriff in Art. 2 I GG (allgemeine Verhaltensfreiheit) vor. Insbesondere bei Ausländern, die nicht Träger von Deutschengrundrechten sein können, wird allgemein angenommen, dass sie sich wenigstens auf das Auffanggrundrecht aus Art. 2 I GG berufen können. S kann sich daher auf Art. 2 I GG berufen. Fraglich ist, ob Art. 2 I GG auch verletzt ist. In das Grundrecht der allgemeinen Verhaltensfreiheit wird eingegriffen, wenn eine Aufenthaltsbeschränkung erlassen wird. Die Aufenthaltsbeschränkung könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Sie beruht auf § 56 AsylG. Diese Vorschrift müsste zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ gehören. Hiervon kann ausgegangen werden.²⁵³ Auch davon, dass die Behörde die Vorschrift verhältnismäßig angewendet hat, kann ausgegangen werden.²⁵⁴ Die Maßnahme der Behörde ist deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

- 46a Von der Geltung der Grundrechte ist die des einfachen Rechts zu unterscheiden.

Beispiel: Ausländer können sich nicht auf Art. 8 I und 9 I GG berufen (s.o.). Die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit wird ihnen aber gem. Art. 11 EMRK, § 1 I VersG und § 1 VereinsG gewährt. Jedoch hat die EMRK lediglich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und steht daher formal auf derselben Stufe wie das VersG und das VereinsG. Verbote und Beschränkungen gem. §§ 14 und 15 VersG, die über die in Art. 8 II und 9 II GG genannten Schranken hinausgehen, verstoßen also nicht gegen Art. 8 I bzw. 9 I GG (da diese Grundrechte nicht anwendbar sind). Unproblematisch ist daher auch das Verbot politischer Betätigung gem. § 47 AufenthG. Das schwächere Schutzniveau, das Art. 2 I

²⁴⁹ BVerfG NJW 2021, 1723, 1724/1726.

²⁵⁰ Bezüglich Bürger der EU, denen wegen Art. 18 I AEUV auch die Gewährleistungen der Deutschengrundrechte zustehen, vgl. Rn 48.

²⁵¹ BVerfG NVwZ 2000, 1281 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine).

²⁵² BVerfG NVwZ 2000, 1281 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine); BVerfGE 35, 382, 399 (Palästinenser); 78, 179, 196 f. (Heilpraktiker); *Stern*, StaatsR III/1, S. 1041; a.A. *Ericksen*, in: HdbStR VI, S. 1205 ff.

²⁵³ In der Klausur wäre eine nähere Prüfung angezeigt. So müsste geprüft werden, ob die Regelung des § 56 AsylG abstrakt gesehen geeignet, erforderlich und angemessen ist (zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vgl. Rn 169 ff.). Anschließend müsste geprüft werden, ob auch die Einzelmaßnahme rechtmäßig ist.

²⁵⁴ Auch hier wäre in der Klausur unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit eine nähere Prüfung angezeigt.

GG im Vergleich zu Art. 8 I GG und Art. 9 I GG bietet, führt dazu, dass § 47 AufenthG nicht verfassungswidrig ist.

Darüber hinaus haben Ausländer über Art. 2 I GG Anspruch darauf, dass ihnen der Staat die Regeln des objektiven Verfassungsrechts zur Verfügung stellt. Ausländer können also die Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips (insbesondere Verhältnismäßigkeit, ermessensfehlerfreie Entscheidung, Vertrauensschutz) einklagen. Darüber hinaus gelten für diesen Personenkreis unbestrittenermaßen die justiziellen Grundrechte aus Art. 19 IV²⁵⁵, 101 I und 103 I GG.

47

d. Grundrechtsberechtigung von EU-Bürgern

Bezüglich Bürger aus anderen **Mitgliedstaaten der EU** ist unklar, inwieweit sie sich (unmittelbar) auf Deutschengrundrechte (Art. 8 I, 9 I, 11 I, 12 I GG) berufen können. Das soll anhand eines Beispiels veranschaulicht werden:

48

Beispiel²⁵⁶: Der belgische Unternehmer U stellt Einbauschränke her. Als er von einem Hauseigentümer in Aachen den Auftrag erhält, in dessen Wohnzimmer eine Schrankwand aus Naturholz einzubauen, verlangt die hiesige Handwerkskammer, dass er sich dort registrieren lässt. U, der schon in Belgien registriert ist, sieht nicht ein, sich noch einmal in Deutschland registrieren zu lassen. Unter Bezugnahme auf Art. 12 I GG möchte er sich gegen die nach seiner Ansicht unverhältnismäßige Maßnahme zur Wehr setzen.

In persönlicher Hinsicht setzt ein Schutz aus Art. 12 I GG eine „Deutscheneigenschaft“ (i.S.d. Art. 116 I GG) voraus. U ist zwar nicht deutscher Staatsangehöriger, aber Belgier und damit EU-Bürger, was die Frage aufwirft, ob das EU-Recht einen direkten Schutz aus Art. 12 I GG oder einen vergleichbaren Schutz fordert.

⇒ Für eine unmittelbare Anwendbarkeit der Deutschengrundrechte auch auf Bürger anderer EU-Staaten²⁵⁷ sprechen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 I AEUV und die besonderen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten (etwa Art. 45 und 56 AEUV). Diese mit Anwendungsvorrang versehenen Vorschriften des EU-Primärrechts verbieten im Anwendungsbereich des Unionsrechts jede Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und ordnen damit eine Gleichstellung aller EU-Bürger an mit der Folge, dass für diese das gleiche Schutzniveau innerhalb der Union gilt.

Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts und die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote könnten dazu führen, dass *alle* EU-Bürger, und damit auch U, sich persönlich (u.a.) auf Art. 12 I GG berufen können. Folgt man dieser Auffassung, kann sich auch U zur Durchsetzung seines Abwehranspruchs unmittelbar auf Art. 12 I GG berufen.

⇒ Gegen eine Anwendbarkeit der Deutschengrundrechte (und damit auch des Art. 12 I GG) auf Bürger anderer EU-Staaten spricht aber die ausdrückliche verfassungstextliche Begrenzung auf Deutsche.²⁵⁸

Folgt man diesem Wortlautargument, kann sich U jedenfalls auf den auf Ausländer unstreitig anwendbaren Art. 2 I GG berufen. Dann aber müsste wegen der genannten Diskriminierungsverbote des EU-Rechts und des Effet-utile-Prinzips bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 I GG im Rahmen der Güterabwägung das hohe Schutzniveau des Art. 12 I GG herangezogen werden (durch Übertragung der Schranken und der Schranken-Schranken des Spezialgrundrechts auf Art. 2 I GG), sodass sich im Ergebnis derselbe (materielle) Grundrechtsschutz wie bei der unmittelbaren Anwendung des Art. 12 I GG ergibt.

²⁵⁵ Siehe zu Art. 19 IV GG auch BVerfG NJW 2018, 3374, 3375: Individualgrundrecht und objektive Wertscheidung.

²⁵⁶ Nach EuGH DVBl 2001, 114.

²⁵⁷ So vertreten etwa von *Breuer*, in: HdbStR VIII, § 170 Rn 43; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 12 Rn 36 f.

²⁵⁸ So vertreten etwa von *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 5; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn 97; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn 19 f.; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 72; *Lang*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 2 Rn 21a; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn 12 f. Offengelassen von BVerwG NVwZ 2023, 1427, 1429 („Gehwegbelästigung“).

Stellungnahme: Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts mit seinen Diskriminierungsverboten spricht für die unmittelbare Anwendung der Deutschengrundrechte auch auf andere EU-Bürger. Zwar findet (auch) in diesem Fall weder eine Auslegung des Deutschenbegriffs statt noch kann Art. 12 I GG analog angewendet werden, da weder der legaldefinierte Deutschenbegriff auslegbar ist noch eine analoge Anwendung von Grundrechten in Betracht kommt. Jedoch wird man wegen des Anwendungsvorrangs und des Effekt-utile-Prinzips des EU-Rechts den Begriff des Deutschen als EU-Bürger lesen müssen. Methodisch lässt sich dies nach der hier vertretenen Auffassung damit herleiten, dass man bei Unionsbürgern die Beschränkung des Schutzbereichs auf Deutsche nicht anwendet. Gleichgültig aber, welcher Auffassung man sich anschließt, ist der verfassungsändernde Gesetzgeber berufen, dem materiellen Gehalt des Art. 18 I AEUV und der speziellen Diskriminierungsverbote etwa dadurch Rechnung zu tragen, dass er den Begriff des „Deutschen“ durch den Begriff „Bürger der Europäischen Union“ ersetzt.²⁵⁹ Siehe auch Rn 260; speziell zu Art. 12 I GG siehe Rn 789.

Die Problematik stellt sich auch bei grundrechtsgleichen Rechten wie dem Recht jedes Deutschen auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern (Art. 33 II GG). In diesem Fall zwingt das höherrangige EU-Recht (Art. 45 I, II AEUV und das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV) den Staat, EU-Bürgern den Beamtenstatus zu ermöglichen, wenn die Aufgaben nicht ausnahmsweise Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit vorbehalten sind.²⁶⁰ § 7 I Nr. 1 lit. a), II und III BeamStG (insoweit inhaltsgleich mit § 7 BBG) stellt dies klar.

- 49 Das GG kennt mit Art. 16a auch ein Grundrecht, das ausschließlich **Nicht-Deutschen** zusteht. Denn das Grundrecht auf politisches Asyl kann seinem Wesen nach nur Ausländern und Staatenlosen zukommen, niemals Deutschen.

e. Beginn der Grundrechtsfähigkeit

- 50 Die Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen **beginnt** jedenfalls mit der Geburt. In Abweichung zum Strafrecht, wo der BGH den Übergang vom Schwangerschaftsabbruch zum Tötungsdelikt an den *Anfang* der Geburt knüpft, d.h. den Beginn des Menschseins bei der vaginalen Geburt im Zeitpunkt des Einsetzens der Eröffnungswehen sieht und bei operativer Entbindung (Kaiserschnitt – Sectio caesarea²⁶¹) im Zeitpunkt des ärztlichen Eingriffs, also bei der chirurgischen Öffnung des Uterus²⁶², ist es bei den Grundrechtslehren allgemeine Auffassung (unabhängig davon, ob Vaginalgeburt oder Sectio), auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Kind vollständig vom Mutterleib getrennt ist. Von der damit angesprochenen Grundrechtsfähigkeit ist die Frage nach der sog. Grundrechtsmündigkeit zu unterscheiden. Es leuchtet ein, dass sich z.B. ein Kleinkind zwar auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, nicht aber auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann; siehe dazu näher Rn 81 ff.

Äußerst problematisch ist der Bereich vor der Geburt, d.h. die Frage nach der Grundrechtsfähigkeit des noch **ungeborenen Menschen** (des *Nasciturus*). In seinen beiden Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch hat das BVerfG den Schutz aus Art. 2 II S. 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) und aus Art. 1 I GG (Menschenwürde) bejaht und zugleich die staatliche Pflicht betont, sich schützend vor das ungeborene menschliche Leben zu stellen.²⁶³ Dabei hat das Gericht allerdings die Frage, ob der *Nasciturus* Grundrechtsfähigkeit besitzt oder ob er mangels Grundrechtsträgerfähigkeit „nur“ von den schutzverpflichtenden Gewährleistungen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird, unbeantwortet gelassen. Denn die Grundrechtsnormen ent-

²⁵⁹ So vertreten vom Verfasser seit der 4. Aufl. 2003.

²⁶⁰ *Pleper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33 Rn 22.

²⁶¹ Die Begriffe *Sectio* und *caesarea* entstammen dem Lateinischen und bedeuten „Schnitt“ und „kaiserlich“.

²⁶² Siehe nur BGH NJW 2024, 298, 299; BGH NJW 2021, 645, 647.

²⁶³ BVerfGE 39, 1, 37 (Schwangerschaftsabbruch I); E 88, 203, 251 f. (Schwangerschaftsabbruch II).

hielten nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörperten zugleich eine objektive Wertordnung, die alle staatliche Gewalt binde. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Staat zu rechtlichem Schutz des noch ungeborenen Lebens von Verfassungen wegen verpflichtet sei, könne deshalb schon aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen erschlossen werden.²⁶⁴ Jedenfalls sei der *Nasciturus* ab dem 14. Tag nach der Empfängnis²⁶⁵ objektiv-rechtlich dem Schutz des Art. 2 II S. 1 GG unterstellt.²⁶⁶ In beiden Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch hat das BVerfG aber klar formuliert, dass auch dem ungeborenen menschlichen Leben Menschenwürde zukommt.²⁶⁷

Nach dieser Rechtsprechung könnte es also dahinstehen, ob man dem *Nasciturus* eine Grundrechtsfähigkeit zuspricht, da der Staat jedenfalls schon objektiv-rechtlich verpflichtet ist, sich schützend und fördernd vor das noch ungeborene Leben zu stellen und dessen Menschenwürde zu achten. So heißt es im „1. Urteil zum Schwangerschaftsabbruch“:

„Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, läßt sich deshalb bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten. Sie ergibt sich darüber hinaus auch aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; denn das sich entwickelnde Leben nimmt auch an dem Schutz teil, den Art. 1 Abs. 1 GG der Menschenwürde gewährt. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“²⁶⁸

Im 2. Urteil zum Schwangerschaftsabbruch knüpft das BVerfG daran an, unterstellt die Menschenwürde aber ausdrücklich einer Abwägungsmöglichkeit mit den Grundrechten der Schwangeren, indem es formuliert:

„Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt. Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu. Die Rechtsordnung muß die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen gewährleisten.“²⁶⁹ (...) Die Reichweite der Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben ist im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts einerseits und damit kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen. Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht.“²⁷⁰

Die Rechtsprechung des BVerfG ist methodisch angreifbar. Denn auf der einen Seite spricht das Gericht dem *Nasciturus* „unantastbare Menschenwürde“ zu, lässt aber auf der anderen Seite die Tötung ungeborenen Lebens auch jenseits der medizinischen Indikation zu²⁷¹. Zwar ist dem BVerfG zuzuerkennen, dass sich die Rechtsordnung durchaus in einer Pflichtenkollisi-

²⁶⁴ BVerfGE 39, 1, 41 f. Für Grundrechtsfähigkeit *Kunig*, Jura 1991, 415 ff.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn 51.

²⁶⁵ Der Begriff „Empfängnis“ ist veraltet und zudem auch unzutreffend, da die Frau ja kein Kind „vom Mann empfängt“. Zutreffend wird heute der Begriff „Befruchtung“ („Konzeption“ bzw. „Fertilisation“) verwendet. Der Befruchtungsprozess beginnt mit dem Eindringen der Spermienzelle in das Zytoplasma der Eizelle (Vorkernverschmelzung, sog. Imprägnation) und endet mit der Kernverschmelzung (der Konjugation). Das wiederum ist gegeben, wenn sich die Kernmembranen der beiden Keimzellen aufgelöst haben und sich das Genmaterial der weiblichen Eizelle und der männlichen Spermienzelle verdoppelt und neu kombiniert hat (siehe Rn 52). Der Begriff „Empfängnis“ gibt also keinen Aufschluss darüber, welches Stadium gemeint ist.

²⁶⁶ BVerfGE 39, 1, 37 (Schwangerschaftsabbruch I).

²⁶⁷ BVerfGE 39, 1, 41 (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203, 251 (Schwangerschaftsabbruch II).

²⁶⁸ BVerfGE 39, 1, 41.

²⁶⁹ BVerfGE 88, 203 (LS).

²⁷⁰ BVerfGE 88, 203 (LS).

²⁷¹ Vgl. ebenfalls BVerfGE 39, 1, 49 f. (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203, 254 ff. (Schwangerschaftsabbruch II).

on (Schutz des ungeborenen Lebens vor dessen Vernichtung vs. Respektierung der freien Entscheidung der Schwangeren) befindet, wenn aber das BVerfG auch sonst den absoluten Schutz der Menschenwürde betont und auf die „Unantastbarkeit“ verweist mit der Folge, dass sie einer Abwägung nicht zugänglich sei²⁷², gerät es in nicht zu leugnende rechtsethische und rechtmethodische Argumentationsschwierigkeiten, wenn es den *Nasciturus* einerseits der (unantastbaren!) Menschenwürde unterstellt, andererseits dann aber eine Abwägung mit dem Interesse der Schwangeren an einem Schwangerschaftsabbruch zulässt. Wie den Passagieren eines von Terroristen entführten und von Streitkräften abgeschossenen Verkehrsflugzeugs nimmt man bei einem Schwangerschaftsabbruch dem *Nasciturus* das Leben, ohne dass er dies beeinflussen könnte. Umgekehrt formuliert: Lässt man einerseits – obwohl der *Nasciturus* der (unantastbaren!) Menschenwürde unterstellt sein soll – den Schwangerschaftsabbruch zu mit dem Argument des überwiegenden Interesses der Schwangeren und verbietet andererseits eine Abwägung des Lebensrechts der (todgeweihten) Passagiere mit dem Lebensrecht der Menschen am Boden, ist dies Ausdruck einer rechtsethisch und rechtmethodisch nicht konsistenten Entscheidungslinie. Möglicherweise hat sich das BVerfG aber dadurch eine „Hintertür“ offengehalten, indem es in seinen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch davon absieht, den *Nasciturus* als Träger der Menschenwürde zu bezeichnen, sondern ihn „nur“ der Menschenwürde unterstellt. Die vermeintlich unbedeutende terminologische Unterscheidung („Die Reichweite der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben ist mit Blick auf ... zu bestimmen“ und „Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG)“ statt: „Der *Nasciturus* ist Träger der Menschenwürde“) könnte rechtsdogmatisch gerade den Unterschied machen und erklären, warum das BVerfG eine Abwägung zugunsten des Interesses der Schwangeren an einem Abort zulassen konnte. Abzulehnen ist jedenfalls das von Teilen der Literatur vertretene „abgestufte“ Schutzkonzept, wonach dem Embryo ein schwacher und abgestufter Schutz zugesprochen wird, der aber desto stärker wirke, je näher der Zeitpunkt der Geburt rücke (dazu Rn 229).

Auch der einfache Gesetzgeber äußert sich dogmatisch angreifbar. Während er in § 219 I S. 3 StGB davon ausgeht, dass auch der ungeborene Mensch ein Recht auf Leben hat, womit er gleichzeitig die Grundrechtsträgereigenschaft in Bezug auf Art. 2 II S. 1 Var. 1 GG anerkennen muss, beginnt die (zivilrechtliche) Rechtsfähigkeit (d.h. die Fähigkeit, Träger von Rechten und damit auch von Grundrechten zu sein) nach § 1 BGB erst mit Vollendung der Geburt. Auch impliziert § 1923 II BGB, dass der noch ungeborene Mensch nicht rechtsfähig ist. Und auch der BGH ist aus rechtsmethodischer Sicht angreifbar, wenn er (zutreffend und in Übereinstimmung mit Art. 103 II GG) in Strafsachen auf das Koinzidenzprinzip abstellt und bei einem Eingriff des Täters im pränatalen Bereich, der den Tod des Kindes erst nach der Geburt mit sich bringt („pränatale Einwirkung mit postnataler Auswirkung“), eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts ausschließt²⁷³, in Zivilsachen aber einem geschädigt geborenen Kind einen Schadensersatzanspruch gegen Arzt, Krankenhaus oder Medikamentenhersteller zuspricht, obwohl die schädigende Handlung zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, in dem das Kind (wegen § 1 BGB) noch nicht rechtsfähig und damit auch nicht Schutzgut des § 823 I BGB war²⁷⁴.

- 51 Geht man (aber) von der Grundrechtsfähigkeit des *Nasciturus* aus, indem man sich auf den Standpunkt stellt, die Menschenwürde gebiete es, auch dem noch ungeborenen Menschen die Grundrechtsträgereigenschaft zuzusprechen²⁷⁵, ist klar, dass nur solche

²⁷² Vgl. nur BVerfGE 115, 118, 152 (Luftsicherheitsgesetz), wo das BVerfG entschied, dass der Abschuss von Passagierflugzeugen mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG unvereinbar sei, soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden.

²⁷³ Vgl. BGH NSTZ 2008, 393, 394 f.; BGHSt 31, 348, 352.

²⁷⁴ Siehe nur BGHZ 8, 243, 249; 58, 48, 55; 93, 351, 355. Der BGH nimmt hier eine durch Schädigung der Schwangeren zugefügte mittelbare Schädigung an, was die Sache rechtmethodisch nicht sicherer macht.

²⁷⁵ Kein Argument kann es indes sein, auf das Schutzbedürfnis des (noch ungeborenen) Menschen abzustellen (so aber *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 47; *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn 146). Denn dem Schutzbedürfnis des *Nasciturus* würde ja bereits durch die Schutzverpflichtung des Staates und die vom Gesetzgeber erlassenen Schutzgesetze Rechnung getragen. Zudem kann nicht die Schutzbedürftigkeit über die Grundrechtsträgereigenschaft bestimmen.

Grundrechte in Betracht kommen, deren Regelungsgehalt der *Nasciturus* auch sinnvollerweise ausüben kann. So kann er sich nicht auf die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG berufen (Gleiches gilt auch für Art. 8 I, 9 und 12 I GG), sehr wohl aber auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II S. 1 GG sowie auf die Menschenwürde gem. Art. 1 I S. 1 GG und die Verpflichtung des Staates, sie zu achten (Art. 1 I S. 2 GG). Auch kommt das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I GG i.V.m. 2 I GG) in Betracht.

Fraglich ist schließlich, von welchem Zeitpunkt an von einem ungeborenen Menschen, der entweder Grundrechtsträger oder zumindest dem Schutz der Menschenwürde und des Rechts auf Leben unterstellt ist, gesprochen werden kann. Denkbar ist, auf den frühestmöglichen Zeitpunkt, also auf denjenigen, bei dem die Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen ist (Vorkernverschmelzung, sog. Imprägnation), abzustellen. Folgt man dem, erstreckt sich der Schutz der Menschenwürde (und des Rechts auf Leben) auch auf in vitro imprägnierte Eizellen. Es lässt sich aber auch erwägen, auf den der Imprägnation folgenden Zeitpunkt der Kernverschmelzung (der Konjugation) abzustellen. Das ist der Zeitpunkt, in dem sich die Kernmembranen der beiden Keimzellen aufgelöst haben und sich das Genmaterial der weiblichen Eizelle und der männlichen Samenzelle verdoppelt und neu kombiniert hat.²⁷⁶ Dann wäre jedenfalls der Embryo erfasst, selbst dann, wenn er sich – im Fall der In-vitro-Fertilisation – noch im Reagenzglas befindet. Denkbar ist auch, auf die Einnistung der befruchteten Eizelle (der Zygote) in der Gebärmutter (also auf die Nidation, auch Implantation genannt) abzustellen, was aus medizinischer Sicht 6 bis 10 Tage nach der Konjugation als abgeschlossen anzusehen ist. Das BVerfG hat sich auch diesbezüglich nicht festgelegt, aber entschieden, dass der Schutz aus Art. 1 I GG und aus Art. 2 II S. 1 GG jedenfalls „vom 14. Tag nach der Empfängnis an“ bestehe (s.o.).²⁷⁷ Danach tritt der Grundrechtsschutz also spätestens mit dem Zeitpunkt der „gesicherten“ Nidation ein, also am 10. Tag nach der Konjugation.

52

Nach wie vor unklar ist aber der Begriff der Befruchtung, was vordergründig zwar die Frage nach der Grundrechtsträgereigenschaft des *Nasciturus* nicht berührt, jedoch mit Blick auf die Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG, wonach sich strafbar macht, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, nicht dahinstehen darf. Teilweise wird auf den Zeitpunkt der Imprägnation abgestellt. Andere erachten den Zeitpunkt der Konjugation für maßgeblich. Das BayObLG hat entschieden, dass die Befruchtung einer Eizelle nicht schon durch das Einbringen der Samenzelle in die Eizelle geschehe (was also die Imprägnation als Akt der Befruchtung ausschließt), sondern sich über einen Zeitraum von bis zu 24 Stunden bis zur Entstehung eines Embryos (womit das Gericht wohl die Konjugation meint) vollziehe.²⁷⁸ Danach ist die Befruchtung also erst mit der Konjugation abgeschlossen. Schließt man sich dem an, kann man also lediglich von einem „Befruchtungsprozess“ sprechen, nicht aber von einer „fertigen Befruchtung“, solange die Konjugation noch nicht stattgefunden hat. Das wiederum führt zur Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG: Werden zwecks assistierter Reproduktion Eizellen der Wunschmutter entnommen, mit Samenzellen des Partners/Samenspenders imprägniert und sodann kryokonserviert (also „tiefgefroren“), um sie später aufzutauen und der Wunschmutter zu implantieren, liegt darin noch keine Befruchtung, wenn man bei der Frage nach der Befruchtung auf das Stadium der Konjugation abstellt. Dann aber ist der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfüllt, wenn eine imprägnierte Eizelle aufgetaut wird, diese dann das Stadium der Konjugation erreicht und sodann einer anderen Frau implantiert wird. Diese Lesart vertritt das BayObLG: Da die Befruchtung erst ihren Abschluss finde, wenn die Eizelle wieder aufgetaut werde, geschehe dann das Auftauen nicht mehr mit dem Ziel, eine

²⁷⁶ Siehe zu den einzelnen Stadien *Taupitz*, NJW 2019, 337 f.

²⁷⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1, 49 f. (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203, 254 ff. (Schwangerschaftsabbruch II).

²⁷⁸ BayObLG MedR 2021, 460, 461 f.

Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, sondern werde vorgenommen, um die Eizelle einer anderen Frau einzupflanzen. Damit sei der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfüllt.

Danach ist es also entscheidend, ob man die Imprägnation oder die Konjugation als Befruchtung ansieht. Rechtlich vertretbar ist beides, zumal das ESchG dies nicht annähernd beschreibt. Zieht man aber die Ratio der Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG heran, wonach man in erster Linie einer gespaltenen Mutterschaft (Auseinanderfallen von genetischer und gebärender Mutterschaft) begegnen wollte, weil dies als „Kindeswohlgefährdung“ angesehen wurde²⁷⁹, erscheint die Lesart des BayObLG auf den ersten Blick überzeugend. Jedoch bei einer gespaltenen Mutterschaft (zwingend) eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen, ist zum einen nicht dargelegt und entspricht zum anderen auch nicht modernen Familienstrukturen. Zudem erscheint es nicht nachvollziehbar, warum es einerseits strafbar ist, wenn imprägnierte Eizellen eingefroren, später aufgetaut und einer anderen Frau eingesetzt werden, wohingegen es straflos ist, wenn die eingefrorenen Eizellen bereits konjugiert waren. Insofern wäre eine teleologische Auslegung des § 1 I Nr. 2 ESchG angebracht gewesen.

Daher hätte sich die gegenteilige Auslegung der mittlerweile 30 Jahre alten Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG angeboten. Ob das BVerfG eine Grundrechtsverletzung seitens des verurteilten Arztes zu prüfen haben wird, bleibt abzuwarten. Einfluss auf die Frage nach der Grundrechtsfähigkeit des Nasciturus übt die Angelegenheit aber nicht aus, da der Grundrechtsschutz – wie aufgezeigt – nach der Rechtsprechung des BVerfG spätestens mit dem Zeitpunkt der „gesicherten“ Nidation besteht, also am 10. Tag nach der Konjugation.

f. Grundrechtsfähigkeit von Verstorbenen

- 53 Das **Ende** der Grundrechtsfähigkeit tritt mit dem Tod ein, der nach richtiger, aber nicht unbestrittener Auffassung dann angenommen wird, wenn die Gehirnfunktionen irreversibel ausgeschaltet sind (sog. Hirntod).²⁸⁰ Von diesem Zeitpunkt geht auch der einfache Gesetzgeber aus, vgl. § 3 II Nr. 2 TPG, wenngleich eine einfachgesetzliche Regelung selbstverständlich keine verfassungsrechtliche Entscheidung treffen kann. Über den Tod des Menschen hinaus bleibt jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG (seit dem Mephisto-Beschluss) jedenfalls in Bezug auf den **Persönlichkeitsschutz** der Schutzauftrag des Art. 1 I GG bestehen.²⁸¹ Dem Mephisto-Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Verleger des Buches „Mephisto Roman einer Karriere“ von Klaus Mann erhob Verfassungsbeschwerde gegen das von dem Adoptivsohn und Alleinerben des verstorbenen Schauspielers und Intendanten Gustaf Gründgens gegen ihn erwirkte Verbot, das fragliche Buch zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen.

Der Autor, der im Jahre 1933 aus Deutschland ausgewandert war, hatte den Roman 1936 im Querido-Verlag, Amsterdam, veröffentlicht. Nach seinem Tode im Jahre 1949 war der Roman 1956 im Aufbauverlag in Ost-Berlin erschienen. Der Roman schildert den Aufstieg des hochbegabten Schauspielers Hendrik Höfgen, der seine politische Überzeugung verleugnet und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreift, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Roman stellt die psychischen, geistigen und soziologischen Voraussetzungen dar, die diesen Aufstieg möglich machen.

Der Romanfigur Hendrik Höfgen hat der Schauspieler Gustaf Gründgens als Vorbild gedient. Gründgens war in den zwanziger Jahren, als er noch an den Hamburger Kammerpielen tätig war, mit Klaus Mann befreundet und mit dessen Schwester Erika verheiratet,

²⁷⁹ Siehe BT-Drs. 11/5460, S. 8.

²⁸⁰ Wie hier z.B. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn 21; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn 30; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 97. Für Herztod z.B. *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, Rn 142.

²⁸¹ BVerfGE 30, 173 ff. (Mephisto). Bestätigt bspw. in BVerfG NJW 2001, 594 (Willy-Brandt-Gedenkmünze); BVerfG NJW 2006, 3409 ff. (Marlene Dietrich); BVerfG NJW 2023, 755/757 („Kohl-Protokolle“) – mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2023, 438.

von der er nach kurzer Zeit wieder geschieden wurde. Zahlreiche Einzelheiten der Romanfigur des Hendrik Höfgen – seine äußere Erscheinung, die Theaterstücke, an denen er mitwirkte, die zeitliche Reihenfolge seiner Auftritte, der Aufstieg zum Preußischen Staatsrat und zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater – entsprechen dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens. Auch an Personen aus der damaligen Umgebung von Gründgens lehnt sich der Roman an.

Das BVerfG meinte, dass es mit dem verfassungsverbürgten Verbot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde unvereinbar sei, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukomme, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfe.²⁸² Diese Auffassung ist aus zwei Gründen nicht ganz unproblematisch: Zum einen, weil das Gericht das postmortale Persönlichkeitsrecht allein der (unabwägbaren!) Menschenwürde unterstellt, und zum anderen, weil es letztlich regelmäßig um die Erben geht, die sich auf das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen berufen, um (zivilrechtliche) Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche (bzw. „Lizenzgebühren“) geltend zu machen. Hintergründig geht es also um Interessen der (lebenden) Erben. Wenn man aber schon auf den Verstorbenen abstellt, wäre es dogmatisch allein überzeugend, den Schutz aus dem in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) abzuleiten. Denn gerade in Bezug auf den Persönlichkeitsschutz stellt das BVerfG dogmatisch auf den Schutz aus Art. 2 I GG ab und erhöht (lediglich) das Schutzniveau um Elemente der Menschenwürde (Art. 1 I GG).²⁸³ (Staatliche) Eingriffe in das APR sind also trotz der Bezugnahme auf Art. 1 I GG grundsätzlich über die Schrankentrias des Art. 2 I GG rechtfertigungsfähig²⁸⁴, was nicht möglich ist, wenn man allein auf Art. 1 I GG abstellt. Warum Verstorbenen infolge der Unabwägbarkeit der Menschenwürde ein höheres Schutzniveau zuzusprechen sein soll als Lebenden, verschließt sich dem Verfasser dieses Buches. Die Begründung des BVerfG, nicht auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abzustellen, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person sei²⁸⁵, überzeugt nicht. Denn dann könnte man ebenso den Schutz der Menschenwürde auf lebende Menschen beschränken. Zudem spricht das BVerfG bei den Verstorbenen auch nicht von „Trägern“ der Menschenwürde, sondern unterstellt sie lediglich dem Schutz der Menschenwürde („Über den Tod des Menschen hinaus bleibt jedoch der Schutzauftrag des Art. 1 I GG bestehen.“²⁸⁶), was darauf hindeutet, dass das Gericht keine Grundrechtsträgereigenschaft annehmen wollte, sondern (wie beim Nasciturus) nur eine „Nutznießerschaft“ einer staatlichen Schutzverpflichtung. Das aber hätte sich auch auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG stützen lassen.

Fazit: Nach der Rechtsprechung des BVerfG endet die in Art. 1 I GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz vor Angriffen auf seine Men-

54

55

²⁸² BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto). Wiederholt bspw. in BVerfG NJW 2023, 755, 756 („Kohl-Protokolle“).

²⁸³ Vgl. nur BVerfG NJW 2020, 905, 906 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung); BVerfG NVwZ 2018, 877, 878 (geschlechtliche Identität); NJW 2016, 1939, 1940 (isolierte Klärung der Abstammung); BVerfGE 120, 180, 197 (Caroline von Hannover); BGH NJW 2016, 1094, 1095 (geschlechtliche Intimität). Damit gehört das APR zu den unbenannten Freiheitsrechten (sog. Innominativfreiheitsrechte), vgl. BVerfG NJW 2001, 594 (Willy-Brandt-Gedenkmünze); NJW 2000, 2734 (Werbung für Zahnklinik); BVerfGE 101, 361 ff. (Caroline von Hannover); 72, 155, 170 (Verbindlichkeiten zu Lasten minderjähriger Kinder); 65, 1, 141 f. (Volkszählung); 35, 202, 220 ff. (Soldatenmord von Lebach); 30, 174 ff. (Mephisto). Grundlegend BGHZ 13, 334, 337 ff. (Leserbrief); 30, 7, 12 ff. (Caterina Valente). Siehe auch BVerfG NVwZ 2023, 1427, 1429: „Es ergänzt als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte und schützt Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind (...).“

²⁸⁴ Vgl. nur BVerfG NVwZ 2021, 226, 230 (Antiterrordateigesetz II); BVerfGE 120, 180, 201; 101, 361, 387; 97, 391, 401 – allesamt zurückgehend auf BVerfGE 65, 1, 43 (Volkszählung). Zu beachten ist jedoch, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz nach der (zweifelhaften) Rspr. des BVerfG allein auf Art. 1 I GG fußt (Rn 56 und 230) und dass Eingriffe in Art. 1 I GG keiner Abwägung zugänglich sind. Steht also fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit gegeben, vgl. BVerfG NVwZ 2008, 549, 550 (Theaterstück „Ehrensache“); NJW 2006, 3409, 3410 f.; NJW 2001, 2957 – allesamt zurückgehend auf BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto).

²⁸⁵ BVerfG NJW 2023, 755, 756 („Kohl-Protokolle“). Als „Beleg“ führt das Gericht eine frühere Entscheidung (BVerfGE 146, 1, 46 f.) an.

²⁸⁶ BVerfG NJW 2023, 755, 756 („Kohl-Protokolle“).

schonwürde zu gewähren, nicht mit dem Tod. Für die Persönlichkeit des Einzelnen, die zu seinen Lebzeiten durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützt wird, bedeutet dies, dass sie postmortalen Schutz durch Art. 1 I GG genießt (sog. **postmortaler Persönlichkeitsschutz**).²⁸⁷ Das betrifft insbesondere das Recht am eigenen Bild, aber auch den allgemeinen Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, sowie den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert, den die Person durch ihre Lebensleistung erworben hat.²⁸⁸ Die alleinige Geltung des Art. 1 I GG nach dem Tod des Grundrechtsträgers führt aufgrund der Untastbarkeit der Menschenwürde aber zu der Konsequenz, dass eine Handlung, die das postmortale Persönlichkeitsrecht **beeinträchtigt**, stets **grundrechtswidrig** ist.²⁸⁹ Eine Güterabwägung – wie sie bei der zusätzlichen Geltung des Art. 2 I GG in Bezug auf lebende Personen stattfinden würde – ist gerade nicht möglich (außer, die Menschenwürde wäre lediglich „berührt“²⁹⁰). Ob diese Besserstellung von Toten gerechtfertigt ist, darf bezweifelt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das nicht der Fall. Es ist nicht einzusehen, warum der Schutz verstorbener Personen keiner Relativierung zugänglich sein soll, wohingegen der Schutz lebender Personen der Abwägung mit widerstreitenden Rechtsgütern offensteht.

Aufgrund der Vererbbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts können die genannten Rechte nach dem Ableben des Grundrechtsträgers von den Erben geltend gemacht werden. Diese können, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur ideelle, sondern auch kommerzielle Interessen umfasst, Abwehransprüche, Bereicherungs- und ggf. Schadensersatzansprüche gegen denjenigen geltend machen, der unbefugt, d.h. ohne Einwilligung der Erben, Bildnisse des Verstorbenen (etwa zu Werbezwecken) verwendet.²⁹¹

g. Grundrechtsberechtigung bei Ausübung einer staatlichen Funktion

56 Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit Personen Grundrechtsträger sind, sofern sie in Ausübung einer staatlichen Funktion handeln. Geht es um Abwehrrechte gegen den Staat, hat sich seit Langem die Einsicht durchgesetzt, dass die Grundrechtsträgereigenschaft nicht deshalb verloren geht, weil die Betroffenen in den Staatsapparat einbezogen sind (siehe dazu Rn 203 mit Verweis auf *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 457 ff.). Im vorliegenden Zusammenhang steht daher die Frage im Mittelpunkt, ob sich Träger öffentlicher Gewalt (mittelbar) auf Grundrechte berufen können, wenn es um die Abwehr von (verbalen oder gar körperlichen) Angriffen anderer Menschen geht, oder umgekehrt, ob sie sich auf Grundrechte wie die Meinungsäußerungsfreiheit stützen können, wenn sie bspw. andere Personen in deren Persönlichkeitsrechten beeinträchtigen.

Im Ausgangspunkt ist die Rechtsprechung des BVerfG heranzuziehen, wonach für Träger öffentlicher Gewalt die Grundrechte grds. nicht gelten.²⁹² Der Staat sei (wegen Art. 1 III GG) Grundrechtsverpflichteter, nicht Grundrechtsberechtigter. Der Staat könne

²⁸⁷ Grundlegend BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto) und aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2023, 755, 756 („Kohl-Protokolle“).

²⁸⁸ Zu den besonderen Erscheinungsformen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. Rn 267 ff.

²⁸⁹ Auch hier grundlegend BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto) und aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2023, 755, 756 („Kohl-Protokolle“).

²⁹⁰ Siehe BVerfG NJW 2009, 3089, 3090 f. (dazu unten Rn 243 f.). Mit der Unterscheidung zwischen „beeinträchtigt“ und „berührt“ geht die Abgrenzung zwischen „nicht abwägbar“ („Kernbereich“) und „abwägbar“ („Randbereich“) einher. Eines solchen „Kunstgriffs“ hätte es nicht bedurft, wenn das BVerfG das postmortale Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abgeleitet hätte.

²⁹¹ Vgl. näher BVerfG NJW 2006, 3409 ff. (Marlene Dietrich). Demgegenüber ist ein Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grds. nicht vererbbar, da bei einer Geldentschädigung der Genutzungsgedanke im Vordergrund steht (BGH NJW 2014, 2871 f.). Zu den Ausnahmen siehe OLG Köln FamRZ 2018, 1266 („Kohl-Tonbänder“) und *R. Schmidt*, SchuldR BT II, 14. Aufl. 2022, Rn 1125

²⁹² BVerfGE 4, 27, 30; 15, 256, 262; 21, 362, 369 ff.; 35, 263, 271; 45, 63, 78; 61, 82, 100 ff.; 68, 193, 205 ff.; 75, 192, 196; BVerfG NJW 2017, 217, 218 ff.; NVwZ 2018, 51, 58 (Informationsrechte der Opposition).

nicht zugleich grundrechtsverpflichtet und grundrechtsberechtigt sein²⁹³ (sog. Konfusionsargument)²⁹⁴. Auch stellt das BVerfG auf die Aufgabenwahrnehmung ab. Handele der Träger öffentlicher Gewalt in Wahrnehmung einer ihm gesetzlich zugewiesenen öffentlichen Aufgabe, sei er insoweit nicht grundrechtsberechtigt (siehe dazu Rn 72).

Jedoch lassen sich diese Argumente nicht ohne weiteres auf das Verhältnis zwischen Amtswaltern und Privatpersonen übertragen. So kann bspw. ein Richter auch während der Dienstausbübung beleidigungsfähig sein, etwa wenn er als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“²⁹⁵ beschimpft wird. Denn dann wird er in seiner persönlichen Rechtssphäre betroffen, obwohl er in Ausübung einer staatlichen Funktion handelte. Ob sich der Richter aber umgekehrt während der Dienstausbübung auf die Meinungsäußerungsfreiheit stützen darf, wenn er ehrwürdige Äußerungen tätigt (etwa, dass der Vertreter der Nebenklage eine „narzisstisch dominierte Dummheit“ geäußert habe²⁹⁶), ist zweifelhaft und grds. auch abzulehnen. Richter sind wegen Art. 1 III GG im Rahmen ihrer Dienstausbübung an die Grundrechte gebunden, nicht jedoch selbst Grundrechtsträger.

2. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts

Von der Grundidee des Grundgesetzes her sind *natürliche* Personen grundrechtsberechtigt. Diese individuelle Grundrechtsberechtigung bleibt auch bestehen, wenn sich natürliche Personen zu Personenmehrheiten zusammenschließen. Mitglieder einer Personenmehrheit können also individuell und voneinander unabhängig Verfassungsbeschwerden erheben. Fraglich ist lediglich, ob dieses Recht auch der Personenmehrheit als solcher zusteht. Dies ist in Art. 19 III GG geregelt, wonach die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.²⁹⁷

57

Hinweis für die Fallbearbeitung: Relevant wird Art. 19 III GG immer dann, wenn eine überindividuelle Organisation geltend macht, in *ihren* Grundrechten verletzt zu sein. Hinsichtlich der Fallbearbeitung muss unterschieden werden:

- ⇒ In *materieller* Hinsicht erlangt die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen Bedeutung beim Eingreifen des Schutzbereichs eines bestimmten Grundrechts (Prüfungspunkt: „Personaler Schutzbereich“ oder „Träger des Grundrechts“). Denn nur, wenn sich die juristische Person in personeller Hinsicht auf das als verletzt gerügte Grundrecht berufen kann, ist eine Verletzung dieses Grundrechts denkbar.
- ⇒ In *prozessualer* Hinsicht wird man die Zulässigkeit (d.h. die Partei- bzw. Beteiligtenfähigkeit) eines Rechtsbehelfs (bspw. einer Verfassungsbeschwerde) nur dann annehmen können, wenn die Organisation grundrechtsberechtigt in Bezug auf das als verletzt gerügte Grundrecht ist.

Die Lösung dieser Ungewissheiten hängt gemäß der Normstruktur des Art. 19 III GG von drei Voraussetzungen ab:

- (1) Bei der Organisation muss es sich um eine „juristische Person“ handeln.
- (2) Das im konkreten Fall in Rede stehende Grundrecht muss „seinem Wesen nach“ auf die juristische Person anwendbar sein.
- (3) Die juristische Person muss eine „inländische“ sein.

²⁹³ BVerfGE 15, 256, 262; 21, 362, 369 ff.; BVerfG NJW 2017, 217, 218.

²⁹⁴ Vgl. BVerfG NJW 2017, 217, 219.

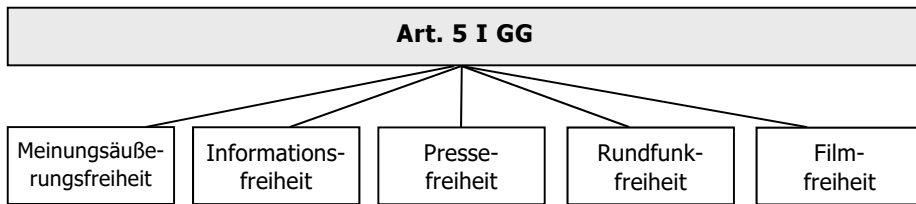
²⁹⁵ Siehe BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“ keine Schmähhkritik) – siehe dazu Rn 440 Bsp 3.

²⁹⁶ Siehe den Bericht zum LG Neubrandenburg von *Zenthöfer*, in Nordkurier v. 2.2.2018, S. 5.

²⁹⁷ Beachte aber die Besonderheiten bei den Art. 4 I, II und 9 III GG.

G. Meinungsäußerungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit – Art. 5 I GG

427



Wie dem graphisch aufbereiteten Wortlaut des Art. 5 I zu entnehmen ist, enthält die Bestimmung fünf (Kommunikations-)Grundrechte:

- Die **Meinungsäußerungsfreiheit** (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG) ist das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.
- Die **Informationsfreiheit** (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) ist das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.
- Die **Pressefreiheit** (Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG) ist das Recht, alle an die Allgemeinheit bestimmten Druckerzeugnisse zu verbreiten.
- Die **Freiheit der Rundfunkberichterstattung** (Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG) ist das Recht, Darbietungen aller Art für die Allgemeinheit mit Hilfe elektrischer Schwingungen zu verbreiten. Lediglich der technische Verbreitungsweg unterscheidet den Rundfunk von der Presse.
- Die **Freiheit der Filmberichterstattung** (Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG) ist das Recht, Filme herzustellen und zu verbreiten.¹⁸⁴⁹

I. Grundrechtstatbestände (Schutzbereiche) und Eingriffe

1. Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG

Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG
<p>I. Schutzbereich</p> <p>Der Begriff der Meinung ist weit zu verstehen. Jedenfalls umfasst er <i>Werturteile</i>, unabhängig von der Thematik oder Qualität der Äußerung. Es bietet sich folgende Definition an:</p> <p>Ein Werturteil ist anzunehmen, wenn die Äußerung durch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Behauptung eine Sache der persönlichen Überzeugung bleibt.</p> <p>Nach zutreffender Auffassung des BVerfG werden auch <i>Tatsachenbehauptungen</i> erfasst, sofern sie zur Meinungsbildung Dritter beitragen.</p> <p>Eine Tatsachenbehauptung beschreibt wirklich geschehene oder existierende, dem Beweis zugängliche Umstände.</p> <p>Im Zeitpunkt der Äußerung erwiesen unwahre oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen sind aber nicht vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG erfasst.</p> <p>Geschützt wird <i>jede</i> Form der Meinungsäußerung und -verbreitung. Auch Beleidigungen sind – wenn man den Rückschluss aus Art. 5 II Var. 3 GG zieht – vom Schutzbereich erfasst, müssen sich dann aber einer im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorzunehmenden Abwägung mit den widerstreitenden Rechten Dritter stellen (Rn 439 ff.). Selbst Schmähungen und Äußerungen, die den die menschliche Würde ausmachenden Kern der</p>

¹⁸⁴⁹ Zu den Definitionen vgl. BVerfGE 103, 44, 59 ff. (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal).

Persönlichkeit absprechen, fallen nach (nicht unproblematischer) Auffassung des BVerfG regelmäßig in den Schutzbereich, treten aber (selbstverständlich) im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung hinter den Ehrschutz zurück (Rn 439 ff.). Schließlich ist die **negative Meinungsäußerungsfreiheit** erfasst. Das ist das Recht, Meinungen nicht zu äußern und nicht zu verbreiten. Die negative Meinungsäußerungsfreiheit schützt auch davor, fremde Meinungen als eigene äußern und verbreiten zu müssen.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Ein **Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit** liegt immer dann vor, wenn der Schutzbereich durch eine beliebige Maßnahme der öffentlichen Gewalt, die die Meinungsäußerung oder -verbreitung verbietet oder behindert, beeinträchtigt wird.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die wichtigsten Schranken für die Grundrechte des Art. 5 I GG sind die drei in Art. 5 II GG normierten Schranken der allgemeinen Gesetze, der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und des Rechts der persönlichen Ehre.

⇒ **Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze (Art. 5 II Var. 1 GG)**

Die mit Abstand wichtigste Schranke des Art. 5 II GG und damit die bedeutsamste Grundlage zur Rechtfertigung von Eingriffen ist die der „allgemeinen Gesetze“. „Allgemein“ sind nach dem BVerfG solche Gesetze, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, das gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“ Besteht im konkreten Fall ein allgemeines Gesetz, ist der Eingriff aber noch nicht gerechtfertigt. Vielmehr muss (als Schranken-Schranke) die eine besondere Form des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellende **Wechselwirkung** zwischen dem Grundrecht und dem einschränkenden Gesetz beachtet werden. Dies bedeutet, dass das einschränkende Gesetz seinerseits im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 I GG ausgelegt und angewendet werden muss.

⇒ **Bestimmungen zum Schutz der Jugend (Art. 5 II Var. 2 GG)**

Die in Art. 5 II GG vorgesehenen Bestimmungen zum Schutz der Jugend sind Regelungen zur Abwehr der Jugend drohender Gefahren, wie sie v.a. von Medienprodukten ausgehen können, die Gewalttätigkeiten glorifizieren, Hass auf andere Menschen provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen. Es ist stets eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen der Forderung nach umfassendem Grundrechtsschutz und dem verfassungsrechtlich herausgehobenen Interesse an einem effektiven Jugendschutz. Wichtige Einschränkungen zum Schutz der Jugend enthält das Jugendschutzgesetz (JuSchG).

⇒ **Schutz der persönlichen Ehre (Art. 5 II Var. 3 GG)**

Der Schutz der persönlichen Ehre ist zwar durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (allg. Persönlichkeitsrecht) geschützt. Durch den in Art. 5 II GG genannten Gesetzesvorbehalt ist aber ein einschränkendes Gesetz erforderlich. Solche Gesetze stellen in erster Linie die §§ 185 ff. StGB dar. Auch die §§ 823 und 1004 BGB enthalten als allgemeine Gesetze einen Schutz der Ehre, da die Ehre Bestandteil des in diesen Vorschriften geschützten APR ist. Insofern ergibt sich eine Überschneidung mit der Schranke der allgemeinen Gesetze.

Bei der Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen, die auf der Schranke der „allgemeinen Gesetze“ oder derjenigen des „Schutzes der persönlichen Ehre“ beruhen, ist (außer im Fall einer Schmähung oder einer Äußerung, die die Menschenwürde anderer verletzt oder sich als Formalbeleidigung darstellt) eine Einzelfallabwägung zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern vorzunehmen.

IV. Insbesondere: Grundrechtskollision

Beeinträchtigt eine sich auf Art. 5 I GG stützende Privatperson Rechte einer anderen Privatperson (die sich in ihrem Persönlichkeitsrecht oder Recht auf Ehre verletzt sieht), wird diese Rechtsbeeinträchtigung vor dem Zivilgericht ausgetragen. Dieses richterliche Urteil ist es dann, das als staatlicher Eingriffsakt unmittelbar Grundrechte (der unterlegenen Partei) beeinträchtigt. Erhebt diese unterlegene Partei nun Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gegen das (letztinstanzliche) Urteil, hat das BVerfG (und somit der Klausurbearbeiter) zu prüfen, ob

das Fachgericht spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts bedeutet *nicht*, dass das BVerfG (und damit der Klausurbearbeiter) prüft, ob das Gericht die Vorschriften des einfachen Rechts richtig angewendet hat („Verletzung einfachen Rechts“). Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Vielmehr liegt eine spezifische Verfassungsverletzung vor, wenn das Fachgericht

- ⇒ selbst Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte (z.B. Art. 103 I GG) verletzt (etwa in seiner Entscheidung das entsprechende Grundrecht unverhältnismäßig beschränkt),
- ⇒ seine Entscheidung auf eine grundrechtswidrige Norm gestützt
- ⇒ oder bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts grundrechtliche Wertungen nicht beachtet hat (mittelbare Drittwirkung von Grundrechten). Vgl. dazu auch Rn 517.

a. Weite Auslegung des Schutzbereichs

Für eine demokratische Gesellschaft spielt die **Meinungsäußerungsfreiheit** eine bedeutende Rolle.¹⁸⁵⁰ Dementsprechend hat der Staat eine umfassende Äußerungs- und Kommunikationsfreiheit zu gewährleisten.¹⁸⁵¹ Der Begriff der Meinung ist daher **weit** zu verstehen.¹⁸⁵² Auf welchen Gegenstand sie sich bezieht und welchen Inhalt sie hat oder auf welchem intellektuellen Niveau sie sich befindet, ist insoweit gleichgültig; die Äußerung kann wahr oder unwahr¹⁸⁵³, politisch oder unpolitisch, von anderen als wertvoll oder wertlos, sachlich oder polemisch, vernünftig oder unvernünftig, harmlos oder gefährlich bzw. verletzend oder schockierend empfunden werden.¹⁸⁵⁴ Nach Auffassung des BVerfG, das insoweit einen Rückschluss aus Art. 5 II Var. 3 GG (Recht der persönlichen Ehre) zieht¹⁸⁵⁵, sind sogar **Beleidigungen** vom Schutzbereich des Art. 5 I GG erfasst, was noch akzeptabel wäre, wenn sie wenigstens im Rahmen der bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorzunehmenden Güterabwägung regelmäßig hinter den Ehrschutz zurückträten, was nach der Rechtsprechung des BVerfG aber nicht stets der Fall ist¹⁸⁵⁶. Gerade bei der politischen Auseinandersetzung gewährt das BVerfG der Meinungsäußerung oft den Vorrang, auch, wenn die Kritik in überspitzter und polemischer Form geäußert wird.¹⁸⁵⁷ Das überzeugt nicht, denn auch das hohe Gut der Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet, sondern steht (selbstverständlich) unter dem Postulat der Abwägung mit widerstreitenden Verfassungsgütern, insb. mit dem Persönlichkeitsrecht des von der Meinungsäußerung Betroffenen. Der Schranken-

428

¹⁸⁵⁰ Siehe nur EGMR NJW 2017, 3501, 3503 (Verurteilung eines Journalisten wegen Veröffentlichung von geheimen Unterlagen); EGMR NJW 2016, 1373, 1374 (Verleumdung einer ehemaligen Richterin durch Journalistin). Grundlegend EGMR EGMR-E 1 (1976), 217 ff. – allesamt am Prüfungsmaßstab des Art. 10 I EMRK. Hinsichtlich Art. 5 I GG vgl. etwa BVerfG NJW 2020, 2622, 2623; grundlegend BVerfGE 7, 198, 208.

¹⁸⁵¹ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth); BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse); NJW 2003, 1303 (Benetton-Schockwerbung); NVwZ 2004, 90, 91 (Versammlungsverbot); vgl. auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 II Rn 50 ff.; *Schmidt-Jortzig*, in: HdbStR VII, § 162 Rn 21; *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, 182, 184.

¹⁸⁵² Vgl. nur BVerfGE 61, 1, 7 (Wahlkampf): „Jeder soll frei sagen können, was er denkt (...)“.

¹⁸⁵³ So ausdrücklich BVerfG NJW 2018, 770 (Kritik an DDR-Widerstandskämpfer), wobei das Gericht mit den „unwahren Äußerungen“ jedoch lediglich „unbewusst unwahre Äußerungen“ gemeint haben dürfte. Denn auch sonst hält es bewusst unwahre Äußerungen aus dem Schutzbereich heraus.

¹⁸⁵⁴ EGMR NJW 2016, 1373, 1374 (Verleumdung einer ehemaligen Richterin durch Journalistin); BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 30 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSZ 2021, 439; BVerfG NJW 2020, 2622, 2623 (strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung von Richtern; Bezeichnung u.a. als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien); BVerfG NJW 2019, 2600 (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmäherkritik); BVerfG NJW 2017, 2606 (Bezeichnung eines Gerichts u.a. als „Musikantenstadl“); NJW 2016, 2643 f. („ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung); BVerfGE 124, 300, 320 (Rudolf-Heß-Gedenkfeier); 90, 241, 247 (Auschwitzlüge). Vgl. auch BVerfGE 30, 336, 347 (Sonnenfreunde); 33, 1, 14 f. (Strafgefängene); 61, 1, 7 (Wahlkampf); 93, 266, 289 („Soldaten sind Mörder“); BVerfG NJW 2012, 1273; BVerwG NVwZ 2023, 1167, 1169 („Migration tötet“).

¹⁸⁵⁵ Steht gem. Art. 5 II Var. 3 GG die Meinungsäußerungsfreiheit unter dem Vorbehalt der persönlichen Ehre anderer, folgt daraus, dass das Grundgesetz methodisch von der Eröffnung des Schutzbereichs ausgeht, denn anderenfalls bedürfte es keines Gesetzesvorbehalts i.S. einer Rechtfertigungsprüfung.

¹⁸⁵⁶ Siehe BVerfGE 82, 43, 51; 85, 1, 16; 90, 241, 248; 93, 266, 294; 99, 185, 196; BVerfG NJW 2009, 3016 f.; BVerfG NJW 2014, 764, 765; BVerfG NJW 2020, 2622, 2623; BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19. Vgl. aber auch BVerfG NJW 2013, 3021, 3022!

¹⁸⁵⁷ BVerfG NJW 2009, 3503; siehe auch BVerwG NVwZ 2023, 1167, 1169.

vorbehalt des Art. 5 II GG stellt dies klar.¹⁸⁵⁸ Von der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 5 I GG geht das BVerfG sogar bei **ausländerfeindlichen** und **rechtsextremistischen** Äußerungen (wie bspw. „Aktion Ausländerrückführung – Für ein lebenswertes deutsches Augsburg“¹⁸⁵⁹), aus, begegnet ihnen aber immerhin im Rahmen der Schranken des Art. 5 II GG und lässt sie bei der Abwägung mit den gegenläufigen Verfassungsgütern zurücktreten.¹⁸⁶⁰ Auch bei **Schmähungen**, also bei Äußerungen, bei denen nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung, Verunglimpfung bzw. gravierende Ehrverletzung der Person im Vordergrund stehen¹⁸⁶¹, ist (ebenfalls) klar, dass im Ergebnis kein Schutz bestehen kann. Regelmäßig nimmt das BVerfG gleichwohl eine Eröffnung des Schutzbereichs an und begegnet dem Unwertgehalt der Schmähung bei der Rechtfertigung des Eingriffs.¹⁸⁶² Ein solch weites Verständnis des Schutzbereichs ist sicherlich nicht zwingend. Keinesfalls überzeugt es aber, wenn das BVerfG sogar eine „menschenverachtende Diskriminierung“ wie die gegenüber einem dunkelhäutigen Menschen getätigte Äußerung „Ugah, Ugah“¹⁸⁶³ als vom Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst ansieht (um ihr erst im Rahmen der Rechtfertigung zu begegnen).¹⁸⁶⁴ Vorzugswürdiger wäre gewesen, bereits den Schutzbereich zu verneinen. Eine „menschenverachtende Diskriminierung“ bzw. eine die „Menschenwürde verletzende Äußerung“, die vorliegt, „wenn eine Person nicht als Mensch, sondern als Affe adressiert wird“, als vom Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst anzusehen, kann angesichts der Grundrechtsfunktion nicht überzeugen (siehe Rn 126 ff. und Rn 439 ff.). Schließlich unterstellt das BVerfG **Formalbeleidigungen** dem Schutzbereich des Art. 5 I GG¹⁸⁶⁵ (siehe dazu ebenfalls Rn 439).

429 Unbeschadet dieser grundrechtsdogmatischen Problematik umfasst der Begriff der Meinung jedenfalls Werturteile.

Ein **Werturteil** ist anzunehmen, wenn die Äußerung durch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens und der persönlichen Überzeugung geprägt ist.¹⁸⁶⁶

Beispiele:

(1) Boykottaufruf, etwa dazu, einen bestimmten Film nicht anzuschauen¹⁸⁶⁷ oder nicht mehr zu einem bestimmten Frisör zu gehen¹⁸⁶⁸. Gleiches gilt hinsichtlich der auf der

¹⁸⁵⁸ Für den Schrankenvorbehalt des Art. 10 II EMRK in Bezug auf Art. 10 I EMRK siehe etwa EGMR NJW 2017, 3501, 3503 (Verurteilung eines Journalisten wegen Veröffentlichung von geheimen Unterlagen).

¹⁸⁵⁹ BVerfG NJW 2010, 2193, 2194.

¹⁸⁶⁰ BVerfG NJW 2010, 2193, 2194 – aufgegriffen von VGH Kassel ZUM-RD 2019, 415, 417 f.

¹⁸⁶¹ Siehe etwa BVerfG NJW 2024, 745 (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ keine Schmähkritik); BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen); BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 – jeweils mit Verweis u.a. auf BVerfGE 82, 272, 283 f.; 85, 1, 16; 93, 266, 294. Siehe auch BVerfG NJW 2019, 2600 (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik).

¹⁸⁶² Vgl. etwa BVerfG NJW 2024, 745 (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2021, 301, 302 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“); BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439; BVerfG NJW 2020, 2622, 2623 ff.; BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 (Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Winkeladvokatur“ keine Schmähkritik); BVerfGE 93, 266, 293 f. („Soldaten sind Mörder“).

¹⁸⁶³ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706 (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen).

¹⁸⁶⁴ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen).

¹⁸⁶⁵ BVerfG NSTZ 2022, 734. Anders noch BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439: „Schmähkritik fällt im Gegensatz zu Formalbeleidigungen nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG heraus.“

¹⁸⁶⁶ Vgl. BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht); BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439; BVerfG NJW 2021, 1585, 1586 (Gegendarstellung); BVerfG NJW 2020, 2622, 2623 (strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung von Richtern; Bezeichnung u.a. als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien); BVerfG NJW 2019, 2600 (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik); BVerfG NJW 2018, 770 (Kritik an DDR-Widerstandskämpfer); BVerfG NJW 2017, 2606 (Bezeichnung eines Gerichts u.a. als „Musikantenstadl“); NJW 2013, 217, 218 („Focus“-Ärzteliste); NJW 2012, 3712, 3713 (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsextrem“); BVerfGE 124, 300, 320 (Rudolf-Heß-Gedenkfeier); 94, 1, 8 (Flugblatt gegen „humanes Sterben“); 90, 241, 247 (Ausschwitz-Lüge); 85, 1, 14 (kritische Bayer-Aktionäre). Grundlegend BVerfGE 7, 198, 208 ff. (Lüth).

Internetseite eines Tierschutzvereins an ein Kreditinstitut gerichteten Aufforderung, das Konto eines Interessenverbands der Tierzüchter zu kündigen, da dieser das tierquälere Verhalten von Pelztierzüchtern („Nerzquälern“) unterstütze.¹⁸⁶⁹ Und auch die Durchführung einer Mahnwache nebst Abhaltens stiller Gebete und Hochhaltens von Plakaten einer Bürgerinitiative zum Thema „Lebensrecht ungeborener Kinder“ in periodisch wiederkehrenden Abständen gegenüber dem Eingang zu einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz stellt u.a. eine Meinungsäußerung in Form eines Werturteils dar.¹⁸⁷⁰

- (2) Bewertung von Lehrern bzw. Professoren durch Schüler bzw. Studenten in Internetforen (z.B. bei www.spickmich.de oder www.meinprof.de)¹⁸⁷¹ oder Bewertung von Rechtsanwälten oder Ärzten auf Internetbewertungsportalen¹⁸⁷²
- (3) Bezeichnung eines Richters u.a. als „Musikantenstadl“¹⁸⁷³; Anmerkung gegenüber einem Richter, dass dieser „dämlich grinst“¹⁸⁷⁴; Bezeichnung eines Polizisten als Oberförster, Wegelagerer oder Spitzel¹⁸⁷⁵; Bezeichnung eines Staatsanwalts oder einer ehemaligen Landrätin als „durchgeknallt“¹⁸⁷⁶; Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“¹⁸⁷⁷; Bezeichnung der Qatar Football Association als „Krebsgeschwür des Weltfußballs“¹⁸⁷⁸; Tragen eines Kleidungsstücks mit der Aufschrift „ACAB“¹⁸⁷⁹; Tragen eines Ansteckers mit der Aufschrift „FCK CPS“¹⁸⁸⁰ oder „FCK BFE“¹⁸⁸¹; Bezeichnung eines Polizeibeamten als „Spinner“ und/oder „Spasti“¹⁸⁸²
- (4) Äußerung einer Journalistin, die selektive Zitation und das Weglassen von weiteren Sätzen der herangezogenen Quelle (die ein anderes Bild der Rechtslage ermöglichen) in einem Gesetzeskommentar sei „grobe handwerkliche Schlamperei“ und (daher) „schlecht für die Rechtsprechung“
- (5) Verteilen von Flugblättern mit einem Inhalt, der sich gegen die Bundeswehr richtet (z.B. „Soldaten sind Mörder“)
- (6) Die Bezeichnung von (namentlich genannten!) Richtern u.a. als „asoziale Justizverbrecher“ und „Provinzverbrecher“, die unter der Leitung eines „rechtsradikalen Gerichtspräsidenten“ Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien¹⁸⁸³, dürfte ohne Zweifel nicht nur staatskritisch, geschmacklos, polemisch und beleidigend sein, sondern stellt nach der hier vertretenen Auffassung auch eine Schmähung dar, selbst wenn die Äußerung als Reaktion auf einen verlorenen Sorgerechtsstreit erging. Dennoch aber ist sie Ausdruck einer Meinung und nach Auffassung des BVerfG vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG erfasst.¹⁸⁸⁴
- (7) Auch Satire (i.d.R. Glosse oder Karikatur) kann eine Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG sein. Zwar wird bei Satire in aller Regel die Kunstfreiheit (Art. 5 III S. 1

¹⁸⁶⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198, 217 (Lüth) – dazu oben Rn 21 und 181.

¹⁸⁶⁸ OLG Dresden K&R 2015, 590, 591 f.

¹⁸⁶⁹ BGH NJW 2016, 1584 f.

¹⁸⁷⁰ BVerwG NVwZ 2023, 1427, 1429 (dazu Rn 268/275/281/282/283 Bsp 14).

¹⁸⁷¹ BGH NJW 2009, 2888; OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff.

¹⁸⁷² BGH NJW 2015, 489 ff.; BGH NJW 2018, 1884 ff. (jeweils jameda.de – dazu Rn 517c). Vgl. auch BGH NJW 2016, 2106 ff. (zum Prüfungsaufwand des Providers); AG München 11.8. 2015 – 161 C 7001/15 – dazu Rn 517f.

¹⁸⁷³ BVerfG NJW 2017, 2606.

¹⁸⁷⁴ BVerfG NJW 2021, 301 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“) – mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2021, 526.

¹⁸⁷⁵ Vgl. BayObLG NSTZ 2005, 215; BayObLG NJW 2005, 1291 f.; AG Berlin-Tiergarten BeckRS 2008, 18502.

¹⁸⁷⁶ Bezüglich Staatsanwalt vgl. BVerfG NJW 2009, 3016 f.; bzgl. ehemaliger Landrätin vgl. BVerfG NJW 2014, 764, 765.

¹⁸⁷⁷ BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“).

¹⁸⁷⁸ LG Düsseldorf 19.4.2016 – 6 O 226/15.

¹⁸⁷⁹ BVerfG NJW 2016, 2643 f. („ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung). „ACAB“ steht für „all cops are bastards“. Siehe aber auch BVerfG NJW 2017, 2607 („ostentatives“ und „paradierendes“ Zur-Schau-Stellen eines mit „A. C. A. B.“ bedruckten Stoffbeutel vor Polizeikräften).

¹⁸⁸⁰ BVerfG NJW 2015, 2022 f. „FCK CPS“ steht für „Fuck Cops“.

¹⁸⁸¹ BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19. „FCK BFE“ steht für „Fuck Beweissicherungs- und Festnahmeinheit“.

¹⁸⁸² OLG Hamm 11.9.2018 – 1 RVs 58/18.

¹⁸⁸³ BVerfG NJW 2020, 2622.

¹⁸⁸⁴ BVerfG NJW 2020, 2622, 2623.

Var. 1 GG) einschlägig sein, da jedoch nicht jede Satire Kunst ist, bleibt insoweit Raum für Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG.¹⁸⁸⁵

- 430** Wie bereits bei Rn 428 beschrieben, ist es für die Schutzbereichseröffnung gleichgültig, wie „wertvoll“ oder „wertlos“, sachlich oder polemisch das Werturteil (d.h. die Meinung) empfunden wird. Das gilt grds. auch für Anprangerungen und Ehrverletzungen (d.h. Beleidigungen). In diesen Fällen kann aber in Anwendung des Gesetzesvorbehalts des Art. 5 II GG die Beschränkung des Schutzbereichs gerechtfertigt sein (vgl. dazu Rn 439-441 sowie 501 ff. und 517 ff.). Auch **Schmähungen** sowie antizionistischen und anti-semitischen Äußerungen sind bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu begegnen.¹⁸⁸⁶
- 431** Da der Wortlaut des Art. 5 I GG nur von „Meinungen“ und nicht auch von „Tatsachen“ spricht, stellt sich die Frage, ob **Tatsachenbehauptungen** überhaupt von dem Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit erfasst werden. Denn Tatsachen sind an sich keine Meinungen, also nicht Ausdruck der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens.

Eine **Tatsachenbehauptung** beschreibt wirklich geschehene oder existierende, dem Beweis zugängliche Umstände.¹⁸⁸⁷

- 432** Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum Werturteil ist also, dass Letztere sich dem Wahrheitsbeweis entziehen, da sie gerade Ausdruck des persönlichen Dafürhaltens sind und sich daher ohne weiteres als Meinung erweisen. Tatsachenbehauptungen sind hingegen entweder wahr oder unwahr und per definitionem keine Meinung. Jedoch kann die Abgrenzung im Einzelfall gleichwohl schwierig sein, weshalb das BVerfG auf die besondere Verknüpfung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen abstellt. Die Mitteilung einer Tatsache sei im strengen Sinne zwar keine Äußerung einer „Meinung“, weil ihr das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung fehle, sie sei allerdings vom Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst, wenn sie **geeignet sei, zur Meinungsbildung beizutragen**.¹⁸⁸⁸ Diese Auffassung überzeugt schon deshalb, weil sie den Wortlaut des Art. 5 I S. 1 GG, der nur von „Meinung“ und nicht auch von „Tatsachenbehauptung“ spricht, nicht ignoriert. Reine Tatsachenbehauptungen sind eben keine Meinungen. Da Tatsachenbehauptungen aber sehr oft, ja sogar regelmäßig geeignet sind, zur Meinungsbildung beizutragen (insbesondere, wenn durch selektive Darbietung, Akzentuierung, Schwerpunktsetzung, Verschweigen von bestimmten Tatsachelementen etc. die Meinungsbildung der Adressaten beeinflusst wird), führt letztlich auch die Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass kaum eine Tatsachenbehauptung – jedenfalls, sofern sie nicht erwiesen unwahr oder bewusst unwahr ist (dazu Rn 435) – aus dem Schutzbereich

¹⁸⁸⁵ Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 f.; BGHZ 156, 206 ff. stellt sogar vorrangig auf Art. 5 I S. 1 GG ab und lässt die Frage, ob Satire auch Kunst sein kann, ausdrücklich offen, was aber grundrechtsdogmatisch abzulehnen ist.

¹⁸⁸⁶ Das ist mittlerweile klare Tendenz in der Rechtsprechung, BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439; BVerfG NJW 2021, 301, 302 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“) – mit Bespr. v. Muckel, JA 2021, 526; BVerwG NJwZ 2023, 169, 170 – mit Bespr. v. Muckel, JA 2023, 523.

¹⁸⁸⁷ BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht); BVerfG NJW 2021, 1585, 1586 (Gegendarstellung); BVerfGE 94, 1, 8 (Flugblatt gegen „humanes Sterben“); 90, 241, 247 (Auschwitz-Lüge); BGHZ 139, 95, 102.

¹⁸⁸⁸ BVerfGE 61, 1, 8 (Wahlkampf); 65, 1, 41 (Volkszählung); 54, 208, 219 (Böll); 85, 1, 15 (kritische Bayer-Aktionäre); 90, 241, 247 ff. („Auschwitz-Lüge“); 99, 185, 196 f. (Rufschädigende Behauptung einer Scientology-Mitgliedschaft); BVerfG NJW 1996, 1529, 1530 (Flugblatt); NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse); NJW 2003, 1855 (Widerruf durch die Presse); NJW 2010, 1587 (Veröffentlichung eines nicht zur Veröffentlichung bestimmten Briefs). Vgl. auch BVerfG NJW 2011, 47, 48 f.; NJW 2012, 1273, 1274; NJW 2012, 1500, 1501 f.; NJW 2012, 3712, 3713; NJW 2013, 217, 218; NJW 2015, 1438, 1439; NVwZ 2016, 761, 762 f. (Kachelmann); NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“); NJW 2016, 3362 f. (Bewertungsportal); BGH MDR 2017, 879, 880 (Berichterstattung über Liebesbeziehung).

reich der Meinungsäußerungsfreiheit ausgeschlossen ist, wenn man die „Geeignetheit zur Meinungsbildung“ nur weit genug versteht.

Beispiele:

- (1) Bei der o.g. **Lehrerbewertung** im Internetforum eines Schülerportals (spickmich.de) handelt es sich bei der Nennung des Namens der Lehrer, ihrer beruflichen Tätigkeit und der von ihnen unterrichteten Fächer zunächst nur um – wahre – Tatsachenbehauptungen.¹⁸⁸⁹ Sofern man sich jedoch auf den Standpunkt stellt, dass diese Informationen zur Meinungsbildung Dritter dienen, unterfallen sie regelmäßig dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG.
- (2) Das Gleiche dürfte entsprechend für **Professorenbewertungen** bei meinprof.de und die **Bewertungen von Ärzten** und **Rechtsanwälten** bei den zahlreichen Bewertungsportalen gelten. Davon zu unterscheiden sind die infolge der o.g. Informationen vorgenommenen Bewertungen der Lehrer bzw. Professoren oder Ärzte, die als Werturteile („schlecht“, „inkompetent“, „stets unvorbereitet“, „fachliche Leistungen zweifelhaft“, „da kann man nur wegrennen“ u.Ä.) eindeutig dem Bereich der Meinungsäußerungen zuzuordnen sind.¹⁸⁹⁰
- (3) Auch die Bezeichnung eines eine Observation durchführenden Polizisten als „Spanner“ auf Facebook (unter gleichzeitiger Nennung von dessen Namen) ist dem Begriff der Meinungsäußerung zuzuordnen (und stellt nicht eine bloße Tatsachenbehauptung dar).¹⁸⁹¹
- (4) Bezeichnet eine Rechtsanwältin auf ihrer Internetseite den Anwalt der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“¹⁸⁹² und sollte es sich bei dem Anwalt tatsächlich um einen stark übergewichtigen (und unansehnlichen) Mann geringer Körpergröße handeln, entspräche die Bezeichnung in gewisser Weise ja den Tatsachen. Gleichwohl ist damit ein Werturteil verbunden, da mit der Äußerung unbestreitbar eine abfällige Wirkung einhergeht. Der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG ist daher selbst dann eröffnet, wenn man in dieser Äußerung eine Schmähkritik sieht.

Zur Frage, ob derartige gestützte Äußerungen bei einer Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen den Vorrang genießen, vgl. Rn 517 ff.

Vermischen sich in einer Äußerung wertende und tatsächliche Elemente, kommt es nach Auffassung des BVerfG entscheidend auf den **Gesamtkontext** der fraglichen Äußerung an¹⁸⁹³; ausschlaggebend seien Wortlaut, Sinn und der sprachliche Kontext, in dem die Äußerung getätigt wurde. Bei Behauptungen über Beweggründe oder etwaige Absichten Dritter sei im Zweifel von einem Werturteil bzw. einer Meinungsäußerung auszugehen.¹⁸⁹⁴

433

Beispiel¹⁸⁹⁵: Nach Abschluss einer Wohnungsdurchsuchung bei B äußerte dieser, der an der Wohnungsdurchsuchung beteiligte Polizist P habe die Wohnungsdurchsuchung genutzt, um unerlaubte Substanzen zu deponieren.

Hier nahm das BVerfG, obwohl für die Äußerung des B keinerlei Tatsachengrundlage bestand, nicht etwa eine unwahre Tatsachenbehauptung an, sondern ein Werturteil.¹⁸⁹⁶ Zur Relevanz dieser Auffassung siehe sogleich.

Da das Grundrecht auf Meinungsäußerung (reine) Tatsachenäußerungen nur dann schützt, wenn diese geeignet sind, zur Meinungsbildung Dritter beizutragen („meinungs-

434

¹⁸⁸⁹ Wobei auch bereits eine reine Namensnennung das Persönlichkeitsrecht berührt (BVerfG NJW 2016, 3362 f.).

¹⁸⁹⁰ So auch OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff. Zur Abwägung vgl. Rn 517 ff.

¹⁸⁹¹ BVerfG K&R 2016, 667, 668 f.

¹⁸⁹² Siehe BVerfG NJW 2024, 745 f.

¹⁸⁹³ BVerfG NJW 2021, 1585, 1586 (Gegendarstellung); BVerfG NJW 2017, 1537, 1538 f. („dicke Freunde“).

¹⁸⁹⁴ BVerfG NJW 2021, 1585, 1586 f. (Gegendarstellung) m.w.N.

¹⁸⁹⁵ BVerfG 31.1.2017 – 1 BvR 2454/16. Siehe auch schon oben Rn 111a.

¹⁸⁹⁶ BVerfG 31.1.2017 – 1 BvR 2454/16.

bildende Tatsachenbehauptungen“), endet der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit für Tatsachenbehauptungen folgerichtig dort, wo diese (selbst unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs) nichts zur Meinungsbildung beitragen können.

- 435 Auch sind nach der Rechtsprechung des BVerfG im Zeitpunkt der Äußerung **erwiesen unwahre oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen** „grundsätzlich“ (bzw. „in der Regel“¹⁸⁹⁷) **nicht** vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst.¹⁸⁹⁸ Dem ist zuzustimmen. Die Lüge und die bewusste Verbreitung von Falschinformationen (wie etwa die Leugnung des Holocaust¹⁸⁹⁹, „Fake News“; verzerrte Darstellung von Tatsachen¹⁹⁰⁰) sind kein Schutzgut der Meinungsäußerungsfreiheit. Das vom BVerfG verwendete Wort „grundsätzlich“ (alternativ der Begriff: „in der Regel“¹⁹⁰¹) lässt allerdings auf die Möglichkeit von Ausnahmen schließen. Eine solche Ausnahme sieht das BVerfG offensichtlich in dem Fall, in dem es um verleumderische Aussagen geht.¹⁹⁰²

Beispiele:

- (1) Die bewusst unwahre Aussage in einer Klageschrift, ein psychiatrisches Gutachten über die beklagte Person zu deren Geisteskrankheit sei Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen, ist von unvoreingenommenen Lesern dahingehend zu verstehen, dass ein solches Gutachten existiere, und nicht dahingehend, dass (wie in Wahrheit) eine Begutachtung lediglich vom Kläger beantragt worden sei.¹⁹⁰³ In diesem Fall urteilte das BVerfG, dass diese Äußerung nicht nur Elemente einer Schmähung, sondern ein zusätzliches verleumderisches Element enthalte, „das als bewusst unwahrer Umstand am Schutz durch Art. 5 I S. 1 GG nicht teilhat“.¹⁹⁰⁴ Die Formulierung: „am Schutz durch Art. 5 I S. 1 GG nicht teilhat“ könnte auf eine Verneinung des Schutzbereichs hindeuten, allerdings tätigt das BVerfG diese Aussage bei der Prüfung der Abwägung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, was eine Schutzbereichseröffnung impliziert.
- (2) Ein auf einer „Internetenzyklopädie“ veröffentlichter Beitrag über einen Komponisten, politischen Autor und Verfasser völkerrechtlicher Arbeiten, bei dem Tatsachen verzerrt und unzutreffende Behauptungen über den Betroffenen aufgestellt werden¹⁹⁰⁵, ist als unwahre Tatsachenbehauptung einzustufen, gleichwohl aber geeignet, zur Meinungsbildung Dritter beizutragen. Daher würde das BVerfG wohl – trotz der rufschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Wirkung – den Schutzbereich des Art. 5 I GG bejahen. Schließt man sich dieser Überlegung an, dürfte die unwahre Tatsachenbehauptung jedenfalls im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung wegen der schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung zurücktreten.¹⁹⁰⁶
- (3) Auch die Aussage in einem Presseartikel, es habe bezüglich einer bestimmten Äußerung einen „riesigen Shitstorm“ gegeben, ist nach Auffassung des OLG Frankfurt eine Tatsachenbehauptung, da die Fragen, wann ein „Shitstorm“, also ein Sturm der Entrüstung, vorliege und wann dieser „riesig“ sei, dem (Gegen-)Beweis zugänglich seien. Wenige negative Stellungnahmen und Empörungen reichten nicht aus, um einen „riesigen Shitstorm“ anzunehmen, weshalb eine anderslautende Behauptung unwahr sei.¹⁹⁰⁷ Das kann man auch anders sehen, da bereits unklar ist, wann man überhaupt von einem Shitstorm reden kann. Jedenfalls ist die Frage, wann ein Shitstorm „riesig“

¹⁸⁹⁷ So BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht).

¹⁸⁹⁸ Aus jüngerer Zeit etwa BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht); BVerfG NVwZ 2016, 761, 762 f. (Kachelmann); grundlegend BVerfGE 99, 185, 187; 97, 391, 403; 90, 241, 259; 85, 1, 15 (Kritische Bayer-Aktionäre); 54, 208, 219.

¹⁸⁹⁹ Dazu aus jüngerer Zeit OLG Hamm 1.6.2021 – III-3 RVs 19/21.

¹⁹⁰⁰ Siehe dazu LG Koblenz 14.1.2021 – 9 O 80/20

¹⁹⁰¹ BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht).

¹⁹⁰² BVerfG NJW 2020, 2629, 2630 (unwahre Behauptung über das Bestehen eines psychiatrischen Gutachtens).

¹⁹⁰³ BVerfG NJW 2020, 2629.

¹⁹⁰⁴ BVerfG NJW 2020, 2629, 2631.

¹⁹⁰⁵ Siehe den Fall LG Koblenz 14.1.2021 – 9 O 80/20.

¹⁹⁰⁶ So nahm auch das LG Koblenz 14.1.2021 – 9 O 80/20 eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung an und gewährte dem Verletzten auf der Grundlage von § 823 I BGB i.V.m. § 253 II BGB eine Geldentschädigung.

¹⁹⁰⁷ OLG Frankfurt K&R 2021, 596 f.

ist, alles andere als eindeutig zu beantworten. Daher wird man nur eindeutige Fälle (Beispiel: Es wird behauptet, es habe einen riesigen Shitstorm gegeben, obwohl nur zwei Personen ihren Missmut kundgetan hatten) als Tatsachenbehauptungen ansehen können.

Das BVerfG hat sich auch zur „Zwischengruppe“ geäußert, also zu den Fällen, in denen es zwar um „meinungsbildende Tatsachenbehauptungen“ geht, die aber weder dem Bereich „**eindeutig erwiesen**“ noch dem Bereich „**eindeutig widerlegt**“ zugeordnet werden können, wozu auch die Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung gehört.¹⁹⁰⁸ Das BVerfG hat entschieden, dass die Verbreitung einer Tatsachenbehauptung, deren Wahrheitsgehalt nicht festgestellt werden kann, weder von vornherein zulässig noch von vornherein unzulässig sei. Es sei stets ein Ausgleich zwischen den Anforderungen der Meinungsfreiheit und den Belangen des Persönlichkeitsschutzes vorzunehmen. Bei der diesbezüglichen Prüfung könne – jedenfalls, wenn es um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit geht – unter Umständen auch eine möglicherweise unwahre Behauptung derjenigen, die sie aufstellen oder verbreiten, so lange nicht untersagt werden, wie sie im Vorfeld hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt angestellt haben.¹⁹⁰⁹ Dabei seien einerseits im Interesse der Meinungsfreiheit keine Anforderungen an die Wahrheitspflicht stellen, die die Bereitschaft zum Gebrauch des Grundrechts herabsetzen.¹⁹¹⁰ Andererseits sei zu berücksichtigen, dass die Wahrheitspflicht Ausdruck der aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Schutzpflicht ist.¹⁹¹¹ Der Umfang der Sorgfaltspflicht richte sich nach dem jeweiligen Einzelfall und den Aufklärungsmöglichkeiten des Äußernden und sei für Äußerungen der Presse strenger als für Äußerungen von Privatpersonen. Je schwerwiegender die aufgestellte Behauptung in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eingreift, desto höher seien aber die Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflicht. Werde offenbar, dass die Wahrheit einer persönlichkeitsverletzenden Behauptung sich nicht erweisen lasse, sei es zuzumuten, auch nach Abschluss umfassender Recherchen kenntlich zu machen, wenn verbreitete Behauptungen durch das Ergebnis eigener Nachforschungen nicht gedeckt seien oder kontrovers beurteilt würden.¹⁹¹²

436

Fazit: Ist derjenige, der eine nicht erwiesene persönlichkeitsbeeinträchtigende Behauptung aufstellt, seiner Recherchepflicht hinreichend nachgekommen, kann nach Auffassung des BVerfG die Abwägung von Meinungsäußerungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht ergeben, dass die Behauptung einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Angelegenheit zulässig und damit vom Betroffenen zu dulden ist. Gegebenenfalls muss der Äußernde aber kenntlich machen, dass seine Behauptungen auf unsicherer Tatsachenbasis gestützt sind.

437

Fazit und Hinweis für die Fallbearbeitung: Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl Werturteile als auch Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung für die Bildung einer Meinung sind, unter die Meinungsäußerungsfreiheit fallen. Dieser Befund könnte zur Annahme führen, dass eine präzise Einordnung entweder als Werturteil oder als Tatsachenbehauptung mit Meinungsbezug in der Fallbearbeitung dahinstehen könne. Das ist jedoch unzutreffend. Denn führt eine Tatsachenbehauptung zu negativen Folgen für den Äußerungsgegner, hängt die rechtliche Bewertung vom Wahrheitsgehalt und der Erweislichkeit der Äußerung ab:

438

¹⁹⁰⁸ Vgl. BVerfG NJW 2006, 207 ff. („IM Sekretär“ Stolpe); NJW 2016, 3360, 3361 f. (Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung: „Doping in der DDR“).

¹⁹⁰⁹ BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 mit Verweis auf BGHZ 132, 13, 23 f.; BGH GRUR 2016, 532, 533 f.

¹⁹¹⁰ BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 mit Verweis auf BVerfGE 54, 208, 219 f.; 85, 1, 17.

¹⁹¹¹ BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 mit Verweis auf BVerfGE 99, 185, 198; 114, 339, 352 ff.

¹⁹¹² BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 mit Verweis auf BVerfGE 114, 339, 355 f.

- Stellt eine Behauptung eine **erwiesene Tatsache** dar, ist sie (sofern sie geeignet ist, zur Meinungsbildung Dritter beizutragen) vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG umfasst; sie ist vom Betroffenen grundsätzlich zu dulden, auch wenn sie für ihn nachteilig ist.¹⁹¹³ Etwas anderes gilt dann, wenn dadurch ein unverhältnismäßiger Verlust an sozialer Achtung droht¹⁹¹⁴, etwa bei Berichten aus dem Intimbereich eines Menschen oder einer sog. Anprangerung einer Person, wobei das BVerfG an deren Vorliegen zugunsten der Meinungsäußerungsfreiheit sehr enge Grenzen setzt (dazu Rn 439-441 und 517 ff.).
- Demgegenüber sind jedenfalls **bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen** schon nicht vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG erfasst. Es gibt keinen Schutz der (vorsätzlichen) Verbreitung unrichtiger Informationen.
- Ob eine **fahrlässige Falschbehauptung über eine Tatsache** bereits aus dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG herauszuhalten ist oder erst im Rahmen der bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorzunehmenden Abwägung zurücktritt, ist eine Frage des persönlichen Dafürhaltens.
- Bei einem **Werturteil** findet (auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung) eine echte Abwägung statt zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und dem kollidierenden Grundrecht (i.d.R. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, aber auch mit der Berufsfreiheit o.a.). Auf eine Abwägung verzichtet das BVerfG lediglich im Fall eines Angriffs auf die Menschenwürde, des Vorliegens einer Formalbeleidigung oder einer Schmähung; solche Äußerungen treten von vornherein zurück¹⁹¹⁵ (Rn 439 ff.).
- Geht es um meinungsbildende Tatsachenbehauptungen, die **weder dem Bereich „eindeutig erwiesen“ noch dem Bereich „eindeutig widerlegt“** zuzuordnen sind (wozu auch die Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung gehört), ist zwar der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG eröffnet, jedoch muss bei einer Abwägung mit den Grundrechten Dritter (dazu sogleich) berücksichtigt werden, dass der Äußernde erhöhte Sorgfaltspflichten hat; insbesondere muss er seiner Recherchepflicht hinreichend nachkommen und hat er ggf. darauf hinzuweisen, dass seine Behauptung auf ungesicherter Tatsachenbasis beruht.
- Vermischen sich in einer Äußerung wertende und tatsächliche Elemente, ist nach Auffassung des BVerfG bei Behauptungen über Beweggründe oder etwaige Absichten Dritter im Zweifel von einem Werturteil auszugehen¹⁹¹⁶ (Rn 433).

Soweit in der Fallbearbeitung eine Urteilsverfassungsbeschwerde zu prüfen ist, sollte folgendermaßen vorgegangen werden: Zunächst sollte auf der Schutzbereichsebene (unabhängig von der Einordnung durch das Fachgericht) eine Einordnung entweder als Werturteil bzw. Tatsachenbehauptung mit Meinungsbezug oder als erwiesene bzw. bewusst unwahre Tatsachenbehauptung erfolgen. Im Rahmen der Prüfung der Rechtsanwendung im Einzelfall ist dann zu prüfen, ob die vom Fachgericht vorgenommene Einordnung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts beruhen (das Gericht durch die vorgenommene Einordnung also spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat).¹⁹¹⁷

b. Schutzbereichsbegrenzung bei Formalbeleidigung, Schmähungen und verbalen Angriffen auf die Menschenwürde?

439 Bei Vorliegen von **Ehrverletzung** (durch private Dritte) nimmt das BVerfG – wie sich aus dem Rückschluss aus Art. 5 II Var. 3 GG ergibt – regelmäßig die Eröffnung des

¹⁹¹³ Vgl. nur BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht) m.w.N.

¹⁹¹⁴ Siehe BVerfG NJW 2016, 3362, 3363: Nennung des Namens des Schuldners auf einem Internetbewertungsportal und Hinweis auf dessen schleppende Zahlungsmoral seien vom Betroffenen zu dulden, da dadurch kein unverhältnismäßiger Verlust an sozialer Achtung drohe.

¹⁹¹⁵ Vgl. etwa BVerfG NJW 2020, 2629, 2630 (unwahre Behauptung über das Bestehen eines psychiatrischen Gutachtens).

¹⁹¹⁶ BVerfG 31.1.2017 – 1 BvR 2454/16.

¹⁹¹⁷ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit etwa BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 (Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung; „Doping in der DDR“); BVerfGE 142, 74, 101 ff. (Verwendung von Samples in Musikstück).

Schutzbereichs an, lässt die Ehrverletzung ggf. aber bei einer Abwägung mit den Grundrechten der durch sie betroffenen Personen (allgemeines Persönlichkeitsrecht) tendenziell zurücktreten.¹⁹¹⁸ Aber auch bei **Schmähungen** und sogar bei die **Menschenwürde** verletzenden verbalen Angriffen nimmt das BVerfG – wie bei Rn 126 ff. und Rn 428 ausgeführt – regelmäßig die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 5 I GG an, lässt die Äußerungen aber (selbstverständlich) auf Schrankenebene (hier i.d.R. ohne eine Einzelfallabwägung vorzunehmen) hinter den Ehrschutz zurücktreten.¹⁹¹⁹ Und auch **Formalbeleidigungen** unterstellt es neuerdings dem Schutzbereich des Art. 5 I GG.¹⁹²⁰

Eine **Formalbeleidigung** (die teilweise auch als (Unter-)Form der Schmähung angesehen wird¹⁹²¹) liegt nach allgemeiner Auffassung bei besonders krassen, aus sich heraus herabwürdigenden Schimpfwörtern – etwa aus der Fäkalsprache – vor, bei denen sich die Ehrkränkung nicht erst aus dem Inhalt der Äußerung ergibt, sondern schon durch die eindeutigen Worte, d.h. die Form (z.B. die Bezeichnung als „dumme Gans“ oder als „Vollidiot“).¹⁹²²

Schmähungen sind Äußerungen, bei denen nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Es geht um Äußerungen, bei denen eine vorherige Auseinandersetzung erkennbar nur äußerlich zum Anlass genommen wird, um eine andere Person persönlich zu kränken, über sie herzuziehen oder sie niederzumachen¹⁹²³, was das BVerfG – gerade wegen des regelmäßig bestehenden Anlasses (oft eine vorherige persönliche Auseinandersetzung) – jedoch nur mit äußerster Zurückhaltung annimmt¹⁹²⁴ – dazu sogleich Rn 440.

Eine **Menschenwürdeverletzung** ist anzunehmen, wenn sich eine Äußerung nicht lediglich gegen einzelne Persönlichkeitsrechte richtet, sondern sie einer konkreten Person den ihre menschliche Würde ausmachenden Kern der Persönlichkeit abspricht, wie das insbesondere bei einer menschenverachtenden Diskriminierung anzunehmen ist.¹⁹²⁵

So heißt es im Beschluss, ob die gegenüber einem dunkelhäutigen Arbeitskollegen getätigte Äußerung „Ugah, Ugah“ (siehe Beispiel 2 bei Rn 126) eine erhebliche arbeitsver-

¹⁹¹⁸ BVerfG NJW 2014, 764, 765; NJW 2013, 217, 218; NJW 2012, 1273, 1274; NJW 2009, 3016 f.; NJW 2003, 1109, 1110; NJW-RR 2000, 1712, 1712 f.; BVerfGE 99, 185, 196; 85, 1, 14. Dem sich anschließend BGH NJW 2004, 596 f.; BayObLG NJW 2005, 1291 f.; OLG Karlsruhe NSTZ 2005, 158 f. Vgl. auch BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19 („FCK BFE“); BVerfG NJW 2015, 2022 f. („FCK CPS“ - dazu Rn 284 und 429) und BVerfG NJW 2016, 2643 f. („ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung – dazu Rn 429 Bsp 3). In diese Richtung geht auch EGMR NJW 2016, 1373, 1374, der eine auch „verletzende“ Äußerung (Behauptung einer Journalistin, eine Richterin unterhalte obskure Beziehungen zur Verbrecherwelt) unter Art. 10 I EMRK subsumiert, um die Äußerung im Rahmen des Art. 10 II EMRK einer Abwägung zu unterziehen. Siehe auch OVG Münster NVwZ 2018, 742, 746 f. zur Anprangerung auf einem Fahrerbewertungsportal im Internet.

¹⁹¹⁹ Vgl. etwa BVerfG NJW 2021, 301, 302 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“); BVerfG NJW 2021, 148, 149 f. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“ keine Schmähkritik); BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f. (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen menschenverachtende Diskriminierung); BVerfG NJW 2020, 2629, 2630 (unwahre Behauptung über das Bestehen eines psychiatrischen Gutachtens); BVerfG NJW 2020, 2622, 2623 (Beleidigung von Justizpersonen); BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 (Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Winkeladvokatur“ keine Schmähkritik); BVerfGE 93, 266, 293 f. („Soldaten sind Mörder“).

¹⁹²⁰ BVerfG NSTZ 2022, 734. Anders noch BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439: „Schmähkritik fällt im Gegensatz zu Formalbeleidigungen nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG heraus.“

¹⁹²¹ Siehe BVerfGE 93, 266, 294 und BVerfG NZA 2020, 1704, 1706. Siehe aber auch BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439, wo das BVerfG formuliert, dass – im Gegensatz zu Formalbeleidigungen – Schmähkritik fällt im Gegensatz von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG herausfällt. Damit behandelt das BVerfG in diesem Beschluss die Formalbeleidigung also offenbar nicht als Unterfall der Schmähung.

¹⁹²² BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 f.

¹⁹²³ Vgl. etwa BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 48 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439; BVerfG NJW 2021, 301, 302 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“); BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 (Bezeichnung von Richtern u.a. als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindsentfremder“, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien); BVerfG NJW 2016, 2870 (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“) – jeweils mit Verweis auf BVerfGE 82, 272, 283 f.; 85, 1, 16; 93, 266, 294. Siehe auch BVerfG NJW 2019, 2600 f. (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik). Nach BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 und BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 ist entscheidend, dass die Äußerung letztlich nur dazu dient, die Person gravierend zu verletzen.

¹⁹²⁴ So muss man BVerfG NJW 2024, 745 f. (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“) verstehen.

¹⁹²⁵ Vgl. BVerfG NJW 2020, 2622, 2625; BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f. – jeweils m.w.N.

tragliche Pflichtverletzung darstellt, die als wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB zur Kündigung berechtigt:

„Die weitere eng zu verstehende Ausnahme vom Abwägungsgebot ist eine Äußerung, mit der die in Art. 1 Abs. 1 GG als unantastbar geschützte Menschenwürde verletzt wird. Da die Menschenwürde mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist, muss die Meinungsfreiheit dann stets zurücktreten.“¹⁹²⁶ Weiter heißt es: „Sie (die Arbeitsgerichte) begründen ... ausführlich, dass es sich um menschenverachtende Diskriminierung handelt.“¹⁹²⁷

Den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG bei einer Äußerung zu bejahen, die nach ausdrücklicher Feststellung des BVerfG eine menschenverachtende Diskriminierung darstellt und die die als unantastbar geschützte Menschenwürde verletzt, kann nicht überzeugen. So würde das BVerfG auch den Schutzbereich des Art. 12 I S. 1 GG bspw. bei Menschenhandel, Zuhälterei, Handel mit kinderpornographischem Material, Drogenhandel keinesfalls bejahen. Daher erscheint es vorzugswürdiger, trotz der bei Rn 130 aufgezeigten (systematischen) Bedenken an der Figur der verfassungsimmanenten Schutzbereichsbegrenzung die grundrechtlichen Schutzbereiche stets unter Berücksichtigung der jeweiligen Funktion eines Grundrechts zu ermitteln. So hat Art. 12 I S. 1 GG sicherlich nicht die Funktion, Menschenhändlern, Zuhältern, Personen, die mit kinderpornographischem Material handeln, Drogenhändlern oder gar „Berufskillern“ den grundrechtlichen Schutzbereich zu gewähren. Auch Art. 5 I GG kann nicht dazu dienen, Äußerungen zu schützen, die nicht ansatzweise der Auseinandersetzung in der Sache dienen, sondern bei denen die Diffamierung der Person im Vordergrund steht oder die eine menschenverachtende Diskriminierung darstellen. Vom Standpunkt der verfassungsimmanenten Schutzbereichsbegrenzung aus erreicht man also eine Ausgrenzung der aufgezeigten Verhaltensweisen aus dem Schutzbereich und vermeidet die mit der Bejahung des Schutzbereichs verbundene, nicht zu vermittelnde Wirkung. Freilich führt das in der Konsequenz dazu, dass Aspekte der Güterabwägung, die nach der Systematik der Grundrechte der Rechtfertigungsebene zuzuordnen sind, in die Schutzbereichsprüfung „vorverlagert“ werden.

440 Bei der Frage, *ob* es sich bei einer kritischen Äußerung um eine **Schmähung** handelt, sind – unabhängig von der Frage, ob man Schmähungen aus dem Schutzbereich des Art. 5 I GG heraushält oder sie bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Rahmen einer Güterabwägung bzw. unter Verzicht auf eine Güterabwägung hinter den Ehrschutz zurücktreten lässt (Rn 440a ff.) – sämtliche Umstände des Einzelfalls, wie Anlass und Kontext der Äußerung, zu berücksichtigen.¹⁹²⁸ Dabei ist mit Blick auf die vom BVerfG hervorgehobene Bedeutung des Art. 5 I GG bei einer herabsetzenden Äußerung erst dann der Charakter einer Schmähung gegeben, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik – die Diffamierung, Kränkung und Herabsetzung der Person im Vordergrund steht.¹⁹²⁹ Entscheidend sei, ob die Äußerung noch einen sachlichen Bezug

¹⁹²⁶ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f.

¹⁹²⁷ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706.

¹⁹²⁸ Siehe aus jüngerer Zeit etwa BVerfG NJW 2024, 745 (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“); BVerfG NJW 2021, 148, 149 f. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“ keine Schmähkritik).

¹⁹²⁹ BVerfG NJW 2021, 148, 149 f. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 (Bezeichnung von Richtern u.a. als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien); BVerfG NJW 2019, 2600 f. (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik); BVerfG NJW 2017, 1460 f. (Bezeichnung eines Politikers als „Obergauleiter“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dummlich und geisteskrank“); BVerfG NJW 2014, 3357, 3358 (harsche Kritik an Richterinnen keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 (Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Winkeladvokatur“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2012, 3712, 3713 (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechts-extrem“); BVerfGE 82, 272, 284 („Schmähkritik“).

habe und einer themenbezogenen Auseinandersetzung diene.¹⁹³⁰ Sei das der Fall, seien Herabsetzungen in der Ehre, auch wenn sie besonders krass und drastisch sind, nicht als Schmähung anzusehen.¹⁹³¹ Insbesondere stelle nicht jede strafbare Beleidigung eine Schmähung dar.¹⁹³² Das heißt letztlich: Lediglich, wenn die Äußerung – anlasslos und ohne vorherige persönliche Auseinandersetzung – nur dazu dient, die Person gravierend zu verletzen, ist nach dem BVerfG eine Schmähung anzunehmen.¹⁹³³

Beispiele:

- (1) So ist keine Schmähkritik angenommen worden bei der Bezeichnung eines Polizisten als „Oberförster“, „Wegelagerer“¹⁹³⁴ oder der diesem gegenüber getätigten Äußerung „Sie können mich mal...“, wenn diese Äußerungen anlassbezogen, bspw. als Ausdruck des Ärgernisses über die Folgen eines Verkehrsverstoßes, getätigt wurden.¹⁹³⁵
- (2) Auch wurde die Bezeichnung eines Staatsanwalts als „durchgeknallt“ nicht als Schmähung angesehen, weil Anlass und Kontext der Äußerung nicht auf eine beabsichtigte persönliche Kränkung hätten schließen lassen.¹⁹³⁶
- (3) In die gleiche Richtung geht ein Beschluss des BVerfG hinsichtlich der Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dummlich und geisteskrank“ (siehe bereits Bsp 3 bei Rn 429). Der Äußernde (hier: ein Strafverteidiger) tätigte die Aussage gegenüber einem mit dem Verfahrensstand vertrauten Journalisten, der ihn in seiner Eigenschaft als Strafverteidiger zu dem Ermittlungsverfahren gegen seinen Mandanten und dessen Inhaftierung befragt hatte. Nach Auffassung des BVerfG war es in diesem Kontext jedenfalls möglich, dass sich die inkriminierten Äußerungen auf das dienstliche Verhalten der Staatsanwältin vor allem mit Blick auf die Beantragung des Haftbefehls bezogen haben. Für die Annahme einer Schmähkritik reiche es unter diesen Umständen nicht, darauf abzustellen, dass die Äußerungen dabei nicht relativiert würden oder auf ganz bestimmte einzelne Handlungen der betreffenden Staatsanwältin Bezug genommen hätten. Es hätte insoweit in Auseinandersetzung mit der Situation näherer Darlegungen bedurft, dass sich die Äußerungen von dem Ermittlungsverfahren völlig gelöst hatten oder der Verfahrensbezug nur als mutwillig gesuchter Anlass oder Vorwand genutzt wurde, um die Staatsanwältin als solche zu diffamieren.¹⁹³⁷
- (4) Bei der in einer Dienstaufsichtsbeschwerde getätigten Äußerung bzgl. einer Richterin, sie habe Erfindungen in ihr Urteil eingebaut, ihre Urteilsbegründung sei niederträchtig und es müsse verhindert werden, dass sie auf eine schiefe Bahn gerate, stehe trotz des herabsetzenden Charakters die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund. Es handele sich zwar um polemische und überspitzte Kritik, diese habe aber eine sachliche Auseinandersetzung zur Grundlage, da es dem Äußernden darum gegangen sei, eine Überprüfung dieses Verhaltens durch eine übergeordnete Stelle herbeizuführen.¹⁹³⁸
- (5) Und die Bezeichnung eines Politikers als „Obergauleiter“ sei keine Schmähkritik, wenn der für die Verneinung des Sachbezugs erforderliche Umstand fehle.¹⁹³⁹ Im zu entscheidenden Fall bezeichnete der Äußernde, der Leiter einer Versammlung, den sich geschmäht Fühlenden – ein Teilnehmer einer Gegendemonstration, der die Ver-

¹⁹³⁰ BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 (Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Winkeladvokatur“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2012, 3712, 3713 (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsextrem“); BVerfG NJW 2017, 1460 f. (Bezeichnung eines Politikers als „Obergauleiter“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2019, 2600 f. (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik).

¹⁹³¹ BVerfG NJW 2021, 148, 149 f.

¹⁹³² BVerfG 31.1.2017 – 1 BvR 2454/16 (keine Schmähkritik bei Äußerung, Polizist habe Drogen „untergeschoben“).

¹⁹³³ BVerfG NJW 2021, 301, 302; BVerfG NJW 2021, 148, 149 f.; BVerfG NJW 2020, 2622, 2624; BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹³⁴ BayObLG NJW 2005, 1291 f.

¹⁹³⁵ Vgl. die Nachweise bei R. Schmidt, Strafr BT I, 23. Aufl. 2023, Rn 943 ff.

¹⁹³⁶ BVerfG NJW 2009, 3016 f. (dazu Muckel, JA 2010, 672 f.).

¹⁹³⁷ BVerfG NJW 2016, 2870 f.

¹⁹³⁸ BVerfG NJW 2014, 3357, 3358 (harsche Kritik an Richterin keine Schmähkritik) - dazu Muckel, JA 2015, 155 ff.

¹⁹³⁹ BVerfG NJW 2017, 1460 f. (Bezeichnung eines Politikers als „Obergauleiter“ keine Schmähkritik).

sammlung des Äußernden als „braune Truppe“ und „rechtsextreme Idioten“ beschimpft hatte – als „Obergauleiter“.

- (6) Auch die Bezeichnung einer Sozialarbeiterin einer Justizvollzugsanstalt durch einen in Sicherungsverwahrung Untergebrachten, der sich über eine Störung bei der Taschengeldauszahlung aufgeregt hatte, als „Trulla“ hat das BVerfG nicht als Schmähkritik angesehen. Art. 5 I S. 1 GG schütze nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern auch, dass gerade Kritik auch grundlos, pointiert, polemisch und überspitzt geäußert werden dürfe. Zwar sei es nicht zu beanstanden, bei der Bezeichnung „Trulla“ eine Ehrverletzung anzunehmen, jedoch sei die inkriminierte Äußerung nicht losgelöst von einem nachvollziehbaren Bezug zu einer sachlichen Auseinandersetzung ergangen und habe nicht allein auf eine persönliche Kränkung und die grundlose Verächtlichmachung der Person der Sozialarbeiterin abgezielt.¹⁹⁴⁰
- (7) Zweifelhaft ist auch die Entscheidung des OLG Dresden, die Bezeichnung einer Seenotrettungsorganisation, die im Mittelmeer in Seenot geratene Flüchtlinge rettet und an die Küsten von EU-Staaten verbringt, als „Schlepper“ bzw. „Schlepperorganisation“ sei – unabhängig von der Frage, ob sich eine juristische Person überhaupt auf die in der Rechtsprechung zur Schmähkritik entwickelten Grundsätze berufen könne¹⁹⁴¹ – keine Schmähkritik und daher von der Meinungsfreiheit umfasst.¹⁹⁴² Auch, wenn die Flüchtlingspolitik ihre Schwächen haben mag, geht es bei den Rettungsaktionen im Mittelmeer um die Rettung von Menschenleben. Diese mit der kriminellen und von Gewinnerzielungsabsicht geprägten Gesinnung von Schlepperbanden auf eine Stufe zu stellen, geht an der Sache vorbei. Einmal mehr gilt: Kritische Äußerungen sind auch ohne Diffamierung und Ehrkränkung möglich.
- (8) Auch fragt sich, ob es überzeugt, wenn das BVerfG feststellt, dass die von einem Kläger in einem Zivilprozess getätigte Äußerung: „Die Art und Weise der Beeinflussung der Zeugen und der Verhandlungsführung durch die Richterin sowie der Versuch, den Kläger von der Verhandlung auszuschließen, erinnern stark an einschlägige Gerichtsverfahren vor ehemaligen nationalsozialistischen deutschen Sondergerichten“ keine Schmähung sei, weil sie auf die Verhandlungsführung – und nicht auf die Richterin als Person – gerichtet sei und daher Sachbezug aufweise.¹⁹⁴³
- (9) Die Verneinung von Schmähung ist schließlich zweifelhaft, wenn der Äußernde, der im Rahmen eines familiengerichtlichen Verfahrens einen Sorgerechtsstreit verloren hatte, die mitwirkenden Richter und den Oberlandesgerichtspräsidenten in einem Internet-Weblog unter namentlicher Nennung u.a. als „rechtsradikal, asoziale Justizverbrecher und Kindesentfremder“ bezeichnet hat, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien.¹⁹⁴⁴ Gleiches gilt, wenn eine Rechtsanwältin auf ihrer Internetseite den Anwalt der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“¹⁹⁴⁵ bezeichnet, auch im „Kampf ums Recht“ bei dem nach dem BVerfG auch „besonders starke und eindringliche Ausdrücke“ zulässig sind.

440a Ob eine derart enge Auslegung des Begriffs der Schmähung wirklich mit Blick auf die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die demokratische Willensbildung erforderlich ist, darf bezweifelt werden.¹⁹⁴⁶ Denn Kritik ist – gerade, wenn sie öffentlich (und womöglich unter Verwendung eines Pseudonyms im Internet) erfolgt – auch ohne diffamierende Wirkung möglich, indem sich die Äußernden auf sachliche Kritik beschränken, die gerne überspitzt und polemisch sein darf, aber nicht diffamierend sein muss, um seinen Unmut kundzutun. Wie sich im Beispiel (3) von Rn 440 zeigt, sollte

¹⁹⁴⁰ BVerfG NJW 2021, 148, 149 f. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“ keine Schmähkritik).

¹⁹⁴¹ Siehe dazu Rn 60 Bsp 5.

¹⁹⁴² OLG Dresden NJW-RR 2018, 1196.

¹⁹⁴³ BVerfG NJW 2019, 2600 (Verletzung der Meinungsfreiheit durch fälschliche Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik).

¹⁹⁴⁴ Anders BVerfG NJW 2020, 2622, 2627: „keine Schmähkritik“.

¹⁹⁴⁵ Siehe BVerfG NJW 2024, 745 f. – dazu bereits Rn 432 Bsp 4.

¹⁹⁴⁶ Vgl. bereits die 17. Aufl. (erschienen Januar 2015); kritisch später auch *Hufen*, JuS 2015, 283, 284.

auch dann nichts anderes vorliegen, wenn die inkriminierten Äußerungen sich auf das dienstliche Verhalten der Staatsanwältin v.a. mit Blick auf die Beantragung des Haftbefehls bezogen haben. Und auch Kritik an gerichtlichen Entscheidungen kann geübt werden, ohne dass die Richter (im Internet) unter namentlicher Nennung als „rechtsradikal“, „asozial“ usw. beschimpft werden. Der Ehrschutz wird nicht unbedeutender, wenn die betroffenen Personen aufgrund (bzw. im Rahmen) einer dienstlichen (bzw. beruflichen) Maßnahme diffamiert werden. Daran ändert auch die ständige Rechtsprechung des BVerfG, sich kritisch, auch in polemischer und überspizter Form gegenüber dem Staat und seinen Repräsentanten (wie z.B. Politikern, Richtern, Staatsanwälten, Polizisten etc.) äußern zu dürfen¹⁹⁴⁷, nichts. Das gilt auch für das Beispiel (8), bei dem – entgegen der Auffassung des BVerfG – die Äußerungen des Klägers durchaus den Schluss zulassen, dieser habe der RichterIn eine nationalsozialistische oder „mittelalterliche“ Gesinnung unterstellt. Daran ändert auch der „Kontext“ nichts, in dem die Äußerung getätigt wurde, da Äußerungen regelmäßig in irgendeinem Kontext getätigt werden. Überspizte Kritik am Verhalten anderer (auch an Staat und Repräsentanten) muss auch ohne Diffamierung möglich sein.¹⁹⁴⁸ Und auch bei Beispiel (9) stellt sich die Frage, ob man dem Äußernden noch den grundrechtlichen Schutzbereich gewähren möchte, wengleich sein Verhalten im Ergebnis nicht durchkommt. Die Rechtsprechung des BVerfG führt letztlich dazu, dass Diffamierungen regelmäßig keine Schmähungen darstellen und damit in gewisser Weise „salonfähig“ werden. Und wegen der hohen Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit dürfte auch die im Rahmen des Art. 5 II GG vorzunehmende Abwägung oft zugunsten der Meinungsäußerungsfreiheit ausfallen. Richtig ist es daher, wenn andererseits das BVerfG feststellt, dass die strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung für den Fall des „ostentativen“ und „nachgerade paradierenden“ Zur-Schau-Stellens eines mit „A. C. A. B.“ bedruckten Stoffbeutels vor Polizeikräften oder des Tragens eines Kleidungsstücks mit dem Aufdruck „FCK BFE“ keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne.¹⁹⁴⁹

Unabhängig davon, ob man die enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik durch das BVerfG teilt, bleibt festzuhalten, dass das BVerfG bei Vorliegen von Schmähkritik (sowie bei Äußerungen, die sich als Angriffe auf die Menschenwürde erweisen) zwar den Schutzbereich als eröffnet ansieht, bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung jedoch regelmäßig von einer Güterabwägung absieht und den Persönlichkeitsinteressen den Vorrang einräumt.¹⁹⁵⁰ Die damit verbundene Folge ist klar: Eine Güterabwägung findet nicht statt; die Schmähung tritt hinter den Ehrschutz zurück. Das BVerfG macht aber auch deutlich, dass sich in Grenzfällen eine hilfsweise Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz anbiete. Im Rahmen dieser Abwägung sei mit Blick auf den Inhalt einer Äußerung insbesondere abwägungsrelevant, welcher konkrete ehrschmälernde Gehalt ihr zukomme, ob sie die betroffene Person als ganze oder nur einzelne ihrer Verhaltensweisen betreffe und ob durch die strafrechtliche Sanktionierung die Freiheit berührt werde, bestimmte Inhalte und Wertungen überhaupt zum Ausdruck zu bringen.¹⁹⁵¹ Das bei der Abwägung anzusetzende Gewicht der Meinungsfreiheit sei umso höher, je mehr die Äußerung darauf ziele, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, und umso geringer, je mehr es hiervon unabhängig lediglich

440b

¹⁹⁴⁷ Siehe nur BVerfG 31.1.2017 – 1 BvR 2454/16 (keine Schmähkritik bei Äußerung, Polizist habe Drogen „untergeschoben“), BVerfG NJW 2017, 2606 (Bezeichnung eines Gerichts u.a. als „Musikantenstadt“) sowie die Beispiele bei Rn 429.

¹⁹⁴⁸ Richtig daher BVerfG NJW 2017, 2607 (strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung aufgrund „ostentativen“ und „paradierenden“ Zur-Schau-Stellens eines mit „A. C. A. B.“ (was für „all cops are bastards“ steht) bedruckten Stoffbeutels vor Polizeikräften stellt keine Verletzung des Art. 5 I GG dar).

¹⁹⁴⁹ BVerfG NJW 2017, 2607; BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19 („FCK BFE“).

¹⁹⁵⁰ BVerfG NJW 2020, 2622, 2624; BVerfG NJW 2021, 148, 149 f.; BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹⁵¹ BVerfG NJW 2020, 2622, 2625 f.

um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen gehe.¹⁹⁵²

440c Bei Äußerungen, mit denen die in Art. 1 I GG als unantastbar geschützte **Menschenwürde** verletzt wird, kann bei einem Vergleich zur (bloßen) Schmähung erst recht keine Güterabwägung stattfinden. So heißt es im Beschluss, ob die gegenüber einem dunkelhäutigen Arbeitskollegen getätigte Äußerung „Ugah, Ugah“ (siehe Beispiel 2 bei Rn 126) eine erhebliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellt, die als wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB zur Kündigung berechtigt, dass eine Abwägung nicht stattfindet, da mit der Äußerung die in Art. 1 I GG als unantastbar geschützte Menschenwürde verletzt werde. Da die Menschenwürde mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig sei, müsse die Meinungsfreiheit dann stets zurücktreten.¹⁹⁵³ Hieran wird aber zugleich deutlich, dass das BVerfG schon nicht den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG hätte als eröffnet ansehen dürfen. Richtig ist, dass immerhin Hassreden aus dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG herausgehalten werden.¹⁹⁵⁴

440d Handelt es sich bei der polemischen, überspitzten und/oder geschmacklosen Äußerung jedoch nicht um eine Schmähung im genannten Sinne (bzw. nicht um einen verbalen Angriff auf die Menschenwürde und nicht um eine Formalbeleidigung), ist (im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung) eine echte Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen geboten. Abzuwägen i.S. einer praktischen Konkordanz sind die Meinungsäußerungsfreiheit auf der einen Seite mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite.

441

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ob man bei Vorliegen einer Schmähung den Schutzbereich des Art. 5 I GG verneint oder diesen als eröffnet ansieht und die Schmähung auf Schrankenebene zurücktreten lässt, mag auf den ersten Blick einerlei sein, da die Schmähung auf jeden Fall keinen Bestand hat. Jedenfalls hinsichtlich solcher Schmähungen, die auf die Verletzung der Menschenwürde gerichtet sind, sprechen die besseren Argumente für die Verneinung bereits des Schutzbereichs, allein, um dem Äußernden nicht noch den Schutzbereich des Grundrechts zu eröffnen.

Keinesfalls offenbleiben darf aber die Frage, ob die zu prüfende Äußerung eine Schmähung bzw. eine Formalbeleidigung oder eine menschenverachtende Diskriminierung darstellt oder lediglich als polemische und überspitzte Kritik einzustufen ist. Denn während die Formalbeleidigung bereits zur Verneinung des Schutzbereichs führt und die Schmähung und die menschenverachtende Diskriminierung entweder zur Verneinung bereits des Schutzbereichs führen oder jedenfalls (unter Verzicht auf eine Abwägung im Einzelfall) hinter das kollidierende allgemeine Persönlichkeitsrecht zurücktreten, ist bei einer lediglich polemischen oder überspitzten Kritik eine echte Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtsgütern erforderlich.¹⁹⁵⁵ In der **Fallbearbeitung** ist also folgendermaßen vorzugehen:

⇒ Zuerst ist im Rahmen der **Schutzbereichsprüfung** die Frage aufzuwerfen, ob die möglicherweise als Schmähung, Formalbeleidigung oder als verbaler Angriff auf die Menschenwürde einzustufende ehrverletzende Äußerung noch vom Schutzbereich des Art. 5 I GG erfasst sein kann. Hierbei ist zu beachten, dass das BVerfG den Schutzbereich denkbar weit versteht und sogar Formalbeleidigungen, Schmähungen und verbale Angriffe auf die Menschenwürde als erfasst ansieht, dem damit

¹⁹⁵² BVerfG NJW 2020, 2622, 2626.

¹⁹⁵³ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f. Siehe auch BVerfG NSTZ 2022, 734, wo das Gericht auf den Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG hinweist, dem § 185 StGB unterfalle, und es sodann formuliert, dass eine Verurteilung ausnahmsweise auch ohne eine Abwägung gerechtfertigt sein könne, wenn es sich um Äußerungen handele, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, Formalbeleidigung oder Schmähung darstellten. Das aber setzt zwingend voraus, dass zunächst der Schutzbereich eröffnet ist (wovon auch das BVerfG ausgeht).

¹⁹⁵⁴ Zu begrüßen OLG Hamm 1.6.2021 – III-3 RVs 19/21.

¹⁹⁵⁵ Vgl. dazu BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; DVBl 2009, 243, 244 f.; NJW 2012, 3712, 3713 f.; BGH NJW 2004, 596 f.

verbundenen Unwertgehalt aber immerhin auf der Rechtfertigungsebene begegnet. Sollte man aber der hier vertretenen Auffassung folgen und derartige Äußerungen (mit dem Argument, dass das BVerfG auch Drogenhandel, Handel mit kinderpornographischem Material etc. aus dem Schutzbereich des Art. 12 I S. 1 GG ausnehmen würde) aus dem Schutzbereich heraushalten wollen, ist das Prüfprogramm bereits auf Schutzbereichsebene zu durchlaufen: In einem ersten Schritt ist die Äußerung als „einfache“ ehrverletzende Äußerung, Schmähung, Formalbeleidigung oder als verbaler Angriff auf die Menschenwürde einzustufen. Dabei ist dem BVerfG zufolge ein strenger Maßstab anzuwenden (dazu sogleich) und der Schutzbereich grundsätzlich als eröffnet anzusehen.

- ⇒ Sollte man auf der Basis des BVerfG auch Formalbeleidigungen, Schmähungen und verbale Angriffe auf die Menschenwürde dem Schutzbereich des Art. 5 I GG zuordnen, erfolgt die Notwendigkeit der Abgrenzung auf **Rechtfertigungsebene**, bei der an sich „eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen“¹⁹⁵⁶, vorzunehmen ist. Hierbei ist dann die Äußerung einzustufen, da die Meinungsäußerungsfreiheit bei Formalbeleidigungen, Schmähungen und verbalen Angriffen auf die Menschenwürde regelmäßig zurücktritt, ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf.¹⁹⁵⁷ Die Einstufung darf aber nicht vorschnell erfolgen, sondern verlangt unter Anwendung strenger Maßstäbe¹⁹⁵⁸ und dem Erfordernis ausführlicher Begründung eine eingehende Auseinandersetzung mit den Sachverhaltsangaben, d.h. man „muss sich umfassend mit den konkreten Umständen auseinandersetzen, also in der Regel Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten berücksichtigen“¹⁹⁵⁹. Danach darf nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Schmähung nur angenommen werden, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung und Verletzung der Person im Vordergrund steht.¹⁹⁶⁰ Und bei der Annahme einer Formalbeleidigung sei die kontextunabhängig gesellschaftlich absolut missbilligte und tabuisierte Begrifflichkeit entscheidend.¹⁹⁶¹ Schließlich komme ein verbaler Angriff auf die Menschenwürde nur in Betracht, wenn einer konkreten Person der ihre menschliche Würde ausmachende Kern der Persönlichkeit abgesprochen wird.¹⁹⁶² Sollte demnach die Äußerung als Schmähung, Formalbeleidigung oder als verbaler Angriff auf die Menschenwürde einzustufen sein, ist eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen, an sich nicht erforderlich. Die Einstufung ist aber ausführlich zu begründen. Anzuraten ist gleichwohl, eine Güterabwägung vorzunehmen, um sich nicht dem Einwand auszusetzen, die Reichweite der Meinungsäußerungsfreiheit verkannt zu haben.¹⁹⁶³

Zur „Anprangerung“ vgl. Rn 517a ff.

Jenseits der genannten Fallgruppen *Schmähung*, *Formalbeleidigung* und *verbaler Angriff auf die Menschenwürde* ist aber eine **umfassende Güterabwägung** vorzunehmen. Ausgangspunkt dabei ist zunächst, dass die ehrwürdige Aussage (gerade, wenn ein politischer oder gesellschaftlicher Hintergrund aufgegriffen wird) grds. nicht wörtlich verstanden werden darf, sondern nach ihrem Bedeutungsgehalt interpretiert werden muss. Zudem darf sie auch nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss stets im

442

¹⁹⁵⁶ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹⁵⁷ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹⁵⁸ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 (mit Verweis auf BVerfG NJW 2020, 2622, 2623): „An diese Ausnahmefälle sind aber jeweils strenge Kriterien anzulegen und ihr Vorliegen ist ausführlich zu begründen.“

¹⁹⁵⁹ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706.

¹⁹⁶⁰ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹⁶¹ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

¹⁹⁶² BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f.

¹⁹⁶³ Das wird in BVerfG NJW 2024, 745 („fetter Anwalt“, „Rumpelstilzchen“) überaus deutlich.

Gesamtzusammenhang gesehen werden, in dem die Äußerung getätigt wurde.¹⁹⁶⁴ Es sind **sämtliche Begleitumstände** der Äußerung wie deren **Anlass** und **Kontext**, in dem sie getätigt wurde, zu berücksichtigen.¹⁹⁶⁵ Erforderlich ist eine umfassende Auseinandersetzung mit den konkreten Umständen; dabei sind i.d.R. Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten zu berücksichtigen.¹⁹⁶⁶

Beispiel¹⁹⁶⁷: Die öffentliche Bezeichnung eines eine Observation durchführenden Polizisten als „Spanner“ auf Facebook unter gleichzeitiger Nennung von dessen Namen ist zwar dem Begriff der Meinungsäußerung zuzuordnen, weil der Ausdruck „Spanner“ ein wertendes Element enthält (und nicht eine bloße Tatsachenbehauptung darstellt). Da sie aber eine überaus herabwertende Äußerung darstellt und den Polizisten zugleich namentlich benennt und damit individuell identifiziert, überwiegt nach der hier vertretenen Auffassung der Persönlichkeitsschutz.¹⁹⁶⁸

443

Zusammenfassung: Sowohl **Werturteile** als auch **Tatsachenbehauptungen** mit Meinungsbezug sind vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst. Letzteres gilt auch dann, wenn sich die Tatsachenbehauptungen später als unwahr herausstellen. **Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen** und solche, deren Unwahrheit für den Äußernden bereits im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststeht, sind dagegen **nicht** vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst. **Ehrverletzung** und **Anprangerung** sind nach der Rechtsprechung des BVerfG i.d.R. vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst, treten aber bei einer Abwägung mit den betroffenen (Grund-)Rechten Dritter (insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) regelmäßig hinter diesen zurück. Selbst bei **Schmähungen, Formalbeleidigungen** und **verbalen Angriffen auf die Menschenwürde** sieht das BVerfG den Schutzbereich des Art. 5 I GG als eröffnet an, lässt diese inkriminierten Äußerungen aber (unter Verzicht auf eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls) auf Schrankenebene regelmäßig hinter den Ehrschutz zurücktreten.

444

Zum geschützten Verhalten gehören – wie Art. 5 I S. 1 GG es nennt – das **Äußern und Verbreiten in Wort, Schrift und Bild**. Diese drei genannten Medien werden aber nicht als abschließend betrachtet.¹⁹⁶⁹ Auch Äußerungen in „modernen“ Medien wie Internetforen, Chatrooms etc. können zum geschützten Verhalten gehören.¹⁹⁷⁰ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Äußerung unter realem Namen oder unter einem Pseudonym getätigt wird.

445

Geschützt wird **jede Form der Meinungsäußerung und -verbreitung**, auch mit Hilfe von CDs, DVDs, USB-Sticks oder anderer Medien wie etwa das Internet.¹⁹⁷¹ Gleichfalls erfasst werden bildhafte und suggestive Meinungsäußerungen durch Gesten, Tragen und Verwenden von Symbolen, Plaketten, Uniformen.¹⁹⁷²

¹⁹⁶⁴ Vgl. auch BVerfG NJW 2023, 510, 512 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht); BVerfG NJW 2016, 2643 f. („ACAB“, was für „all cops are bastards“ steht, nicht ohne weiteres Beleidigung); NJW 2015, 2022 f. („FCK CPS“, was für „Fuck Cops“ steht); NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“).

¹⁹⁶⁵ BVerfG NJW 2005, 3274; GRUR 2008, 81; NVwZ-RR 2008, 330; DVBI 2009, 243, 244 f.; NJW 2013, 3021, 3022; NJW 2016, 2870 f.; BVerfG NJW 2021, 301, 302 (Beleidigung eines Richters – „dämliches Grinsen“).

¹⁹⁶⁶ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706 (mit Verweis u.a. auf BVerfG NJW 2020, 2622, 2623).

¹⁹⁶⁷ BVerfG NJW 2023, 510, 513; BVerfG K&R 2016, 667, 668 f.

¹⁹⁶⁸ Das BVerfG hat die Frage nach der Persönlichkeitsverletzung offengelassen und die Sache an das Fachgericht zurückverwiesen.

¹⁹⁶⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 392; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 73.

¹⁹⁷⁰ Teilweise wird vertreten, dass auch das im Internetbrowser angezeigte Ergebnis einer Internetsuchmaschine eine Meinungsäußerung darstelle, sofern es wertende Elemente enthalte (Milstein/Lippold, NVwZ 2013, 182, 185). Das ist abzulehnen, weil die Ergebnisse regelmäßig nicht von Menschen, sondern vollautomatisch über Algorithmen generiert werden.

¹⁹⁷¹ Zum Konkurrenzverhältnis zur Rundfunkfreiheit vgl. Rn 519; zur Pressefreiheit Rn 461/519.

¹⁹⁷² Vgl. BVerfGE 72, 183, 185 f. (Verwenden von Symbolen); BVerfGE 71, 108, 113 (Tragen von Plaketten); BVerfG NJW 1982, 1803 (Tragen von Uniformen).

Zu beachten ist jedoch, dass Art. 5 I S. 1 GG kein Recht verleiht, den Meinungs austausch mit anderen zu erzwingen. Die Grenze des Schutzbereichs besteht somit dort, wo andere Menschen bedrängt und in ihrer Fortbewegung behindert werden, um ihnen eine Meinungsäußerung aufzudrängen.¹⁹⁷³ **446**

Ebenfalls geschützt ist, dass die Meinung **beim Adressaten ankommt** (sog. Wirkungsdimension des Grundrechts). So sind z.B. die Nichtweiterleitung von Strafgefangenenpost¹⁹⁷⁴ oder die Veranlassung einer Presseveröffentlichung¹⁹⁷⁵ an Art. 5 I, II GG zu messen. Allerdings ist das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nur auf Seiten des Erklärenden/Veranlassenden gegeben. Auf Seiten des Empfängers ist das Recht auf Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Halbs. 2 GG) einschlägig, soweit es sich um allgemein zugängliche Informationen handelt. **447**

Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG schützt auch die negative Meinungsäußerungsfreiheit. **448**

Negative Meinungsäußerungsfreiheit ist das Recht, eine (bestimmte) Meinung nicht äußern und nicht verbreiten zu müssen.¹⁹⁷⁶ **449**

Beispiel/Gegenbeispiel: Da die negative Meinungsäußerungsfreiheit das Recht impliziert, seine Meinung nicht zu äußern, schützt sie etwa vor der Aufforderung, eine Bewertung abgeben oder an einer Diskussionsveranstaltung aktiv teilnehmen zu müssen. Bei staatlich angeordneten Produkthinweispflichten, z.B. bei dem Aufdruck „Rauchen kann tödlich sein“, gilt: Erlaubt die Hinweispflicht, dass der fremde Urheber und Verantwortliche für den Hinweis benannt wird, z.B. bei der Zigarettewarnung: „Die EU-Gesundheitsminister: ...“, liegt nach der Rspr. des BVerfG indes *kein* Eingriff in die negative Meinungsfreiheit vor, da nur die Verpflichtung zur Wiedergabe einer *fremden* Meinung bestehe. Zudem betreffe die Verpflichtung zu Warnhinweisen Produzenten und Händler beim Vertrieb ihrer Waren und nicht ihre Teilnahme am Prozess der Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung, weshalb die Kennzeichnungspflicht nicht am Maßstab des Art. 5 I GG, sondern am Maßstab der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) zu messen sei.¹⁹⁷⁷

Träger des Grundrechts sind zunächst alle natürlichen Personen, die die geschützten Tätigkeiten ausüben. Aber auch juristische Personen und Personenvereinigungen i.S.d. Art. 19 III GG sind erfasst, da das Äußern und Verbreiten einer Meinung nicht an die natürliche Eigenschaft eines Menschen anknüpft.¹⁹⁷⁸ Daher können sich auch politische Parteien gem. Art. 21 GG – etwa im Kontext der Sichtwerbung durch Wahlplakate – auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen.¹⁹⁷⁹ Staatliche Organe und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich dagegen (grundsätzlich) nicht auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen.¹⁹⁸⁰ **450**

Ein **Eingriff** in die Meinungsäußerungsfreiheit liegt immer dann vor, wenn der Schutzbereich durch eine beliebige Maßnahme der öffentlichen Gewalt, die die Meinungsäußerung oder -verbreitung verbietet oder behindert, beeinträchtigt wird. **451**

Beispiele: Nachteilige Rechtsfolgen für bestimmte Äußerungen¹⁹⁸¹; Auflagen zum Umgang mit der Presse¹⁹⁸²; Sanktionen, die den Wortlaut und die Erklärungsabsicht des Ur-

¹⁹⁷³ OLG Köln NVwZ 2000, 350, 351.

¹⁹⁷⁴ BVerfGE 35, 35, 39 (Briefkontrolle bei Untersuchungsgefangenen); BVerfG NJW 1995, 1477, 1478 (Überprüfung von Strafgefangenenpost – „Reichsparteitags-OLG“).

¹⁹⁷⁵ BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse).

¹⁹⁷⁶ BVerfGE 65, 1, 40 (Volkszählung); 97, 173, 182 (Warnhinweise auf Tabakverpackungen).

¹⁹⁷⁷ Vgl. BVerfGE 95, 173, 182 (Warnhinweise auf Tabakverpackungen) – wiedergegeben auch bspw. von *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 20.

¹⁹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 113, 63, 75 (Junge Freiheit). Vgl. auch *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, 182, 184.

¹⁹⁷⁹ BVerfG NVwZ 2023, 1167, 1169 („Migration tötet“) mit Verweis auf BVerfG NJW 2009, 3503.

¹⁹⁸⁰ BVerfG NJW 1984, 2591 (Meinungsfreiheit der Regierung).

¹⁹⁸¹ BVerfGE 86, 122, 128 (Meinungsäußerung des Berufsschülers).

¹⁹⁸² BVerfGE 85, 248, 263 (Ärztliches Werbeverbot).

hebers verkennen¹⁹⁸³; Verbot der Nutzung von öffentlichem Verkehrsgrund oder sonstiger öffentlicher Sachen (Parks etc.) zu Zwecken der Meinungsäußerung. Denn die Frage nach der Beeinträchtigung des Grundrechts kann nicht davon abhängen, ob die Meinungsäußerung vom Gemeingebrauch umfasst ist oder ob sie eine erlaubnispflichtige Sondernutzung darstellt, da anderenfalls die Reichweite des Schutzbereichs von der Widmung abhinge. Es kann sich sogar ein Nutzungsanspruch ergeben, wenn die staatlich vorgesehene Nutzung nicht behindert wird und zudem ein sachlicher Zusammenhang besteht. Schließlich greifen Versammlungsverbote regelmäßig auch in die Meinungsäußerungsfreiheit ein.

452 Auch **Gerichtsurteile**, die Meinungsäußerungen sanktionieren, sind Eingriffe.

Beispiele: Strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung; zivilgerichtliche Verurteilung, bestimmte Äußerungen zu unterlassen

⇒ Strafgerichtliche Verurteilungen wegen Beleidigung greifen in die Meinungsäußerungsfreiheit ein und verletzen spezifisches Verfassungsrecht, wenn sie bei Auslegung und Anwendung der §§ 185 ff. StGB die grundlegende Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit nicht beachtet oder nur unzureichende Tatsachenfeststellungen getroffen haben.¹⁹⁸⁴

⇒ Zivilgerichtliche Verurteilungen zur Unterlassung einer bestimmten Meinungsäußerung greifen in die Meinungsäußerungsfreiheit ein¹⁹⁸⁵ und verletzen spezifisches Verfassungsrecht, wenn sie die Abwägung widerstreitender Rechtsgüter nicht fehlerfrei vorgenommen haben (dazu Rn 517e).

2. Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG

Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG

I. Schutzbereich der Informationsfreiheit

Die Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) steht selbstständig neben der Meinungsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG). Sie gewährleistet das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Gegenüber der Rundfunkfreiheit (Art. 5 I S. 2 Halbs. 2 GG) tritt sie allerdings zurück, da diese die Informationsbeschaffung umfasst.

Als **Quelle** sind alle denkbaren Träger von Informationen einzustufen, unabhängig davon, ob die Informationen eher Meinungen bzw. Tatsachen enthalten oder ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten betreffen. **Allgemein zugänglich** ist eine Quelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. **Geschützt** werden die schlichte Entgegennahme von Informationen ebenso wie das aktive Beschaffen, unabhängig von den verwendeten Methoden. So sind auch das Beziehen ausländischer Zeitungen oder das Fotografieren eine Art der Informationsbeschaffung. Erfasst sind auch die Informationsaufbereitung und -speicherung und die Beschaffung und Benutzung erforderlicher technischer Hilfsmittel. Schließlich ist das Recht erfasst, sich der Information zu entziehen (sog. negative Informationsfreiheit).

II. Eingriff in den Schutzbereich

Beeinträchtigt wird das Grundrecht durch jede Maßnahme, die die Informationsaufnahme verbietet oder einem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Auch der Ausschluss von einem einzigen Informationsmedium oder die Verzögerung des Zugangs stellen einen Eingriff dar. Ebenso beeinträchtigt die psychische Erschwerung, etwa die Registrierung der Informationsaufnahme, die „ungehinderte“ Informationsbeschaffung.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Vgl. die Ausführungen zur Meinungsäußerungsfreiheit.

¹⁹⁸³ BVerfGE 82, 43, 52 (Strauß-Transparent); 82, 272, 280 f. („Zwangsdemokrat Strauß“).

¹⁹⁸⁴ Vgl. etwa die Fälle BVerfG NJW 2016, 2643 („ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung); BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“); BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19 („FCK BFE“).

¹⁹⁸⁵ BVerfG NJW 2024, 745, 746 (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“).

Die Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) steht selbstständig neben der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG), weil sie schlicht das Recht verleiht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Dagegen tritt die Informationsfreiheit gegenüber der Rundfunkfreiheit zurück, da die Rundfunkfreiheit das Recht einschließt, sich zuvor über die später zu sendenden Beiträge zu informieren (Recherche).¹⁹⁸⁶ Im Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit ist ein Rückgriff auf die Informationsfreiheit also nicht erforderlich (und auch nicht zulässig). 453

Durch die Informationsfreiheit geschützt wird nur die Informationsbeschaffung aus **allgemein zugänglichen Quellen**. 454

Als **Quelle** sind alle denkbaren Träger von Informationen einzustufen, unabhängig davon, ob die Informationen eher Meinungen oder Tatsachen enthalten oder ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten betreffen.¹⁹⁸⁷ 455

Allgemein zugänglich ist eine Quelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, seien es Privatpersonen oder Medienvertreter, Informationen zu verschaffen.¹⁹⁸⁸ 456

Beispiele: Zu den allgemein zugänglichen Quellen zählen insbesondere die Massenkommunikationsmittel wie Zeitung, Rundfunk, Fernsehen oder das Internet. Auch der Bezug ausländischer Zeitungen und der Empfang ausländischer Sender (über Satellit) sind geschützt. Vom Schutzbereich erfasst ist daher auch die Installation einer Parabolantenne zum Empfang ausländischer Fernsehprogramme.¹⁹⁸⁹ Dass der Anbieter der Informationen den Empfang von einer Gegenleistung (d.h. von einem Entgelt) abhängig macht und damit die Inhalte nicht allen Menschen zur Verfügung stellt, ändert nichts an der Allgemeinheit der Quelle.¹⁹⁹⁰ Keine allgemein zugänglichen Quellen sind etwa private oder betriebliche Aufzeichnungen, die nicht zur Veröffentlichung bestimmt sind, oder der Polizeifunk. Gleiches gilt für Behörden- oder Gerichtsakten (außer sie lagern in öffentlichen Archiven) oder Verwaltungsvorschriften, die von übergeordneten Behörden erlassen wurden und an untergeordnete Stellen gerichtet sind. Demgegenüber handelt es sich bei amtlichen Informationen nach Maßgabe der Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder um allgemein zugängliche Quellen, die Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG unterfallen.¹⁹⁹¹

Geschützt werden die schlichte Entgegennahme von Informationen ebenso wie das aktive Beschaffen, unabhängig von den verwandten Methoden.¹⁹⁹² 457

Beispiele: So sind auch das **Fotografieren** und das Anfertigen von **Ton- und Bildaufnahmen** Arten der Informationsbeschaffung. Erfasst sind auch die Informationsaufbereitung und -speicherung und die Beschaffung und Benutzung erforderlicher technischer Hilfsmittel.¹⁹⁹³ 458

¹⁹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 103, 44, 60 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal).

¹⁹⁸⁷ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn 22.

¹⁹⁸⁸ BVerfGE 27, 71, 83 (Leipziger Volkszeitung); 90, 27, 32 (Parabolantenne oder Kabelanschluss bei ausländischem Mieter); 103, 44, 60; siehe auch *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 26.

¹⁹⁸⁹ BVerfGE 90, 27, 32. Zivilgerichtliche Entscheidungen auf dem Gebiet des Mietrechts zu der Frage, ob der Vermieter vom Mieter die Entfernung einer Satelliten-Empfangsantenne verlangen kann, wenn das Haus über einen Kabelanschluss verfügt, verstoßen aber grundsätzlich nicht gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit, vgl. hierzu BVerfGE 90, 27, 32. Etwas anderes gilt aber für Ausländer, die Sender in ihrer Heimatsprache nicht über Kabel empfangen können. Hier ist das Interesse an der Informationsbeschaffung über Satellit regelmäßig höher zu gewichten als das Eigentumsinteresse des Vermieters. Vgl. dazu BGH NJW 2010, 436. Zur Frage, ob auch die Religionsausübungsfreiheit die Installation einer Parabolantenne rechtfertigt, vgl. BGH NJW 2008, 216, 217.

¹⁹⁹⁰ *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 26.2 (mit Verweis auf *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn 57).

¹⁹⁹¹ BVerfG NVwZ 2017, 1618, 1620 (Akten des Bundesarchivs); siehe auch *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 27.

¹⁹⁹² Vgl. BVerfGE 27, 71, 82 f.; 103, 44, 60.

¹⁹⁹³ BVerfGE 90, 27, 32; 103, 44, 60 ff.

- 459 **Träger des Grundrechts** sind alle natürlichen und juristischen Personen, die sich informieren wollen, auch Pressevertreter.¹⁹⁹⁴
- 460 **Beeinträchtigt** wird das Grundrecht durch jede Maßnahme, die die Informationsaufnahme verbietet, (faktisch) erschwert oder einem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Auch der Ausschluss von einem einzigen Informationsmedium oder die Verzögerung des Zugangs stellen Eingriffe dar. Ebenso beeinträchtigt die psychische Erschwerung, etwa die Registrierung der Informationsaufnahme, die „ungehinderte“ Informationsbeschaffung. Definiert die betreffende Regelung aber lediglich den Begriff „allgemein zugänglich“, liegt noch kein Eingriff vor, weil die *allgemeine* Zugänglichkeit bereits den Schutzbereich begrenzt. Gleichwohl muss sich die schutzbereichsbegrenzende Regelung am Maßstab der Verfassung messen lassen. Vgl. dazu auch Rn 478.

3. Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG

Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG

I. Schutzbereich der Pressefreiheit

Bei der Pressefreiheit geht es um die Verbreitung von Meinungen (oder Tatsachen mit oder ohne Meinungsbezug) mit Hilfe eines Presseerzeugnisses. Im Anwendungsbereich der Pressefreiheit ist also ein Rückgriff auf die Meinungsäußerungsfreiheit nicht erforderlich. Das schließt jedoch nicht aus, dass sich eine **andere Person**, deren Meinung in der Presse publiziert wird, auf die **Meinungsäußerungsfreiheit** berufen kann. Das Gleiche gilt, wenn der Träger der Pressefreiheit seine Meinung äußert und es dabei nicht auf die massenkommunikative Verbreitungsleistung der Presse ankommt.

Durch die Pressefreiheit **geschützt** ist die Freiheit, zu bestimmen, welche Themen behandelt und welche Beiträge in einem Medium (Printausgabe; Internetbeitrag) aufgenommen werden, sowie die Entscheidung über die Form der Darbietung der Beiträge (Texte, Bilder, Graphiken etc.) und ihre Platzierung innerhalb der (Print- oder Internet-)Ausgabe. Die Qualität der in der Presse kundgetanen Meinung bzw. Berichterstattung spielt keine Rolle. Daher sind auch qualitativ weniger anspruchsvolle Produkte und Skandal- und Sensationsblätter vom Schutzbereich erfasst.

Der Begriff der „**Presse**“ umfasst nicht nur die Erzeugnisse der Druckpresse, sondern alle zur Verbreitung an die Allgemeinheit bestimmten Vervielfältigungen wie bspw. Inhalte in Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, auf Flugblättern, Handzettel, Aufklebern, Plakaten, Fotokopien etc. Aber auch Ton- und Bildträger wie HDDs, Speicherkarten, CDs, DVDs und Blu-rays sind erfasst, sofern diese Medien der Berichterstattung (und nicht primär kommerziellen Interessen) dienen. Keinen Unterschied macht es auch, ob das Druckerzeugnis periodisch erscheint oder nur einmal in Umlauf gebracht wird. Auch unter Berücksichtigung des weiten Verständnisses des Begriffs der Pressefreiheit muss die Verbreitung an die Allgemeinheit durch einen Vervielfältigungsvorgang (etwa mittels mechanischer, elektronischer oder chemischer Mittel) erfolgen. Ein Einzelstück ist deshalb kein Presseerzeugnis. An die *Allgemeinheit* ist ein Druckerzeugnis adressiert, wenn es sich an eine unbestimmte Zahl von Personen richtet. Wie groß der Kreis ist, spielt dabei keine Rolle. So hat das BVerfG klargestellt, dass auch Werkszeitungen den Schutz des Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG genießen.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Das Grundrecht der Pressefreiheit wird durch jede staatliche Maßnahme beeinträchtigt, die zu einer Behinderung oder Unterbindung der Pressefreiheit führt. Besondere Bedeutung erlangt die selektive **Subventionierung von Presseunternehmen**.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vgl. die Ausf. zur Meinungsäußerungsfreiheit.

- 461 Auch die Pressefreiheit besitzt einen hohen Verfassungsrang. „Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ist Wesensmerkmal

¹⁹⁹⁴ Vgl. BVerfGE 103, 44, 60 ff.

des freiheitlichen Staates und für die moderne Demokratie unentbehrlich¹⁹⁹⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Pressefreiheit von der Meinungsäußerungsfreiheit dadurch abzugrenzen, dass die Meinungsäußerung immer dann einschlägig ist, wenn es um einen bestimmten Inhalt einer Äußerung geht, wohingegen die Pressefreiheit anwendbar ist, wenn die Meinungsäußerung durch das Medium der Presse kommuniziert wird, wenn also die kommunikative Vermittlungsleistung der Presse¹⁹⁹⁶ betroffen ist. Mithin geht es bei der Pressefreiheit also um die Verbreitung von Meinungen (oder Tatsachen mit oder ohne Meinungsbezug) mit Hilfe eines Presseerzeugnisses durch ein Presseorgan. Im Anwendungsbereich der Pressefreiheit ist nach der hier vertretenen Auffassung ein Rückgriff auf die Meinungsäußerungsfreiheit nicht erforderlich.¹⁹⁹⁷ Das BVerfG ist in dieser Frage neuerdings offenbar anderer Meinung, wenn es formuliert, dass sich hinsichtlich des Inhalts der Berichterstattung Umfang und Grenzen des grundrechtlichen Schutzes aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit ergäben, die die Verbreitung von Meinungen und Tatsachen ohne Rücksicht auf Form und Kommunikationsmittel schütze, wobei – da es gerade zu den Aufgaben der Presse gehöre, die Öffentlichkeit über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu informieren – sich eine Verstärkung des durch Art. 5 I S. 1 GG gewährleisteten Schutzes ergeben könne.¹⁹⁹⁸ Daraus ergibt sich also eine kumulative Anwendung der Pressefreiheit und der Meinungsäußerungsfreiheit, was anhand der Formulierung des BVerfG prüfungstechnisch dergestalt umzusetzen ist, dass die Pressefreiheit im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit „schutzverstärkend“ hinzugezogen wird. Diese Verquickung ist jedoch unnötig, da der offenbar gewünschten Schutzverstärkung bei der Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern (i.d.R. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) auch nach allgemeinen Abwägungskriterien Rechnung getragen werden kann. Davon unbeschadet schließt die vom Verfasser vertretene abschließende Anwendung der Pressefreiheit bei pressenspezifischer Kommunikation jedoch nicht aus, dass sich der Träger der Pressefreiheit *auch* auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen kann, wenn er – unabhängig vom gewählten Medium – seine Meinung äußert. In diesem Fall misst das BVerfG die Äußerungen teilweise sogar ausschließlich am Maßstab des Art. 5 I S. 1 GG.¹⁹⁹⁹ Auch kann sich die Person, deren Meinung in der Presse publiziert wird (z.B. der Autor eines Buches oder der Verfasser eines Berichts), separat auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen.²⁰⁰⁰ Denn Personen, die sich nicht auf die Pressefreiheit des Reporters, Journalisten, Verlags etc. berufen können, genießen nicht den Schutz der Pressefreiheit, dafür aber den der Meinungsäußerungsfreiheit.²⁰⁰¹

Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit stehen selbstständig nebeneinander. Die Pressefreiheit steht auch neben der (allgemeinen) Informationsfreiheit. Da die Informationsfreiheit aber lediglich die Beschaffung der Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen schützt, wohingegen die Pressefreiheit dieser Einschränkung nicht unterliegt (siehe Rn 469), greift sie in ihrem Anwendungsbereich weiter als die Informationsfreiheit, sodass Pressevertreter sich in aller Regel ohnehin auf die Pressefreiheit berufen dürften, wenn es um besondere (individuelle) Recherche geht. Zum presserechtlichen Auskunftsanspruch vgl. Rn 468.

462

¹⁹⁹⁵ Vgl. grundlegend BVerfGE 7, 198, 203 (Lüth); später BVerfGE 117, 244, 258 (Cicero); BVerfG NJW 2001, 507 (Presserechtlicher Schutz von „Bekennerschreiben“); BVerfGE 20, 162, 174 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 66, 116, 133 (Springer/Wallraff). Vgl. auch EGMR NJW 2006, 591 (zur Bedeutung von Art. 8 EMRK); OVG Weimar NJW 2015, 1836.

¹⁹⁹⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. Rn 25; Bäcker, JuS 2013, 522, 524.

¹⁹⁹⁷ Auch das BVerfG prüfte bislang nicht auch noch die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit, wenn es zuvor bereits den Schutzbereich der Pressefreiheit bejaht hat (vgl. BVerfG NJW 2006, 2836, 2837; NJW 2006, 2838; NJW 2017, 1537, 1538).

¹⁹⁹⁸ BVerfG NJW 2023, 510, 511.

¹⁹⁹⁹ BVerfG NJW 2012, 756 f.; BVerfG NJW 2011, 740 f.

²⁰⁰⁰ BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse).

²⁰⁰¹ BVerfGE 85, 1, 12 (Zur Abgrenzung von Pressefreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit); 86, 122, 128 (Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis); BVerfGE 102, 347, 359 und BVerfG NJW 2003, 1303, 1304 (jeweils Benetton-Schockwerbung).

- 463** Im Zentrum der grundrechtlich geschützten Pressefreiheit steht „das Recht, Art und Ausrichtung sowie Inhalt und Form des Publikationsorgans frei zu bestimmen“²⁰⁰². Der Begriff „**Presse**“ ist unter Berücksichtigung des Zwecks des Grundrechts, nämlich (unter Nutzung eines Massenkommunikationsmittels) eine Informations- und Kontrollfunktion der Presse zu gewährleisten²⁰⁰³, daher grundsätzlich weit auszulegen. Somit kann auch die Qualität des Inhalts des Presseergebnisses keine Rolle spielen. Auch weniger anspruchsvolle Produkte und Skandal- und Sensationsblätter sind vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst.²⁰⁰⁴
- 464** Unter den Begriff der „Presse“ sollte man nicht nur Meinungsäußerungen in Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, auf Flugblättern, Handzetteln, Aufklebern, Plakaten, Fotokopien, sondern auch auf Ton- und Bildträgern wie HDDs, Speicherkarten, CDs, DVDs und Blu-rays fassen, sofern diese Medien der Berichterstattung dienen.²⁰⁰⁵ Etwas anderes mag freilich gelten, wenn sie vornehmlich kommerziellen Zwecken dienen, denn dann steht nicht die Berichterstattung im Vordergrund, sondern die Gewinnerzielung i.S.d. Art. 12 I GG.
- 465** Fraglich ist, ob die Berichterstattung im **Internet** („Online-Nachrichtendienste“) vom Begriff der „Presse“ (oder von dem des „Rundfunks“) erfasst ist. In wörtlicher Auslegung des Begriffs „Presse“ müsste man den Schutzbereich der Pressefreiheit verneinen, weil die Inhalte nicht auf ein Medium „gepresst“ werden. Mit Blick auf den o.g. Sinn und Zweck der Pressefreiheit ist die Beschränkung des Begriffs „Presse“ auf sog. Printmedien jedoch nicht haltbar. Insbesondere konnten die Mitglieder des Parlamentarischen Rates bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes nicht wissen, dass es einmal das Medium *Internet* geben würde. Für sie stand allein im Vordergrund, dass eine unbestimmte Zahl von Personen adressiert werde. Sie nahmen eine Abgrenzung zur Rundfunkfreiheit maßgeblich anhand des Verbreitungsweges vor²⁰⁰⁶ (Presse = Verbreitung über Printmedien; Rundfunk = Verbreitung mittels Telekommunikation). Aufgrund des Wandels in der Kommunikationstechnologie ist daher der Begriff „Presse“ ebenso wie der des Rundfunks (Rn 482) auch auf moderne Massenkommunikationsmittel (Internetseiten, YouTube-Kanäle, Instagram, Telegram etc.) anzuwenden²⁰⁰⁷, solange nur eine Aufbereitung von Informationen stattfindet und diese einem offenen Adressatenkreis zugänglich gemacht wird. Wie groß der Adressatenkreis ist, spielt keine Rolle. So hat das BVerfG klargestellt, dass auch Werkszeitungen den Schutz des Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG genießen.²⁰⁰⁸
- 466** In der **Sache** gewährt Art. 5 I S. 2 GG das Recht, Art und Ausrichtung, Inhalt und Form eines Publikationsorgans (inklusive des Titelblatts) frei zu bestimmen.²⁰⁰⁹ Zu dieser **Gestaltungsfreiheit** gehören sowohl die Freiheit, zu bestimmen, welche Themen behandelt und welche Beiträge in eine Ausgabe aufgenommen werden sollen, als auch die Entscheidung über die äußere Darbietung der Beiträge sowie ihre Platzierung innerhalb der Ausgabe.²⁰¹⁰ Auch die Entscheidung, ob und wie ein Presseergebnis bebildert

²⁰⁰² BVerfG NJW 2017, 1376 f., NJW 2017 1377 f. (jeweils Kachelmann).

²⁰⁰³ BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 mit Verweis auf BVerfG NJW-RR 2010, 470, 471.

²⁰⁰⁴ BVerfGE 34, 269, 283; 66, 116, 134; 101, 361, 389. Insofern besteht eine Übereinstimmung mit dem zur Meinungsäußerungsfreiheit Gesagten.

²⁰⁰⁵ Vgl. bereits die 7. Aufl. 2005 dieses Buches.

²⁰⁰⁶ Vgl. *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 79 ff.

²⁰⁰⁷ So nun auch OLG München MMR 2005, 768 ff.; LG Tübingen K&R 2013, 138, 139; BVerfG NJW 2017, 1537, 1538 f.; VG Minden NVwZ 2023, 1604, 1606; aus der Lit. *Schulze/Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Rn 90 f.; *Bäcker*, JuS 2013, 522, 524.

²⁰⁰⁸ BVerfGE 95, 28, 35 (Pressefreiheit bei Werkszeitungen). Forumsbeiträge oder Blogbeiträge von Internetusern dürften aber von vornherein nicht der Pressefreiheit, sondern ausschließlich der Meinungsäußerungsfreiheit unterfallen.

²⁰⁰⁹ BVerfGE 97, 125, 144 f. (Anspruch auf Gegendarstellung).

²⁰¹⁰ Siehe BVerfG NJW 2021, 1585, 1586; BVerfG NJW 2018, 1596 f.

wird (etwa die Abbildung von Personen), ist geschützt.²⁰¹¹ Von der Eigenart oder dem Niveau des Presseergebnisses hängt der Schutz nicht ab (s.o.).

Da in einer freiheitlichen Demokratie der Presse nicht nur eine Informationsfunktion, sondern insbesondere auch eine Kontrollfunktion zukommt²⁰¹², umfasst Art. 5 I S. 2 GG selbstverständlich die Freiheit, die gewünschten **Informationen zu beschaffen**. Es besteht ein verfassungsunmittelbarer **Auskunftsanspruch** der Presse gegenüber Behörden²⁰¹³ und Gerichten²⁰¹⁴ an. Auch umfasst die Pressefreiheit das Recht, sich über Vorgänge in einer *öffentlichen* (sonst greift § 353d StGB!) Gerichtsverhandlung zu informieren und darüber zu berichten.²⁰¹⁵ Sofern die Pressegesetze der Länder anwendbar sind und einen Auskunftsanspruch (gegen Landesbehörden)²⁰¹⁶ gewähren, geht dieser Anspruch jedoch vor, wobei Art. 5 I S. 2 GG dann bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften zu beachten ist. Auch gewähren das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes und die Transparenzgesetze der Länder weit reichende Informationsansprüche, sodass der verfassungsrechtliche Auskunftsanspruch aus Art. 5 I S. 2 GG auch hier subsidiär sein dürfte. Ein presserechtlicher Auskunftsanspruch gegenüber dem Parlament soll dagegen (generell) nicht bestehen.²⁰¹⁷

467

Ob die Beschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen stammt, spielt dabei keine Rolle. Geschützt sind daher auch die Beschaffung von Informationen etwa von Verfassungsschutzbehörden²⁰¹⁸ oder vom Bundesnachrichtendienst²⁰¹⁹ sowie die Medienberichterstattung aus (auch nichtöffentlichen) Gerichtsverhandlungen²⁰²⁰. Hierzu gehört auch das Recht, eine Abschrift (Kopie) einer (auch vom Gericht nicht veröffentlichten oder einer ein noch nicht rechtskräftiges Urteil betreffenden²⁰²¹) Urteilsbegründung anzufordern.²⁰²² Denn nur der prinzipiell ungehinderte Zugang zu Informationen versetzt die Presse in den Stand, die ihr bereits oben genannte, in einer freiheitlichen Demokratie zukommende (Kontroll-)Funktion wirksam wahrzunehmen.²⁰²³ Die (allgemeine) Veröffentlichungspflicht der Gerichte folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG)

468

²⁰¹¹ BVerfGE 101, 361, 389 (Caroline von Hannover); BGH NJW 2007, 1977 ff. und NJW 2007, 1981 ff. (Caroline und Ernst August von Hannover).

²⁰¹² BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 mit Verweis auf BVerfG NJW-RR 2010, 470, 471.

²⁰¹³ BVerfGE 146, 56 ff.; 151, 348, 349 ff. (Bundesanstalt für Immobilienaufgaben); BVerwG NJW 2018, 485, 486 (BND); BVerwG NVwZ 2018, 902, 903 (BND); BVerwG NVwZ 2020, 305, 306 (BND); BVerwG NVwZ 2016, 1020, 1021 und 1023, 1024 (Bundestagsverwaltung); VG Köln ZUM-RD 2016, 271 (Bundesamt für Verfassungsschutz). Das BVerfG hat indes ausdrücklich offengelassen, ob aus Art. 5 I S. 2 GG ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch der Presse besteht (BVerfG NVwZ 2016, 50, 51 – BND). Sofern er bestünde, ginge er ohnehin nicht über das hinaus, was die Landespressegesetze gewähren.

²⁰¹⁴ BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 f. (Strafgerichtliches Verfahren gegen früheren Innenminister Thüringens); VG Minden NVwZ 2023, 1604, 1605 f.

²⁰¹⁵ BVerfGE 91, 125, 134 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal). Zum rundfunkrechtlichen Aspekt der Informationsbeschaffung vgl. BVerfGE 103, 44, 59 ff.

²⁰¹⁶ Das BVerwG verneint zu Recht die Anwendbarkeit der Landespressegesetze auf dem Gebiet der Bundesgesetzgebungskompetenz und damit (wohl) gegen Bundesbehörden (BVerfGE 151, 348, 349 ff.; BVerwG NJW 2018, 485, 486; BVerwG NVwZ 2018, 902, 903; BVerwG NVwZ 2020, 305, 306 – BND). Das OVG Münster und das VG Köln nehmen dies indes an (OVG Münster NJW 2014, 3387 ff.; VG Köln ZUM-RD 2016, 271 – jeweils Bundesamt für Verfassungsschutz). Das BVerfG hat wiederum ausdrücklich offengelassen, ob die landesrechtlichen Pressegesetze einen Auskunftsanspruch der Presse auch gegenüber Bundesbehörden gewähren (können) (BVerfG NVwZ 2016, 50, 51 – BND).

²⁰¹⁷ Siehe OVG Berlin-Brandenburg ZUM 2017, 604 f. (bestätigt in BVerwG NVwZ 2019, 479): Es bestehe kein Auskunftsanspruch der Presse gegenüber dem Deutschen Bundestag. Dieser sei als besonderes Organ der Gesetzgebung keine auskunftspflichtige Behörde i.S.d. Presserechts. Ob diese Entscheidungen Bestand haben werden, bleibt abzuwarten. Eine Verfassungsbeschwerde ist anhängig.

²⁰¹⁸ Vgl. dazu OVG Münster NJW 2014, 3387; VG Köln ZUM-RD 2016, 271 (Bundesamt für Verfassungsschutz).

²⁰¹⁹ Vgl. BVerfGE 146, 56 ff.; BVerfG NVwZ 2016, 50, 51 (BND); BVerwG NVwZ 2020, 305, 306 (BND).

²⁰²⁰ BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 f. (Strafgerichtliches Verfahren gegen früheren Innenminister Thüringens).

²⁰²¹ BVerfG NJW 2015, 3708, 3710 mit Verweis auf *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777, 1778.

²⁰²² Vgl. auch OLG Celle NJW 1990, 2570 f.; *Mensching*, AfP 2007, 534, 537. Vgl. auch BVerwG NJW 2015, 807, 808 f. (Anspruch der Presse auf Kenntnis der Namen von Personen, die an Gerichtsverfahren mitgewirkt haben); *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 f. Das bestätigte kürzlich auch das BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 f.

²⁰²³ BVerfG NJW 2014, 3711 f.; BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 f.

i.V.m. der Justizgewährungspflicht aus Art. 19 IV S. 1 GG²⁰²⁴, dem Demokratieprinzip aus Art. 20 I, II GG und dem Grundsatz der Gewaltenteilung.²⁰²⁵ Begehrt ein Pressevertreter die entsprechenden Informationen (auch gegenüber (anderen) Behörden), tritt Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG hinzu. Zwar haben die einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlagen aus den Landespressegesetzen Anwendungsvorrang²⁰²⁶ (s.o.), jedoch ist der Schutz aus Art. 5 I S. 2 GG bei der Auslegung der Vorschriften stets zu berücksichtigen. Gegenüber Bundesbehörden können die Landespressegesetze jedoch keinen Anspruch gewähren.²⁰²⁷ In diesem Fall folgt der Auskunftsanspruch daher unmittelbar aus Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG.²⁰²⁸ Der Veröffentlichungspflicht bzw. dem Auskunftsanspruch stehen auch persönliche Daten (etwa aus dem Bereich des Intimlebens, des Steuerrechts etc.) nicht entgegen, denn soweit sie dem Auskunftsanspruch entgegenstehen könnten, sind sie zu anonymisieren.²⁰²⁹ Lediglich, wenn keinerlei öffentliches Interesse an der Veröffentlichung besteht, kann die Veröffentlichungspflicht verneint werden.²⁰³⁰ Sofern Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse dem Auskunftsanspruch entgegenstehen, ist ebenfalls eine Anonymisierung bzw. eine Abwägung vorzunehmen.²⁰³¹

- 469 Geschützt sind selbstverständlich auch die **Vertraulichkeit** der Redaktionsarbeit²⁰³², die **Geheimhaltung der Informationsquellen** und das **Vertrauensverhältnis zu Informanten**²⁰³³. Ohne diese Gewährleistungen liefe die Pressefreiheit weitgehend leer.

Beispiel: Durchsucht die Polizei auf Anordnung der Staatsanwaltschaft Redaktionsräume eines Nachrichtenmagazins und stellt zahlreiche Unterlagen sicher, weil vermutet wird, ein Mitarbeiter der Staatsanwaltschaft habe vertrauliche Informationen weitergegeben, und nun die „undichte“ Stelle aufgedeckt werden müsse, dann stellt dies einen Eingriff in die Pressefreiheit dar. Wegen des hohen Schutzes, den die Pressefreiheit genießt, ist ein solches Vorgehen nur dann gerechtfertigt, wenn es um Güter geht, die bei einer Abwägung mit der Pressefreiheit den Vorrang genießen. Das ist u.U. z.B. bei Angelegenheiten der Staatssicherheit der Fall. Auf keinen Fall aber rechtfertigt das staatliche Interesse an der Aufklärung leichter und mittlerer Straftaten den mit einer Durchsuchung der Presseräume bzw. Räume eines Rundfunksenders verbundenen Grundrechtseingriff.²⁰³⁴

- 470 Trägt man die bei Rn 467 ff. genannten Schutzaspekte zusammen, bietet sich als Definition der Pressefreiheit folgende Formulierung an:

²⁰²⁴ Art. 19 IV S. 1 GG gewährt nicht nur einen effektiven Rechtsschutz, sondern u.a. auch einen Justizgewährungsanspruch. Siehe auch BVerfG NJW 2018, 3374, 3375: Individualgrundrecht und objektive Wertscheidung – vgl. dazu R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 160.

²⁰²⁵ Vgl. etwa BVerwGE 104, 105, 108 ff.; aufgegriffen von BVerfG NJW 2015, 3708, 3709 f.

²⁰²⁶ BVerfG NJW 2015, 807, 811; Putzke/Zenthöfer, NJW 2015, 1777, 1778. Vgl. auch OLG Hamm NVwZ 2016, 551 ff. (Presserechtlicher Auskunftsanspruch gegenüber privatrechtlichem Betrieb der Daseinsvorsorge). Der presserechtliche Auskunftsanspruch ist wegen der grundrechtlichen Bedeutung der Pressefreiheit auch hinreichend im vorläufigen Rechtsschutz zu würdigen. Daher kann die Presseberichterstattung auch dann den Vorrang haben, wenn dies eine Vorwegnahme der Hauptsache bedeutet (BVerfG NJW 2014, 3711 f.).

²⁰²⁷ Wie hier BVerwGE 146, 56 ff. (Bundesnachrichtendienst); BVerwGE 151, 348, 349 ff. (Bundesanstalt für Immobilienaufgaben); a.A. OVG Münster NJW 2014, 3387 ff. (Bundesamt für Verfassungsschutz); VG Köln ZUM-RD 2016, 271 (Bundesamt für Verfassungsschutz). Das BVerfG hat indes ausdrücklich offengelassen, ob die landesrechtlichen Pressegesetze einen Auskunftsanspruch der Presse auch gegenüber Bundesbehörden gewähren (können), BVerfG NVwZ 2016, 50, 51 (BND).

²⁰²⁸ Vgl. BVerwGE 146, 56 ff.; 151, 348, 349 ff. Offengelassen von BVerfG NVwZ 2016, 50, 51 (BND). Zum presserechtlichen Auskunftsanspruch gegen Bundesbehörden vgl. auch Schnabel, NJW 2016, 1692 ff.

²⁰²⁹ Vgl. bereits die 17. Auflage; später auch BVerfG NJW 2015, 3708, 3710.

²⁰³⁰ Vgl. Putzke/Zenthöfer, NJW 2015, 1777, 1778.

²⁰³¹ Vgl. BVerwGE 151, 348, 349 ff. (Bundesanstalt für Immobilienaufgaben). Im Bereich des Landesrechts verpflichten die Landespressegesetze die Behörden, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienenden Auskünfte zu erteilen, sofern nicht durch die Erteilung der Auskünfte schwebende Verfahren verzögert, vereitelt, erschwert oder gefährdet werden können, Vorschriften über die Geheimhaltung verletzt werden oder ein überwiegendes öffentliches oder schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde (vgl. etwa § 4 BremPresseG, § 4 NRWPresseG, § 4 HmbPresseG). Vgl. auch OVG Münster NJW 2014, 3387 (presserechtlicher Auskunftsanspruch ggü Bundesamt für Verfassungsschutz allenfalls auf dem Niveau eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Minimalstandards).

²⁰³² BVerfGE 20, 162, 176 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); BVerfGE 66, 116, 133 (Springer/Wallraff); 107, 299, 330; 117, 244, 258.

²⁰³³ BVerfGE 107, 299, 330; BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Senders).

²⁰³⁴ Vgl. dazu auch BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 f. (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders).

Pressefreiheit ist die Freiheit, die gewünschten Informationen zu beschaffen, zu bestimmen, welche Themen und Inhalte behandelt und in einem Medium (Printausgabe, Internetbeitrag, Social-Media-Kanal, Blog etc.) aufgenommen werden, sowie über die Form der Darbietung der Beiträge (Texte, Bilder, Graphiken etc.) und ihre Platzierung innerhalb des Kommunikationsmittels zu entscheiden.

471

Erfasst sind auch die pressetechnischen Hilfstätigkeiten (z.B. Druckereitigkeiten), sofern sie notwendige Bedingungen einer freien Presse sind.²⁰³⁵ Dagegen ist fraglich ist, ob auch der **Anzeigenteil** (also die Werbeanzeigen) einer Zeitung/Zeitschrift von der Pressefreiheit umfasst ist. *Gegen* eine Einbeziehung des Anzeigenteils in die Pressefreiheit spricht, dass das Element der wertenden Stellungnahme durch das veröffentlichende Presseunternehmen fast völlig hinter der sachlichen Wiedergabe zurücktritt. Das BVerfG hat den Schutz dennoch bejaht. Das Grundrecht der Pressefreiheit umfasse, wie das BVerfG entschieden habe²⁰³⁶, auch den Anzeigenteil von Presseerzeugnissen. Soweit Meinungsäußerungen Dritter, die den Schutz des Art. 5 I S. 1 GG genießen, in einem Presseerzeugnis veröffentlicht würden, schließe die Pressefreiheit diesen Schutz mit ein.²⁰³⁷ Einem Presseorgan darf also die Veröffentlichung einer fremden Meinungsäußerung nicht verboten werden, wenn dem Meinungsträger selbst seine Äußerung und Verbreitung zu gestatten sind. In diesem Umfang kann sich das Presseunternehmen auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit Dritter auch in einer gerichtlichen Auseinandersetzung berufen. Das gilt auch in einem Zivilrechtsstreit über wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche.

472

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Regelfall wird ein Presseunternehmen zivilgerichtlich auf Unterlassung der fraglichen Werbung (Beispiele: Schockwerbung; Werbung mit Inhalten, die mit Jugendschutz, den guten Sitten oder gar dem Strafrecht kollidieren) in Anspruch genommen. Der Unterlassungsanspruch stützt sich dann auf § 3 UWG. Gibt das Zivilgericht der Klage statt, kann das betroffene Presseunternehmen Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil erheben. Das BVerfG prüft dann, ob das angegriffene Urteil bei der Anwendung und Auslegung des § 3 UWG die grundsätzliche Bedeutung der Pressefreiheit beachtet hat. Vgl. dazu Rn 520.

Auch das **Chiffregeheimnis** fällt in den Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG.²⁰³⁸ Möglicherweise ist ihm aber bei einer Abwägung mit entgegengesetzten Interessen ein geringeres Gewicht beizumessen.

473

Das Grundrecht der Pressefreiheit enthält eine **Institutsgarantie** („wird ... gewährleistet“). Geschützt ist also auch die Einrichtung der Presse selbst, was eine **Staatsferne** impliziert. Presseunternehmen haben ein Recht gegen den Staat auf Beachtung des verfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne. Betreibt also der Staat (allgemeine) Presse-tätigkeit, haben die Presseunternehmen einen Anspruch auf Unterlassung.

474

Beispiel²⁰³⁹: Die Stadt S betreibt ein Internetportal („Stadtportal“), auf dem Bürgerinnen und Bürger nicht nur Sachinformationen, sondern eine Fülle von Informationen abrufen können, die den Erwerb einer Zeitung oder Zeitschrift – jedenfalls subjektiv – entbehrlich machen. Es werden in Quantität und Qualität deutlich Themen besetzt, derentwegen Zeitungen und Zeitschriften gekauft werden. Auch im Layout bedient sich S einer derart (boulevard-)pressemäßigen Illustration mit Überschriften, Zwischenüberschriften, Bildern, Zitaten und unterhaltsamem Text, dass sich der Internetauftritt insgesamt wie derjenige

²⁰³⁵ BVerfGE 77, 346, 354 (Verbot jugendgefährdender Schriften).

²⁰³⁶ Vgl. BVerfGE 21, 271, 278 f. (Südkurier); 64, 108, 114 (Zeugnisverweigerung von Presseangehörigen).

²⁰³⁷ BVerfGE 102, 347, 359; BVerfG NJW 2003, 1303, 1304. Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, JZ 2001, 302 ff.

²⁰³⁸ BVerfGE 64, 108, 115.

²⁰³⁹ Nach LG München I K&R 2021, 141 ff.

eines Presseunternehmens darstellt. Einige Presseunternehmen sind der Auffassung, diese konkrete Ausgestaltung verstoße gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne der Presse und sei (deswegen) wettbewerbswidrig.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Trotz der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 II S. 1 GG sei das Internetangebot von S in der konkret beanstandeten Form mit der Garantie des Instituts der freien Presse (Art. 5 I S. 2 GG) unvereinbar und deshalb wettbewerbswidrig.

- 475 Träger** des Grundrechts sind alle natürlichen Personen und Unternehmen (inländische juristische Personen und sonstige Vereinigungen des Privatrechts), die die Informationen beschaffen, sie aufbereiten und unter Nutzung medialer Verbreitungswege einem unbestimmten Personenkreis zugänglich machen.²⁰⁴⁰

Beispiele: Verlage, Redakteure, Journalisten, sonstige Verlagsmitarbeiter, Herausgeber, Buchhändler, Grossisten, Presseagenturen

Hilftätigkeiten ohne pressespezifischen Bezug werden hingegen nur dann erfasst, wenn sie *innerhalb* eines Presseunternehmens erbracht werden, nicht wenn sie organisatorisch verselbstständigt sind. Für Letztere stehen aber andere Grundrechte wie z.B. Art. 12 I GG zur Verfügung.²⁰⁴¹

- 476** Unbeachtlich ist, ob die Poesstätigkeit abhängig beschäftigt oder selbstständig, hauptberuflich, nebenberuflich oder ehrenamtlich ausgeübt wird, sodass auch das Betreiben eines YouTube-Kanals oder eines Blogs erfasst ist.²⁰⁴² Konsequenz ist, dass sich praktisch jeder, der ein Social-Media-Konto betreibt bzw. sich moderner Massenkommunikationsmittel bedient, auf die Pressefreiheit (sowie die Rundfunkfreiheit) berufen kann²⁰⁴³, was die Abgrenzung zur Meinungsäußerungsfreiheit schwierig macht. Zu fordern ist eine zumindest ansatzweise erkennbare journalistische Tätigkeit (Aufbereitung und nicht nur bloße Wiedergabe von Informationen; Einhaltung journalistischer Grundsätze wie z.B. „Pressekodex“), wobei freilich auch diese nicht zu eng verstanden werden darf (Rn 471).

- 477** Das Grundrecht der Pressefreiheit wird durch jede staatliche Maßnahme **beeinträchtigt**, die zu einer Unterbindung oder Behinderung der Pressefreiheit führt.

Beispiele: Verbot der Berufsausübung als Redakteur²⁰⁴⁴; Beschlagnahme von Zeitungen oder redaktionellen Unterlagen²⁰⁴⁵; Durchsuchung von Redaktionsräumen oder sonstige Beeinträchtigungen des Redaktionsgeheimnisses²⁰⁴⁶; Bezeichnung eines Verlags als „verfassungsfeindlich“ und Aufnahme desselben in den Verfassungsschutzbericht²⁰⁴⁷; Erzwingung von Aussagen über Poesstätigkeiten²⁰⁴⁸; Verhinderung des Zugangs zu einem Strafverfahren²⁰⁴⁹; Verweigerung von geltend gemachten presserechtlichen Auskunftsansprüchen²⁰⁵⁰; Verpflichtung der Presse zur Auskunft über ihre Informanten²⁰⁵¹ (Rn 469a); Verbot der Veröffentlichung von bestimmten Werbeanzeigen²⁰⁵²; Erhebung von Daten

²⁰⁴⁰ BVerfGE 20, 162, 171, 175 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 50, 234, 239 (Ausschluss eines Reporters); 66, 116, 130 (Springer/Wallraff); 80, 124, 132 (Staatliche Presseförderung); 95, 28, 34 (Werkzeitungen). Vgl. auch BGH NJW 2007, 1977 ff. und NJW 2007, 1981 ff. (Caroline und Ernst August von Hannover). Vgl. auch BVerfG NJW 2015, 3430 (Durchsuchung bei Medienorganen); VG Minden NVwZ 2023, 1604, 1606.

²⁰⁴¹ Vgl. BVerfGE 77, 346, 354 (Verbot jugendgefährdender Schriften).

²⁰⁴² VG Minden NVwZ 2023, 1604, 1606.

²⁰⁴³ Gaschke, NVwZ 2023, 1607.

²⁰⁴⁴ BVerfGE 10, 118, 121 (Behördliches Presseverbot; FDJ).

²⁰⁴⁵ BVerfGE 56, 247, 248 f. (Beschlagnahme von Bildmaterial); BVerfG NJW 2005, 965 f.

²⁰⁴⁶ BVerfGE 20, 162, 187 („Der Spiegel“); 64, 108, 115 (Zeugnisverweigerung von Presseangehörigen).

²⁰⁴⁷ BVerfG NJW 2005, 2912 („Junge Freiheit“).

²⁰⁴⁸ BVerfGE 36, 193, 204 (Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Strafverfahren).

²⁰⁴⁹ BVerfGE 50, 234, 240 f. (Ausschluss eines Reporters); 87, 334, 339 (Filmen im Gerichtssaal).

²⁰⁵⁰ Siehe nur BVerwG NVwZ 2020, 305, 306 (BND).

²⁰⁵¹ BVerfG EuGRZ 1999, 490, 493 (Verpflichtung der Presse zur Auskunft über ihre Informanten).

²⁰⁵² BVerfGE 102, 347 ff.; BVerfG NJW 2003, 1303, 1304.

über den Telefonverkehr von Presse- und Rundfunkveranstaltern²⁰⁵³; Verpflichtung zur Gegendarstellung²⁰⁵⁴; zivilgerichtliche Urteile, die im Rahmen eines Unterlassungsstreits den Grundrechtsträger daran hindern, seine Tätigkeit fortzuführen²⁰⁵⁵

Eine Brisanz liegt auch in der **Medienberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen** heraus, da hier die Pressefreiheit mit verschiedenen Verfahrensgrundsätzen sowie Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten kollidieren kann.

478

Beispiel: Die Regelung des § 169 I S. 2 GVG, wonach die Medienvertreter keine Ton- und Bildaufnahmen während der Hauptverhandlung machen dürfen²⁰⁵⁶, definiert nach Auffassung des BVerfG die Reichweite des Begriffs „allgemein zugänglich“, greift also nicht in das Grundrecht der Informationsfreiheit, sehr wohl aber in das Grundrecht der Pressefreiheit (und der Rundfunkfreiheit) ein. Mithin muss die Regelung (mit Blick auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sowie die Presse- bzw. Rundfunkfreiheit der Medienvertreter) verfassungsgemäß sein. Nach Auffassung des BVerfG fordern der Schutz des **Persönlichkeitsrechts** der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG), das rechtsstaatliche Anliegen eines **fairen Verfahrens** (Art. 20 III GG) sowie das öffentliche Interesse an der **Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege**, insbesondere an der ungestörten **Wahrheits- und Rechtsfindung**, eine Begrenzung der Öffentlichkeit auf die bloße Saalöffentlichkeit.²⁰⁵⁷ Demnach ist die Regelung des § 169 I S. 2 GVG verfassungsgemäß. Außerhalb des Regelungsbereichs des § 169 I S. 2 GVG (d.h. vor Beginn und nach Schluss einer mündlichen Verhandlung sowie in den Sitzungspausen) besteht ein gesetzliches Verbot von Film- und Fernsehaufnahmen nicht. Abweichend davon kann das Gericht für die Verkündung von Entscheidungen des BGH in besonderen Fällen Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder der Veröffentlichung ihres Inhalts zulassen (§ 169 III S. 1 GVG). Jedoch können zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beteiligten oder Dritter sowie eines ordnungsgemäßen Ablaufs des Verfahrens die Aufnahmen oder deren Übertragung teilweise untersagt oder von der Einhaltung von Auflagen abhängig gemacht werden (§ 169 III S. 2 GVG).

Vom Gericht zugelassen werden kann auch die Tonübertragung in einen Arbeitsraum für Medienberichterstatte(r) (§ 169 I S. 3 GVG). Zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beteiligten oder Dritter oder zur Wahrung eines ordnungsgemäßen Ablaufs des Verfahrens kann auch hier die Übertragung teilweise untersagt werden (§ 169 I S. 4 GVG). Jedoch ist es Medienberichterstatte(r) auch hier untersagt, Tonaufnahmen zu fertigen (siehe § 169 I S. 5 GVG).

Zur Zulässigkeit von Tonaufnahmen der Verhandlung zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken siehe § 169 II GVG.

Zur Öffentlichkeit der Urteilsverkündung vgl. § 173 GVG. Durch sitzungspolizeiliche Anordnungen des Vorsitzenden Richters (vgl. § 176 GVG) können Beschränkungen zur Aufrechterhaltung der Würde des Gerichts bzw. der Ordnung vorgenommen werden (vgl. dazu insgesamt §§ 175-177 GVG).

Die genannten sitzungspolizeilichen Verfügungen – insbesondere gegenüber Medienvertretern verhängte Beschränkungen von Ton- und Bildaufnahmen unmittelbar vor oder nach einer Verhandlung oder in den Sitzungspausen – müssen im Interesse der Wirksamkeit des materiellen Grundrechtsschutzes vom Vorsitzenden begründet werden. Die Begründung muss die für die Entscheidung maßgebenden Gründe offenlegen und dadurch

²⁰⁵³ BVerfG NJW 2003, 1787, 1788 ff. (Auskunft über Telefonverbindungsdaten).

²⁰⁵⁴ BVerfG NJW 2021, 1585, 1586; BVerfG NJW 2018, 1596 f.; BVerfG NJW 2008, 1654 ff.; vgl. dazu Rn 284d.

²⁰⁵⁵ BVerfG NJW 2006, 2836, 2837; NJW 2006, 2838; NJW 2017, 1376 f., NJW 2017 1377 f. (jeweils Kachelmann); BGH NJW 2007, 1977 ff.; NJW 2007, 1981 ff. Vgl. dazu auch Rn 276, 284 ff. und 517.

²⁰⁵⁶ Vgl. aber für Verfahren vor dem BVerfG die Sonderregelung des § 17a BVerfGG.

²⁰⁵⁷ Vgl. jeweils zur Vorgängerregelung des § 169 GVG BVerfGE 103, 44, 59 ff.; BVerfG NJW 2008, 977, 978 f.; BVerfG NJW 2009, 350, 351 f. (Holzklotz). Vgl. auch *Huff*, NJW 2001, 1622 und *Dieckmann*, NJW 2001, 2451.

für die Betroffenen erkennen lassen, dass in die Abwägung alle dafür erheblichen Umstände eingeflossen sind.²⁰⁵⁸

Auch bei einer an sich öffentlichen Verhandlung kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten, Zeugen oder durch eine rechtswidrige Tat (§ 11 I Nr. 5 StGB) Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt (§ 171b I S. 1, S. 2 GVG). Dies gilt nicht, soweit die Personen, deren Lebensbereiche betroffen sind, in der Hauptverhandlung dem Ausschluss der Öffentlichkeit widersprechen (§ 171b IV GVG). Die Öffentlichkeit ist aber in jedem Fall zwingend auszuschließen, wenn die Voraussetzungen des § 171b I S. 1 GVG vorliegen und der Ausschluss von der Person, deren Lebensbereich betroffen ist, beantragt wird (§ 171b III S. 1 GVG). Dies dürfte eine verfassungsgemäße Abwägung sein, die der Gesetzgeber getroffen hat.

- 479 Von Bedeutung ist auch die **Subventionierung von Presseunternehmen** („Presseförderung“), die etwa darin liegen kann, dass für bestimmte Presseerzeugnisse ein geringerer Umsatzsteuersatz (7% statt 19%, siehe § 12 II Nr. 1 UStG i.V.m. Nr. 49 der Anlage 2) erhoben wird oder Zuschüsse zu den Vertriebskosten gewährt werden. Eine Subventionsvergabe ist grundsätzlich ohne materielle Gesetzesgrundlage zulässig, da sie einen Teil der Leistungsverwaltung darstellt und mit ihr keine Rechtsbeeinträchtigungen verbunden sind. Vielmehr genügt ein entsprechender Posten im Haushaltsplan.²⁰⁵⁹ Etwas anderes gilt jedoch bei selektiver Förderung von Presseunternehmen, weil dadurch in aller Regel die Wettbewerbsstellung der übergangenen Presseunternehmen verschlechtert wird. Dies impliziert einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Pressefreiheit des nicht geförderten Unternehmens, was gemäß dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes eine formell-materielle Rechtsgrundlage erforderlich macht.²⁰⁶⁰ Zudem begründet das Grundrecht auf Pressefreiheit im Subventionsrecht eine staatliche **Neutralitätspflicht**, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Daraus folgt zum einen ein subjektiver Abwehranspruch des übergangenen Presseunternehmens, der darauf gerichtet ist, die Förderung des Konkurrenten abzuwehren. Zum anderen hat das übergangene Presseunternehmen einen Anspruch auf Gleichbehandlung (zu den Konkurrentenklagen vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 23 ff.).

4. Rundfunkfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG

Rundfunkfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG

I. Schutzbereich der Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit dient der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Rundfunk ist jede an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtete drahtlose oder drahtgebundene Übermittlung von Gedankeninhalten, auch über das Internet. Selbstverständlich ist auch das Fernsehen einbezogen, obwohl sich die Umgangssprache bei dem Begriff Rundfunk allein auf Hörfunk bezieht. Die Rundfunkfreiheit unterscheidet sich von der Pressefreiheit also durch den technischen Verbreitungsweg. Der Inhalt der Darbietung ist irrelevant. Geschützt ist jede Vermittlung von Information und Meinung. Auch Werbesendungen werden erfasst. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn sie der Finanzierung des Programms dienen.

Geschützt sind alle wesensmäßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten, von der Beschaffung der Informationen und der Produktion der Sendungen bis hin zu ihrer Verbreitung. Sie erstreckt sich auch auf die medienspezifischen Vorkehrungen. Geschützt sind – wie bei der Pressefreiheit – auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit, die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zu Informanten. Ledig-

²⁰⁵⁸ BVerfG NJW 2014, 3013, 3014.

²⁰⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich die Bearbeitung bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 206 ff.

²⁰⁶⁰ BVerfGE 80, 124, 134 (Staatliche Presseförderung/„Postzeitungsdienst“). Vgl. auch BVerfG NJW 2011, 1859, 1860.

lich rein telekommunikationstechnische Tätigkeiten werden nicht erfasst.

Träger des Grundrechts sind alle natürlichen und juristischen Personen sowie sonstige Vereinigungen, die eigenverantwortlich Rundfunk veranstalten und verbreiten. Dazu zählen die privaten Veranstalter ebenso wie die öffentlich-rechtlichen.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Beeinträchtigt wird die Rundfunkfreiheit durch jede Handlung des Staates, die die Rundfunkanstalten und Unternehmen in ihrer geschützten Tätigkeit behindert. Insb. die staatliche Einflussnahme auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung des Programms wird erfasst.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Vgl. die Ausführungen zur Meinungsäußerungsfreiheit.

Die Rundfunkfreiheit dient der **Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung**.²⁰⁶¹ Sie ist wie die Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit konstituierendes Element einer Demokratie.²⁰⁶² Es muss garantiert sein, dass die Meinungen aller gesellschaftlich relevanten Gruppen Berücksichtigung finden.

480

Rundfunk ist jede an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtete drahtlose oder drahtgebundene, analoge oder digitale Übermittlung von Gedankeninhalten.²⁰⁶³

481

Unter „Rundfunk“ ist nicht nur der „Hörfunk“ gemeint, sondern selbstverständlich auch das (Satelliten- und Kabel-) **Fernsehen**. Gleiches gilt für Pay-TV und interaktives Fernsehen. Auch die Übermittlung von Rundfunkinhalten über das **Internet** („Internetfernsehen“) ist erfasst. Da aber auch die Presseberichterstattung im Internet seit einiger Zeit üblich ist, unterscheidet sich die Rundfunkfreiheit von der Pressefreiheit (und damit letztlich auch von der allgemeinen Meinungsäußerungsfreiheit) somit nicht mehr konturscharf. Aufgrund der Entwicklungsoffenheit der Kommunikationsgrundrechte sind vielmehr gewisse Überschneidungen der Schutzbereiche möglich (siehe Rn 464). Letztlich kann die Frage, ob die massenkommunikative Verbreitung von Meinungsäußerungen über das Internet der Presse- oder der Rundfunkfreiheit zuzuordnen ist, aber auch dahinstehen, solange sich die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen nicht unterscheiden. Sowohl die Pressefreiheit als auch die Rundfunkfreiheit können in diesem Fall auch unter den Begriff der „**Medienfreiheit**“ gefasst werden (Differenzierungen können sich aber aus dem Medienstaatsvertrag ergeben, vgl. dazu Rn 491; zur Medienberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen vgl. Rn 478).

482

Das private Telefonat, das private Telefax und die private E-Mail sind nicht einbezogen, weil sie nicht an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet sind.²⁰⁶⁴ Aufgrund der zunehmenden Integration von Medien, Netzen und Diensten („Medienkonvergenz“) ist die Abgrenzung zur Individualkommunikation aber schwierig geworden. Ein brauchbares Abgrenzungskriterium bietet das Vorliegen einer redaktionellen Tätigkeit.

483

Geschützt sind wie bei der Pressefreiheit alle wesensmäßig mit der Berichterstattung zusammenhängenden Tätigkeiten, von „der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung“.²⁰⁶⁵ Geschützt sind – wie bei der Pressefreiheit – nicht nur der Einsatz beliebiger Mittel, auch auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit, die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis

484

²⁰⁶¹ BVerfGE 74, 297, 323 (Landesmediengesetz Baden-Württemberg); BVerfG NVwZ 2014, 867, 868 (ZDF-Staatsvertrag).

²⁰⁶² Vgl. nur BVerfGE 117, 224, 258 (Cicero).

²⁰⁶³ Vgl. grundlegend BVerfGE 12, 205, 226 ff. (Deutschland-Fernsehen).

²⁰⁶⁴ *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HdbVerfR, S. 207; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 194 f.

²⁰⁶⁵ BVerfGE 10, 118, 121 (Berufsverbot); 66, 116, 133 (Springer/Wallraff); 77, 65, 74 ff. (Beschlagnahme von Filmmaterial); 103, 44, 59 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal); BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Senders).

zu Informanten.²⁰⁶⁶ Ebenso ist die Beteiligung an privaten Rundfunkunternehmen geschützt.²⁰⁶⁷ Lediglich rein telekommunikationstechnische Tätigkeiten werden nicht erfasst.²⁰⁶⁸

- 485** Mit „Beschaffung der Information“ ist der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information gemeint. Dazu gehört auch die Informationsaufnahme an der Quelle (Beispiel: Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal während der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, dazu Rn 478). Denn erst der Zugang zur Information versetzt die Medien überhaupt in die Lage, die ihnen in der freiheitlichen Demokratie zukommende Funktion wahrzunehmen. Soweit die Medien an der Zugänglichkeit einer für jedermann geöffneten Informationsquelle teilhaben, wird der Zugang durch die Allgemeinheit der Quelle begrenzt. Insoweit reicht die Rundfunkfreiheit also nicht weiter als die Informationsfreiheit des Art. 5 I S. 1 GG, die als Abwehrrecht nur den Zugang zu allgemein zugänglichen Quellen gegen Beschränkungen sichert.
- 486** Mit „Verbreitung der Nachricht und der Meinung“ ist das Recht zur Berichterstattung durch Rundfunk gemeint. Dazu zählt die Möglichkeit, ein Ereignis den Zuhörern und Zuschauern akustisch und optisch in voller Länge oder in Ausschnitten zu übertragen.
- 487** Der **Inhalt der Darbietung** ist irrelevant. Auch die Mitteilung, wo die Polizei gerade Geschwindigkeitsmessungen vornimmt („Flitzer-Blitzer“), ist von der Rundfunkfreiheit erfasst. Werbesendungen werden jedenfalls dann erfasst, wenn sie der Finanzierung des Programms dienen. Werbesendungen sind geschützt, soweit sie der Finanzierung des Programms dienen.²⁰⁶⁹
- 488** **Träger** des Grundrechts sind alle natürlichen und inländischen juristischen Personen sowie sonstige inländische Vereinigungen, die eigenverantwortlich Rundfunk veranstalten und verbreiten.²⁰⁷⁰ Dazu zählen jedenfalls die *privaten Veranstalter*, sofern sie über eine Lizenz der Landesmedienanstalt verfügen und Rundfunkprogramme veranstalten²⁰⁷¹, so etwa RTL, SAT.1, ProSieben usw. Diese sind im Verhältnis zur jeweiligen Landesmedienanstalt grundrechtsberechtigt. Die Landesmedienanstalten wiederum sind trotz ihrer Eigenschaft als Anstalten des öffentlichen Rechts aufgrund ihrer Staatsferne im Verhältnis zum Staat grundrechtsberechtigt, aber gegenüber den Rundfunkanbietern grundrechtsverpflichtet, da sie in diesem Zusammenhang als Aufsichts- und Genehmigungsbehörden als Teil der Staatsgewalt gegenüber Dritten handeln²⁰⁷² (siehe dazu bereits Rn 72 ff.).

Auch die vom Staat unabhängigen *öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten* (ARD, ZDF, DLF usw.) sind (im Verhältnis zur staatlichen Aufsicht) grundrechtsberechtigt.²⁰⁷³ Zwar sind – wie aufgezeigt – juristische Personen des öffentlichen Rechts und sonstige Organe von öffentlich-rechtlichen Körperschaften grundsätzlich nicht grundrechtsberechtigt. Für die Rundfunkfreiheit gilt jedoch eine Ausnahme, da anderenfalls die Unabhängigkeit gegenüber dem Träger, mithin die Rundfunkfreiheit, nicht gewährleistet wäre. Gleichzeitig sind sie aber wegen Art. 1 III GG im Verhältnis zu Dritten auch Grundrechtsverpflichtete und insbesondere an den Gleichheitssatz gebunden. So haben sie z.B. bei der Vergabe von Sendezeiten für politische Parteien während des Wahlkampfes die Bedeutung der jeweiligen Partei zu beachten. Für private Veranstalter ergibt sich die Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte (zumindest des Gleichheitssatzes) über die Figur

²⁰⁶⁶ Vgl. etwa BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders).

²⁰⁶⁷ BVerfG NVwZ 2008, 658 ff. (mit Bespr. v. Reffken, NVwZ 2008, 857 ff.).

²⁰⁶⁸ BVerfGE 12, 205, 263 (Deutschland-Fernsehen).

²⁰⁶⁹ BVerfGE 74, 297, 341 f. (Landesmediengesetz Baden-Württemberg); Schemmer, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 74.

²⁰⁷⁰ BVerfGE 95, 220, 234 (Herausgabe von Sendemitschnitten); 97, 298, 310 (Private Rundfunkanbieter).

²⁰⁷¹ BVerfGE 103, 44, 59 ff. unter Berufung auf BVerfGE 95, 220, 234 und 97, 298, 310. Vgl. auch BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Senders).

²⁰⁷² BVerwG NVwZ 2019, 239, 240.

²⁰⁷³ Vgl. BVerfG NJW 2008, 977, 978 f. (ZDF); BVerfGE 103, 44, 59 ff. (n-tv).

der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.²⁰⁷⁴ Im Übrigen ist der Gewährleistungsbereich genauso weit gefasst wie derjenige der Pressefreiheit.²⁰⁷⁵

Rundfunk**teilnehmer** können sich **nicht** auf die Rundfunkfreiheit berufen, insbesondere ist eine „negative Rundfunkfreiheit“, also die Freiheit, sich dem Rundfunk zu entziehen, nicht durch Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG geschützt. In Betracht kommt aber eine Verletzung der individuellen (negativen) Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG). Vgl. dazu die dortigen Ausführungen.

Soweit der Rundfunk öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, muss gewährleistet sein, dass der Rundfunk vom Staat **unabhängig** ist.²⁰⁷⁶ Deshalb müssen die Anbieter des Rundfunks so organisiert sein, dass alle in Betracht kommenden Kräfte in ihren Organen Einfluss haben und im Gesamtprogramm zu Wort kommen können. Die Rundfunkfreiheit verlangt daher eine gesetzliche Ausgestaltung durch materielle und organisatorische Regelungen sowie durch Verfahrensregelungen, die einen freien Kommunikationsprozess gewährleisten, in denen also die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk möglichst breit und vollständig Ausdruck findet.²⁰⁷⁷ Insoweit kann man sagen, der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit stehe unter **Ausgestaltungsvorbehalt**²⁰⁷⁸, wobei der Gesetzgeber die Anforderungen an die institutionelle Ausgestaltung der Rundfunkanstalten wiederum an dem Ziel der **Vielfaltsicherung** auszurichten hat²⁰⁷⁹. Es besteht eine enge Wechselwirkung zwischen der rahmensetzenden Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine duale Rundfunkordnung und den Aufgaben, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in dieser Ordnung zukommen.²⁰⁸⁰ Die erforderliche Vielfaltsicherung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb der Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt setzt eine binnenpluralistische Struktur voraus, bei welcher der Einfluss der in Betracht kommenden Kräfte unter maßgeblicher Einbeziehung der Zivilgesellschaft intern im Rahmen von Kollegialorganen vermittelt wird.²⁰⁸¹ Das bedingt eine Begrenzung des Anteils staatlicher und staatsnaher Personen im Fernseh- und im Verwaltungsrat. Zudem dürfen Vertreter der Exekutive auf die Auswahl der staatsfernen Mitglieder keinen bestimmenden Einfluss haben; auch sind Inkompatibilitätsregelungen zu schaffen, die ihre Staatsferne in persönlicher Hinsicht gewährleisten. Die persönliche Unabhängigkeit bei der Aufgabenwahrnehmung ist dadurch zu sichern, dass die Gremienmitglieder weisungsfrei gestellt werden und nur aus wichtigem Grund abberufen werden dürfen. Zudem muss ein Mindestmaß an Transparenz über die Arbeit der Aufsichtsgremien hergestellt werden.²⁰⁸² Der damals geltende ZDF-Staatsvertrag wurde diesen Anforderungen überwiegend nicht gerecht.²⁰⁸³ Das BVerfG hatte den Ländern aufgegeben, bis zum 30.6.2015 eine Neuregelung zu treffen.²⁰⁸⁴ Die Ministerpräsidenten der Länder haben am 18.6.2015 einen neuen ZDF-Staatsvertrag unterzeichnet, der die Vorgaben des BVerfG umsetzt. Der Vertrag trat am 1.1.2016 in Kraft.

Da auch Privatrechtssubjekte Träger von Rundfunkeinrichtungen sein können (s.o.), spricht man vom sog. **Dualen System**. Auch hier verlangt die Rundfunkfreiheit eine gesetzliche Ausgestaltung, die Grundlinien der Rundfunkordnung aufzeigt und gewährleistet, dass das Gesamtangebot der Programme der bestehenden Meinungsvielfalt im

²⁰⁷⁴ BVerfGE 7, 99, 103 f.; 14, 121, 133. Vgl. auch BayVerfGH NVwZ 2006, 82 in Bezug auf die Landesmedienanstalten.

²⁰⁷⁵ BVerfGE 91, 125, 134 ff. (Fernsehaufnahme im Gerichtssaal); *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 71.

²⁰⁷⁶ BVerfGE 12, 205 ff. (Deutschlandfernsehen); BVerfG NVwZ 2014, 867, 868 (ZDF-Staatsvertrag).

²⁰⁷⁷ Vgl. dazu BVerfGE 73, 118, 153 (Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz); 83, 238, 296 (WDR Köln); BVerfG NVwZ 2014, 867, 868 (ZDF-Staatsvertrag).

²⁰⁷⁸ BVerfGE 12, 205, 262 f.; 119, 181, 214; 121, 30, 50; BVerfG NVwZ 2014, 867, 868.

²⁰⁷⁹ BVerfGE 57, 295, 320, 325; 73, 118, 152 f.; 121, 30, 51; BVerfG NVwZ 2014, 867, 868.

²⁰⁸⁰ BVerfGE 73, 118, 157 f.; 83, 238, 296 ff.; 114, 371, 387 f.; 119, 181, 217 f.; 121, 30, 51 f.; BVerfG NVwZ 2014, 867, 868.

²⁰⁸¹ BVerfGE 12, 205, 261 ff.; 83, 238, 333; BVerfG NVwZ 2014, 867, 868.

²⁰⁸² BVerfG NVwZ 2014, 867, 869.

²⁰⁸³ BVerfG NVwZ 2014, 867, 878.

²⁰⁸⁴ BVerfG NVwZ 2014, 867, 878.

Wesentlichen entspricht. Freilich ist das nicht ganz einfach, wenn man bedenkt, dass die privaten Anbieter sich vornehmlich aus Werbeeinnahmen finanzieren. Gleichwohl ist wichtig, dass das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht verhindert und eine „**Grundversorgung**“²⁰⁸⁵ gewährleistet wird. So fordert das BVerfG²⁰⁸⁶ vom Landesgesetzgeber (Rundfunkrecht ist Landesrecht, Art. 30, 70 I GG²⁰⁸⁷), dass²⁰⁸⁸

- Informationsmonopole verhindert werden,
- ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleistet ist,
- dem Grundsatz des Jugendschutzes Rechnung getragen wird,
- eine begrenzte Staatsaufsicht (durch die Länder) besteht
- und der gleiche Zugang zu Veranstaltungen privater Rundfunksendungen eröffnet wird.

491 Die Länder sind diesem Postulat dadurch nachgekommen, dass sie einen Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) geschlossen haben, der jedoch mittlerweile aufgehoben und durch einen Medienstaatsvertrag (MStV) ersetzt worden ist. So bedürfen gem. § 52 I S. 1 MStV private Rundfunkveranstalter einer Zulassung. Veranstalter von bundesweit ausgerichtetem Rundfunk (Beispiele: SAT.1, RTL, ProSieben etc.) unterliegen zudem den strengen Voraussetzungen des § 53 MStV. § 59 MStV verpflichtet die privaten Rundfunkveranstalter zu Meinungsvielfalt; bedeutsame politische, weltanschauliche und gesellschaftliche Kräfte und Gruppen müssen in den Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen; Auffassungen von Minderheiten sind zu berücksichtigen. Was die Zulässigkeit (ergänzender) Druckwerke betrifft, ist § 27 I S. 2 MStV zu beachten, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk (lediglich) programmbegleitend Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt anbieten darf. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk Druckwerke weder selbst anbieten noch durch Dritte anbieten lassen darf, wenn es sich dabei nicht um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt.²⁰⁸⁹ Zweck des Publikationsverbots programmfremder Inhalte ist die Absicherung des Konkurrenzverhältnisses der Anbieter von Druckwerken.²⁰⁹⁰ Weitere Sicherungsmechanismen (Verhinderung von Medienmonopolen) statuiert § 60 MStV. Schließlich sichert der MStV die Einhaltung der Regularien durch zahlreiche Ordnungswidrigkeitentatbestände (§ 117 MStV). Auch die Möglichkeit der Rücknahme und des Widerrufs einer Zulassung ist geregelt (§ 110 MStV). Aufsichtsbehörden der privaten Rundfunkanbieter sind die Landesmedienanstalten (dazu Rn 488).

492 Da aufgrund der primär kommerziellen Zielsetzung der privaten Veranstalter die für die demokratische Ordnung und das kulturelle Leben unerlässliche „Grundversorgung“ der Bürger mit inhaltlich ausgewogenen und umfassenden Rundfunksendungen nicht gewährleistet ist, kommt im dualen System diese Aufgabe gerade den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern zu.²⁰⁹¹ Die Gebührenfinanzierung stellt diese Aufgabe in finanzieller Hinsicht sicher.²⁰⁹²

493 **Beeinträchtigt** wird die Rundfunkfreiheit durch jede Handlung des Staates, die die Rundfunkanstalten und Unternehmen in ihren geschützten Tätigkeiten behindert. Insbe-

²⁰⁸⁵ BVerfGE 119, 181, 218 (Rundfunkgebühr II).

²⁰⁸⁶ BVerfGE 97, 228, 257 f.; 83, 238, 296 f.; 73, 118, 153 ff.; 119, 181, 218; BVerfG NJW 1998, 1627, 1629 (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen).

²⁰⁸⁷ Vgl. BVerfGE 12, 205, 209; 83, 238, 296; 92, 203, 238; 97, 228, 257 f.; BVerfG NVwZ 2008, 658, 659.

²⁰⁸⁸ Aufzählung nach *Kingreen/Poscher*, Rn 787; siehe auch *Schemmer*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 79.

²⁰⁸⁹ BGH AfP 2017, 149, 150 ff. (Unzulässigkeit der Beteiligung an der Herausgabe des Magazins „ARD-Buffer“).

²⁰⁹⁰ BGH AfP 2017, 149, 150 ff.

²⁰⁹¹ Vgl. BVerfGE 73, 118, 158 f.

²⁰⁹² BVerfGE 90, 60, 90 (Rundfunkgebühr; Staatsfreiheit des Rundfunks).

sondere wird das Grundrecht durch eine staatliche Einflussnahme auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung des Programms²⁰⁹³ beeinträchtigt.

Beispiele:

- (1) Die Regelungen im MStV über Zulassungsvoraussetzungen und Programmgestaltung stellen ebenso Eingriffe in die Rundfunkfreiheit dar wie die Verpflichtung, die Sendungen zu Zwecken der Rundfunkaufsicht aufzuzeichnen und der Landesmedienanstalt vorzulegen²⁰⁹⁴. Gleiches gilt für die Erhebung von Daten über den Telefonverkehr von Presse- und Rundfunkveranstaltern.²⁰⁹⁵
- (2) Die Durchsuchung von Redaktionsräumen bzw. von Räumen eines Rundfunksenders oder sonstige Beeinträchtigungen des Redaktionsgeheimnisses stellen ebenfalls Grundrechtseingriffe dar.²⁰⁹⁶
- (3) Demgegenüber begrenzt die Regelung des § 169 I S. 2 GVG, wonach die Medienvertreter keine Ton- und Bildaufnahmen *während der Hauptverhandlung* machen dürfen, lediglich die Reichweite des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit, weil die der Ausübung der Rundfunkfreiheit vorgelagerte Informationsbeschaffung wie die Informationsfreiheit auf „allgemein zugängliche“ Quellen begrenzt ist.²⁰⁹⁷

5. Filmfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG

Filmfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG
<p>I. Schutzbereich der Filmfreiheit Fünftes Grundrecht des Art. 5 I GG ist die Filmfreiheit. Die Filmfreiheit schützt die Herstellung und Verbreitung der Filme, u.a. die Erstellung des Drehbuchs, die Aufnahmen, die Herstellung der Kopien, die Filmeinfuhr, den Filmverleih und das Abspielen. Filme sind alle zur Darstellung durch einen Projektor geeigneten Bilderreihen, denen meistens eine Tonspur beigefügt ist und die einem bestimmten Personenkreis vorgeführt werden. Auch Videobänder, DVDs und Blu-rays fallen darunter. Auf das Kriterium der Öffentlichkeit kann aber verzichtet werden, wenn es sich bei dem Film um ein Massenmedium handelt, das an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet ist. So fallen auch Videofilme, die im privaten Bereich abgespielt werden, unter die Filmfreiheit. Ob nur Bericht erstattende Filme oder auch Spielfilme unter den Schutz der Filmfreiheit fallen, wird aufgrund des Wortlauts des Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG unterschiedlich gesehen. Selbst wenn man Spielfilme aus dem Schutzbereich herausnimmt, sind diese doch durch Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG und durch Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG geschützt.</p> <p>II. Eingriff in den Schutzbereich Beeinträchtigt wird die Filmfreiheit durch jede Form der Behinderung der geschützten Tätigkeiten. Das gilt insb. für staatliche Ge- und Verbote. Auch die Förderung von Filmen dürfte die Filmfreiheit nicht geförderter Filme beeinträchtigen, soweit diese erheblich behindert werden.</p> <p>III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vgl. die Ausführungen zur Meinungsfreiheit.</p>

Fünftes Grundrecht des Art. 5 I GG ist die Filmfreiheit. Die Bedeutung der Filmfreiheit ist allerdings gering, da für die meisten Filme auch die Kunstfreiheit in Anspruch genommen werden kann, die einen weiterreichenden Schutz bietet.

494

Filme sind alle zur Darstellung durch einen Projektor geeigneten Bilderreihen, denen meistens eine Tonspur beigefügt ist und die einem bestimmten Personenkreis vorgeführt werden.²⁰⁹⁸

495

²⁰⁹³ BVerfGE 59, 231, 258 (Freier Rundfunkmitarbeiter/WDR).

²⁰⁹⁴ BVerfGE 95, 220, 235 f.

²⁰⁹⁵ BVerfG NJW 2003, 1787, 1788 ff. (Auskunft über Telefonverbindungsdaten).

²⁰⁹⁶ BVerfGE 20, 162, 187 („Der Spiegel“); 64, 108, 115 (Zeugnisverweigerung von Presseangehörigen).

²⁰⁹⁷ BVerfGE 103, 44, 59 ff. Zu weiteren Ausschlüssen/Ausschlussmöglichkeiten vgl. §§ 170 ff. GVG sowie Rn 478/510.

²⁰⁹⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Rn 84; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn 61.

- 496 Auch Filme auf Speicherkarten, USB-Sticks, DVDs und Blu-rays fallen darunter. Auf das Kriterium der Öffentlichkeit kann aber verzichtet werden, wenn es sich bei dem Film um ein Massenmedium handelt, das an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet ist. So fallen auch Filme auf DVDs und Blu-rays, die im privaten Bereich abgespielt werden, unter die Filmfreiheit.²⁰⁹⁹ Ob nur Bericht erstattende Filme oder auch Spielfilme unter den Schutz der Filmfreiheit fallen, wird aufgrund des Wortlauts des Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG unterschiedlich gesehen.²¹⁰⁰ Selbst, wenn man Spielfilme aus dem Schutzbereich herausnimmt, sind diese doch durch Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG und durch Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG geschützt.²¹⁰¹
- 497 Die Filmfreiheit **schützt** die Herstellung und Verbreitung der Filme, u.a. die Erstellung des Drehbuchs, die Aufnahmen, die Herstellung der Kopien, die Filmeinfuhr, den Filmverleih und das Abspielen.²¹⁰² Auch die Werbung für einen Film wird geschützt.
- 498 **Träger** des Grundrechts sind alle natürlichen und inländischen juristischen Personen, aber auch alle sonstigen Personenvereinigungen, die die geschützten Tätigkeiten ausüben. Zuschauer können den Schutz nicht in Anspruch nehmen. Für sie ist die Informationsfreiheit einschlägig.
- 499 **Beeinträchtigt** wird die Filmfreiheit durch jede Form der Behinderung der geschützten Tätigkeiten. Das gilt insbesondere für staatliche Ge- oder Verbote. Auch die Förderung von Filmen dürfte die Filmfreiheit nicht geförderter Filme beeinträchtigen, soweit diese erheblich behindert werden.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen

1. Schranken der Grundrechte aus Art. 5 I GG

- 500 Die Grundrechte aus Art. 5 I GG sind nicht vorbehaltlos gewährleistet.²¹⁰³ Sie stehen in erster Linie unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 5 II GG, d.h. sie finden ihre Schranken in den *allgemeinen Gesetzen*, den *gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend* und dem *Recht der persönlichen Ehre*.²¹⁰⁴ Bedeutsam werden können auch verfassungsimmanente Schranken, die eine Abwägung widerstreitender Interessen zulassen, wenn die Schranken des Art. 5 II GG nicht greifen²¹⁰⁵, sowie die Eingriffsermächtigungen des Art. 9 II, Art. 18 und des Art. 21 II/IV GG. Ferner kommt der Gesetzesvorbehalt des Art. 17 a GG in Betracht. Eine spezielle Schranke bildet das Verbot der Vorzensur nach Art. 5 I S. 3 GG (Rn 519).

2. Die qualifizierten Gesetzesvorbehalte des Art. 5 II GG

a. Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze

- 501 Die mit Abstand ausschlaggebendste Schranke des Art. 5 II GG und damit die zentrale Grundlage zur Rechtfertigung von Eingriffen ist die der „allgemeinen Gesetze“.²¹⁰⁶

²⁰⁹⁹ So auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn 198; anders *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Art. 5 Rn 61, der privat abgespielte Filme nicht unter die Film-, sondern unter die Pressefreiheit subsumiert.

²¹⁰⁰ Für eine Begrenzung des Schutzbereichs auf berichterstattende Filme BVerwGE 1, 303, 305; für eine Ausweitung auch auf Spielfilme *Jarass*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 4 Rn 61; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 200 ff.

²¹⁰¹ BVerwGE 1, 303, 305.

²¹⁰² *Jarass*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 5 Rn 62.

²¹⁰³ Insofern lediglich klarstellend BVerfG NJW 2023, 510, 511 (Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht).

²¹⁰⁴ Geht es um eine Einschränkung des Schutzes aus Art. 10 I EMRK, greifen die Schranken aus Art. 10 II EMRK (vgl. dazu EGMR NJW 2016, 1373, 1374 f.).

²¹⁰⁵ Dies liegt offenbar der Entscheidung BVerwG NVwZ 2020, 305, 306 f. (verfassungsunmittelbarer presserechtlicher Auskunftsanspruch ggü BND) zugrunde.

²¹⁰⁶ Vgl. BVerfG NJW 2001, 507 (Presserechtlicher Schutz von „Bekennerschreiben“). Aus der Lit. vgl. etwa *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn 142.

Als „allgemeine Gesetze“ kommen sowohl förmliche Gesetze als auch Rechtsverordnungen und Satzungen in Betracht. Die für die Grundrechtsausübung relevanten Belange müssen aber stets vom förmlichen Gesetzgeber geregelt sein (Parlamentarvorbehalt). 502

Das einschränkende Gesetz muss „allgemein“ sein. Klar ist, dass damit nicht das Verbot des Einzelfallgesetzes i.S.d. Art. 19 I S. 1 GG gemeint sein kann, denn die Aussage des Art. 19 I S. 1 GG bedarf keiner Bestätigung. Vielmehr ist „allgemein“ grundrechtsspezifisch auszulegen. Früher wurden die sog. Sonderrechtstheorie und die Abwägungslehre herangezogen, die zwar speziell für die Meinungsäußerungsfreiheit entwickelt wurden, aber auch auf die anderen Grundrechte des Art. 5 I GG übertragbar sind.²¹⁰⁷ 503

- Nach der **Sonderrechtstheorie** ist ein Gesetz allgemein i.S.d. Art. 5 II GG, wenn es kein Sonderrecht für die Meinungsäußerungsfreiheit darstellt, wenn es also die Meinung nicht als solche verbietet oder beschränkt.²¹⁰⁸ 504

- Demgegenüber sind nach der **Abwägungslehre** solche Gesetze allgemein, die ein Rechtsgut schützen, das bei einer Güterabwägung mit der Meinungsäußerungsfreiheit den Vorrang genießt.²¹⁰⁹ 505

Das BVerfG hat die beiden Ansätze miteinander verzahnt. Damit sind die allgemeinen Gesetze wie folgt zu bestimmen: 506

Allgemein sind solche Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, das gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.²¹¹⁰ 507

Hinweis für die Fallbearbeitung: Durch die Formulierung „... das gegenüber der Betätigung der Meinungsäußerungsfreiheit den Vorrang hat“ macht das BVerfG das einschränkende Gesetz – um als Grundrechtsschranke in Betracht zu kommen – zugleich von dem Vorliegen seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung abhängig. Das ist aus methodischer Sicht abzulehnen, geht es doch vorliegend zunächst nur um das Vorliegen einer Grundrechtsschranke, nicht um die Abwägung (die Schranken-Schranke). Folgt man aber dem BVerfG, ist in der Fallbearbeitung eine zweistufige Prüfung ohne ausdrückliche Unterscheidung zwischen „Eingriff in den Schutzbereich“ und „Verfassungsrechtlicher Rechtfertigung“ angezeigt:

- In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob das einschränkende Gesetz gerade die Meinung (oder ein anderes Kommunikationsgrundrecht des Art. 5 I GG) als solche verbietet. Die Formulierung „allgemeine Gesetze“ verlangt eine **Meinungsneutralität** (i.S. einer Standpunktneutralität²¹¹¹) des einschränkenden Gesetzes. Meinungsneutral (i.S.v. standpunktneutral) sind zahlreiche Gesetze, etwa die polizei- und ordnungsrechtlichen Befugnisgeneralklauseln²¹¹², die beamtenrechtlichen Bestimmungen zur Achtung der Funktion (vgl. etwa § 60 II BBG)²¹¹³, nahezu alle Bestimmungen des Straf-²¹¹⁴, Strafprozess- und Strafvollzugsrechts sowie des Straßenverkehrs-, Bau- und Gewerberechts. Bei den Vorschriften des Zivilrechts sind

²¹⁰⁷ Vgl. ausführlich *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn 73 ff.

²¹⁰⁸ Vgl. *Häntzschel*, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts II, 1932, S. 651, 659 f.

²¹⁰⁹ Vgl. *Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL Band 4, 1928, S. 44, 52 f. Vgl. auch BVerfGE 7, 198, 209 (Lüth).

²¹¹⁰ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 209 (Lüth); vgl. auch BVerfGE 111, 147, 153; BVerwG JZ 2008, 1102, 1103 ff. (jeweils Versammlungsverbot); BVerfG NJW 2015, 1438, 1439 (Schockwerbung durch Rechtsanwalt).

²¹¹¹ Vgl. BVerfGE 111, 147, 155; BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff. (Wunsiedel); BVerfG NJW 2021, 297 („frecher Judenfunktionär“).

²¹¹² Vgl. dazu den Fall BVerwG NVwZ 2023, 1167 (R. *Schmidt*, VerwProzR, Rn 818).

²¹¹³ Vgl. dazu BVerfG NVwZ 2008, 416 f.

²¹¹⁴ So versteht insbesondere das BVerfG die Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB als „allgemeine Gesetze“ i.S.v. Art. 5 II Var. 1 GG (vgl. nur BVerfG NJW 2016, 2643 f. - „ACAB“; BVerfG NJW 2020, 2622, 2623), wobei dann eine gewisse Überschneidung mit dem Schutz der persönlichen Ehre (Art. 5 II Var. 3 GG – dazu unten Rn 514 f.) besteht.

insb. § 1004 I S. 2 BGB analog und § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG (jeweils Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, insb. beim Ehr- und Persönlichkeitsschutz) zu nennen.²¹¹⁵ Zur Problematik des § 130 III und IV StGB siehe Rn 510 ff. Freilich richten sich auch angeblich „standpunktneutrale“ Gesetze, z.B. §§ 22, 23 KUG, durchaus gegen bestimmte Meinungen, denn sonst käme es zu keinem Grundrechtseingriff. Daher ist dieses Kriterium wenig griffig.

- Bedeutender ist deshalb die in einem zweiten Schritt durchzuführende Rechtsgüterabwägung. Dabei ist auf die vom BVerfG diesbezüglich seinerzeit entwickelte Figur der „**Wechselwirkung**“²¹¹⁶ einzugehen. Es ist (abstrakt) danach zu fragen, ob die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit (bzw. eines anderen Kommunikationsgrundrechts) dem Schutz eines vorrangigen Rechtsguts (kollidierendes Verfassungsrecht, insb. Grundrechte Dritter) dient. Dabei muss das einschränkende Gesetz seinerseits wiederum im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 I GG ausgelegt und angewendet werden.²¹¹⁷

509 Letztlich bedeutet die Figur der Wechselwirkung (ebenso wie die „Drei-Stufen-Theorie“ bei Art. 12 I GG) nichts anderes als den Versuch einer Konkretisierung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** für die Einschränkung der Grundrechte aus Art. 5 I GG.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da die Figur der Wechselwirkung nur eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darstellt, sollte die Abwägung in gewohnter Weise vorgenommen werden: Nachdem das einschränkende allgemeine Gesetz als Grundrechtsschranke benannt und die Geeignetheit und Erforderlichkeit des Gesetzes bejaht wurden, muss in einem dritten Schritt im Rahmen einer Abwägung die Wertigkeit des Zwecks, der mit der fraglichen Regelung verfolgt werden soll, mit der Wertigkeit des Grundrechts aus Art. 5 I GG verglichen, also nach der Angemessenheit der Regelung gefragt werden.

Steht (nach entsprechender Prüfung) die Vereinbarkeit des einschränkenden Gesetzes mit Art. 5 I, II GG fest, muss sodann der konkrete Einzelakt auf seine Vereinbarkeit mit Art. 5 I, II GG überprüft werden

510 Ein besonderes Problem besteht in der Regelung des **§ 130 III StGB**. Diese Vorschrift stellt das öffentliche Billigen, Leugnen und Verharmlosen des nationalsozialistischen Völkermordes unter Strafe. Mit § 130 III StGB möchte der Gesetzgeber insbesondere die Leugnung des Holocaust (sog. „Auschwitz-Lüge“) strafrechtlich sanktionieren. Was die Vereinbarkeit des § 130 III StGB mit Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG betrifft, hat das BVerfG die Leugnung des Holocaust als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung eingeordnet und damit dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG entzogen.²¹¹⁸ Damit kann die Beantwortung der Frage, ob § 130 III StGB ein „allgemeines Gesetz“ i.S.v. Art. 5 II GG (also ein meinungsneutrales i.S.v. standpunktneutrales Gesetz) darstellt, dahinstehen. Allerdings ist fraglich, ob die Schutzbereichseröffnung auch dann versagt werden kann, wenn die Leugnung des Holocaust mit wertenden Elementen durchsetzt ist. Denn das BVerfG erachtet auch sonst bei einer Verquickung von reinen (unwahren) Tatsachenbehauptungen und Wertungen den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG für einschlägig.²¹¹⁹ Danach erschiene es konsequent, in diesem Fall wertende Äußerungen über das

²¹¹⁵ Siehe auch BVerfG NJW 2023, 510, 511.

²¹¹⁶ Zur Figur der Wechselwirkung vgl. BVerfGE 7, 198, 208 f. (Lüth); 10, 118, 121; 93, 266, 292; 107, 299, 331 f.; 124, 300, 342; BVerfG NJW 1999, 2262, 2263; NJW 1999, 2880; NVwZ 2008, 416 f.; NJW 2015, 1438, 1439; NJW 2016, 2643 f. („ACAB“).

²¹¹⁷ Siehe die Nachweise in der vorigen Fußnote. Auch der EGMR betont, dass die Schrankenregelung (des Art. 10 II EMRK) eng auszulegen sei (vgl. EGMR NJW 2016, 1373, 1374 f.).

²¹¹⁸ BVerfGE 90, 241, 249 (Judenverfolgung/„Auschwitz-Lüge“). Siehe auch BVerfG NJW-RR 2017, 1001, wo das Gericht die Meinungsäußerungsfreiheit als verletzt angesehen hat bei der strafgerichtlichen Verurteilung nach § 130 III aufgrund der Äußerung: „So seltsam es klingen mag, aber seit 1944 ist kein einziger Jude nach Auschwitz verschleppt worden“. Die Strafgerichte hätten sich nicht hinreichend mit der Mehrdeutigkeit der Äußerung auseinandergesetzt.

²¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 61, 1, 8 f. (Meinungsäußerung im Wahlkampf); 90, 1, 15 (Schulfrage des 2. Weltkriegs).

Leugnen der Judenverfolgung und des Völkermordes unter den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit zu subsumieren²¹²⁰ und sie unter Anwendung des Art. 5 II GG einer allgemeinen Güterabwägung zu unterstellen. Vorzugswürdiger erscheint es aber, dem Unwertgehalt der Äußerung bereits auf Schutzbereichsebene zu begegnen und mittels Figur der „verfassungsimmanenten Schutzbereichsbegrenzung“ bereits den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit zu verneinen.²¹²¹

Von dieser dogmatischen Schwäche des BVerfG abgesehen ist es selbstverständlich richtig, die Leugnung des Holocaust unter Strafe zu stellen²¹²².

Nach **§ 130 IV StGB** macht sich strafbar, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt. Da die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung Werturteile darstellen, ist unabhängig von deren Unsachlichkeit und Gefährlichkeit der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG eröffnet.²¹²³ Folglich stellt die Strafandrohung in § 130 IV StGB (und nicht erst die Verurteilung) einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit dar²¹²⁴, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

511

Ob aber § 130 IV StGB (wie § 130 III StGB) ein „allgemeines“, d.h. standpunktneutrales Gesetz gem. Art. 5 II GG darstellt und (daher) den Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit rechtfertigen kann, ist zweifelhaft. Denn beide Strafvorschriften verbieten bestimmte Meinungen, sind daher gerade nicht „standpunktneutral“.²¹²⁵ Insbesondere das BVerfG steht auf dem Standpunkt, dass § 130 IV StGB kein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 II GG sei. Um „allgemein“ zu sein, dürfe ein die Meinungsäußerungsfreiheit einschränkendes Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sein (Standpunktneutralität).²¹²⁶ Allerdings sei § 130 IV StGB auch als nicht-allgemeines Gesetz mit Art. 5 I GG vereinbar. Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht habe, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland sei Art. 5 I GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzten, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.²¹²⁷

511a

Mit anderen Worten heißt dies: Bei Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft macht das BVerfG vom Erfordernis der „allgemeinen“, d.h. standpunktneutralen Gesetze eine Ausnahme. § 130 IV StGB ist daher (wie § 130 III StGB) ein Gesetz i.S.d. Schrankenvorbehalts des Art. 5 II GG. Mag der Vorstoß des BVerfG dem (selbstverständlich zutreffenden) Ergebnis geschuldet sein, propagandistischen Gutheißungen der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen zu setzen, so muss dennoch berücksichtigt werden, dass auch das BVerfG nicht befugt ist, den Wortlaut des Art. 5 II GG, wo von „allgemeinen Gesetzen“ die Rede ist, zu überdehnen. § 130 IV StGB ist nun mal kein „allgemeines“ Gesetz.²¹²⁸

511b

²¹²⁰ Selbstverständlich wäre ihnen dann im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung zu begegnen.

²¹²¹ Zur Figur der verfassungsimmanenten Schutzbereichsbegrenzung siehe Rn 126 ff.

²¹²² Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, *StrafR BT I*, 23. Aufl. 2023, Rn 1035a ff.

²¹²³ BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff. (Rudolf-Heß-Gedenkkundgebung Wunsiedel).

²¹²⁴ BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff.

²¹²⁵ Vgl. auch BVerfGE 111, 147, 155; BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff.; BVerfG NJW 2021, 297 f. („frecher Judenfunktionär“).

²¹²⁶ BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff. (Rudolf-Heß-Gedenkkundgebung Wunsiedel); aufgegriffen in BVerfG NJW 2021, 297, 298 („frecher Judenfunktionär“).

²¹²⁷ BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff.; bestätigt in BVerfG NJW 2021, 297, 298 („frecher Judenfunktionär“).

²¹²⁸ Kritisch auch *Möllers*, in: *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit*, 2011, 173, 175 f.; vgl. später auch *Beyerbach*, *JA* 2015, 881, 885.

- 511c** Rechtsdogmatisch überzeugender wäre es, auch terminologisch einen Rückgriff auf die von den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten bekannte **verfassungsimmanente Einschränkung** (Einschränkung des Grundrechts bei Kollision mit Grundrechten Dritter oder anderen wichtigen Verfassungsgütern) zuzulassen.²¹²⁹ Denn sind bereits vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte (wie etwa diejenigen aus Art. 5 III GG) zugunsten anderer wichtiger Verfassungsgüter einschränkbar, muss dies erst recht für Grundrechte gelten, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehen. Fraglich wäre dann, was als wichtiges anderes Verfassungsgut in Frage kommt. Ein Schutzgut wie etwa „der öffentliche Friede“ (vgl. § 130 III, IV StGB) ist entgegen der Auffassung des BVerfG²¹³⁰ dem Grundgesetz nicht zu entnehmen. Dogmatisch möglich wäre vielmehr, auch in *diesem* Zusammenhang auf die Menschenwürde der verstorbenen Opfer des Nationalsozialismus bzw. des Holocaust sowie auf andere Güter von Verfassungsrang (Völkerrechtsfreundlichkeit; Friedlichkeit) abzustellen und auf diese Weise den Grundrechtsschutz aus Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG zu überwinden. Unter diesen Voraussetzungen wird man (wie beim von § 130 III StGB sanktionierten öffentlichen Billigen, Leugnen und Verharmlosen des nationalsozialistischen Völkermordes) sogar bereits den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG als nicht eröffnet ansehen können. Die Frage nach der „Allgemeinheit“ (i.S. einer Standpunktneutralität) des § 130 IV StGB (wie der des § 130 III StGB) stellt sich dann erst gar nicht.
- 511d** Auch hinsichtlich einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen Verwirklichung des **§ 90a StGB** (etwa Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole durch Bezeichnung der Farben der Bundesflagge als „Schwarz-Rot-Senf“; Bezeichnung des „BRD-Systems“ als „verkommen“) hat das BVerfG entschieden, dass eine Verurteilung wegen Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (etwa der Bundesflagge) nur dann verfassungsmäßig sei, wenn die strafrechtlich relevante Äußerung nicht Ausdruck einer – wenn auch staatskritischen – Meinung sei, sondern eine böswillige Schmähung darstelle. Lasse dabei der Inhalt der fraglichen Äußerung mehrere Deutungen zu, sei diejenige zuzugrunde zu legen, die von dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt sei. Verkenne das Strafgericht diese Deutungsmöglichkeit und damit die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit, verletze es mit seinem Urteil das Grundrecht aus Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG.²¹³¹ Mit ganz ähnlicher Argumentation hat das BVerfG auch die strafgerichtliche Verurteilung wegen der Bezeichnung des „BRD-Systems“ als „verkommen“ beanstandet.²¹³²
- 511e** Die Problematik bzgl. der „Allgemeinheit“ meinungsäußerungseinschränkender Gesetze stellt sich auch bei **Versammlungsverboten**, die gerade an die Kundgabe bestimmter Meinungen anknüpfen, siehe dazu Rn 655d und Rn 655e.

512

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die vorstehende Problematik hat gezeigt, dass sich die Schranken für die Rechte aus Art. 5 I GG auch aus anderen Verfassungsnormen ergeben können. Praktische Bedeutung hat dies vor allem für Gesetze, die sich gegen eine bestimmte Meinung richten und daher nicht „allgemein“ sind. Das ist – wie gesehen – z.B. bei § 130 III und IV StGB (aber wohl auch bei § 90a StGB) der Fall. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten, um Art. 5 II GG nicht leerlaufen zu lassen. Methodisch ist es geboten, zuerst die Möglichkeit des Art. 5 II GG zu prüfen. Erst wenn die fragliche Beschränkung nicht unter Art. 5 II GG subsumiert werden kann, ist die verfassungsimmanente Einschränkung in Betracht zu ziehen (Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit durch andere Güter von Verfassungsrang, insbesondere Staatsschutz).

²¹²⁹ Vgl. bereits *R. Schmidt*, Grundrechte, 10. Aufl. 2008.

²¹³⁰ BVerfG NJW 2010, 47, 48 ff.

²¹³¹ BVerfG NJW 2009, 908, 909.

²¹³² BVerfG NJW 2012, 1273 ff. mit Bespr. von *Muckel*, JA 2012, 474 ff. und *Hufen*, JuS 2012, 1145 ff.

Für Beamte kann sich kollidierendes Verfassungsrecht vor allem aus Art. 33 V GG i.V.m. der staatlichen Neutralitätspflicht ergeben.²¹³³ Greift die verfassungsimmanente Einschränkung im Ergebnis nicht (etwa im Fall des § 130 III und IV StGB, weil der „öffentliche Friede“ nicht von Verfassungsrang ist und man die Menschenwürde nicht bemühen möchte), ist die sanktionswürdige Aussage in eine reine Tatsachenbehauptung und ein Werturteil zu unterteilen. Dann kann die reine Tatsachenäußerung ohne Meinungsbezug aus dem Schutzbereich herausgenommen werden und das Werturteil kann mit Hilfe der standpunktneutralen „allgemeinen Gesetze“ sanktioniert werden.

b. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre

Die in Art. 5 II Var. 2 GG vorgesehenen **Bestimmungen zum Schutz der Jugend** sind Regelungen zur Abwehr der Jugend drohender Gefahren, wie sie vor allem von Medienprodukten ausgehen können, die Gewalttätigkeiten glorifizieren, Hass auf andere Menschen provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen.²¹³⁴ Es ist stets eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen der Forderung nach umfassendem Grundrechtsschutz und dem verfassungsrechtlich herausgehobenen Interesse an einem effektiven Jugendschutz. Wichtige Regelungen zum Schutz der Jugend enthält das Jugendschutzgesetz (JuSchG).²¹³⁵

513

Beispiele:

- (1) Ordnet die Prüfstelle (§ 14 VI JuSchG) einen zur Indizierung anstehenden Videofilm dem Bereich der Kunst i.S.v. Art. 5 III S. 1 GG zu, ist eine Abwägung der Belange des Jugendschutzes und der Belange der Kunstfreiheit mit dem Ziel eines angemessenen Ausgleichs geboten. Dabei folgt unmittelbar aus Art. 5 III S. 1 GG eine Pflicht der Bundesprüfstelle zur prinzipiell umfassenden Ermittlung der für den Jugendschutz und der für die Kunstfreiheit sprechenden Belange. Dazu gehört grundsätzlich auch die Anhörung derjenigen Personen, die an der Herstellung des „Kunstwerks“ (bei einem Videofilm typischerweise der Regisseur und möglicherweise auch der Produzent) schöpferisch und/oder unternehmerisch mitgewirkt haben.²¹³⁶
- (2) Der Jugendschutz deckt auch das auf Grundlage des § 3 Medienstaatsvertrag behördlich angeordnete Verbot des Verbreitens pornographischer Darbietungen (vgl. § 184 I Nr. 2 StGB: „Zugänglichmachen“) im Fernsehen. Die Wirksamkeit eines Ausstrahlungsverbots setzt aber nicht nur voraus, dass tatsächlich Pornographie vorliegt, sondern dass diese auch Minderjährigen „zugänglich“ gemacht wird i.S.v. § 184 I Nr. 2 StGB. Nach Auffassung des BVerwG liegt ein „Zugänglichmachen“ selbst dann vor, wenn vom Veranstalter Sicherungsvorkehrungen (etwa Verschlüsselungstechnik via Decoder mit Passwort bzw. PIN) vorgenommen wurden. Denn diese seien nicht effektiv genug, um zu verhindern, dass Minderjährige die Darbietung wahrnehmen. Hinzukommen müsse mindestens eine weitere im System angelegte effektive Vorkehrung, die es Minderjährigen regelmäßig unmöglich macht, die in Rede stehenden Filme wahrzunehmen.²¹³⁷ Leider sagt das BVerwG nicht, wie eine solche weitere Maßnahme aussehen könnte.

Der in Art. 5 II Var. 3 GG genannte **Schutz der persönlichen Ehre** ist zwar ohnehin durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) gewährleistet (vgl. dazu Rn 269), was dazu führt, dass bei einer Kollision mit der Meinungsäußerungsfrei-

514

²¹³³ BVerfGE 39, 334 (Radikale im öffentlichen Dienst).

²¹³⁴ BVerfGE 30, 336, 347 (Sonnenfreunde); 116, 5, 9 ff. (Pornographische Darbietung im Fernsehen).

²¹³⁵ Vgl. dazu (d.h. zum früheren Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit) BVerfG NJW 1991, 1471 ff. (Indizierung des pornographischen Romans "Josefine Mutzenbacher"); BVerfG NSTz 1988, 412 ff. (Vertrieb jugendgefährdender Schriften); BVerfG NJW 1986, 1241 ff. (Werbung für indizierte Videofilme); BVerfG NJW 1994, 1781 ff. (Aufnahme eines Buches in die Liste jugendgefährdender Schriften); *Beisel/Heinrich*, NJW 1996, 491 ff.

²¹³⁶ BVerwG NJW 1999, 75.

²¹³⁷ BVerfGE 116, 5, 16. Vgl. auch VG München ZUM 2003, 160.

heit grundsätzlich eine umfassende Rechtsgüterabwägung vorzunehmen ist (vgl. Rn 439 ff. und Rn 517). Durch den in Art. 5 II GG genannten Gesetzesvorbehalt ist aber ein einschränkendes Gesetz erforderlich, das sich zudem am Maßstab des Art. 5 I GG messen lassen muss. Solche Gesetze stellen in erster Linie die §§ 185 ff. StGB dar, die von der Rechtsprechung jedoch bereits als „allgemeine Gesetze“ i.S.v. Art. 5 II Var. 1 GG angesehen werden (vgl. Rn 508). Auch die §§ 823 und 1004 BGB enthalten als allgemeine Gesetze einen Schutz der Ehre, da die Ehre Bestandteil des in diesen Vorschriften geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.

Bei der Frage, ob also eine strafbare Beleidigung vorliegt, ist im Rahmen der Auslegung des Tatbestands des § 185 StGB eine umfassende Rechtsgüterabwägung der widerstreitenden Verfassungsgüter vorzunehmen, die dazu führen kann, dass eine Meinungsäußerung trotz ihres ehrwürdigen Inhalts Vorrang vor dem Ehrschutz genießt. Dabei kommt es auf sämtliche Begleitumstände an. Eine Äußerung darf niemals isoliert betrachtet werden, sondern muss immer im Rahmen der Gesamtumstände beurteilt werden, in dem sie getätigt wurde.²¹³⁸ Es ist „eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen“, vorzunehmen.²¹³⁹ Geht es um Kritik an Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass es zum Kernbereich der Meinungsfreiheit gehöre, sich kritisch über den Staat und seine Organe äußern zu dürfen. Kritik ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen müsse möglich sein, weshalb das Gewicht solcher Kritik besonders hoch zu veranschlagen sei. Das gelte auch für sogar polemische und überspitzte Kritik auch an einzelnen Repräsentanten des Staates (wie z.B. Politikern, Richtern, Staatsanwälten, Polizisten etc.).²¹⁴⁰

So ist zum **Beispiel** eine Verurteilung wegen Beleidigung aufgrund der Äußerung, der Staatsanwalt sei „ein selten dämlicher Staatsanwalt, der nicht lesen und schreiben kann“, als verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt angesehen worden.²¹⁴¹ Die Meinungsfreiheit enthalte das Recht der Bürger, von ihnen als verantwortlich angesehene Amtsträger in anklagender und personalisierter Weise für deren Art und Weise der Machtausübung anzugreifen zu können, ohne befürchten zu müssen, dass die personenbezogenen Elemente solcher Äußerungen aus diesem Kontext herausgelöst würden und Grundlage für einschneidende gerichtliche Sanktionen bildeten. Relevant sei dabei auch, ob die konkrete Verbreitung und Wirkung der Äußerung überschaubar sei. Falle sie einmalig und in einem Schreiben an den Dienstvorgesetzten, sei der Kreis der Personen, die von der Äußerung Kenntnis nähmen, als überschaubar anzusehen.²¹⁴² Lediglich für den Fall, dass die Äußerung die betroffene Person über ihre Amtsführung hinaus in ihrer persönlichen Sphäre schwerwiegend herabwürdigende, könne die Abwägung zugunsten des Persönlichkeitsrechts ausfallen.²¹⁴³

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch darf die mitunter überaus meinungsäußerungsfreundliche Rechtsprechung nicht als „Freibrief“ für diffamierende Äußerungen (auch nicht gegenüber Repräsentanten des Staates) verstanden werden. Zu begrüßen ist es daher, dass das BVerfG eine strafgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung für den Fall des „ostentativen“ und „nachgerade paradiierenden“ Zur-Schau-Stellens eines mit „A. C. A. B.“ bedruckten Stoffbeutels vor Polizeikräften und des Tragens eines Kleidungsstücks mit dem Aufdruck „FCK BFE“ vor Polizeikräften nicht als Verletzung des Art. 5 I GG angesehen hat²¹⁴⁴

²¹³⁸ BVerfG NJW 2016, 2643 f. („ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung). Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, StraFR BT I, 23. Aufl. 2023, Rn 934 ff.

²¹³⁹ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen).

²¹⁴⁰ Siehe etwa BVerfG NJW 2017, 2606 (Bezeichnung eines Gerichts u.a. als „Musikantenstadt“ keine Beleidigung); BVerfG NJW 2017, 1460 f. (Bezeichnung eines Politikers als „Obergauleiter“ keine Schmähkritik); BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“ keine Beleidigung); BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19 („FCK BFE“) sowie die (weiteren) Beispiele bei Rn 429.

²¹⁴¹ BVerfG NSTZ 2022, 734.

²¹⁴² BVerfG NSTZ 2022, 734, 736.

²¹⁴³ BVerfG NSTZ 2022, 734, 736.

²¹⁴⁴ BVerfG NJW 2017, 2607; BVerfG 8.12.2020 – 1 BvR 842/19 („FCK BFE“).

(siehe dazu Rn 440a sowie allgemein die Ausführungen bei Rn 439 ff., insbesondere dazu, inwieweit beleidigende Äußerungen und Schmähungen bereits aus dem Schutzbereich herauszuhalten sind). Richtig ist es auch, wenn die Bezeichnung eines Polizeibeamten als „Spinner“ und/oder „Spasti“ als strafbare Beleidigung angesehen wird.²¹⁴⁵ Daran ändert auch die allgemeine Auffassung nichts, dass Äußerungen stets im Lichte der Gesamtumstände zu beurteilen sind und Staatsorgane eher überspitzte und polemische Kritik hinnehmen müssen als Privatpersonen.

Im Prinzip dasselbe gilt hinsichtlich der Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Dritte, gegen die der Grundrechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Unterlassung oder Widerruf begehrt. Auch hier ist stets eine Abwägung der widerstreitenden Interessen (Art. 5 I GG auf der einen Seite, Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG auf der anderen Seite) vorzunehmen²¹⁴⁶, vgl. dazu näher Rn 517.

515

3. Sonstige Grundrechtsschranken

Als Grundrechtsschranke ferner zu nennen ist **Art. 17a GG**, der Einschränkungen der Meinungsfreiheit gegenüber Wehr- und Ersatzdienstleistenden durch einfaches Gesetz ermöglicht. Zweck der Regelung ist es, die Funktionstüchtigkeit der Bundeswehr aufrechtzuerhalten und der Loyalitätspflicht des Bediensteten gegenüber dem Staat Ausdruck zu verleihen. **Art. 9 II, 18 und 21 II GG** sind besondere Staatsschutzbestimmungen. Sie sind zwar nicht speziell auf Art. 5 I GG bezogen, haben für Art. 5 I GG aber eine besondere Bedeutung. Individuelle wie kollektive politische Meinungsäußerungen, Partei- und Vereinigungszeitungen, -plakate, -embleme können insoweit einem Sonderrecht unterworfen werden, wie dies durch die Art. 9 II, 18 und 21 II GG vorgesehen ist.

516

4. Insbesondere: Grundrechtskollision

Den sowohl in der Praxis als auch im juristischen Studium am häufigsten anzutreffenden Fall stellt die Kollision von Grundrechten verschiedener Grundrechtsträger dar.²¹⁴⁷ Dabei gilt es, die kollidierenden Grundrechte i.S. einer praktischen Konkordanz²¹⁴⁸ gegeneinander abzuwägen. Man stelle sich nur den Fall vor, dass eine Sozialarbeiterin einer Justizvollzugsanstalt durch einen in Sicherungsverwahrung Untergebrachten, der sich über eine Störung bei der Taschengeldauszahlung aufgeregt hatte, als „Trulla“ bezeichnet wird.²¹⁴⁹ Auch wenn jemand während einer betriebsverfassungsrechtlichen Gremiumssitzung im Rahmen einer Auseinandersetzung über den Umgang mit einem EDV-System gegenüber einem dunkelhäutigen Gremiumsmitglied die Äußerung „Ugah, Ugah“ tätigt²¹⁵⁰, ist offenkundig, dass widerstreitende Interessen (Meinungsäußerungsfreiheit des Äußernden auf der einen Seite; allgemeines Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen auf der anderen Seite) grundsätzlich gegeneinander und untereinander abgewogen werden müssen, wobei das BVerfG für den Fall, dass die Äußerung als Schmähung, Formalbeleidigung oder als verbaler Angriff auf die Menschenwürde einzustufen ist, eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen, für verzichtbar hält.²¹⁵¹ Jenseits der genannten Fallgruppen *Schmähung*, *Formalbeleidigung* und *verbaler Angriff auf die Menschenwürde* ist aber eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen. Ausgangspunkt dabei ist zunächst, dass die ehrwürdige Aussage (gerade, wenn ein politi-

517

²¹⁴⁵ OLG Hamm 11.9.2018 – 1 RVs 58/18.

²¹⁴⁶ Siehe etwa BVerfG NJW 2016, 3362, 3363 (Nennung des Namens des Schuldners auf einem Internetbewertungsportal und Hinweis auf dessen schleppende Zahlungsmoral seien vom Betroffenen zu dulden, da dadurch kein unverhältnismäßiger Verlust an sozialer Achtung drohe).

²¹⁴⁷ Siehe bereits die 20. Aufl. 2016. Mittlerweile spricht auch die übrige Ausbildungsliteratur von einem „Klassiker in der Klausurbearbeitung“ (*Mäsch*, JuS 2018, 72).

²¹⁴⁸ Vgl. dazu Rn 162.

²¹⁴⁹ BVerfG NJW 2021, 148 ff. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“ keine Schmähkritik).

²¹⁵⁰ BVerfG NZA 2020, 1704 ff. (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen).

²¹⁵¹ BVerfG NZA 2020, 1704, 1705.

scher oder gesellschaftlicher Hintergrund aufgegriffen wird) grds. nicht wörtlich verstanden werden darf, sondern nach ihrem Bedeutungsgehalt interpretiert werden muss. Zudem darf sie auch nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss stets im Gesamtzusammenhang gesehen werden, in dem die Äußerung getätigt wurde.²¹⁵² Es sind **sämtliche Begleitumstände** der Äußerung wie deren Anlass und Kontext, in dem sie getätigt wurde, zu berücksichtigen.²¹⁵³ Erforderlich ist eine **umfassende Auseinandersetzung** mit den **konkreten Umständen**; dabei sind i.d.R. Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten zu berücksichtigen.²¹⁵⁴

Beispiele:

- (1) Bezeichnet eine Rechtsanwältin auf ihrer Internetseite den Anwalt der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“²¹⁵⁵, ist damit unbestreitbar eine abfällige Wirkung verbunden. Der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG ist daher auf der Basis der Rechtsprechung des BVerfG selbst dann eröffnet, wenn man in dieser Äußerung eine Schmähkritik sieht. Und verneint man mit dem BVerfG Schmähkritik, sind die widerstreitenden Interessen (Meinungsäußerungsfreiheit der Anwältin auf der einen Seite; allgemeines Persönlichkeitsrecht und Berufsfreiheit des Anwalts auf der anderen Seite) gegeneinander abzuwägen – dazu unten Rn 517e.
- (2) Nichts anderes gilt für den Fall, dass einer (ehemaligen) Richterin von einer Journalistin öffentlich „obskure Beziehungen zur Verbrecherwelt“ nachgesagt werden. Auch hier sind widerstreitende Interessen (Pressefreiheit der Journalistin sowie Informationsinteresse der Bevölkerung auf der einen Seite; allgemeines Persönlichkeitsrecht der betroffenen Richterin auf der anderen Seite) gegeneinander abzuwägen.²¹⁵⁶
- (3) Von nicht minder großer Grundrechtsrelevanz sind Bewertungen auf sog. Bewertungsportalen im Internet.²¹⁵⁷
- (4) Und auch die von der Versammlungsbehörde angeordnete zeitliche und örtliche Beschränkung der Durchführung der Versammlung einer Bürgerinitiative zum Thema **„Lebensrecht ungeborener Kinder“** gegenüber dem Eingang zu einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz muss – um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein – rechtsfehlerfrei die Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG), die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG) und die Glaubensfreiheit (Art. 4 I, II GG) der Versammlungsteilnehmer mit dem widerstreitenden Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) der die Beratungsstelle aufsuchenden Schwangeren abwägen.²¹⁵⁸

517a Auch wenn von einer Äußerung (gleichgültig, ob sie ein Werturteil oder eine Tatsachenbehauptung darstellt) eine **Prangerwirkung** ausgeht (dazu Rn 517f), sind die genannten gegenläufigen Grundrechtspositionen miteinander und gegeneinander abzuwägen. Denn die Anprangerung kann sich bei demjenigen, der angeprangert wird, abträglich auf die Ehre und/oder (vernichtend) auf das Ansehen auswirken, insbesondere, wenn die Anprangerung im Internet erfolgt und womöglich dauerhaft dort verbleibt.

²¹⁵² Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2643 f. („ACAB“, was für „all cops are bastards“ steht, nicht ohne weiteres Beleidigung); BVerfG NJW 2015, 2022 f. („FCK CPS“, was für „Fuck Cops“ steht); BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“).

²¹⁵³ BVerfG NJW 2005, 3274; BVerfG GRUR 2008, 81; BVerfG NVwZ-RR 2008, 330; BVerfG DVBI 2009, 243, 244 f.; BVerfG NJW 2013, 3021, 3022; BVerfG NJW 2016, 2870 f.

²¹⁵⁴ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706 (mit Verweis u.a. auf BVerfG NJW 2020, 2622, 2623).

²¹⁵⁵ Siehe BVerfG NJW 2024, 745 f.

²¹⁵⁶ Vgl. den Fall EGMR NJW 2016, 1373, 1374 (Verleumdung einer ehemaligen Richterin durch Journalistin), wo der EGMR zudem betont, dass die Äußerung dem Schutzbereich des Art. 10 I EMRK unterfalle und die Schrankenregelung des Art. 10 II EMRK eng auszulegen sei. Da die Behauptung allerdings nicht auf bewiesenen Tatsachen beruhte und die Journalistin zudem weder genau noch sorgfältig recherchierte, überwog das Persönlichkeitsrecht der Richterin. Zur Verdachtsberichterstattung vgl. auch Rn 517h.

²¹⁵⁷ Vgl. dazu näher die Voraufgabe Rn 517c, 517f.

²¹⁵⁸ BVerfG NVwZ 2023, 1427, 1429 (dazu Rn 268/275/281/282/283 Bsp 14).

Ausgangspunkt derartiger Streitfälle ist dann oft ein **Zivilprozess**, bei dem sich die von der fraglichen Behauptung oder Darstellung betroffene Person um Unterlassung, Widerruf und/oder Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. der Berufs- und/oder Eigentumsfreiheit bemüht.²¹⁵⁹ Zwar kann der Klagegegner als Privatperson unmittelbar keine Grundrechte verletzen, weil Private nicht Grundrechtsadressaten sind, jedoch kann eine Privatperson gegen einfachgesetzliche Bestimmungen²¹⁶⁰ verstoßen, die auch und gerade dem Grundrechtsschutz zu dienen bestimmt sind.²¹⁶¹ Das Gericht, das über diesen Rechtsverstoß zu entscheiden hat, muss dann im Rahmen der Auslegung der streitentscheidenden einfachgesetzlichen Normen i.d.R. eine Abwägung zwischen den Grundrechten des Klägers einerseits und den Grundrechten des Beklagten andererseits vornehmen. Sofern kein Vergleich geschlossen, sondern vom Gericht ein Urteil gesprochen wird, ergeht dieses zu Lasten mindestens einer Prozesspartei und greift damit in Grundrechte ein. Dieses **zivilgerichtliche Urteil** ist es dann, das als **staatlicher Akt in Grundrechte eingreift** und wegen (möglicher) Verletzung von Grundrechten nach Erschöpfung des Rechtswegs vor dem BVerfG im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde angegriffen werden kann. Das BVerfG prüft sodann, ob das Fachgericht bei der Anwendung und Auslegung des Privatrechts die Bedeutung eines der widerstreitenden Grundrechte verkannt, ob es also **spezifisches Verfassungsrecht verletzt** hat; es überprüft, ob das Fachgericht eine **rechtsfehlerfreie Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechtsgütern** vorgenommen hat.²¹⁶² Diese Abwägung ist nach der hier vertretenen Auffassung folgendermaßen vorzunehmen: Zunächst ist eine abstrakte, d.h. eine vom zu entscheidenden Fall unabhängige Bewertung der widerstreitenden Rechtsgüter vorzunehmen. Ist z.B. das eine Grundrecht einfacher einzuschränken als das andere (Beispiel: Art. 5 I GG gegenüber Art. 4 I GG), besitzt es bei der Abwägung grundsätzlich ein geringeres Gewicht. Entscheidend ist aber letztlich der konkrete Einzelfall. Es ist zu untersuchen, bei welchem Grundrecht der Eingriff schwerer wiegt. Dabei ist die Unterscheidung zwischen Peripherie und Kernbereich nützlich: Ist bei dem – abstrakt gesehen – „höherwertigen“ Grundrecht lediglich der Randbereich betroffen, bei dem – abstrakt gesehen – „geringerwertigen“ Grundrecht dagegen in den Kernbereich eingegriffen worden, ist es i.d.R. nicht zu beanstanden, wenn die konkrete Bewertung für den Vorrang des an sich „geringerwertigen“ Grundrechts ausfällt. Im Übrigen sollten folgende, von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsätze (freilich unter Beachtung der soeben genannten abstrakten Prinzipien) genügend Hilfestellung für die Fallbearbeitung bieten:

- Eine Regelvermutung für den Vorrang eines der widerstreitenden Rechtsgüter besteht nicht.²¹⁶³ Als grobe Richtschnur gilt aber, dass bei **Werturteilen** die Meinungsäußerungsfreiheit i.d.R. hinter den allgemeinen Persönlichkeitsschutz zurücktritt, wenn es sich bei der Äußerung um eine *Schmähung*, *Formalbeleidigung* oder einen *verbalen Angriff*

517b

517c

²¹⁵⁹ Vgl. etwa BGH MDR 2017, 879, 880 (Berichterstattung über Liebesbeziehung). Auch im Rahmen eines **Strafverfahrens** (Anklage wegen Beleidigung) ist eine entsprechende Prüfung der Grundrechtskollision erforderlich (vgl. BVerfG NJW 2016, 2643 f. – „ACAB“ nicht ohne weiteres Beleidigung); BVerfG NJW 2016, 2870 f. (Bezeichnung einer Staatsanwältin als „widerwärtig, boshaft, dümmlich und geisteskrank“).

²¹⁶⁰ In Betracht kommen insb. § 1004 BGB oder § 823 I BGB, in denen das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schutzgut bzw. als Rahmenrecht einfachgesetzliche Ausgestaltung erfahren hat und Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche begründen kann; in Betracht kommt aber auch ein Verstoß gegen §§ 22, 23 KUG, sofern es um die Veröffentlichung von Bildern geht. Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2016, 761, 762 f.; BGH NJW 2021, 1303 ff. und BGH NJW 2021, 1311 ff.

²¹⁶¹ Zur Grundrechtsgeltung zwischen Privaten vgl. Rn 105 ff., aber auch Rn 197a, 197b und insb. 276 ff., 284 ff.

²¹⁶² Vgl. BVerfG NJW 2024, 745, 746 (Bezeichnung des Anwalts der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“); BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 (Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung; „Doping in der DDR“); NJW 2016, 3362 f. (Nennung des Namens des Schuldners auf einem Internetbewertungsportal und Hinweisen auf dessen schleppende Zahlungsmoral); NJW 2015, 1506, 1507 ff. (dazu Rn 281a); NJW 2014, 764, 765 (Bezeichnung einer Frau als „durchgeknallt“); NJW 2012, 3712, 3713 (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsextrem“); NJW 2012, 1500, 1501 f. (identifizierende Wortberichterstattung); NJW 2012, 756 f. (Caroline von Hannover); allesamt zurückgehend auf BVerfGE 7, 198, 206 ff. (Lüth); 18, 85, 92 f. (spezifisches Verfassungsrecht). Vgl. dazu auch Rn 276 ff./284 ff.

²¹⁶³ So ausdrücklich nunmehr (aufgrund des Einflusses der Rspr. des EGMR) auch BVerfG NJW 2012, 1500, 1501 f. (identifizierende Wortberichterstattung); BVerfG NJW 2013, 217, 218; BVerfG NJW 2020, 2622, 2623. Vgl. auch BGH NJW 2014, 768; BGH NJW 2016, 1584, 1585. Zur EMRK und zum EGMR siehe Rn 4d ff.

auf die Menschenwürde handelt²¹⁶⁴ oder von ihr eine Prangerwirkung ausgeht²¹⁶⁵ oder mit ihr eine schwerwiegende Persönlichkeitsbeeinträchtigung verbunden ist. Bei einer von Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG geschützten (politischen) Satire²¹⁶⁶ oder bei öffentlich geführtem Meinungskampf (etwa in einem Internetforum) unter Beteiligung des Betroffenen ist das BVerfG bei der Annahme einer Prangerwirkung bzw. Persönlichkeitsverletzung indes sehr zurückhaltend. Wer sich der Öffentlichkeit präsentiere, müsse eher scharfe und unsachliche Kritik hinnehmen als jemand, der sich nicht der Öffentlichkeit aussetze.²¹⁶⁷ Auch wenn der Äußernde keine eigennützigen bzw. wirtschaftlichen Ziele verfolgt, sondern die Aussage im Rahmen eines gesellschaftlichen Anliegens (etwa Verbraucherschutz; Umweltschutz) vorgenommen oder mit ihr einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung geleistet hat²¹⁶⁸, nehmen das BVerfG und der BGH einen grundsätzlichen Vorrang der Meinungsäußerung gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bzw. der Berufsausübungsfreiheit an.²¹⁶⁹

Die in einem Internetforum (z.B. **www.spickmich.de** oder **www.meinprof.de**) von Schülern bzw. Studenten (anonym oder pseudonym) abgegebenen Bewertungen hinsichtlich ihrer Lehrer bzw. Professoren (vgl. bereits Rn 429, 433) stellen auf Eigenschaften der Lehrer bzw. Professoren ab, die sich jedenfalls auch im schulischen bzw. universitären Wirkungskreis spiegeln, und sind nach der Rspr. grds. von Art. 5 I GG gedeckt.²¹⁷⁰ Zivilrechtliche Lösungs-, Unterlassungs- bzw. Widerrufsklagen sind grds. unbegründet. Lediglich, wenn die Aussagen eine Schmähung oder eine Anprangerung darstellen oder den nach der Rechtsprechung des BVerfG unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (d.h. die Intim- oder Vertraulichkeitssphäre)²¹⁷¹ betreffen, ist eine Verbreitung unzulässig und eine Klage wäre begründet.²¹⁷² Dasselbe muss man annehmen für den Fall, dass negative Bewertungen nur deshalb abgegeben werden, um sich am Lehrer wegen schlechter Notenvergabe zu rächen, oder aus allgemeinem Frust heraus.

Die gleichen Maßstäbe gelten auch bei **Rechtsanwalts-** bzw. **Arzt- oder Klinikbewertungen** auf **Internetbewertungsportalen**. Der BGH hat (hinsichtlich Arztbewertungen) entschieden, dass diese in aller Regel lediglich die Sozialsphäre betreffen. Im Bereich der Sozialsphäre müsse sich der Einzelne wegen der Wirkungen, die seine Tätigkeit hier für andere habe, von vornherein auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breite Öffentlichkeit und auch auf Kritik an seinen Leistungen einstellen.²¹⁷³ Dass Bewertungen zudem **anonym** (ergänze: oder pseudonym) abgegeben werden können, ändere nichts an dem grundsätzlichen Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit. Denn die Möglichkeit zur anonymen Nutzung sei (wegen § 19 II TTDSG) dem Internet immanent.²¹⁷⁴ Letztlich ist diese Argumentation rechtsmethodisch angreifbar. Zwar ist es richtig, dass § 19 II TTDSG grds. das Recht auf Anonymität der Internetnutzer gewährt, bei der Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechten ist aber *verfassungsrechtlich* zu argumentieren. Hinzu kommt, dass die (anonym oder pseudonym abgegebene) Bewertung praktisch dauerhaft im Internet verbleibt, was bei der verfassungsrechtlichen Abwägung

²¹⁶⁴ Siehe aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2020, 2629, 2630 (unwahre Behauptung über das Bestehen eines psychiatrischen Gutachtens); BVerfG NJW 2020, 2622, 2624 (Bezeichnung von Richtern u.a. als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“, die Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien); BVerfG NJW 2021, 148, 149 f. (Bezeichnung einer JVA-Mitarbeiterin als „Trulla“), BVerfG NZA 2020, 1704, 1705 f. (Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen); BVerfG 17.3.2021 – 2 BvR 194/20 Rn 44 (Brief in JVA) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 439.

²¹⁶⁵ BVerfG NJW-RR 2008, 200 (Junge Union vs. Scientology). Zur Anprangerung vgl. auch BVerfG NJW 2010, 1587 (Veröffentlichung eines nicht zur Veröffentlichung bestimmten Briefs).

²¹⁶⁶ Zur Begründung, warum hier neben Art. 5 I GG auch Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG einschlägig ist, vgl. Rn 538a.

²¹⁶⁷ Vgl. BVerfG NJW 2012, 3712, 3713 (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsextrem“ – dazu bereits Rn 440, aber auch Rn 517f.); BVerfG NJW 2002, 3767 f. mit Bespr. v. *Hufen*, JuS 2003, 608 f.

²¹⁶⁸ Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 761, 762 f. (Kachelmann).

²¹⁶⁹ BVerfG NVwZ 2016, 761, 762 f. (Kachelmann); NJW-RR 2008, 200 (Junge Union vs. Scientology); BVerfGE 7, 198, 212 (Lüth); 93, 266, 294 („Soldaten sind Mörder“); BGH NJW 2017, 2029, 2030 ff. (klinikbewertungen.de); NJW 2008, 2110, 2111 („Gen-Milch“).

²¹⁷⁰ Vgl. OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff.

²¹⁷¹ Zur Sphärentheorie vgl. Rn 279.

²¹⁷² Vgl. dazu auch OLG Dresden K&R 2015, 412, 413 ff.; BGH NJW 2012, 2345 f.; NJW 2012, 148.

²¹⁷³ BGH NJW 2015, 489, 493. Vgl. auch BGH NJW 2018, 1884, 1885 ff. und AG München 11.8.2015 – 161 C 7001/15.

²¹⁷⁴ BGH NJW 2015, 489, 493 (jameda.de 1).

ebenfalls mit einfließen muss. Immerhin sieht der BGH in einem späteren Urteil durchaus die Missbrauchsgefahr, die mit der Möglichkeit der anonymen oder pseudonymen Bewertung verbunden ist.²¹⁷⁵

- Auch bei **wahren Tatsachenbehauptungen** (mit Meinungsbildungscharakter) hat das BVerfG entschieden, dass eine Regelvermutung für den Vorrang eines der widerstreitenden Rechtsgüter nicht bestehe.²¹⁷⁶ Daher ist auch hier eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen, ohne dass ein Präjudiz bestünde. In einigen Fällen hat das BVerfG aber entschieden, dass grds. die Meinungsäußerungsfreiheit vorgehe; wahre Aussagen müssten i.d.R. hingenommen werden, auch wenn sie nachteilig für den Betroffenen seien.²¹⁷⁷ Lediglich, wenn die Aussagen die **Intim- oder Vertraulichkeitssphäre**²¹⁷⁸ betreffen oder eine **Anprangerung** bzw. Stigmatisierung darstellen, sei eine Verbreitung auch hier unzulässig, da hier kaum ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestehe.²¹⁷⁹ Geht es indes um den Bereich des sozialen Lebens (die Sozialsphäre), können eine Berichterstattung oder eine Bewertung auf einem Internetbewertungsportal eher zulässig sein, wenn ein berechtigtes öffentliches Interesse an der Berichterstattung bzw. der Äußerung besteht. Die Meinungsäußerungsfreiheit tritt aber auch hier zurück, wenn eine wahre Äußerung einen besonderen „Persönlichkeitsschaden“ anzurichten droht.²¹⁸⁰
- Bei **ehrrührigen Äußerungen**, die nicht als Schmähung, Formalbeleidigung oder als verbaler Angriff auf die Menschenwürde eingestuft wurden, ist eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen. Gerade in Bezug auf Schmähkritik ist das BVerfG bei der Annahme einer solchen äußerst zurückhaltend, was zur Notwendigkeit einer umfassenden Güterabwägung führt. Ausgangspunkt dabei ist zunächst, dass die ehrrührige Aussage (gerade, wenn ein politischer oder gesellschaftlicher Hintergrund aufgegriffen wird) grds. nicht wörtlich verstanden werden darf, sondern nach ihrem Bedeutungsgehalt interpretiert werden muss. Zudem darf sie auch nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss stets im Gesamtzusammenhang gesehen werden, in dem die Äußerung getätigt wurde.²¹⁸¹ Es sind sämtliche Begleitumstände der Äußerung wie deren Anlass und Kontext, in dem sie getätigt wurde, zu berücksichtigen; erforderlich ist eine umfassende Auseinandersetzung mit den konkreten Umständen; dabei sind i.d.R. Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten zu berücksichtigen.²¹⁸²

517d

517e

So hatte das BVerfG über eine Verfassungsbeschwerde einer Rechtsanwältin zu entscheiden, die sich gegen ihre im Wege der einstweiligen Verfügung ergangene Verurteilung wandte, es zu unterlassen, auf ihrer Internetseite „(...)“ über die Inhalte der nichtöffentlichen Sitzung eines Familiengerichts zu berichten, für die sie als Verfahrensbeistand zugelassen worden war, und einen darin auftretenden Rechtsanwalt – den Verfügungskläger des Ausgangsverfahrens – als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ zu bezeichnen. Unabhängig davon, dass das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hat, da sie nicht dem Grundsatz der Subsidiarität genüge, hat es die Fachgerichte gerügt, diese hätten die Annahme der Beleidigung allein darauf gestützt, die Bezeichnungen „fetter Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ seien „ein Werturteil, welches ehrverletzenden Charakter“ habe und den Verfügungskläger des Ausgangsverfahrens in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletze. Damit ließen die Ausgangsgerichte jede

²¹⁷⁵ BGH NJW 2016, 2106, 2107 f. (Prüfungsaufwand des Providers bei Ärztebewertungen).

²¹⁷⁶ BVerfG NJW 2012, 1500 ff. (identifizierende Wortberichterstattung); vgl. auch *Muckel*, JA 2012, 399 f.

²¹⁷⁷ BVerfG NJW 2013, 217, 218; NJW 2003, 1109, 1110; BVerfGE 99, 185, 196; 97, 391, 404 f.; BGH MDR 2013, 151, 152.

²¹⁷⁸ Zur Sphärentheorie vgl. Rn 279. Siehe auch BGH MDR 2017, 879, 880 (Berichterstattung über Liebesbeziehung).

²¹⁷⁹ BVerfGE 34, 269, 281 ff. (Schadensersatz bei schweren Verletzungen des allg. Persönlichkeitsrechts); 97, 391, 404 f. (Missbrauchsbezeichnung); 99, 185, 197 (Behauptung einer Scientology-Mitgliedschaft). Vgl. auch BVerfGE 119, 1, 29 ff.; BVerfG NJW 2010, 1587 f.; BGH MDR 2013, 151, 152 (dazu oben Rn 284f). Siehe auch OVG Münster NVwZ 2018, 742, 746 f. zu einem Fahrerbewertungsportal im Internet.

²¹⁸⁰ Vgl. aus jüngerer Zeit etwa BVerfG NJW 2016, 3362 f. (Nennung des Namens des Schuldners auf einem Internetbewertungsportal und Hinweis auf dessen schleppende Zahlungsmoral seien vom Betroffenen zu dulden, da dadurch kein unverhältnismäßiger Verlust an sozialer Achtung drohe). Vgl. dazu auch Rn 284 ff.

²¹⁸¹ Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2643 f.; BVerfG NJW 2015, 2022 f.; BVerfG NJW 2016, 2870 f.

²¹⁸² BVerfG NZA 2020, 1704, 1706 – mit Verweis u.a. auf BVerfG NJW 2020, 2622, 2623.

Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Interessen vermissen, die aber nur ausnahmsweise entbehrlich sei, wenn sich eine Äußerung als Schmähung oder Schmähkritik im verfassungsrechtlichen Sinne, als Angriff auf die Menschenwürde oder als Formalbeleidigung darstelle.

Im vorliegenden Fall, in dem die Rechtsanwältin auf ihrer Internetseite den Anwalt der Gegenseite als „fetten Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ bezeichnet hatte, hat das BVerfG – anders als die Fachgerichte – Schmähkritik verneint²¹⁸³ und damit seine äußerst restriktive Haltung bei der Annahme von Schmähkritik bestätigt. Die Folge ist damit eingeleitet: Aufgrund der (nach Auffassung des BVerfG fehlerhaften) Annahme von Schmähkritik hatten die Fachgerichte dem Ehrschutz den Vorrang eingeräumt und dabei (folgerichtig) auf eine umfassende Güterabwägung verzichtet. Da nun das BVerfG Schmähkritik aber verneint hat, konnte es die fehlende Güterabwägung beanstanden. Damit ist freilich noch nicht entschieden, ob die Bezeichnung als „fetter Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ im vorliegenden Fall tatsächlich mit der Meinungsäußerungsfreiheit vereinbar ist. Das BVerfG hat lediglich die fehlende Güterabwägung beanstandet, indem es formuliert: „Aus dem Blick verloren haben die Ausgangsgerichte zudem, dass die untersagten Äußerungen im Kontext eines gerichtlichen Verfahrens gefallen sind, in dem die Bf. als Verfahrensbeistand bestellt worden war.“ Damit ist also völlig offen, ob nach dem BVerfG die fragliche Äußerung zulässig wäre. Dass es beim „Kampf um das Recht“ im Kontext rechtlicher Auseinandersetzungen grundsätzlich von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt ist, auch besonders starke und eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um Rechtspositionen und Anliegen zu unterstreichen²¹⁸⁴, soll nicht in Frage gestellt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung sind aber die Bezeichnungen als „fetter Anwalt“ und „Rumpelstilzchen“ nicht lediglich „besonders starke und eindringliche Ausdrücke“, um „Rechtspositionen und Anliegen zu unterstreichen“, sondern – trotz Anlass und Kontext, in dem sie getätigt wurden – schlicht Diffamierungen. Kritik am Anwalt der Gegenseite lässt sich unter Organen der Rechtspflege (§ 1 BRAO) auch ohne Diffamierung üben, auch beim „Kampf ums Recht“, bei dem nach dem BVerfG auch „besonders starke und eindringliche Ausdrücke“ zulässig sind. Schließlich möge man sich den Fall vorstellen, dass der Anwalt die Anwältin als „dumme Anwältin“ bezeichnet hätte. Wäre das auch im „Kampf um das Recht“ zulässig? Dass es als Anwalt/Anwältin unklug ist, Schriftstücke aus einem nichtöffentlichen Scheidungsprozess auf einer Internetseite zu veröffentlichen und ohne Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde zu erheben, dürfte jedenfalls als gesichert gelten.

Gleichwohl waren die Fachgerichte in ihrer Annahme von Schmähkritik schlecht beraten. Denn bei einer Orientierung an der vorangegangenen Rechtsprechung des BVerfG zum Meinungsäußerungsrecht hätten sie durchaus erkennen können, dass die Annahme von Schmähkritik auf „wackeligen Beinen“ stehen würde: Zum einen, weil das BVerfG hohe Anforderungen an das Vorliegen von Schmähkritik stellt, und zum anderen, weil es fordert, dass die Einstufung ausführlich zu begründen sei. Daran fehlte es bei den fachgerichtlichen Entscheidungen. Anzuraten für die Praxis (aber auch für die juristische Fallprüfung) ist daher, schlicht eine (umfassende) Güterabwägung vorzunehmen, um sich nicht dem Einwand auszusetzen, die Reichweite der Meinungsäußerungsfreiheit verkannt zu haben. Mittels dieser Vorgehensweise kann eine Meinungsäußerung, die sich als Schmähkritik erweisen würde, auch ohne diesbezügliche Einstufung hinter den kollidierenden Ehrschutz zurücktreten. Freilich sind bei der Abwägung sämtliche Anforderungen, die das BVerfG an die Abwägung stellt, zu berücksichtigen: Die ehrwürdige Aussage (gerade, wenn ein politischer oder gesellschaftlicher Hintergrund aufgegriffen wird) darf grds. nicht wörtlich verstanden werden, sondern muss nach ihrem Bedeutungsgehalt interpretiert werden. Zudem darf sie auch nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss stets im Gesamtzusammenhang gesehen werden, in dem die Äußerung getätigt wurde. So sind sämtliche Begleitumstände der Äußerung wie deren Anlass und Kontext, in dem sie getätigt wurde, zu berücksichtigen; erforderlich ist eine umfassende Auseinander-

²¹⁸³ BVerfG NJW 2024, 745 f.

²¹⁸⁴ So BVerfG NJW 2024, 745 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

setzung mit den konkreten Umständen; dabei sind i.d.R. Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten zu berücksichtigen.²¹⁸⁵

- Schließlich soll auf die sog. **Prangerwirkung** eingegangen werden. Dabei geht es nach der vom BVerfG nicht beanstandeten zivilgerichtlichen Rechtsprechung um Fälle, in denen ein – nach Auffassung des Anprangernden – beanstandungswürdiges Verhalten des Angeprangerten einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht wird und sich dies schwerwiegend auf Ansehen und Persönlichkeitsentfaltung des Angeprangerten auswirkt. Eine Anprangerung liegt vor, wenn eine Einzelperson aus der Vielzahl derjenigen, die das vom Äußernden kritisierte Verhalten gezeigt haben, herausgehoben wird, um die Kritik des als negativ bewerteten Geschehens durch Personalisierung zu verdeutlichen.²¹⁸⁶ Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen kann dann trotz der Hochrangigkeit der Meinungsäußerungsfreiheit dazu führen, dass auch eine regelmäßig zulässige Äußerung einer wahren Tatsache aus der Sozialsphäre des Betroffenen im Einzelfall mit Rücksicht auf dessen Persönlichkeitsbelange zu untersagen ist. Ein Indiz dafür, dass eine unzulässige Anprangerung gegeben ist, liegt vor, wenn sich die Äußerung abträglich auf die Ehre und/oder (vernichtend) auf das Ansehen des Betroffenen auswirkt²¹⁸⁷, insbesondere, wenn sie im Internet vorgenommen wird. Aber auch hier ist stets zu prüfen, ob wirklich eine Anprangerung vorliegt.

517f

Beispiel²¹⁸⁸: A ist niedergelassener Arzt. Eines Tages entdeckte er im Internet auf einem Arztbewertungsportal eine von einer Patientin abgegebene Bewertung seiner Person. Die Bewertung lautet: „Der eigentlich freundliche Arzt hat mir nur leider mehrere Gründe gegeben, nach der Behandlung ohne einen neuen Termin herauszurennen.“ Im Anschluss werden fünf Gründe aufgeführt, die die fachliche Kompetenz des Arztes doch sehr in Frage stellen. Schließlich heißt es: „Alles in allem der absolut falsche Arzt – schade.“ Nachdem das Bewertungsportal trotz Aufforderung durch A die Bewertung nicht gelöscht hatte, verklagte A den Portalbetreiber auf Unterlassung gem. § 1004 I S. 2 BGB wegen Verletzung seiner (beruflichen) Persönlichkeitsrechte.

Bei den fraglichen Äußerungen in der Bewertung handelt es sich nicht um Tatsachenbehauptungen, sondern um Werturteile, da die Patientin hierbei ihre Unzufriedenheit bzgl. der Behandlung durch A zum Ausdruck bringt. Zutreffend führt das AG München aus, dass ein Bewertungsportalbetreiber in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit einbezogen sei und die Pflicht zur Löschung von Einträgen daher seine Tätigkeit in nicht unerheblicher Weise einschränke. Geht es also um einen Löschungsanspruch, bedarf es daher einer Rechtsgrundlage, die diesen Grundrechtseingriff rechtfertigt. Einschlägig ist § 1004 I S. 2 BGB. Vorliegend sind daher – da jedenfalls nicht die Intimsphäre des A betroffen ist – im Rahmen des § 1004 I S. 2 BGB die Meinungsäußerungsfreiheit (hier: in Form der Kommunikationsfreiheit) des Portalbetreibers gem. Art. 5 I S. 1 GG mit dem Recht des A auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (hier: das Recht, selbst zu bestimmen, was über ihn verbreitet wird) abzuwägen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass A durch die Bewertung nur in seiner beruflichen Sozialsphäre berührt ist. Wie bereits bei Rn 517c ausgeführt, hat der BGH entschieden, dass im Bereich der Sozialsphäre sich der Einzelne wegen der Wirkungen, die seine Tätigkeit hier für andere habe, von vornherein auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breite Öffentlichkeit und auch auf Kritik an seinen Leistungen einstellen müsse.²¹⁸⁹ Dass Bewertungen zudem i.d.R. anonym abgegeben würden, ändere nichts an dem grundsätzlichen

²¹⁸⁵ BVerfG NZA 2020, 1704, 1706.

²¹⁸⁶ Vgl. etwa BVerfG NJW 2010, 1587, 1588; BGH NJW 2016, 1584, 1588.

²¹⁸⁷ Siehe auch OVG Münster NVwZ 2018, 742, 746 f. zu einem Fahrerbewertungsportal im Internet. Freilich ist das BVerfG bei der Annahme einer Anprangerung (zugunsten der freien Rede) ebenso zurückhaltend wie bei der Annahme von Schmähkritik; vgl. etwa BVerfG NJW 2012, 3712, 3713 f., wo sich ein Rechtsanwalt die in einem Internetforum getätigte Bezeichnung als „rechtsextrem“ gefallen lassen musste – dazu Rn 440. Vgl. auch BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 (Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Winkeladvokatur“ keine Schmähkritik).

²¹⁸⁸ In Anlehnung an AG München 11.8.2015 – 161 C 7001/15.

²¹⁸⁹ BGH NJW 2015, 489, 493. Vgl. auch BGH NJW 2018, 1884, 1885 ff. und AG München 11.8.2015 – 161 C 7001/15.

Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit.²¹⁹⁰ Lediglich im Fall von schwerwiegenden Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht, etwa bei Stigmatisierung, sozialer Ausgrenzung oder wenn jemand dadurch an den Pranger gestellt werde, überwiege das Persönlichkeitsrecht.²¹⁹¹ Das alles sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Klage des A sei daher unbegründet.²¹⁹²

- 517g** ■ **Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen** (etwa die Leugnung des Holocaust) sind demgegenüber schon gar nicht vom Schutzbereich des Art. 5 I GG erfasst²¹⁹³ (siehe Rn 435). Unwahr ist auch bspw. eine von einem (früheren) Patienten in einem Klinikbewertungsportal getätigte Behauptung, es habe septische Komplikationen bei einem Standardeingriff gegeben, wenn tatsächlich die Sepsis erst drei Wochen nach der Operation aufgetreten ist.²¹⁹⁴ Derartige Äußerungen müssen nicht geduldet werden.
- 517h** ■ Geht es um meinungsbildende Tatsachenbehauptungen, die **weder dem Bereich „eindeutig erwiesen“ noch dem Bereich „eindeutig widerlegt“** zuzuordnen sind, sind diese zwar grds. von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, jedoch muss bei der Frage nach der Vereinbarkeit mit den konfligierenden Grundrechten Dritter (insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des von der Äußerung negativ Betroffenen) berücksichtigt werden, dass der Äußernde – gerade, weil die Behauptung nicht erwiesen ist – erhöhte Sorgfaltspflichten bei der Recherche hat. Je schwerwiegender die aufgestellte Behauptung in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingreift, desto höher sind die Anforderungen an die Erfüllung der Pflicht zur sorgfältigen Recherche.²¹⁹⁵ Gegebenenfalls hat der Äußernde darauf hinzuweisen, dass seine Behauptung auf ungesicherter Tatsachenbasis beruht.²¹⁹⁶ Das gilt auch und gerade für die sog. **„Verdachtsberichterstattung“** durch die Presse²¹⁹⁷ (siehe dazu Rn 284d). Das Risiko der Nichterweislichkeit einer rufschädigenden Äußerung muss (entgegen der Grundlinie des BVerfG) der Äußernde tragen. Siehe hierzu insgesamt bereits Rn 436.

Vgl. dazu auch den vom EGMR entschiedenen Fall, bei dem es darum ging, dass einer (ehemaligen) Richterin von einer Journalistin öffentlich „obskure Beziehungen zur Verbrecherwelt“ nachgesagt worden waren. Der EGMR stellt zunächst fest, dass auch eine solche Behauptung vom Schutzbereich des Art. 10 I EMRK erfasst sei und dass im Rahmen der Schrankenregelung des Art. 10 II EMRK die widerstreitenden Interessen (Pressefreiheit der Journalistin sowie Informationsinteresse der Bevölkerung auf der einen Seite; allgemeines Persönlichkeitsrecht der betroffenen Richterin auf der anderen Seite) gegeneinander abgewogen werden müssten, wobei die Schrankenregelung des Art. 10 II EMRK aber eng auszulegen sei.²¹⁹⁸ Da allerdings die Behauptung nicht auf bewiesenen Tatsachen beruhte und die Journalistin zudem weder genau noch sorgfältig recherchierte, überwog letztlich das Persönlichkeitsrecht (vgl. Art. 8 EMRK) der Richterin.²¹⁹⁹ Art. 10 I EMRK war daher nicht verletzt.²²⁰⁰

²¹⁹⁰ BGH NJW 2015, 489, 493.

²¹⁹¹ BGH NJW 2015, 489, 493. Vgl. auch AG München 11.8.2015 – 161 C 7001/15.

²¹⁹² AG München 11.8.2015 – 161 C 7001/15. Siehe auch BGH MDR 2013, 151, 152 (dazu oben Rn 284f).

²¹⁹³ BVerfGE 99, 185, 196 f.; 90, 241, 247 (Judenverfolgung/Leugnung des Holocaust); 85, 1, 15 (Kritische Bayer-Aktionäre); BGHZ 90, 113, 116.

²¹⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2017, 2029, 2030 ff. (Klinikbewertungen.de).

²¹⁹⁵ BVerfG NJW 2016, 3360, 3361 (Nichterweislichkeit einer Tatsachenbehauptung; „Doping in der DDR“).

²¹⁹⁶ BVerfG NJW 2016, 3360, 3361.

²¹⁹⁷ BGH NJW 2014, 2029, 2031 (Persönlichkeitsrechtsverletzung im Internet).

²¹⁹⁸ EGMR NJW 2016, 1373, 1376. Siehe auch EGMR NJW 2017, 3501 ff. (Veröffentlichung von Informationen aus Ermittlungsakten durch Journalisten).

²¹⁹⁹ Zum Einfluss der EMRK auf die nationale Rechtsordnung vgl. bereits Rn 4d ff. sowie sogleich Rn 518a.

²²⁰⁰ Vgl. aber auch EGMR 13.1.2015 - 34447/05 („Diebe in der Justiz“), wo der EGMR von einer sorgfältig und verantwortlich recherchierten Verdachtsberichterstattung ausging und (daher) einen Verstoß gegen Art. 10 I EMRK annahm. Demgegenüber nahm der EGMR (NJW 2017, 3501 ff.) bzgl. der strafgerichtlichen Verurteilung eines Journalisten wegen Veröffentlichung von Informationen aus geheimen strafrechtlichen Ermittlungsakten keinen Verstoß gegen Art. 10 I EMRK an. Bei der im Rahmen des Art. 10 II EMRK vorzunehmenden Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrechten sei zwar die hohe Bedeutung der Pressefreiheit für die demokratische Gesellschaft besonders zu berücksichtigen. Jedoch habe im vorliegenden Fall ein qualifiziertes öffentliches Interesse an der Publikation amtlicher Dokumente nicht bestanden, da zum einen die Behörde die Öffentlichkeit hinreichend informiert habe und zum anderen die Persönlichkeitsrechte desjenigen, über den berichtet wurde, überwögen.

- Geht es um die **Verbreitung von Fotos Prominenter** (und anderer Personen der Zeitgeschichte), muss ebenfalls eine Interessenabwägung stattfinden, und zwar zwischen der Pressefreiheit des Journalisten bzw. dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit einerseits und dem Interesse des Abgebildeten an dem Schutz seiner Privatsphäre andererseits. Als Faustformel lässt sich sagen: Je stärker sich die betreffende Person der Zeitgeschichte bewusst der Medienöffentlichkeit aussetzt, desto eher muss sie jedenfalls eine Wortberichterstattung dulden (dazu Rn 284 ff.). Hinsichtlich einer Bildveröffentlichung ist die Rspr. etwas zurückhaltender, nicht aber, sofern die Bildveröffentlichung nicht den Schwerpunkt des Artikels ausmacht, sondern dieser darin besteht, allgemein über ein Thema, bei dem ein Informationsinteresse besteht, zu informieren.²²⁰¹ Geht es um Fotos, die zu **Werbezwecken** verwendet werden, stehen weniger das Pressegrundrecht und das Informationsinteresse der Gesellschaft im Abwägungsprozess mit dem Persönlichkeitsrecht, sondern Geschäftsinteressen. Zwar sind auch diese von der Pressefreiheit gedeckt (die Presse muss sich ja regelmäßig auch von Werbeeinnahmen finanzieren), treten aber hinter das Persönlichkeitsrecht zurück, wenn das Presseunternehmen durch Verwertung des Bildnisses allein sein Geschäftsinteresse befriedigen will.²²⁰²

517i

Schließlich ist zu beachten, dass die Gewährleistungen der **EMRK** stets mit zu berücksichtigen sind (vgl. dazu Rn 4d ff./517c/517h).²²⁰³ Geht es z.B. um eine Kollision widerstreitender Rechtsgüter, ist nicht nur eine Grundrechtsprüfung i.S. der bei Rn 517b/517c/517h dargestellten praktischen Konkordanz vorzunehmen, sondern es sind auch die jeweiligen Positionen der EMRK in die Abwägung mit einzubeziehen.

518

Beispiel²²⁰⁴: Im Beispiel bei Rn 284b wurde K, gestützt auf § 1004 I S. 2 BGB, von den deutschen Zivilgerichten verurteilt, es zu unterlassen, in der Nähe der Tagesklinik Flugblätter gegen Abtreibung zu verteilen und die Namen der behandelnden Ärzte auf seiner Internetseite zu nennen. Mit der Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK machte K vor dem EGMR geltend, dass das von den deutschen Gerichten verhängte Verbot der Verbreitung der Flugblätter und der Nennung der Namen der Ärzte auf seiner Internetseite sein Recht auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 10 I EMRK verletzt habe.

Der EGMR gab der Beschwerde statt. Die deutschen Gerichte hätten es versäumt, einen gerechten Ausgleich zwischen dem Recht des K auf Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 I EMRK) und dem Persönlichkeitsrecht der Ärzte (Art. 8 EMRK) herzustellen.²²⁰⁵

5. Zensurverbot

Eine spezielle Schranken-Schranke bildet das Zensurverbot (Art. 5 I S. 3 GG). Danach kann das Zensurverbot auch nicht durch ein beschränkendes Gesetz i.S.d. Art. 5 II GG durchbrochen werden. Mit „Zensur“ ist jedoch nur die **Vorzensur** gemeint, d.h. ein präventives Verfahren, vor dessen Abschluss ein Werk noch nicht veröffentlicht werden darf²²⁰⁶ („präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“). Vorbeugende Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen sind also grds. nicht statthaft. Daran ändert auch das Bedürfnis nach Ehrschutz nichts. Zugunsten des Jugendschutzes müssen aber auch (vorbeugende) Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen möglich sein. *Nachträgliche* Kontroll- und Repressionsmaßnahmen sind indes von vornherein nicht vom Zensurverbot des Art. 5 I

519

²²⁰¹ BVerfG NJW 2012, 756 f. Vgl. auch EGMR NJW 2014, 3291 ff. (in Bezug auf eine Abwägung zwischen den Rechten aus Art. 8 EMRK und denen aus Art. 10 EMRK).

²²⁰² BGH 21.1.2021 – I ZR 207/19 Rn 26 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2021, 1311 ff.). Der Fall ist aufbereitet bei R. Schmidt, SchuldR BT II, 14. Aufl. 2022, Rn 1147.

²²⁰³ Vgl. dazu EGMR NJW 2014, 3291 ff. Erfreulicherweise ist auch der BGH dazu übergegangen, den Einfluss der EMRK auf die nationale Rechtsordnung stärker zu betonen, vgl. BGH NJW 2015, 489 ff. (jameda.de I); BGH NJW 2018, 1884 ff. (jameda.de II); BGH MDR 2017, 879, 880 (Berichterstattung über Liebesbeziehung). Vgl. auch EGMR NJW 2016, 1867, 1869; EGMR 2019, 741, 742.

²²⁰⁴ Nach EGMR NJW 2016, 1867 ff. (Annen/Deutschland) – siehe bereits Rn 284b.

²²⁰⁵ Zum Ausgleich zwischen Art. 10 I EMRK und Art. 8 EMRK, der über Art. 10 II EMRK zu berücksichtigen ist, vgl. etwa EGMR NJW 2017, 3501 ff. und NJW 2019, 741 ff. – sowie bereits Rn 5 ff. und 517h.

²²⁰⁶ BVerfGE 33, 52, 71 ff. (Verbringungsgesetz); 87, 209, 230 (Einziehung einer Videokassette).

S. 3 GG erfasst, sie müssen jedoch selbstverständlich dem Gesetzesvorbehalt des Art. 5 II GG gerecht werden.

III. Konkurrenzen

520 Im Anwendungsbereich der **Pressefreiheit** ist ein Rückgriff auf die **Meinungsäußerungsfreiheit** grds. ausgeschlossen (Rn 461). Das schließt jedoch nicht aus, dass sich der Träger der Pressefreiheit auch auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen kann, wenn er – unabhängig vom gewählten Medium – seine Meinung äußert. In diesem Fall misst das BVerfG die Äußerungen sogar ausschließlich am Maßstab des Art. 5 I S. 1 GG.²²⁰⁷ Dagegen steht die **Informationsfreiheit** stets selbstständig neben der Meinungsäußerungsfreiheit (und der Pressefreiheit). Die **Rundfunkfreiheit** erfasst nicht die Meinungsäußerungen der Redakteure im Fernsehen oder im Radio; insoweit ist die Meinungsäußerungsfreiheit einschlägig. Für den Empfänger von Rundfunksendungen ist die **Informationsfreiheit** einschlägig, nicht die Rundfunkfreiheit. Zum Verhältnis zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und **Versammlungsfreiheit** vgl. Rn 671, zum Verhältnis zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und **Glaubensfreiheit** vgl. Rn 408 und zum Verhältnis zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und **Kunstfreiheit** vgl. Rn 538a.

²²⁰⁷ BVerfG NJW 2012, 756 f.; BVerfG NJW 2011, 740 f.

H. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III GG

I. Kunstfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG

Kunstfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG

I. Schutzbereich der Kunstfreiheit

Dem Wesen der Kunst widerspricht es eigentlich, den Begriff der Kunst zu definieren. Eine Definition ist aber für die Rechtsanwendung unerlässlich.

- Kunst kann zunächst material bestimmt werden (sog. **materialer Kunstbegriff**). Danach ist jede künstlerische Betätigung als freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formsprache zum Ausdruck gebracht werden, erfasst.
- Des Weiteren kann Kunst formal bestimmt werden. Danach liegt Kunst vor, wenn das Wesentliche des betreffenden Werks einem bestimmten Werktyp (Malerei, Musik, Bildhauerei, Dichtung, Schauspiel etc.) zugeordnet werden kann (sog. **formaler Kunstbegriff**).
- Ein dritter Definitionsversuch sieht das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Betätigung darin, dass es wegen der Mannigfaltigkeit des Aussagegehalts möglich sei, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weitreichendere Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergebe (sog. **offener Kunstbegriff**).

Unerheblich ist, welches Niveau das Objekt hat. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob das Objekt als künstlerisch hochwertig oder als profan angesehen wird. Auch Pornographie ist dem Kunstbegriff nicht abträglich. Gleiches gilt für anstößige oder unästhetische Objekte oder aggressive Äußerungen über Personen, z.B. in einer Satire, Karikatur, Parodie (Persiflage) oder in Pop-Songs. Die Kunstfreiheit endet aber dort, wo nur gelegentlich einer künstlerischen Betätigung eigenmächtig Rechte anderer verletzt werden. In diesen Fällen ist entweder bereits der Schutzbereich des Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG zu verneinen oder die Kunstfreiheit tritt im Rahmen der Abwägung hinter das kollidierende Verfassungsgut zurück.

Zum geschützten Verhalten gehört zunächst die künstlerische Tätigkeit selbst, der sog. **Werkbereich**. Die Kunstfreiheit schützt aber auch die Darbietung und Verbreitung des Werks an Dritte, den sog. **Wirkbereich**. So hat das BVerfG den Schutz der Kunstfreiheit auf den Verleger eines Romans, den Hersteller von Schallplatten und den „Abspieler“ von Schallplatten erstreckt. Auch die Werbung für ein Kunstwerk wird geschützt.

Träger des Grundrechts ist nicht nur derjenige, der das Kunstwerk herstellt, sondern – in Übereinstimmung mit dem geschützten Wirkbereich – auch derjenige, der das Kunstwerk verbreitet, etwa ein Verleger oder ein Filmproduzent. Die Kunstfreiheit ist auch auf juristische Personen oder andere Personenmehrheiten anwendbar. Auch Kunst- und Musikhochschulen sowie die in staatlichen Kunsteinrichtungen künstlerisch tätigen Personen können sich auf die Kunstfreiheit berufen.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Die Kunstfreiheit wird beeinträchtigt, wenn der Staat den Künstler im **Werk- oder Wirkbereich behindert**, etwa durch Verbote, strafrechtliche oder andere Sanktionen.

Wo jedoch schon der Schutzbereich aufgrund eigenmächtigen Eingreifens in die Rechte Dritter als nicht eröffnet angesehen wird (s.o.), ist kein Eingriff denkbar.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nach inzwischen einhelliger Meinung wird das Grundrecht der Kunstfreiheit (und der Wissenschaftsfreiheit) nicht durch den Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG tangiert. Die Kunstfreiheit unterliegt allein den **verfassungsimmanenten Schranken** durch Grundrechte Dritter und andere wichtige Güter von Verfassungsrang. Vgl. dazu ausführlich die Ausführungen bei Rn 193 (Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht) und den dort gegebenen Beispielsfall. Es ist daher stets eine **Abwägung** zwischen dem Grundrecht auf Kunstfreiheit und dem kollidierenden Grundrecht oder sonstigem wichtigen Rechtsgut mit Verfassungsrang vorzunehmen. Dabei genießt der Wirkbereich einen geringeren Schutz als der Werkbereich.

1. Schutzbereich

- 521 Dem Wesen der Kunst widerspricht es, sie zu definieren. Für die Rechtsanwendung ist eine Definition aber unerlässlich.²²⁰⁸ Im sog. Mephisto-Beschluss hat das BVerfG die Kunst als „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“²²⁰⁹, definiert („materialer Kunstbegriff“). In späteren Entscheidungen unterstreicht das Gericht zwar die Unmöglichkeit, Kunst (zweifelsfrei) zu definieren²²¹⁰ („offener Kunstbegriff“), verwendet aber mehrere Kunstbegriffe nebeneinander²²¹¹:
- Kunst kann material bestimmt werden („**materialer Kunstbegriff**“). Danach ist jede künstlerische Betätigung erfasst, die als freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden (BVerfG a.a.O.).
 - Kunst kann formal bestimmt werden. Danach liegt Kunst vor, wenn die Betätigung bzw. das Ergebnis einer künstlerischen Betätigung bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllen (Malerei, Musik, Bildhauerei, Dichtung, Schauspiel etc.) („**formaler Kunstbegriff**“, BVerfG a.a.O.).
 - Ein dritter Ansatz sieht das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Betätigung darin, dass es wegen der Mannigfaltigkeit des Aussagegehalts möglich sei, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weitreichendere Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergebe („**offener Kunstbegriff**“).²²¹²
- 522 Keiner der genannten Definitionsversuche bietet jeweils zuverlässige und abschließende Kriterien. Der materiale Kunstbegriff ist unpräzise. Der formale Kunstbegriff ist zu eng, da das Bestreben moderner Kunst gerade darin besteht, neue Erscheinungsformen der Kunst zu entwickeln, die gerade noch nicht einem bestimmten Werktyp zugeordnet sind. Der formale Kunstbegriff hilft also lediglich dann weiter, wenn ein bestimmtes Werk einem bereits bekannten Werktyp zugeordnet werden kann. Der offene Kunstbegriff lässt zwar vielfältige Interpretationsmöglichkeiten zu und wirkt einer „staatlichen Stil-, Niveau- oder Inhaltskontrolle“²²¹³ entgegen, leidet aber daran, dass ihm zufolge kaum eine Beurteilung möglich ist, obwohl eine solche für die Rechtsanwendung unerlässlich ist²²¹⁴.
- 523 In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG bietet es sich an, auf eine Gesamtschau der genannten Definitionsversuche abzustellen und Kunst **weit** zu verstehen²²¹⁵, was für die Betonung des materialen Kunstbegriffs spricht. Letztlich kann aber eine Einordnung dahinstehen, wenn Kunst nach allen Kunstbegriffen vorliegt.²²¹⁶
- 524 **Unerheblich** ist, welches **Niveau** das Objekt hat.²²¹⁷ Daher spielt es keine Rolle, ob das Objekt als künstlerisch hochwertig oder als profan angesehen wird, eigenständig

²²⁰⁸ Vgl. BGH NJW 1975, 1882, 1884.

²²⁰⁹ BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto). Bestätigt u.a. in BVerfGE 67, 213, 225 f. (Anachronistischer Zug); BVerfG NJW 2018, 1744 (Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person).

²²¹⁰ BVerfG NJW 2001, 596 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 67, 213, 225 f. (Anachronistischer Zug).

²²¹¹ Darstellung der drei Kunstbegriffe nach *Kempfen*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 158 ff.

²²¹² BVerfGE 67, 213, 225 f. (Anachronistischer Zug); 81, 278, 291 ff. (Verunglimpfung der Bundesflagge). Vgl. auch AG Kassel NJW 2014, 901, 802 („Hitlergruß“ bei Kunstperformance).

²²¹³ BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“ – Musikalbum mit frauenverachtenden, homophoben und gewaltverherrlichenden Textpassagen) mit Verweis auf BVerfGE 75, 369, 377; 81, 278, 291.

²²¹⁴ Siehe auch BVerfGE 67, 213, 224 ff. (Anachronistischer Zug).

²²¹⁵ So auch BVerfGE 119, 1, 23 (Roman Esra); AG Kassel NJW 2014, 901, 802 („Hitlergruß“ bei Kunstperformance); BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“) – mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2023, 520.

²²¹⁶ So heißt es auch bei BVerfG GRUR 2023, 157, 158: „...unabhängig davon, ob ein formaler, ein materieller oder ein offener Begriff von Kunst zugrunde gelegt wird.“

²²¹⁷ BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 81, 298, 305 (Verunglimpfung der Nationalhymne); 81, 278, 289 (Verunglimpfung der Bundesflagge); vgl. auch LG Hamburg AfP 2017, 177 (Böhmermanns „Schmähgedicht“ – bestätigt von OLG Hamburg AfP 2018, 335); BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“).

oder nachahmerisch (in Form eines Pastiches), sarkastisch, zynisch, geschmacklos²²¹⁸ oder obszön ist. Auch Pornographie kann Kunst sein.²²¹⁹ Gleiches gilt für anstößige oder unästhetische Objekte²²²⁰ oder aggressive bzw. anstößige oder gar abfällige und verunglimpfende Äußerungen über Personen. So wird vom BVerfG sogar ein Musikalbum mit frauenverachtenden, homophoben und gewaltverherrlichenden Textpassagen als Kunst angesehen.²²²¹ Anwendungsfelder „geschmackloser Kunst“ sind Satire, Karikatur, Parodie (Persiflage) und Songs.²²²²

- Ein **Pastiche** ist die (literarische oder musikalische) Nachahmung eines anderen künstlerischen Werks²²²³, wozu auch das Sampling gehört, also die Verwendung einer Rhythmussequenz aus einem anderen Werk. Grundsätzlich bedürfen gem. § 23 I S. 1 UrhG Bearbeitungen und Umgestaltungen zu ihrer Veröffentlichung oder Verwertung der Zustimmung des Urhebers. Lediglich bei Wahrung eines hinreichenden Abstands zum benutzten Werk liegen gem. § 23 I S. 2 UrhG keine Bearbeitung oder Umgestaltung i.S.d. § 23 I S. 1 UrhG und damit keine Zustimmungspflichtigkeit vor. Bei Karikaturen, Parodien und Pastiches ist jedoch die Sonderregelung in § 51a UrhG zu beachten, wonach gem. S. 1 Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches erlaubnisfrei zulässig sind. Diese Befugnis umfasst gem. S. 2 die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des genutzten Werks, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist. Unter diesen Voraussetzungen liegt bei einem Pastiche also keine Urheberrechtsverletzung vor, was Ausdruck der Kunstfreiheit des Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG ist, deren Schutzbereich gerade wegen der „kreativen Umgestaltung“ des nachgeahmten Werks greift.²²²⁴ Mit Blick darauf, ob die Nachahmung von Hochachtung oder Geringschätzung geprägt ist, rückt das Pastiche in die Nähe der Hommage oder der Satire bzw. Parodie (dazu sogleich).
- **Satire** ist die auf Eigenständigkeit oder Nachahmung basierende offene – oft boshafte und geschmacklose – Bloßstellung eines Gegenstands oder einer Person mit dem Ziel, diese(n) der Lächerlichkeit preiszugeben. Dazu zählen auch das in die Geschichte eingegangene Schmähdgedicht Böhmermanns²²²⁵ und die Bezeichnung der AfD-Politikerin Alice Weidel als „Nazi-Schlampe“²²²⁶. Auch die Filmkomödie „Fack Ju Göhte“ stellt Satire dar.²²²⁷ Da jedoch nicht jede Satire zwingend Kunst darstellt, ist Satire, die ausnahmsweise nicht Kunst ist, der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG zuzuordnen.²²²⁸ Dann entscheidet über die Zulässigkeit der Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG, freilich (wie das bei der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit vorzunehmen wäre) unter Abwägung der widerstreitenden Interessen, wobei sich aufgrund der vom BVerfG vorgenommenen weiten Interpretation der Meinungsäußerungsfreiheit im Ergebnis oft kein Unterschied ergibt²²²⁹.

²²¹⁸ Siehe etwa manche Auftritte von Roger Waters („fliegendes Schwein mit angebrachtem Davidstern“) – dazu unten Rn 536 Bsp 7.

²²¹⁹ Vgl. BVerfGE 83, 130, 138, 147 ff. („Josefine Mutzenbacher“); BGHSt 37, 55, 58 („Opus Pistorum“).

²²²⁰ LG Düsseldorf NJW 1988, 345 („Fettecke“).

²²²¹ BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“).

²²²² Zu den nachfolgenden Definitionen vgl. *Becker*, NJW 2001, 583.

²²²³ Siehe dazu BR-Drs. 142/21, S. 98; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675 ff.

²²²⁴ Siehe dazu auch BGH GRUR 2023, 1531 (Metal auf Metal V), der dem EuGH verschiedene Frage bzgl. der Auslegung des Art. 5 III der RL 2001/29/EG vorlegte und Klärung des Begriffs des Pastiche erhofft (dazu *Nordermann/Waiblinger*, NJW 2024, 726, 729). Zum *Sampling* siehe auch Rn 532 Bsp 2 und Rn 536 Bsp 3.

²²²⁵ LG Hamburg AfP 2017, 177; OLG Hamburg AfP 2018, 335: Böhmermanns Schmähdgedicht ist Satire.

²²²⁶ LG Hamburg AfP 2017, 262: Es handele sich um Satire; Weidel habe mit ihrer Äußerung selbst einen aktuellen Anlass für die satirische Auseinandersetzung geliefert, indem sie zuvor in einer Rede gesagt hatte: „Die politische Korrektheit gehört auf den Müllhaufen der Geschichte!“.

²²²⁷ Anders offenbar EuG WRP 2018, 316, 317 ff., das hinsichtlich der Frage nach der Eintragung des Wortzeichens „Fack Ju Göhte“ als Unionsmarke für verschiedene Waren und Dienstleistungen einen Sittenverstoß annimmt; siehe dazu sogleich Rn 526 Bsp 3.

²²²⁸ Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 f.; BGHZ 156, 206 ff. Offengelassen von LG Hamburg AfP 2017, 177 (Böhmermanns Schmähdgedicht sei zwar Satire, ob es aber auch dem Kunstbegriff i.S.d. Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG unterfalle, könne offenbleiben, da dies zu keiner anderen Entscheidung geführt hätte); LG Hamburg AfP 2017, 262 (Bezeichnung von Weidel als „Nazi-Schlampe“ Meinungsfreiheit); vgl. auch *Faßbender*, NJW 2019, 705 ff.

²²²⁹ Siehe auch *Faßbender*, NJW 2019, 705 ff.

- Die **Karikatur** (siehe § 51a UrhG) ist sozusagen die Satire mit graphischen Mitteln.
- Die **Parodie (Persiflage)** (siehe ebenfalls § 51a UrhG) hingegen bedient sich eines bestehenden Werks, indem sie dieses in ein antithematisches Umfeld stellt und dadurch eine neue – oft künstlerische – Aussage hervorbringt. Die Parodie soll zum einen an ein bestehendes Werk erinnern, von dem sie sich wahrnehmbar unterscheiden muss, und zum anderen einen Ausdruck von Humor vermitteln oder eine Verspottung darstellen.²²³⁰
- Eine **Performance** ist eine Leistung, Darbietung oder Aufführung eines Darstellers oder einer Gruppe von Darstellern, in der in einer bestimmten Art und Weise eine Botschaft oder eine Nachricht kommuniziert werden soll. Chormusik und Ballett sind bekannte Beispiele. Aber auch die genannten Kunstformen Satire, Karikatur und Parodie können ebenso Gegenstand oder Teil einer Kunstperformance sein wie eine Inszenierung.
- Ein **Happening** ist eine Art Aktionskunst. Im Rahmen eines Ereignisses werden zuvor eingeweihte Personen oder auch das (nichtsahnende) Publikum in die Aktion einbezogen. Beispiele sind das Bewerfen mit Ekel erregenden Substanzen oder das Beschädigen oder Zerstören von Gegenständen. Die unterschiedlichen Reaktionen innerhalb des Publikums sind Bestandteil des Happenings.

525 Die Übergänge zwischen diesen Erscheinungsformen sind oft fließend. So kann sich die Satire auf Kunstwerke, aber auch auf reale Sachverhalte oder Personen beziehen, die Parodie i.d.R. nur auf Kunstwerke. Allen Erscheinungsformen gemeinsam ist aber, dass sie eine Botschaft kommunizieren müssen. Auch, wenn sie sich auf einen urheberrechtlich geschützten Gegenstand beziehen, liegt bei fehlender Einwilligung nicht zwingend eine Urheberrechtsverletzung vor (siehe § 51a S. 2 UrhG). Umgekehrt besitzen auch Satiren, Karikaturen und Parodien die grundsätzliche Fähigkeit, als urheberrechtlich geschützte Leistung angesehen zu werden. Das bedeutet: Auch, wenn eine freie Benutzung nach § 51a S. 2 UrhG zulässig ist, kommt es regelmäßig zu Konflikten, die im Rahmen praktischer Konkordanz zu lösen sind, siehe dazu sogleich.

526 Kunstfreiheit bedeutet nach Auffassung des BVerfG schließlich, dass der rechtlichen Würdigung von mehreren möglichen Interpretationen eines Kunstwerks diejenige zugrunde zu legen ist, „in der das Kunstwerk fremde Rechte oder Allgemeininteressen nicht beeinträchtigt“.²²³¹ Sollte damit die Reichweite des Schutzbereichs bestimmt werden, ist dies rechtsmethodisch angreifbar, weil die Beeinträchtigung fremder Rechte regelmäßig bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu thematisieren ist. Lediglich „unfriedliche Kunst“ ist bereits aus dem Schutzbereich herauszuhalten (dazu Rn 527/528).

Beispiele:

- (1) Eine Punkrockgruppe, die ein Lied mit der Bezeichnung „Deutschland muss sterben, damit wir leben können“ komponiert und verbreitet, verstößt nicht notwendigerweise gegen § 90a StGB. Denn im Lichte des Art. 5 III S. 1 GG darf der Schutz des Staates und seiner Symbole nach § 90a StGB nicht zu einer „Immunsierung“ des Staates gegen Kritik und selbst gegen Ablehnung führen. Vielmehr bedarf es einer einzelfallbezogenen Abwägung der widerstreitenden Verfassungsrechtsgüter.²²³²
- (2) Ein Roman, der sich mit dem Intimleben tatsächlich existierender Vorbilder befasst, kann auch dann Kunst sein, wenn er dabei eine Vielzahl von Details aus dem Leben der realen Personen aufgreift, die eine Identifizierung der Betroffenen zulassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn für den Leser nicht erkennbar ist, wo tatsächlich reale Gesichtspunkte realer Figuren beschrieben werden und wo dies nicht der Fall ist und die Fiktion beginnt. Vgl. dazu auch Rn 536 Bsp 1.

²²³⁰ EuGH EuGRZ 2014, 536, 537 f.; BGH NJW 2017, 806, 809 (unter Verweis auf BGHZ 122, 53, 60 f.).

²²³¹ Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 f. BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 67, 213, 230 (Anachronistischer Zug); 81, 298, 307 (Verunglimpfung der Nationalhymne).

²²³² BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates).

- (3) Auch bei der Filmkomödie „Fack Ju Göhte“ handelt es sich um Satire. Die hier vermittelte Botschaft kann man so interpretieren, dass in der „Generation Smartphone“ Bildung, Anstand, Anerkennung, Sprache und Werte keinen großen Stellenwert haben, diese Tugenden in der Filmkomödie mithin der Lächerlichkeit preisgegeben werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich nach Auffassung des EuG um eine anstößige und vulgäre Beleidigung handelt, bei der ein hochangesehener Schriftsteller wie Johann Wolfgang von Goethe posthum in herabwürdigender und vulgärer Weise verunglimpft werde.²²³³ Denn das Ziel der Kunst besteht ja gerade darin, eine Person der Lächerlichkeit preiszugeben. Persönlichkeitsrechte treten – sofern hier nicht die Intimsphäre bzw. der Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist²²³⁴ – regelmäßig zurück, was nicht nur für die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit nach Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG gilt, sondern auch für die unter dem Gesetzesvorbehalt gem. Art. 52 I GRC stehende Kunstfreiheit nach Art. 13 S. 1 GRC. Das EuG verkennt insoweit die Bedeutung der Kunstfreiheit sowie den Umstand, dass vorliegend lediglich die Sozialsphäre betroffen ist.
- (4) Eine Collage, bei der ein Mann auf die anlässlich eines Gelöbnisses von Bundeswehrsoldaten gezeigte Bundesflagge uriniert (vgl. § 90a I Nr. 2 StGB), muss nicht den Staat und die verfassungsmäßige Ordnung angreifen, sondern kann als Satire lediglich dem Militärdienst und den militärischen Einrichtungen gelten.²²³⁵
- (5) Auch eine satirische Nachdichtung der Nationalhymne muss diese nicht der Lächerlichkeit preisgeben, sondern kann Widersprüche zwischen Anspruch und Wirklichkeit anprangern und dabei den Idealen der Nationalhymne gerade verpflichtet sein.²²³⁶
- (6) Selbst das Zeigen des „Hitlergrußes“ kann als Bestandteil einer geschützten Kunstperformance den Schutz des Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG genießen. Der in Betracht zu ziehende Straftatbestand des § 86a I, II StGB ist dann (wegen § 86a III i.V.m. 86 III StGB) zu verneinen, wenn der Künstler sich nicht mit dem NS-Regime identifiziert, sondern den „Hitlergruß“ satirisch zeigt, um ihn bewusst zu enttabuisieren und eine inhaltliche Auseinandersetzung mit ihm herbeizuführen.²²³⁷
- (7) Und wie aufgezeigt, ist schließlich ein Musikalbum aus dem Genre „Gangsta-Rap“ trotz seines verrohten Inhalts, seiner einen kriminellen Lebensstil (insbesondere den Drogenhandel) verherrlichenden Texte und seines Frauen und homosexuelle Menschen diskriminierenden Inhalts der Kunstfreiheit unterstellt worden.²²³⁸

Die Kunstfreiheit endet aber dort, wo nur *gelegentlich* einer künstlerischen Betätigung eigenmächtig Rechte anderer verletzt werden (sog. „**Unfriedlichkeit der Kunst**“).

527

Beispiele:

- (1) Wer Bauwerke oder Bahnwaggons mit Farbe besprüht (Graffiti), kann sich im Ergebnis nicht auf Kunstfreiheit berufen. Denn deren Reichweite erstreckt sich nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (sei es im Werk- oder Wirkungsbereich der Kunst).²²³⁹ Überdies enthält das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) gleichfalls eine Verbürgung von Freiheit; nach den vom Grundgesetz getroffenen Wertungen steht es nicht prinzipiell hinter der Freiheit der Kunst zurück. Kunst kann sich auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten.²²⁴⁰
- (2) Wenn jemand ein „Happening“ veranstaltet, indem er die Verkehrsregelungsanlage einer vielbefahrenen Kreuzung (durch Computerhack) derart manipuliert, dass „per

²²³³ EuG WRP 2018, 316 ff.

²²³⁴ Siehe dazu Rn 279 ff.

²²³⁵ BVerfGE 81, 278, 294 (Verunglimpfung der Bundesflagge).

²²³⁶ BVerfGE 81, 298, 306 f. (Verunglimpfung der Nationalhymne).

²²³⁷ AG Kassel NJW 2014, 801 ff.; *Muckel*, JA 2014, 479 f.; *Hufen*, JuS 2014, 855.

²²³⁸ BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“).

²²³⁹ BVerfG NJW 1984, 1293, 1294 („Sprayer von Zürich“); *Kingreen/Poscher*, Rn 837.

²²⁴⁰ BVerfG NJW 1984, 1293, 1294.

Mausklick“ aus allen Richtungen kommende Fahrzeug „grün“ erhalten und kollidieren, kann er sich ebenfalls nicht auf die Kunstfreiheit berufen (siehe Rn 126).

528 Darüber, dass ein solches Verhalten im Ergebnis nicht von der Kunstfreiheit gedeckt sein kann, besteht kein Zweifel. Fraglich kann allein sein, ob bereits eine **Schutzbereichsbegrenzung** angenommen werden sollte oder ob die Kunstfreiheit auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Rahmen einer **Abwägung** mit dem kollidierenden Verfassungsgut zurücktritt. Eine ausdrückliche Schutzbereichsbegrenzung unter dem Aspekt der Friedlichkeit hat das Grundgesetz in Art. 8 I GG vorgenommen, was die Frage aufwirft, ob ein (ungeschriebener) Friedlichkeitsvorbehalt auch bei Art. 5 III GG angenommen werden kann. Dagegen sprechen methodische Gründe: Hätte der Verfassungsgeber gewollt, dass auch die „unfriedliche“ Kunst aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit herausgehalten werden sollte, hätte er dies (wie bei Art. 8 I GG bezüglich der Versammlung) mit einer entsprechenden Formulierung im Verfassungstext zum Ausdruck gebracht (*argumentum e contrario* – Umkehrschluss)²²⁴¹. Zudem dürfte es gerade eine Frage der Güterabwägung sein, inwiefern kollidierende Rechte von Verfassungsrang hinter der Kunstfreiheit zurücktreten müssen. Schließt man sich diesem Gedanken an, kommt eine Annahme eines (ungeschriebenen) Friedlichkeitsvorbehalts bei Art. 5 III GG nicht in Betracht. Auch das BVerfG scheint einen Friedlichkeitsvorbehalt abzulehnen, denn anderenfalls würde es nicht auch zweifelhaften Fällen ohne weiteres den Schutzbereich zusprechen.²²⁴² Zur Bewertung vgl. auch Rn 130 f.

529 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Selbstverständlich ist es dem Fallbearbeiter unbenommen, die „unfriedliche“ Kunst entweder bereits aus dem Schutzbereich des Art. 5 III GG herauszuhalten oder aber im Rahmen der auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu prüfenden Güterabwägung hinter dem kollidierenden Verfassungsgut zurücktreten zu lassen, solange nur ein vertretbares Ergebnis erzielt wird. Gerade aber die Güterabwägung ist es, die zu einer differenzierten Bewertung der Arbeit führt. Im Zweifel sollte der Schutzbereich großzügig gehandhabt werden, denn nur die Bejahung des Schutzbereichs lässt die Behandlung weiterer, auf der Ebene des Eingriffs bzw. der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu diskutierenden Probleme zu. Die Grenze liegt allerdings dort, wo abwegige Ergebnisse erzielt würden.

530 **Geschütztes Verhalten:** Zum geschützten Verhalten gehört zunächst die künstlerische Tätigkeit selbst, der sog. **Werkbereich** (siehe die bei Rn 521 genannten Bereiche). Die Kunstfreiheit schützt aber auch die Darbietung und Verbreitung des Werks an Dritte, den sog. **Wirkbereich**.²²⁴³ Denn anderenfalls bestünde die Gefahr, dass das Grundrecht leerliefe.²²⁴⁴ So hat das BVerfG den Schutz der Kunstfreiheit auch auf den Verleger eines Romans²²⁴⁵ oder eines Theaterstücks²²⁴⁶, auf den Hersteller von Schallplatten²²⁴⁷ und den „Abspieler“ einer Musikkassette, deren Inhalt als Kunst eingestuft wurde²²⁴⁸, erstreckt. Auch die Werbung für ein Kunstwerk wird geschützt.²²⁴⁹ Die reine wirtschaftliche Verwertung des Kunstobjekts (also die Einnahmeerzielung) wird dagegen nicht von Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG geschützt; insoweit sind andere Grundrechte (etwa

²²⁴¹ Anders Muckel, FS Schiederemair, 2001, S. 347, 353.

²²⁴² So im Fall BVerfG GRUR 2023, 157 („Bushido“).

²²⁴³ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 36, 321, 331; 67, 213, 224; BVerfG NJW 2005, 2843 (Nutzung der Räume des Bundestags für eine Kunstaktion); NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfG NJW 2018, 1744 (Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person); AG Kassel NJW 2014, 801, 802 („Hitlergruß“ bei Kunstperformance); BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“). Grundlegend BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto); 67, 213, 224 (Anachronistischer Zug); 119, 1, 21 f. (Esra); 142, 74, 96 (Verwendung von Samples in Musikstück).

²²⁴⁴ BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“) mit Verweis u.a. auf BVerfGE 30, 173, 189; 36, 321, 331; 67, 213, 224.

²²⁴⁵ BVerfGE 30, 173, 191 (Mephisto). Vgl. auch BVerfGE 119, 1, 29 ff. (Esra).

²²⁴⁶ BVerfG-K NJW 2001, 598 (Grenzen der Zitierfreiheit).

²²⁴⁷ BVerfGE 36, 321, 331 (Schallplatten-Umsatzsteuer).

²²⁴⁸ BVerfG NJW 2001, 596 (Verunglimpfung des Staates).

²²⁴⁹ BVerfGE 77, 240, 251 (Herrnburger Bericht).

Art. 14 I, 12 I, 2 I GG) einschlägig.²²⁵⁰ Da Berufsschutz und Eigentumsschutz aber weniger stark ausgeprägt sind als der Schutz der Kunstfreiheit²²⁵¹, sind Eingriffe in die wirtschaftliche Verwertung eher zu rechtfertigen.²²⁵² Nimmt der Staat allerdings auf diesem Weg Einfluss auf die Kunstausübung oder macht er eine freie künstlerische Betätigung praktisch unmöglich, wird man auch in diesem Fall die Kunstfreiheit heranziehen müssen.²²⁵³

Träger des Grundrechts ist nicht nur derjenige, der das Kunstwerk herstellt (persönlichkeitsrechtlicher Aspekt der Kunst), sondern – in Übereinstimmung mit dem geschützten Wirkbereich – auch derjenige, der das Kunstwerk verbreitet, etwa ein Verleger oder ein Filmproduzent (vermögensrechtlicher Aspekt der Kunst). Dies beruht zum einen auf der – wenn auch nicht begriffsnotwendigen, aber doch jedenfalls von Art. 5 III GG mit geschützten – kommunikativen Dimension der Kunst, zum anderen auf der freien Übertragbarkeit des im Urheberverwertungsrecht verkörperten Vermögenswerts des Kunstwerks.²²⁵⁴ Die Kunstfreiheit ist auch auf juristische Personen oder andere Personengruppen anwendbar. Schließlich können sich Kunst- und Musikhochschulen (auch soweit es sich um Einrichtungen des öffentlichen Rechts handelt) sowie die in staatlichen Kunsteinrichtungen künstlerisch tätigen Personen auf die Kunstfreiheit berufen.

531

2. Eingriff in den Schutzbereich

Die Kunstfreiheit wird beeinträchtigt, wenn der Staat den Grundrechtsinhaber im **Werk- oder Wirkbereich behindert**, etwa durch Verbote, Gerichtsentscheidungen, strafrechtliche oder andere Sanktionen.

532

Beispiele:

- (1) Strafgerichtliche Verurteilung eines Versammlungsleiters wegen des öffentlichen Abspiels des Liedes „Deutschland muss sterben“²²⁵⁵
- (2) Zivilgerichtliche Verurteilung eines Hip-Hop-Produzenten, der eine 2-sekündige Rhythmussequenz aus einem anderen Werk verwendete, ohne dessen Urheber und Rechteinhaber um Erlaubnis gefragt zu haben („Sampling“, siehe bereits Rn 524), auf Unterlassung und Schadensersatz.²²⁵⁶
- (3) Zivilgerichtliche Verurteilung eines Satirikers, bestimmte Passagen aus seinem „Schmähgedicht“ nicht mehr äußern zu dürfen.²²⁵⁷
- (4) Verbot, den Roman „Mephisto, Roman einer Karriere“ von Klaus Mann zu vertreiben, weil er das Persönlichkeitsrecht des Gustav Gründgens verletze²²⁵⁸;
- (5) Verbot des Romans „Esra“ von Maxim Biller, weil er das Persönlichkeitsrecht der Person, an die die Romanfigur angelehnt wurde, verletze²²⁵⁹
- (6) Verbot gegenüber Zirkusbetreibern, Darbietungen mit Wildtieren (Raubkatzen, Großbären, Elefanten etc.) vorzunehmen
- (7) Gerichtlich bestätigtes Verbot der Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie, die ohne Einwilligung der abgebildeten Person erfolgte²²⁶⁰

²²⁵⁰ BVerfGE 31, 229, 239 (Schulbuch); 49, 382, 392 (Urheberrecht); 71, 162, 176 (Werbeverbot für Ärzte).

²²⁵¹ Der Schutz unterliegt hier formell dem Vorbehalt gesetzlicher Ausgestaltung bzw. Regelung (vgl. Art. 12 I S. 2, 14 I S. 2 GG) und materiell der Einschränkung durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I S. 2 bzw. die Sozialpflichtigkeit nach Art. 14 II GG.

²²⁵² Vgl. BVerfGE 142, 74, 101 ff. (Verwendung von Samples in Musikstück) – vgl. dazu unten Rn 536 Bsp 3.

²²⁵³ Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn 18; vgl. auch BVerfGE 31, 229, 240 (Schulbuch).

²²⁵⁴ Vgl. BVerfGE 30, 173, 191 (Mephisto); 81, 278, 292 (Bundesflagge).

²²⁵⁵ BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates).

²²⁵⁶ BVerfGE 142, 74 ff. (Verwendung von Samples in Musikstück) – zur Rechtfertigungsebene unten Rn 536 Bsp 3.

²²⁵⁷ LG Hamburg APf 2017, 177 (Böhmermanns Schmähgedicht).

²²⁵⁸ BVerfGE 30, 173, 188 f. (Mephisto); *Kingreen/Poscher*, Rn 853.

²²⁵⁹ BVerfGE 119, 1, 29 ff.; BGH NJW 2008, 2587, 2588 (jeweils Esra). Vgl. dazu sogleich Rn 536.

²²⁶⁰ BVerfG NJW 2018, 1744 f.

- (8) Verhinderung des Auftritts eines Künstlers, etwa durch die Weigerung, ihm die Festhalle, in der der Auftritt stattfinden soll, zu überlassen.²²⁶¹
- (9) Eine auf der Grundlage von § 18 JuSchG erfolgte, gerichtlich bestätigte Aufnahme eines Werks in die Liste der jugendgefährdenden Medien („Indizierung“).²²⁶² Folge einer Indizierung ist das Verbot, das Kunstwerk Kindern und Jugendlichen zugänglich zu machen, es zu bewerben und zu verbreiten (§ 15 I JuSchG).

533 Wo jedoch schon der Schutzbereich aufgrund eigenmächtigen Eingreifens in die Rechte Dritter bzw. kollidierende Verfassungsgüter als nicht eröffnet angesehen wird (s.o.), ist kein Eingriff in die Kunstfreiheit denkbar.

534 Geht es um ein Leistungsbegehren (z.B. „Antrag“ auf Benutzung öffentlicher Verkehrsflächen, um eine Kunstperformance darbieten zu können), sind die einschlägigen Vorschriften (etwa landesrechtliche Vorschriften des Straßenrechts bzgl. Gemeingebrauch oder Sondernutzung) „kunstfreundlich“ auszulegen. Musikalische Darbietungen weniger Straßenmusikanten ohne Verstärker sind daher wohl als (zulassungsfreier) Gemeingebrauch einzustufen. Auf jeden Fall lässt die Kunstfreiheit das Ermessen bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis schrumpfen.²²⁶³

535 Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt unter dem Aspekt der Diskriminierung auch bei **faktischen Maßnahmen** in Betracht, etwa wenn eine andere Kunstrichtung durch eine Subvention gefördert wird. Allerdings folgt aus dem objektiven Auftrag des Staates zur Förderung der Kunst ein weiter Spielraum, der erst dann überschritten wird, wenn die Förderung einer bestimmten Kunstrichtung willkürlich erscheint oder auf nicht vertretbaren Umständen basiert. Eine Vergabe der Förderung durch unabhängige sachverständige Gremien wird der Kunstfreiheit am ehesten gerecht.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (Grundrechtsschranken)

536 Die Kunstfreiheit unterliegt **keinem Gesetzesvorbehalt**.²²⁶⁴ Insbesondere wird sie (in Übereinstimmung zur Wissenschaftsfreiheit) nicht durch den Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG tangiert. Denn dieser bezieht sich auf die Grundrechte aus Art. 5 I GG und steht zudem systematisch *vor* den Grundrechtsverbürgungen des Art. 5 III GG. Es wäre unsystematisch, wenn im Gesetz die Schranke vor ihrem Grundrecht stünde. Die Kunstfreiheit ist mithin vorbehaltlos gewährleistet, kann jedoch durch **kollidierendes Verfassungsrecht**, d.h. durch Grundrechte Dritter und andere wichtige Güter von Verfassungsrang eingeschränkt werden (verfassungsimmanente Schranken).²²⁶⁵ Einer Übertragung der meinungsfreiheitsfreundlichen Auslegung des BVerfG zu Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG auf Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG, wonach bei Äußerungen, die mehrere nachvollziehbare Interpretationsmöglichkeiten zulassen, diejenige Interpretation zu wählen ist, die nicht in irgendeiner Form als rechtswidrig oder gar sanktionsbedürftig einzustufen ist (dazu Rn 428), bedarf es nicht, und zwar auch dann nicht, wenn mit der Kunst eine Meinung vermittelt werden soll. Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und vermittelt damit systematisch und methodisch ein höheres Schutzniveau; einer Überwindung der Schranken des Art. 5 II GG bedarf es daher nicht.²²⁶⁶ Zudem bedeutet Kunst-

²²⁶¹ VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777, 778 ff. (Roger Waters).

²²⁶² BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“).

²²⁶³ Vgl. BVerwGE 84, 71, 78.

²²⁶⁴ Insoweit klarstellend etwa BVerfGE 142, 74, 101 ff. (Verwendung von Samples in Musikstück); 119, 1, 29 ff. (Esra); BGH NJW 2008, 2587, 2588 (Esra); BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfG NJW 2001, 598 (Grenzen der Zitierfreiheit); BVerfGE 30, 173, 191 (Mephisto); 83, 130, 139 („Josefine Mutzenbacher“); LG Hamburg AfP 2017, 177 (Böhmermanns Schmähedicht); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn 95 ff.

²²⁶⁵ St. Rspr., vgl. nur BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“); BVerfGE 142, 74, 101 f. (Samples in Musikstück); BVerfG NJW 2018, 1744 f. (Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person).

²²⁶⁶ Nicht zu folgen daher VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777, 781.

freiheit auch nach Auffassung des BVerfG, dass der rechtlichen Würdigung von mehreren möglichen Interpretationen eines Kunstwerks diejenige Interpretation zugrunde zu legen ist, „in der das Kunstwerk fremde Rechte oder Allgemeininteressen nicht beeinträchtigt“.²²⁶⁷ Das hohe Schutzniveau eines vorbehaltlos gewährten Grundrechts ist daher schlicht bei der **Abwägung** mit dem kollidierenden anderen wichtigen Verfassungsgut zu berücksichtigen (**praktische Konkordanz**).²²⁶⁸

Beispiele:

- (1) Ein Grundrecht Dritter ist das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, das etwa bei Angriffen auf die **Ehre** (dazu Rn 269), bei der Veröffentlichung einer satirischen Fotomontage²²⁶⁹ oder bei sonstiger Entstellung der Persönlichkeit²²⁷⁰ einschlägig ist. Auch wenn die Hauptfigur des Romans „**Esra**“ von Maxim Biller eng an eine wirklich existierende Person angelehnt ist und der Autor dabei höchstpersönliche Sachverhalte offenbart, kann ein zivilgerichtliches Verbot des Romans aufgrund des Schutzes des Persönlichkeitsrechts der Person, an die die Romanfigur angelehnt wurde, gerechtfertigt sein. Hierbei hat das BVerfG folgende Formel aufgestellt: Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiege die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung besonders geschützte Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berühre, desto stärker müsse die Fiktionalisierung sein, um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts auszuschließen.²²⁷¹ Der BGH, dessen Urteil vom BVerfG aufgehoben wurde, hat zwischenzeitlich erneut entschieden.²²⁷²
- (2) Bei einer **Satire** kann das Grundrecht des Satirikers aus Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG mit dem ebenfalls grundrechtlich geschützten **Urheberrecht** (Art. 14 I GG) oder dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) desjenigen kollidieren, dessen Person der Lächerlichkeit preisgegeben wird.²²⁷³
- (3) Bei der unautorisierten Verwendung einer aus einem fremden Werk stammenden Rhythmusfolge (Rhythmussequenz) in einem anderen Song (**Sampling**, siehe bereits Rn 524 und Rn 532 Bsp 2) müssen die widerstreitenden Interessen (Kunstfreiheit des „Samplers“ auf der einen Seite; in der Eigentumsgarantie wurzelndes Urheberrecht des Rechteinhabers auf der anderen Seite) miteinander und gegeneinander abgewogen werden. Das BVerfG ist der Auffassung, dass die Entnahme lediglich kleiner Ausschnitte aus einer fremden Tonspur (im Fall ging es um den Einbau einer zwar nur 2-sekündigen, aber ständig wiederkehrenden Rhythmussequenz in einen Hip-Hop-Song) nicht ohne weiteres das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers gem. § 85 I S. 1 UrhG verletze. Zu berücksichtigen sei der Umstand, dass der Einsatz von Samplern ein stilprägendes Element des Hip-Hop sei und eine zu restriktive Auslegung des Gesetzes zum Aus für diese Musikrichtung führen könne. Die Verwendung kurzzeitiger Rhythmusfolgen sei daher vom Rechteinhaber zu dulden, wenn hierdurch dessen Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt würden. Dies gelte insbesondere für die Nutzung der nach § 85 I S. 1 UrhG geschützten Tonträger zu künstlerischen Zwecken. Bei der erforderlichen Abwägung

²²⁶⁷ Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 f.; BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 67, 213, 230 (Anachronistischer Zug); 81, 298, 307 (Verunglimpfung der Nationalhymne) – übersehen von VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777 ff.

²²⁶⁸ Begriff nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 317 ff.; verwendet bspw. auch von BVerfGE 89, 214, 232; 129, 78, 101 f.; 134, 204, 223; 142, 74, 101 ff. (Samples in Musikstück); BVerfG NVwZ 2023, 1427, 1429 („Gehwegbelastigung“).

²²⁶⁹ BGH NJW 2004, 596 f. (aufgehoben von BVerfG NJW 2005, 3271).

²²⁷⁰ BVerfGE 119, 1, 29 ff. (Esra).

²²⁷¹ BVerfGE 119, 1, 29 ff. (Esra). Das Gericht hat entschieden, dass der Roman die Persönlichkeitsrechte der Ex-Geliebten Billers mit seiner detaillierten Beschreibung einer Liebesbeziehung verletze. Im Unterschied zu vorhergehenden Instanzen wurde allerdings gleichzeitig betont, dass die Mutter der Geliebten, die sich ebenfalls in einer Figur des Romans wiedererkannte, keinen Unterlassungsanspruch habe.

²²⁷² BGH NJW 2008, 2587, 2588 f. (Esra). Vgl. dazu auch *Enders*, JZ 2008, 581 ff.; *Hahn*, ZUM 2008, 97, 100 ff.; *Ladeur*, AfP 2008, 30 ff.; *Lenski*, NVwZ 2008, 281 ff.; *Gostomzyk*, NJW 2008, 737 ff.; *Schröder*, DVBl 2008, 146 ff.; *Hufen*, JuS 2008, 363 ff.; *Wittreck*, Jura 2009, 128 ff.; *Betzinger*, JA 2009, 125 ff.

²²⁷³ Vgl. dazu ebenfalls BGH NJW 2004, 596 f.; NJW 2001, 603 ff. Zum „Fall Böhmermann“ siehe sogleich Bsp 5.

der widerstreitenden Güter sei andererseits zu berücksichtigen, ob die Gefahr von Absatzrückgängen für den Urheber und damit eine Schmälerung seines wirtschaftlichen Rechts am eigenen Werk auch im Hinblick auf Art. 14 GG zu befürchten sei, was dann anzunehmen sei, wenn das neu geschaffene Werk eine so große Nähe zu dem Tonträger der Originalsequenz aufweise, dass eine Konkurrenzsituation mit dem neuen Tonträger entstehen könne. Dabei seien die künstlerische Signifikanz der Ähnlichkeit der entlehnten Sequenz, der zeitliche Abstand zum Ursprungswerk sowie die Bekanntheit des Werks und des Urhebers zu gewichten.²²⁷⁴ Der EuGH hat den Standpunkt des BVerfG relativiert. Er hat entschieden, dass Art. 2 lit. c der RL 2001/29, der das ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers gewährt, anderen die Vervielfältigung seines Tonträgers zu erlauben oder zu verbieten, unter Berücksichtigung des Art. 13 GRC dem Rechteinhaber das Recht gewähre, darüber zu entscheiden, ob ein Dritter ein – auch nur sehr kurzes – Audiofragment seines Tonträgers nutzen darf, um es in einen anderen Tonträger einzufügen. Anderes gelte nur dann, wenn dieses Fragment in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt werde.²²⁷⁵ Der Einbau einer fremden Rhythmussequenz ist demnach (außer bei Gestattung) nur zulässig, wenn dieses Fragment in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt wird. Oder umgekehrt formuliert: Der Einbau einer fremden Rhythmussequenz ist – sofern keine Gestattung vorliegt – unzulässig, wenn das übernommene Fragment nicht geändert wird und erkennbar wiederkehrt²²⁷⁶. Da jedoch auch das Sampling jedenfalls dann, wenn es Ausdruck einer eigenen künstlerischen Betätigung ist, vom Kunstbegriff erfasst ist und unter dem Schutz des Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG und des Art. 13 S. 1 Var. 1 GRC steht, wird man im Ergebnis nicht per se sagen können, dass die Schutzinteressen des Rechteinhabers den Vorrang genießen. Man wird aber sagen können: Je öfter das übernommene, unveränderte Fragment in dem neu geschaffenen Werk „erkennbar wiederkehrt“, desto eher wird man ein Überwiegen der Schutzinteressen des Rechteinhabers annehmen müssen. Der Gesetzgeber hat – wie bei Rn 524 ausgeführt – nunmehr geregelt, dass die erkennbare Übernahme einer Melodie i.d.R. eine öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Pastiche ist, deren Veröffentlichung oder Verwertung nicht der Zustimmung des Urhebers bedarf (vgl. § 51a UrhG). Damit hat er also der Kunstfreiheit den Vorrang eingeräumt.

- (4) Wird Zirkusbetreibern verboten, Darbietungen mit Wildtieren (Wildkatzen, Großbären, Elefanten etc.) vorzunehmen („**Wildtierversbot**“), bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, die die widerstreitenden Verfassungsgüter (Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG und regelmäßig auch Art. 12 I GG auf der einen Seite; durch die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG gewährleisteter Tierschutz auf der anderen Seite) abwägt. Freilich muss dabei berücksichtigt werden, dass dem Staatsziel Tierschutz aufgrund der „weichen“ Formulierung in Art. 20a GG und der dort formulierten Vorbehaltsklausel nicht der gewünschte Stellenwert zukommt, um dem Tierschutz tendenziell den Vorrang einräumen zu können. Verstärkt wird dieser Missstand durch die ständige Rechtsprechung des BVerfG zur Kunstfreiheit, in der stets die Vorbehaltlosigkeit betont wird. Ein Verordnungsentwurf der Bundesagrarministerin, wonach fahrende Zirkusse zumindest von bestimmten Wildtieren keine neuen Exemplare anschaffen dür-

²²⁷⁴ Vgl. BVerfGE 142, 74, 105 f. (Samples in Musikstück). Im entschiedenen Fall ging es um die Übernahme einer 2-sekündigen Rhythmussequenz aus der Tonspur des Musikstücks „Metall auf Metall“ der Band „Kraftwerk“ in dem Titel „Nur mir“ von Moses Pelham (gesungen von Sabrina Setlur). Das BVerfG hob damit ein Urteil des BGH (NJW 2013, 1885) auf. Der BGH hatte entschieden, dass die Übernahme selbst kleinster Tonsequenzen einen unzulässigen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger darstelle, soweit der übernommene Ausschnitt gleichwertig nachspielbar sei. Das BVerfG verwies die Sache zwecks Neuverhandlung unter Berücksichtigung der von ihm aufgestellten Kriterien an den BGH zurück. Dieser hat das Verfahren daraufhin ausgesetzt und dem EuGH Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/29/EG („Urheberrechtsrichtlinie“) und der Richtlinie 2006/115/EG („Vermiet- und Verleiherrechtsrichtlinie“) vorgelegt (BGH K&R 2017, 576 ff.). Der EuGH hat am 29.7.2019 (NJW 2019, 2913) entschieden, dazu sogleich.

²²⁷⁵ EuGH NJW 2019, 2913, 2915.

²²⁷⁶ Schulze, NJW 2019, 2918.

fen, scheiterte im Sommer 2021 im Bundesrat, sodass sich vorerst an der Rechtslage nichts ändert.

- (5) Geht es um **politische Satire**, die eine (vermeintliche) Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole zur Folge hat, ist – wie bereits erwähnt – zu beachten, dass der Staats- und Symbolschutz nicht zu einer Immunisierung des Staates gegen Kritik führen darf. Es bedarf einer einzelfallbezogenen Abwägung der widerstreitenden Verfassungsgüter. Dabei gilt es, den politischen Kern der Aussage zu erkennen und dessen Funktion im politischen Meinungskampf zu würdigen und schließlich gegen die Staatsschutzinteressen abzuwägen.²²⁷⁷ Geht es (im Rahmen einer **Satire** wie im „Fall Böhmermann“) speziell um die Kritik an einem politischen System, wobei das betreffende **Staatsoberhaupt** herabgewürdigt wird, ist ebenfalls eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen, wobei die ehrwürdige Aussage selbst dann nicht isoliert betrachtet werden darf, wenn sie geschmacklos ist oder sogar einen Angriff auf die Würde des Versmähten („Ziegenficker“; „Kinderpornos schauen“, „unterhalb eines Schweins bzw. Schweinefurzes stehend“) darstellt.²²⁷⁸ Auch in einem solchen Fall ist die Äußerung stets im Gesamtzusammenhang zu sehen, in dem sie getätigt wurde, was jedoch nicht heißt, dass sie zu dulden wäre.²²⁷⁹
- (6) Geht es um künstlerische Fotografie (etwa von Bauwerken oder Straßenabschnitten) und wird dabei eine zufällig anwesende Person mit aufgenommen, kann deren Persönlichkeitsrecht (hier: Recht am eigenen Bild) trotz § 23 I Nr. 4 KUG höher wiegen als die Kunstfreiheit des Fotografen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Fotografie öffentlich gemacht wird, die Person „angepöbeln“ wird (etwa, weil sie gerade aus einem Pfandleihhaus, Bordell etc. kommend abgebildet wird) oder sie großformatig dargestellt ist.²²⁸⁰
- (7) Und hinsichtlich der Weigerung der Stadt Frankfurt bzw. des Landes Hessen, Roger Waters, Mitgründer der Rockgruppe Pink Floyd, die Festhalle Frankfurt a.M. für einen Auftritt zu überlassen, war die Kunstfreiheit des für seine israelfeindliche Haltung bekannten Künstlers aus Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG mit dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 GG umfassten postmortalen Persönlichkeitsrecht der in der Festhalle anwesenden individualisierbaren Opfer der NS-Gräueltaten und generell mit dem Geltungs- und Achtungsanspruch aller in Deutschland lebenden Juden abzuwägen.²²⁸¹
- (8) Geht es um ein Kunstwerk verrohten Inhalts, seine einen kriminellen Lebensstil (insbesondere den Drogenhandel) verherrlichenden Texte und seinen Frauen und homosexuelle Menschen diskriminierenden Inhalt (im konkreten Fall ging es um die Indizierung eines Songs aus dem Genre „Gangsta-Rap“, der eindeutig abwertende Begriffe wie „Fotze“ und „Missgeburten-Gang“ und klar gewaltverherrlichende Aussagen wie „Ja, ich schieße auf Politiker, Minister, zielsicher/Bin der Attentäter, ...“ enthielt – dazu oben Rn 524), überwiegt der verfassungsrechtlich in Art. 6 II GG und Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG verankerte Jugendschutz, der das Recht der Eltern sowie der Kinder und Jugendlichen impliziert, dass sich Kinder und Jugendliche zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln können.²²⁸²

Hinweis für die Fallbearbeitung: Fälle wie die Beispiele 1, 2, 3, 5 und 6 sind oft Ausgangspunkt für einen **Zivilprozess**, bei dem sich die in ihren Rechten verletzte Person um Unterlassung oder Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Per-

537

²²⁷⁷ Vgl. dazu die Rspr. des BVerfG zu politischen Kunstwerken: BVerfG NJW 2001, 596 (Lied „Deutschland muss sterben“); BVerfGE 81, 298, 304 (Nationalhymne); 81, 278, 289 (Bundesflagge).

²²⁷⁸ LG Hamburg APF 2017, 177; OLG Hamburg APF 2018, 335 (Böhmermanns Schmähdgedicht).

²²⁷⁹ Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, StraFR BT I, 23. Aufl. 2023, Rn 944a, 944b (Abwägung im Rahmen des Beleidigungsparagraphen § 185 StGB).

²²⁸⁰ BVerfG NJW 2018, 1744, 1745 (Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person).

²²⁸¹ VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777, 778 ff.

²²⁸² BVerfG GRUR 2023, 157, 158 („Bushido“) mit Bespr. v. Muckel, JA 2023, 520.

sönlichkeitsrechts bemüht. Zwar kann der Klagegegner als Privatperson unmittelbar keine Grundrechte verletzen, weil er nicht Grundrechtsadressat ist, jedoch kann er gegen einfachgesetzliche Bestimmungen (etwa gegen §§ 22, 23 KUG, §§ 23 I, 85 I S. 1 UrhG oder §§ 823 I, 1004 I BGB) verstoßen²²⁸³, die gerade dem (Grund-)Rechtsschutz des Betroffenen zu dienen bestimmt sind. Auch kommt ein Verstoß gegen Art. 6 DSGVO in Betracht. Geht man von der Verfassungsmäßigkeit der streitentscheidenden Normen aus, hat das Tatgericht dann bei deren Auslegung i.d.R. eine Abwägung vorzunehmen zwischen den Grundrechten (i.d.R. Persönlichkeitsrecht, Meinungsäußerungsfreiheit, Kunstfreiheit) des Klägers und den Grundrechten (i.d.R. Meinungsäußerungs-, Pressefreiheit, Kunstfreiheit, Eigentumsgarantie) des Beklagten. Sofern ein Urteil gesprochen wird, ergeht dieses zu Lasten mindestens einer Prozesspartei und greift damit in deren Grundrechte ein. Dieses (bzw. das letztinstanzliche) Urteil ist es dann, das als staatlicher Akt wegen Verletzung von Grundrechten vor dem BVerfG im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde angegriffen werden kann. Das BVerfG prüft dann, ob das Fachgericht bei seiner Urteilsfindung die Bedeutung der widerstreitenden Grundrechte verkannt, ob es also spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat. Überprüft wird, ob das Fachgericht eine rechtsfehlerfreie Abwägung zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern vorgenommen hat.²²⁸⁴ Diese Abwägung ist folgendermaßen vorzunehmen: Zunächst ist eine abstrakte, d.h. eine vom zu entscheidenden Fall unabhängige Bewertung der widerstreitenden Rechtsgüter vorzunehmen. Ist z.B. das eine Grundrecht einfacher einzuschränken als das andere, besitzt es grundsätzlich eine geringere Wertigkeit. Entscheidend ist aber letztlich der konkrete Einzelfall. Es ist zu untersuchen, bei welchem Grundrecht der Eingriff schwerer wiegt. Dabei ist die Unterscheidung zwischen Peripherie und Kernbereich nützlich: Ist bei dem – abstrakt gesehen – höherwertigen Grundrecht lediglich der Randbereich betroffen, bei dem – abstrakt gesehen – geringerwertigen Grundrecht dagegen in den Kernbereich eingegriffen worden, ist es nicht zu beanstanden, wenn die konkrete Bewertung für den Vorrang des an sich geringerwertigen Grundrechts ausfällt. Daher war im Fall *Esra* (oben Bsp 1) die Verfassungsbeschwerde insofern begründet, als im Roman intime Lebenssachverhalte einer natürlichen Person offenbart wurden und aufgrund der Erzählungen für den Leser die Verbindung zu der betroffenen natürlichen Person zu erkennen war. Und im Fall des *Böhmermann-Schmähgedichts* (oben Bsp 5) kamen LG und OLG Hamburg zu der Entscheidung, dass die o.g. Passagen aufgrund ihrer Heftigkeit den Unterlassungskläger in seinem Persönlichkeitsrecht verletzen.²²⁸⁵

Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit vgl. im Übrigen Rn 180a.

Kommt es zu einem **Strafprozess** (etwa wegen Beleidigung gem. § 185 StGB), ist ebenfalls eine umfassende Rechtsgüterabwägung vorzunehmen. Sollte im konkreten Fall die Kunstfreiheit gegenüber dem Ehrschutz gewichtiger sein, ist der Angeklagte (wegen Verneinung des Tatbestands des § 185 StGB oder wegen Vorliegens berechtigter Interessen i.S.v. § 193 StGB) freizusprechen. Denn eine grundrechtlich erlaubte Äußerung/Verhaltensweise kann nicht strafbar sein.²²⁸⁶

- 538** Aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes ist bei Eingriffen durch die Exekutive aber stets eine **gesetzliche Grundlage** erforderlich. Bei einem Eingriff der Judikative (Eingriff in Form eines Urteils) ist dies i.d.R. die streitentscheidende Norm (bspw. § 1004 BGB) bzw. (bei einem Strafurteil) die materielle Strafnorm (bspw. § 185 StGB), derentwegen der Betroffene verurteilt wird. In Anwendung der Norm muss das Gericht

²²⁸³ Das betrifft etwa die Frage nach der Zulässigkeit der Veröffentlichung von Einträgen in Internetbewertungsportalen (vgl. dazu Rn 266, 276 und 517c) oder der Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person (BVerfG NJW 2018, 1744 f.), aber auch die Verwendung von Bildnissen prominenter Personen zu Werbezwecken (BGH NJW 2021, 1303 ff. und BGH NJW 2021, 1311 ff.).

²²⁸⁴ Vgl. zu dieser Abwägung bspw. BVerfGE 142, 74, 105 ff. (Verwendung von Samples in Musikstück).

²²⁸⁵ LG Hamburg AfP 2017, 177; OLG Hamburg AfP 2018, 335 (Böhmermanns Schmähgedicht).

²²⁸⁶ Vgl. oben Rn 536 Bsp 5 mit Verweis auf *R. Schmidt*, StrafR BT I, 23. Aufl. 2023, Rn 944a, 944b (Abwägung im Rahmen des Beleidigungsparagrafen § 185 StGB).

bei seiner Entscheidung die Bedeutung der Kunstfreiheit beachten (keine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts). Vgl. dazu auch Rn 287.

Konkurrenzen: Zu den Grundrechten aus Art. 5 I GG (insbesondere Meinungsäußerungsfreiheit) ist die Kunstfreiheit das spezielle Grundrecht.²²⁸⁷ Kann sich also der Grundrechtsträger sachlich sowohl auf Meinungsäußerungs- als auch auf Kunstfreiheit berufen, braucht die Meinungsäußerungsfreiheit in der Fallbearbeitung i.d.R. nicht separat geprüft zu werden. Etwas anderes kann freilich dann gelten, wenn im Rahmen der Grundrechtskollision (= Kollision mit Grundrechten Dritter) die Kunstfreiheit mit den Grundrechten des anderen (insbesondere mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) abgewogen werden muss. Dann kann die Meinungsäußerungsfreiheit zur „Verstärkung“ der Kunstfreiheit (insbesondere bei der sog. *engagierten Kunst*, also bei der Kunst, die neben der eigentlichen künstlerischen Aussage auch eine politische Aussage enthält²²⁸⁸) herangezogen werden.

538a

Beispiel: Beeinträchtigt ein Satiriker mit einer politischen Satire das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Politikers und begehrt dieser Politiker daher Unterlassung, muss bei der Frage, ob der Unterlassungsanspruch (aus § 1004 I BGB) begründet ist, eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit des Satirikers und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des von der Satire negativ betroffenen Politikers vorgenommen werden. Da in diesem Fall die Satire nicht nur Ausdruck der Kunstfreiheit, sondern auch der Meinungsäußerungsfreiheit ist, kann diese zur „Verstärkung“ der Kunstfreiheit herangezogen werden. „Zusammen“ können also die Kunstfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht überwiegen; der Unterlassungsanspruch wäre dann unbegründet.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da es in der vorstehenden Konstellation nicht um einen Abwehranspruch gegen eine Maßnahme der Exekutive, sondern um eine Abwägung widerstreitender Interessen Privater geht, die im Rahmen eines Zivilprozesses vorzunehmen ist, ist es zulässig, die Schutzbereiche der Kunstfreiheit und der Meinungsäußerungsfreiheit auf Seiten des Satirikers kumuliert zu prüfen und gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des von der politischen Satire negativ Betroffenen abzuwägen.

II. Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG

Als weiteres Grundrecht enthält Art. 5 III S. 1 GG die Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre, die – wie die Kunst – „frei“ sind. Mit „frei“ ist nicht nur gemeint, dass das Grundrecht in einer Funktion als Abwehrrecht vorbehaltlos gewährt ist und zu einer selbstständigen und weisungsungebundenen Ausübung berechtigt²²⁸⁹, sondern dass der Staat (d.h. der Gesetzgeber) auch den auf dem Gebiet der Wissenschaft tätigen Personen gegenüber verpflichtet ist, eine Organisationsstruktur zu schaffen, die eine entsprechende freie wissenschaftliche Betätigung ermöglicht²²⁹⁰. Aus Art. 5 III S. 1 GG ergibt sich aber weder für die Hochschule oder Teile davon noch für Professoren ein Recht auf Fortbestand einer konkreten wissenschaftlichen Einrichtung; die Wissenschaftsfreiheit gewährt kein Recht auf Schaffung oder Erhalt einer bestimmten wissenschaftlichen Einrichtung.²²⁹¹ Daher steht Hochschulen, Fakultäten und Professoren auch kein Recht auf Erhaltung „ihrer“ Hochschule zu.²²⁹² Freilich ist zu beachten, dass auch

538b

²²⁸⁷ BVerfGE 30, 173, 191, 200; 33, 52, 70 f.; 75, 369, 377; *Zöbeley*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 5 Rn 105.

²²⁸⁸ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2000; wie hier auch *Witreck*, JuS 2006, 729, 732 (Klausurfall).

²²⁸⁹ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 f. mit Verweis auf BVerfGE 35, 79, 113; 47, 327, 367; 90, 1, 12; 111, 333, 354; 127, 87, 115.

²²⁹⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 f. (Fusion zweier Hochschulen); NVwZ 2011, 224 ff. (Verfassungswidrigkeit von Teilen des HmbHochschG). Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 432, 433.

²²⁹¹ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1373 mit Verweis auf BVerfGE 85, 360, 384 f.

²²⁹² BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 ff. Vgl. auch BbgVerfG NVwZ 2016, 1175.

die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit ihre Grenze in kollidierendem Verfassungsrecht findet (dazu Rn 549).

Beispiel: P ist Professor an der Universität des Landes L und Leiter des universitäts-eigenen Instituts für Hirnforschung. Im Rahmen seiner Grundlagenforschung möchte P Affenversuche durchführen und beantragt daher die erforderliche Genehmigung gem. § 7 II S. 1 Nr. 1, § 7a I Nr. 1 i.V.m. § 8 I S. 1 TierSchG. Der zuständige Wissenschaftsminister von L möchte den Antrag nicht genehmigen, weil er der Auffassung ist, P habe wissenschaftlich nicht begründet dargelegt, dass die Grundlagenforschung unerlässlich sei (vgl. § 7a I Nr. 1, II TierSchG). Zudem sei das Merkmal „unerlässlich“ wegen der Verfassungsbestimmung *Tierschutz* (Art. 20a GG) restriktiv auszulegen.

In diesem Fall hat der Minister aufgrund der Formulierung „ist zu erteilen, wenn...“ in § 8 I S. 2 TierSchG zwar kein Ermessen, dennoch hat er auf Tatbestandsebene bei der Frage nach der „Unerlässlichkeit“ die Bedeutung des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, das für die Erteilung der Genehmigung streitet, mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten Tierschutz abzuwägen. Da es sich bei Art. 20a GG aber „nur“ um eine Staatszielbestimmung handelt, die den Tierschutz lediglich „im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung“ gewährleistet²²⁹³, andererseits die Wissenschaftsfreiheit jedoch ein Grundrecht ohne Schrankenvorbehalt darstellt, genießt bei einer Abwägung dieser widerstreitenden Positionen tendenziell die Wissenschaftsfreiheit jedenfalls dann den Vorrang, wenn die Belastungen für die Tiere nur gering bis mäßig sind.²²⁹⁴ Man kann sagen, dass Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen in Genehmigungsnormen eine gewichtige Rolle spielt, was in Ermangelung überragend wichtiger Gegengründe zur Erteilung der Genehmigung führt, auch wenn man aus ethischer Sicht dem Tierschutz den Vorrang gewähren möchte. Möglicherweise verstoßen die genannten Vorschriften des TierSchG aber gegen die EU-Tierversuchsrichtlinie.²²⁹⁵ Aus den Punkten 23 und 38 der Erwägungsgründe sowie aus Art. 16 II, 36 und 38 der Richtlinie ergibt sich, dass Tierversuchsprojekte vor der Genehmigung einer sorgfältigen und vom Antragsteller unabhängigen Prüfung durch die Behörde unterzogen werden müssen. Insbesondere muss unter Berücksichtigung ethischer Erwägungen geprüft werden, ob das erwartete Ergebnis die Schäden, die den Tieren zugefügt werden (Leiden, Schmerzen, Ängste, dauerhafte Schäden) rechtfertigt. Gemäß § 8 I TierSchG ist es hingegen ausreichend, wenn der Antragsteller hierzu wissenschaftlich begründet darlegt, dass die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Diese Regelung unterschreitet also das Mindestschutzniveau der Richtlinie und könnte daher unionsrechtswidrig sein.²²⁹⁶

Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG

I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit wird durch die Begriffe Wissenschaft, Forschung und Lehre bestimmt. Dabei handelt es sich nicht um ein Nebeneinander dreier Grundrechte. Vielmehr bildet der Begriff der Wissenschaft den Oberbegriff und umschließt die Forschung und Lehre. Daher ist die Formulierung in Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG so zu verstehen, dass die „wissenschaftliche Forschung und Lehre frei“ sind.

Nach der Rspr. des BVerfG ist **wissenschaftliche Forschung** jede Tätigkeit, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen“ ist. In der Literatur werden zutreffend zusätzlich ein gewisser Kenntnisstand sowie ein methodisches Vorgehen verlangt. Jedenfalls steht fest, dass der Schutzbereich nicht auf die wissenschaftliche Tätigkeit an staatlichen Einrichtungen beschränkt ist. Allerdings liegt hier ein Schwerpunkt wissenschaftlicher Tätigkeit. Erfasst werden nicht nur alle Aktivitäten der Forschung mit allen vorbereitenden und unterstützenden Handlungen, sondern auch die angewandte Forschung, nicht jedoch die bloße Anwendung bereits erforschter Erkenntnisse. Auch

²²⁹³ Zu den Staatszielbestimmungen vgl. ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 62 ff./306 ff.

²²⁹⁴ So BVerfG NVwZ 2014, 450, 451 f.

²²⁹⁵ Richtlinie 2010/63/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.9.2010.

²²⁹⁶ Zum Verhältnis EU-Recht/nationales Recht vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 354 ff.

die sog. Zweck- oder Auftragsforschung genießt den Schutz der Wissenschaftsfreiheit, solange nicht der Auftraggeber entscheidenden Einfluss auf das Forschungsergebnis hat.

Die **wissenschaftliche Lehre** steht im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Forschung und muss selbstständig und frei von Weisung durchgeführt werden. Hauptanwendungsfeld der wissenschaftlichen Lehre sind Universitäten und (wissenschaftliche) Fachhochschulen. Der Unterricht an Schulen ist – da er diese Voraussetzungen nicht erfüllt – nicht geschützt. Hier ist aber Art. 7 GG einschlägig. In den Schutzbereich des Art. 5 III GG fällt aber u.a. die Bestimmung der Hochschullehrer über Inhalt, Methoden und Ablauf der Lehrveranstaltungen. Auch Prüfungen werden erfasst, sofern sie rechtlich oder faktisch die Lehre abschließen.

Ähnlich wie bei der ebenso vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit kann auch bei der Wissenschaftsfreiheit in Erwägung gezogen werden, bereits eine **Schutzbereichsbegrenzung** für die Fälle vorzunehmen, in denen der Tätige eigenmächtig in fremde Rechte, insbesondere Leben und Gesundheit von Menschen, eingreift.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriffe in den Schutzbereich kommen bei **beliebigen staatlichen Einwirkungen** auf den Prozess der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse in Betracht. Der Eingriff kann dabei in der Einflussnahme auf einen einzelnen Wissenschaftler liegen, aber auch in der Einflussnahme auf die gesamte Einrichtung. Insbesondere schützt das Grundrecht vor Eingriffen in die Hochschulautonomie.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nach inzwischen einhelliger Meinung wird das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nicht durch den Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG tangiert. Die Wissenschaftsfreiheit unterliegt allein den **verfassungsimmanenten Schranken** durch Grundrechte Dritter und andere wichtige Güter von Verfassungsrang. Vgl. dazu die Ausführungen bei Rn 193 (Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht) und den Beispielsfall bei Rn 195. Es ist daher stets eine **Abwägung** zwischen dem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit und dem kollidierenden Grundrecht oder sonstigem wichtigem Rechtsgut mit Verfassungsrang vorzunehmen.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit wird durch die Begriffe Wissenschaft, Forschung und Lehre bestimmt, wobei man den Begriff der Wissenschaft als Oberbegriff ansehen muss, der die beiden Teilgebiete der Forschung und Lehre umfasst. Daher ist die Formulierung in Art. 5 III S. 1 GG so zu verstehen, dass die „wissenschaftliche Forschung und Lehre frei“ sind.²²⁹⁷

539

Wissenschaftliche Forschung ist jede Tätigkeit, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen“ ist.²²⁹⁸

540

In der Literatur werden zusätzlich ein gewisser Kenntnisstand sowie ein methodisch geordnetes und kritisch reflektierendes Denken verlangt.²²⁹⁹ Dem ist zuzustimmen. Denn anderenfalls wäre eine Fortentwicklung von bestehenden Erkenntnisständen („Suche nach weiteren Erkenntnissen“), ein Hauptanliegen der wissenschaftlichen Forschung, kaum vorstellbar. Auch nach dem BVerfG umfasst die Forschungsfreiheit „die Erhebung und Vertraulichkeit von Daten im Rahmen wissenschaftlicher Forschungsprojekte als Bestandteil der Prozesse und Verhaltensweisen bei der Suche nach Erkenntnissen“.²³⁰⁰ Inhaltlich erfasst werden vom Gewährleistungsbereich alle wissenschaftlichen Tätigkei-

541

²²⁹⁷ Vgl. *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn 100 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn 136; *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 109; *Bremer*, NVwZ 2001, 167, 168 f.; *Müller*, NJW 2004, 1073.

²²⁹⁸ BVerfGE 35, 79, 113 (Hochschule/Gruppenuniversität); 47, 327, 367 (Hessisches Universitätsgesetz); vgl. auch BVerfGE 102, 304, 308; *Bremer*, NVwZ 2001, 167, 168 f.; *Müller*, NJW 2004, 1073.

²²⁹⁹ *Gärdtz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn 91; *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 109; *Kempfen*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 182.

²³⁰⁰ BVerfG NVwZ 2024, 416, 417 (Durchsuchung eines Universitätsinstituts) m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

ten, die eigenverantwortlich durchgeführt werden, von der Recherche aus allgemein zugänglichen Quellen bis hin zur Verbreitung der Forschungsergebnisse.²³⁰¹

- 541a** Aus der „Freiheit“ der Wissenschaft folgt, dass der Schutzbereich nicht auf die wissenschaftliche Tätigkeit an Universitäten beschränkt ist²³⁰², sondern sich auch auf andere Hochschulen erstreckt, deren Aufgabenbereich wissenschaftliche, auch anwendungsbezogene, Forschung umfasst. Auch und gerade der sog. Bologna-Prozess, wonach Universitäten und Fachhochschulen gleichermaßen als wissenschaftliche Ausbildungsstätten angesehen werden sollen, hat dies aufgezeigt. Desgleichen haben Bundes- und Landesgesetzgeber in den vergangenen Jahren Universitäten und Fachhochschulen aneinander angenähert. So unterscheiden die Hochschulgesetze nicht mehr strikt zwischen solchen Regelungen, die allein für Universitäten Geltung beanspruchen, und solchen, die für andere Hochschulen gelten. Ein „grundsätzliches Abstandsgebot“ existiert nicht.²³⁰³ So werden die wesentlichen Aufgaben und Ausbildungsziele heute von vielen Hochschulgesetzen für alle Hochschularten einheitlich normiert (vgl. etwa §§ 2 und 29 I BadWürtt-HochschG; Art. 2 und 76 I BayHIG; § 3 NdsHochschG; §§ 3, 46 und 49 HmbHochschG). Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung hat auch das BVerfG entschieden, dass die einst von ihm getroffene Feststellung, dass bei wissenschaftlichen Hochschulen die Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung und Lehre im Vordergrund stünden und dem Studierenden eine umfassende wissenschaftliche Ausbildung vermittelt werden solle, bei Fachhochschulen hingegen die Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit durch anwendungsbezogene Lehre vornehmliche Aufgabe sei²³⁰⁴, nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Zum einen seien auch für die Universitäten Ausbildungsaufgaben zentral, sodass die Universitätslehre notwendig auf Prüfungsordnungen ausgerichtet und durch Studienpläne gesteuert werde, ohne dass dadurch der Wissenschaftscharakter der Lehre in Frage gestellt würde. Zum anderen könne es ebenso wie bei Universitäten Aufgabe einer Fachhochschule oder der in ihr tätigen Professoren sein, ihren Studierenden im Rahmen der Ausbildungsaufgaben wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden zu vermitteln sowie sie zu wissenschaftlicher Arbeit zu befähigen.²³⁰⁵ Die in jüngster Zeit zu beobachtende Öffnung der Hochschulgesetze für die Einräumung von Grundlagenforschung und eines Promotionsrechts auch für Hochschulen für Angewandte Wissenschaften verstärkt die Tendenz zur Einebnung des traditionellen „Abstandsgebots“ zwischen Universitäten und anderen Hochschulen. Freilich müssen dann auch die organisatorischen Rahmenbedingungen (Anpassung der Lehrverpflichtung; Ausbau des akademischen Mittelbaus; Aufstockung des Verwaltungspersonals, um Professoren von nicht-professoralen Aufgaben wie dem eigenhändigen Fertigen von Kopien der Klausuraufgaben, der Durchführung von Klausuraufsichten etc. zu befreien) geschaffen werden, um dem Verdikt der „Halbherzigkeit“ bzw. Inkonsequenz zu entrinnen, was – offenbar aus Kostengründen – nicht gewollt ist.
- 541b** Damit ist höchstrichterlich geklärt, dass Fachhochschulprofessoren (und erst recht Professoren etwa an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften) jedenfalls dann, wenn ihnen ein Fach in Forschung und Lehre eigenständig übertragen wurde, sie wissenschaftliche, auch anwendungsbezogene, Forschung betreiben und Studierenden im Rahmen der Ausbildungsaufgaben wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden ver-

²³⁰¹ *Kempfen*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 182.

²³⁰² Siehe auch *Kempfen*, in: BeckOK, GG, Art. 5 Rn 184.

²³⁰³ Siehe bereits die 18. Auflage dieses Buches; später auch *Knopp*, NVwZ 2016, 1139, 1141, der ebenfalls auf die „nahezu fehlende Trennschärfe zwischen Universitäten und Fachhochschulen“ hinweist.

²³⁰⁴ Vgl. BVerfGE 61, 210, 244 f.; 64, 323, 354 f.

²³⁰⁵ BVerfG NVwZ 2010, 1285, 1286 – dazu *Kaufhold*, NJW 2010, 3276 ff.; *Waldeyer*, NVwZ 2010, 1279, 1280 ff.; *Hufen*, JuS 2011, 476 ff.

mitteln sowie diese zu wissenschaftlicher Arbeit befähigen sollen, in gleicher Weise wie ihre Kollegen von den Universitäten Wissenschaft i.S.d. Art. 5 III S. 1 GG betreiben.²³⁰⁶

Schließlich ist zu beachten, dass die Freiheit der wissenschaftlichen Forschung generell nicht auf staatliche Einrichtungen beschränkt ist²³⁰⁷, sondern auch die Forschung an privaten Einrichtungen erfasst. Denn Art. 5 III S. 1 GG ist kein ausschließliches Grundrecht der im Staatsdienst tätigen Wissenschaftler.

Mit der wissenschaftlichen Forschung in engem Zusammenhang steht die wissenschaftliche Lehre. Diese wird allgemein wie folgt definiert:

Wissenschaftliche Lehre bedeutet freie Wahl von Inhalt, Ansatz, Gegenstand, Form, Methode sowie der Art der Äußerung des wissenschaftlichen Befunds. Geschützt sind auch die Zeit und u.U. der Ort der Darbietung.²³⁰⁸

Auch hier gilt, dass wissenschaftliche Lehre nicht auf Universitäten beschränkt ist. Die Lehrtätigkeit sämtlicher Hochschulprofessoren ist durch Art. 5 III S. 1 GG geschützt, und zwar unabhängig davon, ob sie auf eigener Forschung des Lehrenden aufbaut.²³⁰⁹ Denn Aufgabe der Lehrfreiheit ist es, ein freiheitliches Bildungs- und Ausbildungssystem zu gewährleisten. Insoweit sind der Fachhochschullehrer – und erst recht der Hochschullehrer etwa an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften – auch in Bezug auf wissenschaftliche Lehre ebenso vom Schutz des Art. 5 III S. 1 GG erfasst wie sein universitärer Kollege.²³¹⁰ Ein „Abstandsgebot“ gibt es insofern nicht.

In den Schutzbereich des Art. 5 III S. 1 GG fällt das Recht der Hochschullehrer, ihr Fach in Forschung und Lehre eigenständig zu vertreten.²³¹¹ Dazu gehört, Inhalt, Methoden und Ablauf der Lehrveranstaltungen zu bestimmen²³¹², freilich unter Beachtung des Curriculums. Auch Prüfungen werden erfasst, sofern sie rechtlich oder faktisch die Lehre abschließen. Jedoch können die verfahrensrechtlichen Anforderungen von Prüfungen und die Bestehensvoraussetzungen durch Prüfungsordnungen vorgegeben werden.²³¹³ Der Unterricht an (allgemeinbildenden) Schulen ist nicht von Art. 5 III S. 1 GG geschützt²³¹⁴, da hier nicht die Vermittlung wissenschaftlicher Methoden im Vordergrund steht. Einschlägig ist aber Art. 7 GG.

Art. 5 III S. 1 GG hat auch eine **verfahrens- und organisationsrechtliche** Dimension: Der Schutz erfasst das Recht auf Mitwirkung der Grundrechtsträger im wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge der Hochschule und erstreckt sich auf alle wissenschaftsrelevanten Bereiche einschließlich Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt.²³¹⁵ Das BVerfG führt zudem aus: Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbeugnisse dem Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen seien, desto stärker müsse die Mitwirkung des Vertretungsorgans an der Bestellung und Abberufung und an den Entscheidungen des Leitungsorgans ausgestaltet sein.²³¹⁶ Ein Recht auf Schaffung oder Fortbestand einer konkreten wissenschaftlichen Einrichtung bzw. einer ganzen Hochschule gewährt Art. 5 III S.

²³⁰⁶ Siehe auch BVerfG a.a.O.

²³⁰⁷ *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn 103.

²³⁰⁸ Vgl. *Bremer*, NVwZ 2001, 167, 168 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

²³⁰⁹ BVerfG NVwZ 2010, 1285, 1298.

²³¹⁰ Vgl. auch *Kaufhold*, NJW 2010, 3276, 3277; *Waldeyer*, NVwZ 2010, 1279, 1280 f.; *Hufen*, JuS 2011, 476 ff.

²³¹¹ BVerfG NVwZ 2015, 432, 433 mit Verweis auf BVerfGE 122, 89, 105 f.; 126, 1, 19.

²³¹² BVerfGE 55, 37, 68 (Verfassungsmäßigkeit des Bremischen Hochschulgesetzes); BVerfG NVwZ 2010, 1285, 1287 (Wissenschaftsfreiheit auch für Fachhochschullehrer).

²³¹³ BVerfG NVwZ-RR 2006, 36.

²³¹⁴ *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn 103.

²³¹⁵ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371; NVwZ 2014, 1370. Vgl. auch *Hufen*, JuS 2015, 378.

²³¹⁶ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 mit Verweis u.a. auf BVerfG NVwZ 2014, 1370, 1371 f.

1 GG aber nicht²³¹⁷ (vgl. bereits Rn 538b). Insofern begründet Art. 5 III S. 1 GG auch keine Beteiligungsrechte der Hochschulen, Fakultäten oder einzelner Wissenschaftler beim Zustandekommen eines Gesetzes zur Fusion zweier Hochschulen.²³¹⁸

- 545 Ähnlich wie bei der ebenso vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit kann auch bei der Wissenschaftsfreiheit in Erwägung gezogen werden, bereits eine **Schutzbereichsbegrenzung** für die Fälle vorzunehmen, in denen der Tätige eigenmächtig in fremde Rechte, insbesondere Leben und Gesundheit von Menschen, eingreift.

Beispiele:

(1) Die Forschung an lebenden Menschen mag zwar der Wissenschaft dienlich sein, verbietet sich aber im Hinblick auf Art. 1 I und Art. 2 II S. 1 GG.

(2) Auch mag für einen Sozialforscher das heimliche Filmen und Abhören von Personen Aufschluss über das soziale Verhalten von Menschen geben, verbietet sich aber im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

Die (noch) h.M. geht jedoch den Weg über die verfassungsimmanente Einschränkung (kollidierende Grundrechte Dritter und andere wichtige Rechtsgüter von Verfassungsrang, siehe Rn 193 ff.) auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und nimmt keine Schutzbereichsbegrenzung vor.²³¹⁹ Dieser Weg ist zumindest dann vorzugswürdig, wenn es nicht gerade um extrem sozialschädliche Verhaltensweisen geht (vgl. Rn 126 f.).

- 546 **Träger des Grundrechts** sind alle, die eigenverantwortlich in wissenschaftlicher Weise tätig sind oder tätig werden wollen. Darunter fallen nicht nur Professoren an Universitäten, sondern auch solche an (Fach-)Hochschulen (siehe Rn 541a, 541b, 543a). Auch Studierende sind erfasst, sofern sie wissenschaftlich tätig sind²³²⁰, nicht jedoch Tutoren, da diese nicht eigenverantwortlich handeln. Auf Wissenschaftsfreiheit berufen können sich selbstverständlich auch Privatgelehrte, d.h. Gelehrte, die außerhalb der öffentlichen Forschungseinrichtungen tätig sind.²³²¹ Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG ist kein ausschließliches Grundrecht der Professoren und anderer Gelehrter in öffentlichen Forschungs- und Lehrinrichtungen. Darüber hinaus kommt die Wissenschaftsfreiheit auch juristischen Personen zugute, die Wissenschaft betreiben und organisieren, insbesondere den Hochschulen²³²² und den Fakultäten²³²³, trotz des Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts. Auch privatrechtlich organisierte Hochschulen sind jedenfalls dann erfasst, wenn sie staatlich zugelassen sind.²³²⁴ Sonstige private Einrichtungen können sich nur dann auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, wenn sie als wissenschaftlich eingestuft werden, insbesondere wenn sie die Wissenschaft fördern und effektiveren und den beschäftigten Wissenschaftlern, d.h. den Privatgelehrten (die sich – wie aufgezeigt – zweifellos auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können) einen ausreichenden Spielraum einräumen.²³²⁵ Das betrifft in erster Linie die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), die Fraunhofer-Gesellschaft (FhG), die Max-Planck-Gesellschaft (MPG) und andere, im Wissenschaftsfreiheitsgesetz des Bundes genannte Einrichtungen, dürfte aber auch die forschenden Pharmaunternehmen betreffen.

²³¹⁷ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1373. Vgl. auch BbgVerfG NVwZ 2016, 1175.

²³¹⁸ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1373 f. Vgl. BbgVerfG NVwZ 2016, 1175

²³¹⁹ Vgl. nur *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 109 und *Bremer*, NVwZ 2001, 167, 168 f. Auch BVerfG NVwZ 2010, 1285 ff. geht in diese Richtung.

²³²⁰ BVerfGE 55, 37, 67 f. Ein Studienplatzbewerber kann sich dementsprechend also (noch) nicht auf Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG berufen (einschlägig ist aber Art. 12 I GG).

²³²¹ Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2016, 675, 676 ff. (Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen).

²³²² Vgl. BVerfGE 15, 256, 262; BVerfG NJW 2016, 1113, 1114.

²³²³ Vgl. dazu BVerfGE 122, 89 ff.

²³²⁴ Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2016, 675, 676 ff. (Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen).

²³²⁵ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn 141; *Bremer*, NVwZ 2001, 167, 168; *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 109.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriffe in den Schutzbereich kommen bei **beliebigen staatlichen Einwirkungen** auf den Prozess der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse in Betracht. Insbesondere schützt das Grundrecht vor (übermäßigen) Eingriffen des Staates (i.d.R. die Landesregierung) in die Hochschulautonomie²³²⁶ oder vor Einflussnahme auf die inhaltliche Ausrichtung der Einrichtung. Dasselbe gilt, wenn ein Hochschulgesetz die Zulassung von Studiengängen oder ganzer Hochschulen von einer Akkreditierung (durch Akkreditierungsagenturen) abhängig macht²³²⁷ (vgl. dazu auch Rn 549a). Ebenfalls liegt ein Eingriff vor, wenn ein Hochschulgesetz organisatorische Regelungen enthält, die die Partizipation der Professoren in Fragen der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit erschweren oder unmöglich machen (etwa durch Schaffung eines übermächtigen externen Hochschulrates mit weitgehenden Entscheidungskompetenzen auch im Bereich der Wissenschaft und Lehre), oder wenn es dem Leitungsorgan (Präsident, Dekan) substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zuweist, sodass dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsgremium (etwa der Hochschulsenat) im Verhältnis hierzu kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.²³²⁸ Ein Eingriff liegt auch vor bei der Verpflichtung zur Übernahme von Lehrveranstaltungen in einem anderen Fachbereich der Hochschule²³²⁹ sowie bei der (hochschulgesetzlichen oder zumindest hochschulsatzungsmäßigen) Verpflichtung, zu Zwecken der „Qualitätssicherung“ die Lehrveranstaltungen evaluieren zu lassen und die Ergebnisse der Hochschulleitung vorzulegen. Bezüglich der Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit zugunsten des Tierschutzes stellen die Regelungen der §§ 7, 7a und 8 TierSchG Eingriffe dar (vgl. bereits Rn 538b). Generell kann ein Eingriff in jedweder Einflussnahme auf Wissenschaftler liegen. Selbstverständlich stellen auch administrative Durchsuchungen von Universitätsräumen – etwa um erhobene Daten zu sichten, um diese für ein Strafverfahren als Beweismittel zu verwerten – Eingriffe in Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG dar.²³³⁰ Sofern das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit auch Studierenden zukommt²³³¹, sind nach der hier vertretenen Auffassung die Wahl von Wahlfachmodulen oder (bei öffentlichen Studiengängen) die Entscheidung, nicht zu Lehrveranstaltungen zu erscheinen, von der Wissenschaftsfreiheit (und der Berufsfreiheit) umfasst. Eine Präsenzpflicht bedeutete demnach einen Grundrechtseingriff.²³³²

547

Angesichts des (mit finanziellen Gründen zu erklärenden) Staatsmonopols in vielen Bereichen der Wissenschaft wird dem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit auch ein **objektiver Gehalt** beigemessen (Rn 538b). Es verlangt ein Entstehen des Staates für die Idee der freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung.²³³³ Er hat schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen.²³³⁴ Darüber hinaus müssen im Bereich des mit öffentlichen Mitteln eingerichteten und unterhaltenen Wissenschaftsbetriebs geeignete organisatorische Regelungen getroffen werden, damit das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit unangestastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich

548

²³²⁶ Vgl. BVerfG NVwZ 2011, 224 ff. (HmbHochschG) sowie die Nachweise bei Rn 549a.

²³²⁷ Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2016, 675, 676 ff. (Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen). Mittlerweile ist die Problematik entschärft, da die Hochschulgesetze dezidierte Regelungen getroffen haben. Zudem wurde mit Wirkung zum 1.1.2018 ein „Studienakkreditierungsstaatsvertrag“ geschlossen, der den vom BVerfG aufgestellten rechtlichen Anforderungen an das Akkreditierungssystem Rechnung tragen soll.

²³²⁸ BVerfG NVwZ 2011, 224 ff. (HmbHochschG).

²³²⁹ BVerfG NVwZ 2015, 432, 433.

²³³⁰ BVerfG NVwZ 2024, 416, 417 f. (strafprozessuale Durchsuchung eines Universitätsinstituts).

²³³¹ Vgl. dazu BVerfGE 55, 37, 67 f.

²³³² Siehe auch VGH Mannheim VBIBW 2018, 329 (in Bezug auf Art. 12 I GG).

²³³³ BVerfGE 35, 79, 114 (Hochschule/Gruppenuniversität).

²³³⁴ BVerfGE 85, 360, 384 (Akademie der Wissenschaften der DDR).

ist.²³³⁵ Kommt der Staat diesen Verpflichtungen nicht nach, liegt ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit vor. Verletzungen dieser Förderungs- und Ausgestaltungspflicht können von den Trägern des Grundrechts (trotz der objektiven Grundlage) klageweise geltend gemacht werden.²³³⁶

Auch im **Beispiel** von Rn 538b liegt ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit vor, weil die Verweigerung der nach dem TierSchG erforderlichen Genehmigung zur Durchführung der Affenversuche die Ausübung der Forschung behindert. Zwar besitzt Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG primär den Charakter eines Abwehrrechts, sofern jedoch der Gesetzgeber – wie hier mit dem TierSchG – ein grundrechtlich geschütztes Verhalten präventiv verbietet, indem er es unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt, ist mit der Versagung der Erlaubnis gleichwohl der status negativus des Grundrechts tangiert.^{2337 2338}

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen

549 Ausweislich des Normtextes des Art. 5 III GG ist das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit ebenso wie die Kunstfreiheit vorbehaltlos gewährleistet, vordergründig also nicht einschränkbar. Dennoch bestehen auch hier Grundrechtsschranken. Sie ergeben sich aus der Verfassung selbst, d.h. aus **kollidierendem Verfassungsrecht**, wozu andere legitime Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen sowie Grundrechte Dritter und staatliche Belange (wie bspw. die Strafrechtspflege²³³⁹) gehören können. Bei einer Kollision mit anderem Verfassungsrecht muss der Konflikt durch Abwägung der Wissenschaftsfreiheit mit dem kollidierenden Verfassungsgut im Wege einer **praktischen Konkordanz**²³⁴⁰ gelöst werden.²³⁴¹ Entscheidend sind dabei stets die Wertigkeit der grundgesetzlich geschützten Position und die Intensität der Beeinträchtigung (zu den Kriterien vgl. Rn 193). Wird bspw. ein Hochschulprofessor verpflichtet, Lehrveranstaltungen in einem anderen Fachbereich der Hochschule zu übernehmen, kann dies gerechtfertigt sein, wenn sich die Lehrveranstaltungen auf sein Fachgebiet beziehen und anderenfalls der Lehrbetrieb nicht gesichert werden kann.²³⁴²

549a Auch im Rahmen der Einschränkung vorbehaltlos gewährleiteter Grundrechte ist stets der Grundsatz vom **Vorbehalt des Gesetzes** unter Einschluss der **Wesentlichkeitsrechtsprechung** des BVerfG zu beachten, wonach es nicht nur einer parlamentarischen Gesetzesgrundlage bedarf, sondern der parlamentarische Gesetzgeber die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen auch selbst zu treffen hat und diese nicht über mehr oder minder globale Ermächtigungen an die Exekutive delegieren darf.²³⁴³ So muss der Gesetzgeber, wenn es bspw. um die Akkreditierung von Studiengängen („Programmakkreditierung“) oder ganzer Hochschulen („Systemakkreditierung“) geht (vgl. dazu bereits Rn 547), wesentliche Entscheidungen durch hinreichend bestimmte gesetzliche Vorschriften regeln. Hatten die Hochschul-

²³³⁵ BVerfGE 35, 79, 115 (Hochschule/Gruppenuniversität); 93, 85, 95 (Verfassungsmäßigkeit des Universitätsgesetzes Nordrhein-Westfalen). Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 ff.

²³³⁶ BVerfGE 35, 79, 116. Vgl. dazu auch das Parallelproblem bei Art. 2 II S. 1 GG.

²³³⁷ Siehe BVerwG NVwZ 2014, 450, 451 f.

²³³⁸ Zu den Funktionen der Grundrechte vgl. Rn 13; zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vgl. Rn 17.

²³³⁹ BVerfG NVwZ 2024, 416, 417 f. (straiprozessuale Durchsuchung eines Universitätsinstituts).

²³⁴⁰ Begriff nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 317 ff. (vgl. bereits Rn 193).

²³⁴¹ Vgl. auch BVerfG NVwZ 2024, 416, 417 f. (straiprozessuale Durchsuchung eines Universitätsinstituts); BVerfGE 128, 1, 41 (Gentechnikgesetz).

²³⁴² BVerfG NVwZ 2015, 432, 433 (auch zu weiteren Voraussetzungen).

²³⁴³ Siehe nur BVerfGE 33, 125, 158 (Facharzt); 84, 212, 226 (Aussperrung); 116, 69, 80 (Jugendstrafvollzug); BVerfG NVwZ 2015, 1279, 1280 (Altershöchstgrenzen für die Einstellung in den öffentlichen Dienst); NVwZ 2016, 675, 676 f. (Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen); NVwZ 2017, 1111, 1123 (Spielhallen); NJW 2018, 361, 364 (Zentrale Studienplatzvergabe/Numerus clausus); BVerwG NVwZ 2018, 1140, 1143 (mehrjährige Restdienstzeit als Zulassungsaltergrenze für die Laufbahn der Offiziere); OVG Berlin-Brandenburg 28.8.2018 – 4 S 36.18 (Ablehnung von Polizeibewerbern wegen Tätowierung bedarf gesetzlicher Grundlage). Zur Wesentlichkeitsrechtsprechung und zum Parlamentsvorbehalt vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 79j ff. und 79b ff.

gesetze lediglich auf „geltende Regelungen“²³⁴⁴ verwiesen, nach denen akkreditiert werden solle, ohne selbst zumindest eine grobe Zielbestimmung vorzunehmen und Regelungen zum Verfahren der Akkreditierung, zur Rechtsform der Entscheidungen der Agenturen und des Akkreditierungsrates der Akkreditierungsstiftung zu treffen und ohne die Folgen bei fehlender Umsetzung von Auflagen der Agenturen sowie den zeitlichen Abstand der Reakkreditierung zu regeln, waren diese Bestimmungen zu unbestimmt, um der Stellung der Wissenschaftsfreiheit gerecht zu werden.²³⁴⁵

Lassen die Hochschulgesetze den Hochschulen Freiräume hinsichtlich der (akademischen) Selbstverwaltung, ist dies vor dem Hintergrund der den Hochschulen zustehenden Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG gerade zu begrüßen und verfassungsrechtlich sogar geboten. Die Anforderungen, die der Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitsrechtsprechung²³⁴⁶ an das ermächtigende Parlamentsgesetz an sich stellen, sind dann vor dem Hintergrund des Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG abgeschwächt. Das gilt auch und gerade hinsichtlich der Befugnis, Studien- und Prüfungsordnungen zu erlassen. Dann aber müssen die untergesetzlichen Regelwerke dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragen sowie (selbstverständlich) verhältnismäßig sein, was beides zu bezweifeln ist, wenn sie dem einzelnen Dozenten weitgehende Freiräume zubilligen, die dann auch nicht mehr von der Wissenschaftsfreiheit gedeckt sein können.

549b

Beispiel²³⁴⁷: In der Universität U des Landes L wurde zum Beginn des Wintersemesters 2017/18 mit Zustimmung aller Fakultäten für alle Studiengänge eine neue Studien- und Prüfungsordnung (SPO) verabschiedet. In § 10 SPO heißt es:

(3) ¹Studien- und Prüfungsleistungen werden in der Regel in folgenden Formen absolviert: Klausuren, Hausarbeiten, mündliche Prüfungen (...). ²Als Studienleistungen können auch die Präsenzpflcht sowie die hinreichende Teilnahme an Lehrveranstaltungen und Studien festgesetzt werden. ³Über die jeweilige Prüfungsform und die zu erbringenden Studienleistungen entscheidet die Dozentin/der Dozent der jeweiligen Veranstaltung.

§ 8 des Landeshochschulgesetzes (LHG) lautet:

(1) Die Hochschulen nehmen ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten unter der Rechtsaufsicht der zuständigen Behörde selbstständig wahr.

(2) Selbstverwaltungsangelegenheiten sind alle Angelegenheiten, die nicht staatliche Auftragsangelegenheiten sind. Dazu zählen insbesondere Studien- und Prüfungsangelegenheiten.

In diesem Fall wäre § 8 LHG bestimmt genug und auch verhältnismäßig, gerade mit Blick auf die den Hochschulen zustehende Wissenschaftsfreiheit.

Möglicherweise genügt aber § 10 III S. 2 und 3 SPO weder dem Bestimmtheitsgrundsatz noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der VGH formuliert zutreffend, dass eine Regelung, die die Erfüllung einer Präsenzpflcht wie auch die hinreichende Teilnahme an Lehrveranstaltungen und Studien als Studienleistung letztlich in das Ermessen des Dozenten stellt, Studierende und Rechtsanwender v.a. in drei Punkten im Unklaren lasse: So sei nicht geregelt, unter welchen Mindestvoraussetzungen die Studienleistung der Präsenz als „bestanden“ angesehen werden könne. Auch zu den Rechtsfolgen von Fehlzeiten aus wichtigem Grund wie z.B. Krankheit fehle jede normative Regelung. Unklar sei schließlich, für welche Arten von Veranstaltungen die Präsenzpflcht gelten solle; eine Einschränkung, etwa im Hinblick auf Vorlesungen und andere Lehrveranstaltungen, bei denen es in erster

²³⁴⁴ Damit sind die früheren Regeln des Akkreditierungsrates und der durch den Akkreditierungsrat zu Akkreditierungen der Hochschulen berechtigten Akkreditierungsagenturen gemeint (siehe dazu nächste Fußn.).

²³⁴⁵ BVerfG NVwZ 2016, 675, 676 ff. (Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen). Die Gesetzgeber haben mittlerweile reagiert und Neuregelungen erlassen sowie einen Staatsvertrag geschlossen (siehe Rn 547).

²³⁴⁶ Zur Wesentlichkeitsrechtsprechung siehe R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 242 ff.

²³⁴⁷ In Anlehnung an VGH Mannheim VBIBW 2018, 329.

Linie um die Wissensvermittlung gehe, finde sich in einer derart unbestimmten Regelung nicht.²³⁴⁸

Ist eine solche Regelung nicht bereits wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verfassungswidrig (der VGH bejahte dies am Maßstab der Berufsfreiheit), ist des Weiteren die Verhältnismäßigkeit fraglich. Legt man hier als Prüfungsmaßstab auch und gerade die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG zugrunde, die auch den Studierenden bei der Frage nach der Anwesenheit bei Lehrveranstaltungen zugutekommt (s.o., Rn 547), sind Präsenzpflichten auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der Satzungsgeber sämtliche Voraussetzungen dezidiert regelte. Die Entscheidung, an einer Lehrveranstaltung durch Präsenz teilzunehmen oder lieber den Stoff im Selbststudium anhand von Aufsätzen, Büchern oder „Online-Angeboten“ zu einer anderen Zeit erlernen zu wollen, kennzeichnet doch gerade das wissenschaftliche Studium und unterscheidet es etwa von einer Ausbildung an einer Berufsschule. Mit Blick auf Art. 12 I GG kommt hinzu, dass Studierende durchaus neben dem Studium erwerbstätig sein müssen, um das Studium zu finanzieren. Eine Präsenzpflicht könnte zu unlösbaren zeitlichen Konflikten führen. Höherrangige Interessen der Hochschule, die die Eingriffe in Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG und Art. 12 I GG rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum nur durch eine Präsenzpflicht ein hoher Qualitätsstandard in der akademischen Ausbildung gewährleistet werden kann. Erst recht stellt das (vermeintliche) Bestreben nach „vollen Hörsälen“ keinen übergeordneten Belang der Hochschule dar, der eine Präsenzpflicht rechtfertigt. Möglicherweise bringt schlicht eine Verbesserung der Studienbedingungen, insbesondere der Lehrqualität und der Medienausstattung, den gewünschten Effekt.

549c Geht es um den **staatlichen Einfluss auf die Hochschulen**, sind in der jüngeren Vergangenheit deutliche gesetzgeberische Aktivitäten zur Hierarchisierung und damit zur Einflussnahme zu verzeichnen. Namentlich geht es insbesondere um die Schaffung von Leitungsgremien ohne Beteiligung der wissenschaftlich verantwortlichen Hochschullehrer, das Zurückdrängen des wissenschaftlichen Einflusses bei der Wahl der Hochschulleitung oder die Schließung von Fachbereichen oder Hochschulen. Im Urteil zum brandenburgischen Hochschulgesetz hat das BVerfG es gebilligt, dass der Gesetzgeber monokratische Leitungsorgane, externe Hochschulräte mit Entscheidungskompetenzen und externe Evaluationen von Hochschullehrern einführt. Auch die gesetzlich angeordnete Fusion zweier Hochschulen ohne Beteiligung der Hochschulen, Fakultäten oder einzelner Wissenschaftler ist gebilligt worden.²³⁴⁹ Das BVerfG hat bei allen genannten Maßnahmen den großen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont und selbst gravierende organisatorische Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit toleriert mit dem Argument, dass der Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit nicht berührt sei.²³⁵⁰ Richtig daran ist, dass die institutionelle Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen durchaus als verfassungsimmanente Schranke der Grundrechtsausübung wirken können.²³⁵¹ Gleichwohl sind die genannten Entscheidungen mit Blick auf die Hochrangigkeit der Wissenschaftsfreiheit und deren vorbehaltlose Gewährleistung sehr bedenklich. Umso erfreulicher ist es, dass das BVerfG hinsichtlich des hamburgischen Hochschulgesetzes (vgl. bereits Rn 547) entschieden hat, dass der Ausschluss oder die Erschwerung der Partizipation der Professoren in Fragen der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit mit Art. 5 III S. 1 GG unvereinbar sei. Dasselbe gelte, wenn das Hoch-

²³⁴⁸ VGH Mannheim VBIBW 2018, 329.

²³⁴⁹ BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 ff.

²³⁵⁰ *Hufen*, JuS 2010, 85 ff. mit Bezugnahme auf BVerfG NVwZ 2003, 600, 603 (Schaffung eines Leitungsgremiums ohne Beteiligung des wissenschaftlichen Einflusses); BVerfG NVwZ-RR 2001, 587 (Zurückdrängung des wissenschaftlichen Einflusses auf die Wahl der Hochschulleitung); BVerfG NVwZ-RR 2005, 442 (Schließung eines Fachbereichs); BVerfGE 111, 333 ff. (Einführung monokratischer Leitungsorgane und externer Hochschulräte mit Entscheidungskompetenzen); BayVerfGH NVwZ 2009, 177 (Zusammensetzung des Hochschulrats und Wahl des Hochschulpräsidenten). Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 ff. (Fusion zweier Hochschulen).

²³⁵¹ Vgl. dazu oben Rn 193 sowie *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 461.

schulgesetz dem Leitungsorgan (Präsident, Dekan) substanzielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zuweist, sodass dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsgremium (etwa der Hochschulsenat oder der Fakultätsrat) im Verhältnis hierzu kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.²³⁵² Auch sei es mit Art. 5 III S. 1 GG unvereinbar, wenn der monokratisch agierende Dekan das Recht habe, die der Fakultät vom Präsidium zu gewinnenden Haushaltsmittel nach eigenem Ermessen einzusetzen, oder über die Zuordnung von Professorenstellen innerhalb der Fakultät zu entscheiden, wenn diese weit reichenden Steuerungsmöglichkeiten nicht hinreichend durch direkte oder indirekte Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte des Fakultätsrats als kollegialem Vertretungsorgan der Grundrechtsträger kompensiert werde.²³⁵³ Schließlich genüge die staatliche Einsetzung eines Leitungsorgans im Zuge einer Hochschulfusion („Gründungspräsident“ bzw. „Gründungsbeauftragter“) den Anforderungen des Grundgesetzes an eine wissenschaftsadäquate Organisation umso weniger, je länger diese Leitung ohne ein universitäres Selbstverwaltungsorgan tätig sei und je weniger Befugnisse auf Notkompetenzen für reversible Entscheidungen beschränkt seien.²³⁵⁴

Für die wissenschaftliche Lehre konkretisiert Art. 5 III S. 2 GG die verfassungsimmanente Grundrechtsschranke. Wegen seines Wortlauts kann in dieser Bestimmung zwar schon eine sachliche Schutzbereichsbegrenzung gesehen werden.²³⁵⁵ Richtigerweise wird man darin aber eine besondere Ausprägung der allgemeinen beamtenrechtlichen Verpflichtung zur Loyalität gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu sehen haben²³⁵⁶, also eine Schranke, deren Anwendung bei Eingriffen einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Bei nicht verbeamteten Grundrechtsträgern ist auf die arbeitsrechtliche Bestimmung abzustellen, die der allgemeinen beamtenrechtlichen Verpflichtung zur Loyalität gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nachgebildet ist. Im Übrigen sei auf die Ausführungen zur Kunstfreiheit bei Rn 521 ff. und auf die allgemeinen Ausführungen zu den verfassungsimmanenten Schranken bei Rn 193 ff. verwiesen.

550

Neben den beiden oben genannten Bsp 1 und 2 von Rn 545 zur der Forschung an lebenden Menschen und zum heimlichen Filmen und Abhören von Personen, bei denen regelmäßig die Menschenwürde gem. Art. 1 I und Art. 2 II S. 1 GG (Bsp 1) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (Bsp 2) Vorrang vor der Wissenschaftsfreiheit genießen, ist z.B. bei Tierexperimenten unklar, ob sich der **Tierschutz** als vorrangiges Verfassungsrecht qualifizieren lässt (dazu Rn 538b).

551

Beispiel: Professor P durchtrennt Stränge des Zentralen Nervensystems von Affen, um bestimmte neurologische Ausfallerscheinungen zu untersuchen. Daraufhin wird er wegen Verstoßes gegen das Tierschutzgesetz zu einer Geldstrafe verurteilt. Gegen die (letztinstanzliche) gerichtliche Entscheidung erhebt er Verfassungsbeschwerde.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn das Gericht bei der Urteilsfindung spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat. Vorliegend könnte das Gericht die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit verkannt haben.

Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit ist eröffnet, da P wissenschaftlich tätig ist. Durch die Verurteilung zu einer Geldstrafe wurde auch in den Schutzbereich eingegriffen. Fraglich ist, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Das wäre der Fall, wenn das Gericht die Wissenschaftsfreiheit mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang rechtsfehlerfrei abgewogen hätte. Dann wäre die Verfassungsbeschwerde unbegründet.

²³⁵² BVerfG NVwZ 2011, 224 ff.

²³⁵³ BVerfG NVwZ 2011, 224 ff.

²³⁵⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 2015, 1370, 1371 ff. (Fusion zweier Hochschulen).

²³⁵⁵ So *Kingreen/Poscher*, Rn 849.

²³⁵⁶ So BVerfGE 39, 334, 347 (Radikale im öffentlichen Dienst); BVerwGE 61, 200, 206; 81, 212, 218.

Kunstfreiheit und Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III GG

Der Tierschutz ist in der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG enthalten und genießt daher Verfassungsrang. Doch bei einer Abwägung mit vorbehaltlos gewährten Individualverfassungsgütern wie der Wissenschaftsfreiheit steht eine Staatszielbestimmung i.d.R. im Rang darunter, zumal der verfassungsändernde Gesetzgeber den Tierschutz unter den Vorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ gestellt hat. Die Verurteilung des P verstößt damit gegen Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Schutz von Ehe und Familie – Art. 6 GG

Art. 6 GG stellt „Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“. Die Norm enthält verschiedene objektive und subjektive Grundrechtsgewährleistungen, aber auch Einschränkungsmöglichkeiten.

552

- Art. 6 I GG statuiert grundsätzlich und allgemein den Schutz von Ehe und Familie. Die Norm begründet ein objektives Diskriminierungsverbot, staatliche Schutzpflichten, ein Leistungsrecht und eine Institutsgarantie, die von Strukturprinzipien einer Ehe gekennzeichnet ist. Insbesondere stellt sie aber eine wertentscheidende Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung dar (v.a. für das Familienrecht nach BGB) und enthält ein subjektiv-rechtliches Abwehrrecht des Familienangehörigen.
- Art. 6 II GG regelt die Beziehung zwischen Kind und Eltern in pflegerischer und erzieherischer Hinsicht: S. 1 enthält eine Institutsgarantie und gewährt ein Abwehrrecht; S. 2 sieht ein „staatliches Wächteramt“ vor und rechtfertigt Eingriffe in das Elternrecht.
- Art. 6 III GG bestimmt das räumliche Zusammensein von Kindern und Eltern und stellt ebenfalls ein Abwehrrecht dar. Gleichzeitig knüpft die Vorschrift Voraussetzungen an die Trennung der Kinder von der Familie.
- Art. 6 IV GG begründet für die Mutter einen Anspruch auf staatlichen Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft. Das betrifft insbesondere den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz.²³⁵⁷
- Art. 6 V GG enthält einen Gleichstellungsauftrag gegenüber dem Gesetzgeber. Eine Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern ist verfassungsrechtlich unzulässig.²³⁵⁸

Art. 6 I GG gewährt (auch) ein **Abwehrrecht**; sie schützen vor staatlichen Eingriffen in den Schutzbereich von Ehe und Familie, der allerdings stark **normgeprägt** ist. Das bedeutet, dass die Begriffe Ehe und Familie einer gewissen **Ausgestaltung** durch den Gesetzgeber bedürfen, die ihre Grenzen aber in der Institutsgarantie des Art. 6 I GG und den Strukturprinzipien der Ehe findet.²³⁵⁹ Daher stellt auch nicht jede ehe- und familienbezogene Regelung einen Eingriff dar. Es können schlicht eine Definition bzw. Ausgestaltung der Begriffe Ehe und Familie vorliegen. Diese Kenntnis ist – wie noch aufzuzeigen sein wird – insbesondere bei der Beurteilung neuer Formen des Zusammenlebens jenseits der „klassischen“ Ehe zwischen Mann und Frau wichtig. Auch das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG untersteht einer gewissen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Art. 6 III GG enthält ein Abwehrrecht und einen Gesetzesvorbehalt.

553

Schutz von Ehe und Familie – Art. 6 GG

I. Schutzbereich der Abwehrrechte

1. Die Begriffe Ehe und Familie

Das Grundgesetz definiert den Begriff der **Ehe** nicht, womit aus rechtsmethodischer Sicht die systematische und v.a. die teleologische Auslegung in den Mittelpunkt rücken. Nicht ernsthaft bestritten werden kann, dass eine Ehe auf freiwilligem Entschluss beider Partner basieren muss, auf Dauer angelegt ist mit dem Ziel der gleichberechtigten, gemeinsamen Lebensgestaltung, der gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung sowie der Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe und Gefahrenabwehr. Unter Verweis auf „unveränderbare Strukturprinzipien“ einer Ehe und in Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition hatte das BVerfG bislang stets zudem entschieden, dass sowohl die Verschiedengeschlechtlichkeit als auch die Einehe zu ebenjenen unveränderbaren Strukturprinzipien der Ehe zählen. In Wahrnehmung der Normgeprägtheit und der Gestaltungs Offenheit des Art. 6 I GG hat der Gesetzgeber aber 2017 u.a.

²³⁵⁷ Vgl. dazu BVerfGE 84, 133, 156; 85, 360, 372.

²³⁵⁸ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 ff. (Stiefkindadoption) – dazu Rn 367.

²³⁵⁹ BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 (Kinderehen).

eine Änderung des § 1353 I S. 1 BGB beschlossen, wonach das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht. Die Verschiedengeschlechtlichkeit ist demnach – jedenfalls einfachgesetzlich – kein Kriterium (mehr) für die Eingehung der Ehe, nach ganz h.M. sehr wohl aber die Einehe²³⁶⁰. Nunmehr scheint auch das BVerfG von dem Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit abzurücken. So heißt es in seinem Beschluss v. 1.2.2023 (1 BvL 7/18 – NJW 2023, 1494) in LS 1, Ehe i.S.v. Art. 6 I GG sei „eine rechtlich verbindliche, im Grundsatz auf Dauer angelegte, auf freiem Entschluss beruhende, in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten einhergehende, gleichberechtigte und autonom ausgestaltete Lebensgemeinschaft, die durch einen formalisierten, nach außen erkennbaren Akt begründet wird“.

Grundsätzlich geschützt werden auch (Ein-)Ehen, die nach ausländischem Recht wirksam geschlossen wurden, auch wenn sie in der Bundesrepublik Deutschland nach einfachem Recht unwirksam sind (sog. hinkende Ehen), außer, sie laufen verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien zuwider. Namens- oder Scheinehen fallen dagegen von vornherein nicht in den Schutzbereich. Weiterhin sind nach h.M. nur Einehen als Ehen zu verstehen. Mehrehen (die rechtsgültig im Ausland geschlossen wurden) können nach h.M. aber unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Familie unter Art. 6 I GG fallen.

Das geschützte Verhalten umfasst nicht nur die Wahl- und Entschließungsfreiheit, sondern auch die Wahl des Familiennamens, die Ausgestaltung der Eheführung einschließlich der Familienplanung und der Wahl des Güterrechts, der finanziellen Beziehung untereinander und des Abschlusses eines auf Gleichberechtigung beruhenden Ehevertrags, des (gemeinsamen) Wohnorts und bei der Verteilung der Aufgaben in der Gemeinschaft. Auch die Entscheidung, die Ehe nicht mehr aufrechtzuerhalten, genießt den Schutz aus Art. 6 I GG. Die Ehe ist keine Zwangsgemeinschaft. Art. 6 I GG entfaltet auch naheheilige Wirkungen. So sind auch die Folgewirkungen einer Ehe, etwa Unterhaltsansprüche, durch Art. 6 I GG geschützt.

Der Begriff der **Familie** ist weit zu verstehen. Daher umfasst der Schutzgehalt des Art. 6 I GG auch soziale Familiengemeinschaften, unabhängig vom Bestehen einer rechtlichen Verbindung zwischen den Eltern oder eines rechtlichen oder genetischen Eltern-Kind-Verhältnisses. Vom Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG geschützt sind also auch nichteheliche Lebensgemeinschaften mit daraus hervorgegangenen oder in die Gemeinschaft eingebrachten oder adoptierten Kindern. Auch die Mehrehe genießt den Schutz des Familiengrundrechts.²³⁶¹ Inhaltlich gewährleistet das Familiengrundrecht insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden.

2. Das Elternrecht

Vom Schutz der Familie wurde das Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung (sog. **Elternrecht**) verselbstständigt, Art. 6 II S. 1 GG. Diese Vorschrift ist (wie Art. 6 III GG) in ihrem Anwendungsbereich *lex specialis* zu Art. 6 I GG. Relevant wird das Elternrecht im Bereich des Schulwesens, weil gem. Art. 7 I GG das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht. Aber auch bei der Frage nach Schutzimpfungen für Kinder ist Art. 6 II S. 1 GG Prüfungsmaßstab.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Da die Begriffe Ehe und Familie einer gewissen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürfen, stellt nicht jede ehe- und familienbezogene Regelung einen Eingriff dar. Vielmehr bestehen zahlreiche Regelungen, die die Begriffe Ehe und Familie erst definieren. Von einem Eingriff kann daher erst dann gesprochen werden, wenn der Bereich der definierenden Regelungen verlassen wird.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine grundrechtsimmanente Schranke besteht lediglich in Art. 6 II S. 2 GG bezüglich des Elternrechts aus Art. 6 II S. 1 GG. Aus rechtsstaatlichen Gründen (Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 III GG) darf hiervon aber nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes Gebrauch gemacht werden. Das einschränkende Gesetz muss dabei der Pflege und Erziehung der Kinder dienen. Art. 6 II S. 2 GG ist somit ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt. Der stärkste Eingriff in das Elternrecht, die Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen, ist unzulässig,

²³⁶⁰ Siehe etwa BVerfGE 31, 58, 82; 105, 313, 343; einfachgesetzlich siehe §§ 1353 I S. 1, 1306 BGB, § 172 StGB.

²³⁶¹ Siehe dazu BVerwGE 71, 228, 231 f.; BVerwG ZAR 2018, 313, 318.

wenn nicht einer der besonderen, in Art. 6 III GG genannten Gründe *Versagen der Erziehungsberechtigten* und *Drohung der Verwahrlosung der Kinder*, vorliegen.

Im Übrigen sind das Elternrecht und das Grundrecht auf Ehe und Familie **vorbehaltlos gewährleistet**. Wie bereits dargestellt, darf der Staat diese Bereiche aber gestalten. Hält sich der Staat an die Gestaltungsfreiheit (die aber an Art. 6 I bzw. II GG zu messen ist), liegt ein Eingriff schon nicht vor, der etwa einer Schranken-Schranke unterworfen sein müsste. Die ausgestaltenden Regelungen müssen aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Liegt aber ein Eingriff vor, müssen die Regelungen, die die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte aus Art. 6 I oder II GG tangieren, ihre Legitimation in **kollidierendem Verfassungsrecht** finden.

I. Schutzbereich der Abwehrrechte

Träger des Grundrechts können alle natürlichen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit sein.²³⁶² Hinsichtlich des **Ehegrundrechts** sind **grundrechtsberechtigt** zunächst die Ehepartner sowie Personen, die die Ehe eingehen wollen. Denn Art. 6 I GG greift nicht erst ab Begründung der Ehe, weshalb auch die Entscheidung, eine Ehe eingehen zu wollen, geschützt ist. Das **Familiengrundrecht** ist weit zu verstehen und erstreckt sich auch auf sozial-familiäre Gemeinschaften.²³⁶³ Insbesondere ist diese Grundrechtsbestimmung vom formalen Ehe- und Elternstatus unabhängig.²³⁶⁴ Geschützt sind also auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne, die als soziale Familien von einer Ehe (bzw. Lebenspartnerschaft nach dem LPartG) und einer rechtlichen Elternschaft unabhängig sind²³⁶⁵ (weshalb auch die Mehrehe den Schutz aus dem Familiengrundrecht genießen kann²³⁶⁶). Nichteheliche Lebensgemeinschaften mit daraus hervorgegangenen oder in die Gemeinschaft eingebrachten oder adoptierten Kindern genießen also ebenfalls den Schutz aus Art. 6 I GG²³⁶⁷ (siehe dazu Rn 561).

554

1. Schutz von Ehe und Familie

Zwar stellt Art. 6 I GG Ehe und Familie unter besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, definiert beide Verfassungsbegriffe aber nicht. Hinsichtlich der Frage, ob eine Ehe nur zwischen *zwei* Menschen und auch nur zwischen zwei Menschen *verschiedenen* Geschlechts geschlossen werden kann, enthält der Wortlaut also keine Aussage. Da Art. 6 I GG aber bzgl. der Ehe einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf²³⁶⁸, lässt sich jedenfalls in Bezug auf die Geschlechtsfrage gut argumentieren, dass die Ehe nicht an die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner geknüpft ist. Jedoch hatte das BVerfG unter Verweis auf „unveränderbare Strukturprinzipien“ einer Ehe und in Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition bislang stets entschieden, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit zu ebenjenen unveränderbaren Strukturprinzipien der Ehe zähle.²³⁶⁹ Sieht man zunächst von der Frage ab, ob dieses Eheverständnis angesichts moderner Familienstrukturen noch überzeugen kann (dazu Rn 555a ff.), ist das Institut der **Ehe** unter Zugrundelegung traditioneller bürgerlicher Lebensverhältnisse jedenfalls geprägt durch:

555

²³⁶² Vgl. etwa BVerfGE 65, 55, 71; 111, 160, 169; 111, 176, 184; BVerfG NVwZ 2011, 879 f.

²³⁶³ Vgl. dazu etwa BVerfGE 127, 263, 287 (tatsächliche Familiengemeinschaft).

²³⁶⁴ BVerfG NJW 2019, 1793, 1794 mit Verweis auf BVerfGE 133, 59, 81 f.

²³⁶⁵ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 68, 176, 187; 79, 51, 59; 80, 81, 90; 99, 216, 231 f.; 108, 82, 107, 116; 133, 59, 82 f.

²³⁶⁶ Siehe dazu BVerwGE 71, 228, 231 f.; BVerwG ZAR 2018, 313, 318 – dazu unten Rn 555i.

²³⁶⁷ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 10, 59, 66; 18, 97, 105 f.; 45, 104, 123; 79, 256, 267; 108, 82, 112.

²³⁶⁸ Für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung ausdrücklich BVerfGE 81, 1, 6 f.: „Jedoch hat der Gesetzgeber das Rechtsinstitut der Ehe in einer seiner Natur und Funktion entsprechenden Weise auszugestalten.“ Siehe auch BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 (Kinderehe).

²³⁶⁹ Vgl. etwa BVerfGE 31, 58, 82; 53, 224, 245; 105, 313, 342 ff.; 115, 1, 19.

- Monogamie²³⁷⁰
- grundsätzlich auf Dauer angelegt mit dem Ziel der gemeinsamen Lebensgestaltung, der gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung sowie der Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe und Gefahrenabwehr
- freiwilliger Entschluss beider Partner zur Eheschließung und zur Fortpflanzung bzw. zur Familiengründung
- Gleichberechtigung der Ehepartner
- formalisierter staatlicher Mitwirkungsakt (feststellender Verwaltungsakt des Standesbeamten, dass die Ehe geschlossen wurde)

555a Ob angesichts moderner Formen von Lebensgemeinschaften die genannte Verschiedengeschlechtlichkeit noch zu den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien gehören kann, ist unklar. Das BVerfG war bislang dieser Meinung. Es begründete das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit mit der „idealtypischen Funktion der Ehe“, der Möglichkeit zur Gründung einer Familie, die auf natürliche Weise aus biologischen Gründen nur verschiedengeschlechtlichen Paaren gegeben sei. Die Ehe sei „von Natur aus“ auf die potentiell aus ihr hervorgehende Familie und die Fähigkeit, Nachkommen zu zeugen, ausgerichtet und gelte als „Keimzelle einer jeden menschlichen Gemeinschaft“²³⁷¹. Die Ehe als rechtliche Form einer umfassenden Bindung zwischen Mann und Frau könne in ihrer Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden²³⁷² und sei alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern²³⁷³. Die h.L. knüpft(e) daran an und propagiert(e), dass die Erzeugung von Nachkommen und die Familiengründung geradezu der Zweck sowie die „natürliche Folge“ einer Ehe seien.²³⁷⁴ Das BVerfG betonte schließlich, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit daher zu den „unveränderlichen Strukturprinzipien“ einer Ehe gehöre und somit mit Blick auf die Institutsgarantie des Art. 6 I GG unantastbar sei.²³⁷⁵

555b Unter Zugrundelegung dieses Eheverständnisses ist eine Ehe (i.S.d. Art. 6 I GG) unter Gleichgeschlechtlichen in der Tat ausgeschlossen. Das überzeugt nicht. Denn wie schon in der 16. Auflage aufgezeigt, steht außer Zweifel, dass das Institut der Ehe auch zeugungsunfähigen Personen offensteht, solange sie nur verschiedengeschlechtlich sind, obwohl die „idealtypische Funktion der Ehe“ – die Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen – hier ganz offensichtlich ebenso wenig erreicht werden kann wie bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Es wäre aber absurd, zeugungsunfähigen Menschen das Institut der Ehe zu verschließen. Aus diesen Überlegungen heraus folgt, dass die o.g. Begründung des BVerfG auf einem anachronistischen Eheverständnis beruht, das sich modernen Familienstrukturen verschließt und daher keine Überzeugungskraft beanspruchen kann. Zudem ist die „Verschiedengeschlechtlichkeit“ verfassungstextlich nicht als „unveränderliches Strukturprinzip“ festgeschrieben, sondern lediglich der aufgezeigten, von einer antiquierten bürgerlichen Tradition geleiteten Verfassungsinterpretation entsprungen, die jedoch (und das wird vom BVerfG insoweit unberücksichtigt gelassen) gerade aufgrund der auch sonst vom BVerfG betonten Gestaltungsoffenheit²³⁷⁶ und der Normgeprägtheit des Art. 6 I GG einem Bedeutungswandel unter-

²³⁷⁰ Siehe dazu BVerfG NJW 2023, 1494, 1496 (zuvor schon BVerfGE 10, 59, 66 f.; 29, 166, 176; 31, 58, 82; 105, 313, 343): „Freiheit, die Ehe mit *einer* selbst gewählten Person einzugehen.“ Zur Frage, ob die Gestaltungsoffenheit des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs auch die Mehrehe zulässt, siehe Rn 555h ff.

²³⁷¹ BVerfGE 6, 55, 71. Relativierend immerhin BVerfGE 133, 59, 83 (Sukzessivadoption).

²³⁷² BVerfGE 6, 55, 71.

²³⁷³ So ausdrücklich BVerfGE 76, 1, 51 (Familiennachzug).

²³⁷⁴ Vgl. *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 6 Rn 4; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 143 f.; *Kreß*, ZRP 2012, 234, 235.

²³⁷⁵ BVerfGE 105, 313, 345. Vgl. auch BVerfG NJW 1993, 3058; BVerwG NVwZ 1997, 189, 190; BVerfGE 115, 1, 19.

²³⁷⁶ Siehe BVerfGE 81, 1, 6 f. (oben Rn 555).

worfen ist.²³⁷⁷ Gerade Gestaltungsoffenheit und Normgeprägtheit des Art. 6 I GG führen dazu, den Begriff der Ehe unter Berücksichtigung moderner gesellschaftlicher Anschauungen zu interpretieren, ohne gegen die „unveränderlichen Strukturprinzipien“ der Ehe zu verstoßen oder den Verfassungstext ändern zu müssen. Der Umstand, dass eine Ehe zwischen Menschen gleichen Geschlechts in vielen anderen (ebenfalls „christlich geprägten“) Staaten (vgl. etwa Island, Großbritannien, Norwegen, Schweden, Dänemark, Niederlande, Belgien, Frankreich, Spanien, Portugal) zulässig ist²³⁷⁸, stellt einen starken Indikator für ein sich wandelndes gesellschaftliches Selbstverständnis dar, was die in Deutschland (bislang) vorhandenen (Verfassungs-)Vorbehalte als unbegründet erscheinen lässt.²³⁷⁹ Schließlich greifen die teilweise angeführten Argumente, der historische Gesetzgeber sei ganz selbstverständlich von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner ausgegangen und habe diese zur Grundlage seines Eheverständnisses gemacht²³⁸⁰, schon deshalb nicht, weil es in der Debatte im Parlamentarischen Rat primär um die Frage ging, generell den Schutz von Ehe und Familie in das Grundgesetz aufzunehmen.²³⁸¹ Der zunächst vom Grundsatzausschuss gebilligte Wortlaut: „Die Ehe ist die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau“²³⁸² wurde später vom Hauptausschuss ausdrücklich nicht angenommen. Dort verständigte man sich vielmehr auf die Fassung: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“.²³⁸³ Einen Willen des historischen Gesetzgebers, eine Ehe könne nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden, hätte man daher nur dann annehmen können, wenn er den vom Grundsatzausschuss gebilligten Textentwurf übernommen hätte. Da er diesen aber gerade nicht übernommen, sondern sich für eine offene Formulierung in Art. 6 I GG entschieden hat, kann dem Willen des historischen Gesetzgebers also gerade nicht entnommen werden, dass er einen Verfassungs- bzw. Bedeutungswandel des Ehebegriffs für alle Zeiten ausschließen wollte. Zudem hat die historische Auslegung auch nur eine untergeordnete Bedeutung, jedenfalls, wenn der Gesetzeserlass nunmehr über 70 Jahre zurückliegt.

Dass auch das BVerfG die Möglichkeit eines Verfassungswandels im Sinne eines Interpretationswandels anerkennt, ist nicht zu bestreiten. Während es im Jahre 1957 noch entschied, dass die §§ 175, 176 StGB a.F., die die Homosexualität zwischen Männern unter Strafe stellten, verfassungsgemäß seien, weil homosexuelle Handlungen unter Männern gegen das Sittengesetz verstießen²³⁸⁴, hat es im Jahre 2002 das LPartG, das die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare vorsah, (ebenfalls) für verfassungsgemäß erachtet. Insbesondere sei Art. 6 I GG nicht verletzt. Der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 I GG hindere den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleichkämen. Dem Institut der Ehe drohten keine

555c

²³⁷⁷ Auf den Bedeutungswandel im Sinne eines Verfassungswandels abstellend bereits die 16. Auflage 2014, Rn 555 ff. und explizit *R. Schmidt*, FamR, 2. Aufl. 2014, Fußn. 15; später auch *Koschmieder*, JA 2014, 566, 570 ff.; *Kretschmann*, Bundesrat, Stenographischer Bericht, 959. Sitzung, 7.7.2017, S. 329.

²³⁷⁸ So hat – nachdem bereits im Mai 2015 das Referendum in Irland den Weg für die dortige Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare freigemacht hat – auch der Supreme Court der USA entschieden, dass die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare mit der Verfassung der USA nicht vereinbar ist. Die Bundesverfassung garantiert bundesweit das Recht auf gleichgeschlechtliche Eheschließung („same-sex marriage“), siehe Case No. 14-556 (Obergefell v. Hodges).

²³⁷⁹ Auch das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, ist nicht auf verschiedengeschlechtliche Personen beschränkt, wie der EGMR festgestellt hat, wenngleich sich der EGMR in Zurückhaltung übt, indem er formuliert, dass die Entscheidung, ob die gleichgeschlechtliche Ehe gestattet werden solle, „zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht der Konventionsstaaten überlassen bleibt“ (EGMR NJW 2011, 1421 ff.). Den weiten Ermessensspielraum der Konventionsstaaten bei der Regelung familienrechtlicher Strukturen betont der EGMR auch in NJW 2014, 2015 f.

²³⁸⁰ So *Uhle*, in: BeckOK, GG, Art. 6 Rn 4.

²³⁸¹ *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 93-99.

²³⁸² *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 98.

²³⁸³ *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 99.

²³⁸⁴ BVerfGE 6, 389, 413 ff. (Homosexuelle).

Einbußen durch eine (gleichwertige) Lebenspartnerschaft.²³⁸⁵ Daraus folgt: Würde das BVerfG nicht die Möglichkeit eines Verfassungswandels im Sinne eines Interpretationswandels (hier: das Sittengesetz als dynamischer Prozess) anerkennen, hätte es das LPartG „als Verstoß gegen das Sittengesetz“ ansehen müssen und hätte es nicht für verfassungsgemäß erachten dürfen.²³⁸⁶

555d Anknüpfend an den dynamischen Lebensprozess hat das BVerfG denn auch Verstöße gegen Art. 3 I, III S. 1 GG unter dem Aspekt der mittelbaren Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung festgestellt hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im **Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht**²³⁸⁷, hinsichtlich der **Hinterbliebenenversorgung** im Beamtenrecht²³⁸⁸, hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft bei der Gewährung von **Familienzuschlag** im Beamtenrecht²³⁸⁹ und hinsichtlich der (ehemaligen) Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft im **Grunderwerbsteuerrecht** nach § 3 Nr. 4 GrEStG a.F.²³⁹⁰ (jeweils eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung). Schließlich hat das BVerfG die unterschiedliche Behandlung im **Einkommensteuerrecht** beanstandet²³⁹¹, was zur Anwendung des sog. Ehesplittingtarifs auf Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft geführt hat²³⁹². Mittlerweile hat der Gesetzgeber eine vollständige Gleichbehandlung in sämtlichen steuerlichen Belangen vorgenommen.²³⁹³ Schließlich ist im **Adoptionsrecht** infolge eines Urteils des BVerfG²³⁹⁴ die Möglichkeit der **Sukzessivadoption** durch Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gesetzlich eingeführt worden.²³⁹⁵ Auch im Übrigen macht das BVerfG deutlich, dass es der biologischen Elternschaft gegenüber der sozial-familiären keinen generellen Vorrang einräumt.²³⁹⁶ Und im **Transsexuellenrecht** ist aufgrund eines Urteils des BVerfG²³⁹⁷ § 8 I Nr. 2 Transsexuellengesetz, der die Änderung des Personenstands bei einem verheirateten Transsexuellen nur zuließ, wenn dieser sich zuvor hatte scheiden lassen, aufgehoben worden.

555e Berücksichtigt man also die auch sonst vom BVerfG anerkannte „Normgeprägtheit“ und „Gestaltungsoffenheit“ des Art. 6 I GG und erinnert an die vom BVerfG ebenfalls zugelassene Möglichkeit, verfassungsrechtliche Begriffe unter Berücksichtigung wandelnder gesellschaftlicher Lebensformen neu zu definieren bzw. Definitionsmerkmale neu zu interpretieren, war der einfache Gesetzgeber daher frei, nicht mehr auf der bürgerlichen Zwängen und Traditionen unterworfenen Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner zu beharren, sondern sich offen zu zeigen für moderne gesellschaftliche Strukturen unter Berücksichtigung der Gestaltungsoffenheit und der Normgeprägtheit des Art. 6 I GG und des dadurch ermöglichten aufgezeigten Verfassungswandels.²³⁹⁸ Im Sinne der hier (seit der 16. Auflage) vertretenen Auffassung hat denn auch der Bundestag in Wahrnehmung der Normgeprägtheit und der Gestaltungsoffenheit des Art. 6 I GG durch Gesetz vom 20.7.2017 u.a. § 1353 I S. 1 BGB geändert und das Institut der Ehe auch

²³⁸⁵ BVerfGE 105, 313, 331 ff. (Lebenspartnerschaftsgesetz).

²³⁸⁶ Vgl. auch *Kretschmann*, Bundesrat, Stenographischer Bericht, 959. Sitzung, 7.7.2017, S. 330.

²³⁸⁷ BVerfGE 126, 400, 415 ff. Vgl. dazu auch *Tölle*, NJW 2011, 2165 ff.

²³⁸⁸ BVerwG NVwZ 2011, 499. Hinsichtlich des Anspruchs auf Hinterbliebenenrente für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vgl. EGMR NVwZ 2011, 31.

²³⁸⁹ BVerfGE 131, 239, 255 ff. Vgl. auch OVG Münster NVwZ 2014, 1534 ff.

²³⁹⁰ BVerfGE 132, 179, 193 ff.

²³⁹¹ BVerfGE 133, 377, 407 ff.

²³⁹² Gesetz v. 15.7.2013, BGBl I S. 2397 (steuerliche Gleichstellung von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften): Einfügung eines § 2 VIII EStG, wonach die Regelungen des EStG zu Ehegatten und Ehen auch auf Lebenspartner und Lebenspartnerschaften anzuwenden sind.

²³⁹³ Vgl. zuletzt das Gesetz v. 18.7.2014 (BGBl I S. 1042: Anpassung von Abgabenordnung und Bundeskindergeldgesetz).

²³⁹⁴ BVerfGE 133, 59, 73 ff. (Verfassungswidrigkeit der Nichtzulassung der Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner) - dazu unten Rn 599.

²³⁹⁵ Gesetz v. 20.6.2014 (BGBl I S. 786) - dazu ebenfalls unten Rn 599.

²³⁹⁶ Das geht aus sämtlichen einschlägigen Entscheidungen hervor. Vgl. auch BGH NJW 2016, 1511 ff.; NJW 2017, 1672.

²³⁹⁷ BVerfGE 121, 175, 189 ff.

²³⁹⁸ Im Ergebnis auch *Brosius-Gersdorf*, NJW-Editorial 12/2013 und *FamFR* 2013, 169 ff.; *Koschmieder*, JA 2014, 566, 570 ff.; scharf ablehnend *Benedict*, JZ 2013, 477, 486; *Selder*, DStR 2013, 1064, 1067; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 150 f.; *Hillgruber*, JZ 2010, 41, 41; *Krings*, NVwZ 2011, 26, 26; *Hofmann*, JuS 2014, 617, 620.

gleichgeschlechtlichen Paaren geöffnet.²³⁹⁹ Seit Inkrafttreten der Neuregelung am 1.10. 2017 kommt es bei der Begründung der Ehe also nicht mehr auf die Geschlechtsverschiedenheit an. Teilweise wird dies trotz der Offenheit des Art. 6 I GG für eine Gestaltung durch den Gesetzgeber für verfassungswidrig erachtet.²⁴⁰⁰ Wie aber bereits aufgezeigt, fordern Verständnis die Strukturprinzipien der Ehe keine Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner – jedenfalls nicht, wenn man sie dem gesellschaftlichen Wandel unterstellt und sich offen für moderne und diskriminierungsfreie Formen des Zusammenlebens zeigt. Man kann sogar so weit gehen und konstatieren, Art. 3 III S. 1 GG habe die Öffnung der Ehe für Partner desselben Geschlechts sogar verlangt.

Teilweise wird vertreten, dass zur Öffnung des Instituts der Ehe infolge der Rspr. des BVerfG²⁴⁰¹ jedenfalls eine Änderung des Art. 6 I GG erforderlich wäre.²⁴⁰² Auch dem ist nicht zuzustimmen.²⁴⁰³ Denn – wie aufgezeigt – handelt es sich bei Art. 6 I GG um ein gestaltungsoffenes Grundrecht, das auch unter Berücksichtigung der „unveränderlichen Strukturprinzipien“ der Ehe den Begriff der Ehe nicht auf die Verschiedengeschlechtlichkeit beschränkt, sondern der (einfachgesetzlichen) Ausgestaltung überlässt. Die Gestaltungsoffenheit des Art. 6 I GG lässt gleichgeschlechtliche Ehen mithin zu.

555f

Nunmehr scheint sich ein Wandel in der Rechtsprechung des BVerfG abzuzeichnen. So liest man in der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG, Art. 6 I GG garantiere die Freiheit, die Ehe mit einer selbst gewählten Person einzugehen.²⁴⁰⁴ Weiter heißt es (bei den Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien einer Ehe), dass es sich um eine rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten einhergehende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft handele²⁴⁰⁵. Von „Verschiedengeschlechtlichkeit“ ist in beiden Sätzen nicht mehr die Rede (obwohl in den in Rn 111 und Rn 114 zitierten Entscheidungen aber ausdrücklich von einer Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau gesprochen wird, was insofern „unterschlagen“ wird). Wenngleich diese Aussagen als obiter dicta zu verstehen sind (in der Entscheidung ging es um Kinderehen, nicht um gleichgeschlechtliche Ehen), könnten sie als Zitationsgrundlage für spätere Entscheidungen dienen („wie vom Bundesverfassungsgericht bereits entschieden, handelt es sich bei einer Ehe um eine rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten einhergehende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zweier Menschen“) und damit der Verfestigung der Auffassung dienen, dass es auch nach dem BVerfG auf die Verschiedengeschlechtlichkeit nicht mehr ankomme.

555g

Steht Art. 6 I GG somit der Eheschließung zwischen Menschen desselben Geschlechts nicht entgegen, stellt sich die Frage, ob das auch für die **Mehrehe** gelten kann.

555h

Unter den Begriff der Mehrehe (Polygamie; der Begriff stammt aus dem Altgriechischen und setzt sich zusammen aus „polys“ (viel) und „gamos“ (Ehe)) fallen Lebensmodelle, bei denen die Ehe aus mehr als zwei Personen besteht. Dabei werden zwei Grundmodelle unterschieden: Während eine Polygynie (gyno: die Frau betreffend) vorliegt, wenn ein Mann mit mehreren Frauen verheiratet ist, spricht man umgekehrt von Polyandrie (andro: der Mann) bei einer Ehe zwischen einer Frau und mehreren Männern. Freilich ist die Polygynie die verbreitetere Form; sie kommt hauptsächlich in afrikanischen und asiatischen Kulturkreisen vor und dürfte vornehmlich patriarchisch motiviert sein.

²³⁹⁹ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 – BGBl I 2017, S. 2787. Siehe auch BT-Drs. 18/6665, S. 5 ff.

²⁴⁰⁰ So etwa von Ipsen, NJW 2017, 1096, 1098; Haydn-Quindeau, NJOZ 2018, 201, 205 f. – dazu sogleich Rn 555f.

²⁴⁰¹ BVerfGE 10, 59, 66; 53, 224, 245; 62, 323, 330; 105, 313, 345; 128, 109, 125; 131, 239, 259; 133, 377, 409.

²⁴⁰² Vgl. BT-Drs. 18/4862 v. 8.5.2015, S. 5; Ipsen, NJW 2017, 1096, 1098; Haydn-Quindeau, NJOZ 2018, 201, 205 f.

²⁴⁰³ Vgl. bereits R. Schmidt, FamR, 4. Aufl. 2015; später auch Brosius-Gersdorf, NJW 2015, 3557 ff.

²⁴⁰⁴ BVerfG NJW 2023, 1494, 1496.

²⁴⁰⁵ BVerfG NJW 2023, 1494, 1497.

Neben patriarchischen Aspekten spielen aber auch religiöse Aspekte eine Rolle. Nach islamischem Recht darf ein Mann (unter der Voraussetzung der Leistungsfähigkeit) bis zu vier Frauen heiraten, wobei die Polygynie traditionell begründet ist und darauf basiert, dass unverheiratete Frauen einen niedrigeren sozialen (und rechtlichen) Status hatten. Im Judentum ist Polygamie formal verboten, was vereinzelt eine tatsächlich gelebte Polygamie aber nicht verhindert. Der Buddhismus toleriert Polygamie. Im Christentum ist Polygamie nicht vorgesehen.

Insgesamt dürften soziale Sicherung des Familienverbands, Ertragssteigerung des Familienverbands, Versorgung von Frauen (die alleinstehend, d.h. ohne die Mehrehe, kein angemessenes Leben führen können) und das Ansehen des Mannes in der (männlich dominierten) Gesellschaft die Hauptgründe einer Polygynie sein.

555i Zwar betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, ein Strukturprinzip der Ehe bestehe in der Einehe.²⁴⁰⁶ Letztlich wird man an diese Frage aber ebenso methodisch geordnet, d.h. durch Verfassungsinterpretation unter Heranziehung der anerkannten Auslegungsmethoden unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR herangehen müssen. Sicherlich wäre die Vorstellung der Anerkennung von Mehrehen unter Zugrundelegung der christlich-abendländischen Tradition sowie der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse „befremdlich“. Aber galt dies vor einigen Jahrzehnten nicht auch für die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen? Anerkennt man mit der hier vertretenen Auffassung die Figur des Verfassungswandels und die Gestaltungsoffenheit des Art. 6 I GG, dürfte es unter Zugrundelegung der sozialen Funktion der ehelichen Gemeinschaft sogar schwerfallen, methodisch einwandfrei die Mehrehe vom Schutz des Art. 6 I GG auszunehmen, spielt sie dem vom BVerfG aufgestellten traditionellen Leitbild von der „idealtypischen Funktion der Ehe“ und der „Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen“, geradezu zu. Fürsorge, Beistandspflicht und Verantwortung sind in einer Mehrehebeziehung ebenso möglich wie in einer „traditionellen“ Ehe. Jedenfalls verstößt nach Auffassung des BVerfG das Bekenntnis zur Mehrehe nicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes.²⁴⁰⁷ Insoweit besteht zumindest deswegen kein Grund, ihre Anerkennung zu versagen. Freilich „relativiert“ das BVerfG den Eindruck, es „billige“ die Mehrehe, indem es am Ende der Entscheidung formuliert, dass es dem Gesetzgeber freistehe, die Anspruchseinbürgerung bei bestehender Mehrehe auszuschließen, etwa indem er nach dem Vorbild des (inzwischen aufgehobenen) § 9 I Nr. 2 StAG auch für die Anspruchseinbürgerung vom Ausländer eine „Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse“ verlange.²⁴⁰⁸ Der Gesetzgeber ist durch Gesetz v. 4.8.2019 dieser „Aufforderung“ bzw. „Freigabe“ gefolgt und hat gem. § 10 I S. 1 a.E. StAG n.F. zur Einbürgerungsvoraussetzung gemacht, dass der Antragsteller die Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse gewährleistet, insbesondere er nicht gleichzeitig mit mehreren Ehegatten verheiratet ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine einfachgesetzliche Vorschrift nicht Prüfungsmaßstab sein kann; allein entscheidend ist, inwieweit der verfassungsrechtliche Ehebegriff die Mehrehe erfasst. Diese Frage muss anhand einer Verfassungsinterpretation unter Beachtung der Strukturprinzipien und des Zwecks einer Ehe sowie der Gewährleistungen der EMRK beantwortet werden (s.o.). Und hier wird nun die Schwäche der traditionellen Interpretation evident: Stellt man auf die „idealtypische Funktion“ der Ehe ab, d.h. die „Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen“, müsste man eine Mehrehe gerade anerkennen, ist bei ihr die Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen, sogar noch gesteigert. Auch der

²⁴⁰⁶ Nach h.M. sind (unter Verweis auf die Strukturprinzipien der Ehe) nur Einehen als Ehen geschützt (siehe etwa BVerfGE 105, 313, 343). Ist also einer der beiden Eheschließenden bereits anderweitig verheiratet, ist die Eheschließung in Deutschland ausgeschlossen (Verbot der Doppelhehe, siehe einfachgesetzlich §§ 1306, 1353 BGB, § 172 StGB). Diesem Eheverbot, das im Übrigen von Art. 6 S. 2 EGBGB getragen wird, liegt das im hiesigen Kulturkreis vorherrschende Prinzip der Einehe (Monogamie) zugrunde. Mehrehen (die rechtsgültig im Ausland geschlossen wurden) können nach h.M. immerhin unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Familie unter Art. 6 I GG fallen (BVerfGE 71, 228, 231 f.; BVerfW ZAR 2018, 313, 318. Bedeutung erlangt dies im Rahmen des Familiennachzugs bei Zuwanderern).

²⁴⁰⁷ BVerfW ZAR 2018, 313, 314 f.

²⁴⁰⁸ BVerfW ZAR 2018, 313, 319.

Versorgungsgedanke ist (im Vergleich zur Einehe) jedenfalls dann erhöht, wenn die überwiegenden (oder gar sämtliche) Ehepartner berufstätig sind. Möchte man daher die Mehrehe ablehnen, muss man andere Argumente bemühen. Zu diesen zählen etwa die Fragen nach der Elternschaft bei einer Mehrehe und den Scheidungsfolgen. Sollen die Kinder neben den leiblichen Eltern auch die anderen Ehegatten als Elternteil haben? Was soll bei einer solchen juristischen Elternschaft nach einer etwaigen Scheidung gelten? Und bei welcher Ehegattenzahl will man die Grenze setzen? Im Zuge einer EMRK-konformen Auslegung ist schließlich die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 12 EMRK zu beachten. So haben gem. Art. 12 EMRK Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Es besteht also der Vorbehalt konventionsstaatlicher Bestimmungen. Verbieht mithin die Rechtsordnung eines Konventionsstaates eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen, steht nach Auffassung des EGMR Art. 12 EMRK dem nicht entgegen. Zwar betont der EGMR, dass das Recht, eine Ehe einzugehen, nicht auf verschiedengeschlechtliche Menschen beschränkt sei. Allerdings bleibe die Entscheidung, ob die gleichgeschlechtliche Ehe gestattet werden solle, „zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht der Konventionsstaaten überlassen“.²⁴⁰⁹

Verneint man danach das Ehegrundrecht, bleibt immerhin das Familiengrundrecht.²⁴¹⁰ Auch ist nach dem BVerwG die Mehrehe – soweit sie auf Freiwilligkeit beruht – nicht sittenwidrig, verstößt nicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung und wird im Rahmen des *ordre public* als im Bundesgebiet wirksam anerkannt (s.o.).²⁴¹¹

Abzulehnen ist jedenfalls der Gesetzesvorschlag Bayerns (BR-Dr. 249/18) „zur Bekämpfung der Mehrehe“. Zu begrüßen ist allein das Ziel, Rechtsklarheit und -sicherheit im Umgang mit Mehrehen zu schaffen. Nach der hier vertretenen Auffassung verfassungswidrig ist aber die vorgeschlagene Regelung (d.h. die Ergänzung des Art. 13 EGBGB um einen neuen Absatz 4), die Mehrehe aufzuheben, sofern die Ehepartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Konkret heißt es im Gesetzesvorschlag: „Haben beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so ist eine nach ausländischem Recht geschlossene Ehe nach deutschem Recht aufzuheben, wenn bei der Eheschließung zwischen einem der Ehegatten und einer dritten Person bereits eine Ehe oder Lebenspartnerschaft bestand.“ Die Verfassungswidrigkeit knüpft an den Umstand, dass ein Familienverbund auseinandergerissen würde mit unverhältnismäßigen Folgen für vorhandene Kinder, was eine Verletzung mehrerer Grundrechte impliziert (insb. Art. 6 I GG, aber auch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG). Auch die von der Nichtigkeitserklärung betroffenen Ehepartner (insb. Frauen) würden in nicht zu rechtfertigender Weise um ihre Ehegattenrechte (und ihre Gleichheitsrechte) gebracht.

555j

Infolge des Kriteriums „grundsätzlich auf Dauer angelegt“ sind **geschiedene Ehen** nicht vom Schutzbereich des Art. 6 I GG erfasst.²⁴¹² Allerdings entfaltet das Grundrecht aufgrund seiner objektiv-rechtlichen Funktion „eheliche Nachwirkungen“, die sich insbesondere im Zugewinn- und Versorgungsausgleich sowie im nahehelichen Unterhalt konkretisieren (dazu Rn 559).

556

Bei Ehen mit **Auslandsbezug** sind verschiedene Probleme möglich. So ist zunächst fraglich, ob es mit dem Strukturprinzip der „gemeinsamen Lebensgestaltung“ vereinbar ist, wenn eine Ehe nur **zum Schein geschlossen** wird. Das betrifft insbesondere den Fall, dass eine Ehe (womöglich gegen Entgelt) nur zur Erlangung der deutschen Staatsangehörigkeit oder zur Verhinderung einer Abschiebung geschlossen wird (sog. **Aufenthaltsehe**).

557

²⁴⁰⁹ EGMR NJW 2011, 1421 ff. Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 20a/443 ff.

²⁴¹⁰ BVerwG ZAR 2018, 313, 318.

²⁴¹¹ BVerwG ZAR 2018, 313, 318.

²⁴¹² BVerwGE 15, 306, 316.

Beispiel: Dem sich in Deutschland aufhaltenden somalischen Staatsangehörigen S droht die Abschiebung. Er kann die sozialschwache F gegen Zahlung von 5.000 € dazu bringen, die Ehe mit ihm einzugehen.

- 558 Die Rechtsprechung verneint den Schutz des Art. 6 I GG mit dem Argument des Gestaltungsmissbrauchs. Eheschließungen, die ausschließlich dem Zweck der Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis durch einen der Ehepartner dienen, hätten nicht das Ziel der gemeinsamen Lebensgestaltung. Deshalb genossen sie nicht den Schutz des Art. 6 I GG. Gleiches gelte für zwar formell rechtmäßige, aber nur wegen der Weitergabe des Namens geschlossene Ehen (sog. **Namensehen**).²⁴¹³ Diese Rechtsprechung ist nicht ganz unproblematisch. Denn sie nivelliert die rechtsgestaltende Wirkung der standesamtlichen Eheschließung, die erst mit der richterlichen Ehescheidung aufgehoben wird (§ 1313 BGB). Bis auf die Fälle, in denen der Rechtsmissbrauch evident ist, sollten daher auch Aufenthalts- und Namensehen dem Schutz des Art. 6 I GG unterstellt werden, und zwar so lange, bis die Ehe gem. §§ 1314 II Nr. 5, 1315 ff. BGB aufgehoben ist.

Im obigen **Beispiel** stünde nach der Rechtsprechung Art. 6 I GG der Abschiebung des S von vornherein nichts entgegen. Aber auch nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich nichts anderes, weil der Missbrauch von S und F offensichtlich ist.

- 558a Nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich geschützt sind aber sog. **hinkende Ehen**. Darunter sind Ehen zu verstehen, die zwar nach dem Recht des Staates, in dem sie geschlossen wurden, wirksam sind, nicht aber nach dem Recht des Staates, in dem es um die Anerkennung der Ehe geht.²⁴¹⁴

Beispiel²⁴¹⁵: Der US-Amerikaner A (Soldat in den amerikanischen Streitkräften) und die Deutsche D wurden vor 20 Jahren, als A auf einer Militärbasis in Deutschland stationiert war, von einem amerikanischen Militärpfarrer getraut. Zunächst lebten sie noch 2 Jahre in Deutschland, dann verlegten sie ihren Wohnsitz kurzzeitig in die USA, zogen dann aber wieder nach Deutschland, wo A eine berufliche Tätigkeit in einem deutschen Unternehmen aufnahm. Das gesamte soziale Umfeld in Deutschland ging von einer wirksamen Ehe aus. Nachdem A Ende 2023 gestorben war und D Hinterbliebenenrente beantragt hatte, versagte die zuständige Versicherungsanstalt ihr diese mit dem Argument der Ungültigkeit der Ehe, da in Deutschland eine Ehe nur von einem Standesbeamten geschlossen werden könne (siehe auch Art. 13 IV S. 1 EGBGB).

- 558b Ist die hinkende Ehe in ihrer tatsächlichen Wahrnehmung mit der Ehe i.S.d. Art. 6 I GG funktional vergleichbar, bezieht das BVerfG sie in den Schutzbereich mit ein.²⁴¹⁶ Funktional mit der nach deutschem Recht geschlossenen Ehe vergleichbar sei eine hinkende Ehe, wenn die Verbindung zwischen den Partnern als lebenslange personale Gemeinschaft beabsichtigt sei und nach ihrer Ausgestaltung einer echten Lebensgemeinschaft entspreche.²⁴¹⁷ Ergänzend wird man anführen müssen, dass das BVerfG die hinkende Ehe wohl nur dann anerkennen würde, wenn sie mit den (übrigen) „unveränderlichen Strukturprinzipien“ in Einklang steht.

Demzufolge hatte im obigen **Beispiel** D Anspruch auf Rente. Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn die Ehe nach beiden Rechtskreisen unwirksam gewesen wäre. Auch Mehrehen unterliegen einer anderen Bewertung (dazu Rn 555h).

Zu beachten ist aber, dass sich die Entscheidung des BVerfG auf den öffentlich-rechtlichen Status bezog. Möglicherweise gilt zivilrechtlich (konkret: in Bezug auf Unterhalts-

²⁴¹³ BVerwGE 65, 174, 180. Scheinehen sind jedenfalls gem. § 1314 II Nr. 5 BGB aufhebbar.

²⁴¹⁴ Vgl. BVerfGE 62, 323, 329 f. (Trauung vor britischem Militärgeistlichen); BVerwGE 123, 18, 20; OLG Frankfurt FamRZ 2014, 1106; *Siede*, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 1310 Rn 10.

²⁴¹⁵ In Anlehnung an BVerfGE 62, 323, 329 f. (Trauung vor britischem Militärgeistlichen); *Kingreen/Poscher*, Rn 866.

²⁴¹⁶ BVerfGE 62, 323, 329 f. Vgl. auch BVerwGE 123, 18, 20.

²⁴¹⁷ BVerfGE 62, 323, 331; OVG Lüneburg NVwZ 2005, 1739, 1740; a.A. BVerwGE 71, 228, 231.

ansprüche und anderes Scheidungsfolgenrecht) etwas anderes, weil in Deutschland gem. § 1310 I S. 1 BGB eine Ehe nur vor einem Standesbeamten geschlossen werden kann. Das gilt auch dann, wenn einer der Verlobten Nichtdeutscher ist (Art. 13 IV S. 1 EGBGB). Wird die Ehe nicht vor einem Standesbeamten gem. § 1310 I S. 1 BGB (oder einem „Scheinstandesbeamten“ gem. § 1310 II BGB) geschlossen und liegt auch kein Heilungstatbestand nach § 1310 III BGB vor, ist sie unwirksam („Nichtehe“). Eine Nichtehe kann folgerichtig auch nicht geschieden werden und es können keine (nach-)ehelichen Unterhaltsansprüche greifen. Möglicherweise gilt aber etwas anderes, wenn man den Auslandsbezug berücksichtigt und entweder die Verordnung (EU) 1259/2010 (sog. Rom-III-Verordnung) oder zumindest Art. 13 ff. EGBGB („Internationales Familienrecht“) anwendet. Vgl. dazu *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 30b/30c).

Die Frage nach der Anerkennung einer „hinkenden Ehe“ stellt sich auch, wenn eine wirksam im Ausland mit einer Minderjährigen geschlossenen Ehe besteht. Zwar hat das BVerfG entschieden, dass Art. 6 I GG die inländische Anerkennung einer im Ausland wirksam geschlossenen Ehe unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Bestandsschutzes für Ehen einschließe²⁴¹⁸, es hat aber auch betont, dass dabei die Strukturprinzipien der Ehe beachtet werden müssten²⁴¹⁹, die den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (den er mit Art. 13 III EGBGB wahrgenommen hat) beschränkten²⁴²⁰. Ordne Art. 13 III Nr. 1 EGBGB (unter Beachtung der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 IV EGBGB) die Unwirksamkeit einer nach ausländischem Recht wirksam geschlossenen Ehe mit einer zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nicht 16 Jahre alten Person an, verstoße dies gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Zwar habe der mit der Unwirksamkeitserklärung verfolgte Minderjährigenschutz sehr hohes Gewicht (weshalb die Regelung geeignet und erforderlich sei), jedoch seien auch die (vermögensrechtlichen) Folgen einer Unwirksamkeitserklärung sehr gewichtig. Ein Ausgleich über §§ 812 ff. BGB erscheine zwar nicht völlig ausgeschlossen, ein spezifisches gerichtliches Verfahren zur Klärung der finanziellen Folgen der unwirksamen Ehe fehle aber. Darüber hinaus würden den Betroffenen alle weiteren mit dem Status der Ehe verbundenen Ansprüche verwehrt. Entscheidend sei aber, dass der Gesetzgeber es trotz des nicht unerheblichen Eingriffs in die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 I GG versäumt habe, die Folgen der gesetzesunmittelbaren Unwirksamkeit zu regeln und eine rechtliche Möglichkeit zu schaffen, die es Minderjährigen erlaubt, nach Erreichen der Volljährigkeit die Ehe im Inland wirksam fortzuführen. Art. 13 III S. 1 EGBGB sei daher nicht verhältnismäßig im engeren Sinne und verletze Art. 6 I GG.²⁴²¹

558c

Bewertung: Dass das BVerfG nicht auch einen Verstoß gegen das Elternrecht aus Art. 6 II GG prüfte, erstaunt. Denn im zu entscheidenden Fall stellte das Familiengericht das Ruhen der elterlichen Sorge fest (§ 1674 I BGB), ordnete Vormundschaft an und bestellte das Jugendamt zum Amtsvormund. Das bedingt einen Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 II GG. Aber auch auf die Grundrechte des Kindes ging das BVerfG nicht ein. So bleibt unbeantwortet, ob die o.g. Maßnahmen das Kind in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verletzen. Mit Blick auf Art. 6 I GG überzeugt die Entscheidung aber. Zutreffend stellt das BVerfG fest, dass der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Ehe an ein Mindestalter der Ehegatten knüpfen kann. Auch ist es richtig, dass der Gesetzgeber, wenn er eine „Minderjährigenehe“ für unwirksam erklärt, auch die Folgen der Unwirksamkeit regeln und den Betroffenen die Möglichkeit eröffnen muss, nach Erreichen der Volljährigkeit die Ehe als wirksame Ehe fortzuführen. Insoweit bietet es sich an, bis zu einer entsprechenden Erklärung der Betroffenen gesetzlich eine „schwebende Unwirksamkeit“ zu verankern.

²⁴¹⁸ BVerfG NJW 2023, 1494, 1496 (Kinderehen).

²⁴¹⁹ BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 (Kinderehen).

²⁴²⁰ BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 (Kinderehen).

²⁴²¹ BVerfG NJW 2023, 1494, 1498 (Kinderehen).

- 558d** Ob aber Art. 6 I GG das Recht von ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen auf Nachzug zu ihren berechtigterweise in Deutschland lebenden ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen begründet, ist unklar. Das BVerfG bejaht zwar den Schutzbereich des Art. 6 I GG, sieht aber die Ablehnung des (sofortigen) **Ehegattennachzugs** als gerechtfertigt an. Es verstoße nicht gegen das Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 I GG, wenn den Betroffenen zugemutet wird, in das jeweilige Heimatland überzusiedeln, sofern sie zeitlich unbegrenzt die Lebensgemeinschaft mit ihren Ehegatten sogleich herstellen wollen.²⁴²² Daraus wird man folgern können bzw. müssen, dass auch § 30 AufenthG, der den Ehegattennachzug an die in der Vorschrift formulierten Voraussetzungen knüpft, mit Art. 6 I GG vereinbar ist. Völkerrechtlich ist aber Art. 12 II GFK zu beachten (umgesetzt durch § 26 I AsylG). Geht es demgegenüber um die Frage, ob ein deutscher Staatsbürger Ehegattennachzug verlangen kann, ergibt sich wegen Art. 6 I GG ein Anspruch (vgl. § 28 AufenthG).
- 559** Das **geschützte Verhalten** beginnt mit der Wahl des Ehepartners und des Zeitpunkts der Eheschließung (Eheentschließungsfreiheit) und umfasst das eheliche Zusammenleben²⁴²³ einschließlich der Familienplanung und der Wahl des Wohnsitzes der ehelichen Gemeinschaft bzw. der Familie. Auch die Entscheidung über die Beendigung der Ehe (Scheidung) ist wohl geschützt.²⁴²⁴ Da das eheliche Pflichtenverhältnis mit der Scheidung zwar verändert, aber nicht beendet wird, sind nach der Rechtsprechung des BVerfG schließlich auch die Folgewirkungen einer Ehe, etwa Unterhaltsansprüche, durch Art. 6 I GG geschützt.²⁴²⁵
- 560** Geschützt sind auch die Entscheidungen, ob die Partner einen gemeinsamen Familiennamen haben wollen und wie die Kinder heißen sollen.²⁴²⁶ Ebenso obliegt den Ehepartnern die freie Bestimmung des Güterrechts und der finanziellen Beziehung untereinander. Das schließt die Freiheit ein, einen auf Gleichberechtigung basierenden Ehevertrag zu schließen²⁴²⁷, den gemeinsamen Wohnort zu wählen²⁴²⁸ und die Aufgaben in der Gemeinschaft zu verteilen.^{2429, 2430} Lediglich bei Unbilligkeiten (etwa wenn der Ehevertrag einen Ehepartner spürbar benachteiligt oder die einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt) räumen die Familiengerichte unter ausdrücklicher Billigung des BVerfG²⁴³¹ für sich das Recht ein, korrigierend einzugreifen.²⁴³²
- 561** Ebenso wie der Begriff der Ehe knüpft der Begriff der **Familie** an bürgerliche Strukturprinzipien an. Während die (antiquierte) Rechtsprechung des BVerfG die Familie als „Keimzelle der staatlichen Gemeinschaft“ betrachtet(e)²⁴³³, ist nach hier vertretenem modernem, auf psychologische und soziologische Aspekte abstellendem Verständnis unter Familie die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft, unabhängig von der

²⁴²² BVerfGE 76, 1, 57 bzgl. § 2 I AuslG (am 1.1.2005 außer Kraft getreten) i.V.m. diversen Verwaltungsvorschriften.

²⁴²³ Vgl. BVerfG NJW 2023, 1494, 1496 (Kinderehen); zuvor schon BVerfGE 76, 1, 42; 105, 1, 11 ff.

²⁴²⁴ Das ergibt sich zwar nicht (direkt) aus der Rechtsprechung des BVerfG (so stellt etwa BVerfGE 53, 224, 254 auf den Schutz nach der Scheidung ab), folgt jedoch mittelbar aus der jedenfalls geschützten Wiederverheiratungsfreiheit (BVerfGE 31, 58, 83). Da Art. 6 I GG dem Schutz der Ehe dient und die Scheidung gerade nicht diesem Schutz dient, kann man auch anderer Auffassung sein. Dann aber greift jedenfalls das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (dazu Rn 268). Insoweit bieten Art. 6 I GG bzw. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG also ein Recht, das es nach der Rspr. des EGMR hinsichtlich Art. 8 I EMRK (EGMR 10.1.2017 – 1955/10) nicht gibt. Das ist nicht nur in der Sache abzulehnen, sondern auch deswegen, weil der EGMR auch sonst aus Art. 8 I EMRK ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ableitet. Und wie aufgezeigt, lässt sich daraus durchaus ein Recht auf Scheidung (bzw. Auflösung der Partnerschaft) ableiten.

²⁴²⁵ BVerfGE 53, 224, 250 ff.; 53, 257, 297; 66, 84, 93. Vgl. auch *Coester-Waltjen*, Jura 2009, 105, 107.

²⁴²⁶ BVerfGE 104, 373, 385.

²⁴²⁷ Vgl. dazu BVerfGE 103, 89, 101; BGH NJW 2004, 930 ff.; NJW 2004, 3491 ff.; NJW 2024, 827, 828.

²⁴²⁸ BVerfG NJW 2005, 3556, 3557.

²⁴²⁹ BVerfGE 105, 1, 11.

²⁴³⁰ *Kingreen/Poscher*, Rn 871.

²⁴³¹ Vgl. BVerfGE 103, 89, 101 ff.

²⁴³² Das kann mittels Feststellung der Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) oder mittels Ausübungskontrolle (Anpassung nach § 242 BGB) erfolgen, vgl. etwa BGH NJW 2004, 930 ff.; fortgeführt von BGH NJW 2004, 3431 ff.; NJW 2005, 142 f.; NJW 2005, 1370 ff.; OLG Hamm NJW 2006, 753 ff.; BGH NJW 2024, 827, 828 ff.

²⁴³³ BVerfGE 6, 55, 71.

rechtlichen und genetischen Verknüpfung, zu verstehen.²⁴³⁴ Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses erstreckt sich der Schutzgehalt des Art. 6 I GG damit auch auf soziale Familiengemeinschaften, unabhängig vom Bestehen einer rechtlichen Verbindung zwischen den Eltern oder eines rechtlichen oder genetischen Eltern-Kind-Verhältnisses.²⁴³⁵ Vom Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG geschützt sind also auch nichteheliche Lebensgemeinschaften mit daraus hervorgegangenen oder in die Gemeinschaft eingebrachten oder adoptierten Kindern.²⁴³⁶ Auch Mehrehen sind geschützt.²⁴³⁷ Inhaltlich gewährleistet das Familiengrundrecht insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden.²⁴³⁸ Eingeschlossen sind schließlich familiäre Bindungen zwischen (sonstigen) nahen Verwandten, insbesondere zwischen Großeltern und ihren Enkelkindern.²⁴³⁹ Diese Ausweitung des Schutzbereichs übt Einfluss etwa auf die Frage aus, ob nahe Verwandte das Recht haben, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers in Betracht gezogen zu werden. Das BVerfG bejaht dies nicht nur, sondern geht sogar so weit, dass es den nahen Verwandten bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers den Vorrang gegenüber dritten Personen einräumt, sofern nicht im Einzelfall konkrete Erkenntnisse darüber vorliegen, dass dem Wohl des Kindes durch die Auswahl einer nicht verwandten Person besser gedient ist.²⁴⁴⁰ Voraussetzung ist nur, dass eine tatsächliche enge familiäre Bindung besteht (s.o.). Zugleich ist deutlich erkennbar, dass in der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG und des BGH eine Annäherung zur vom EGMR vorgenommenen weiten Auslegung des Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens – dazu Rn 4d ff.) stattfindet. Welche „Fernwirkung“ diese Rechtsprechung entfalten wird, etwa auf den Gebieten des Adoptionsrechts oder des Erbschaftsteuerrechts, ist derzeit noch nicht absehbar. Nach Auffassung des BVerfG²⁴⁴¹ und des BGH²⁴⁴² greift eine versagte Adoption allerdings nicht in das Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG ein. Damit gibt die höchstrichterliche Rechtsprechung offenbar zu verstehen, dass sie an einen bereits bestehenden Familienverbund anknüpft. Das überzeugt nicht. Richtigerweise ist der Schutzbereich auf die Familiengründung zu erstrecken, sodass bspw. auch eine Post-mortem-Befruchtung (also die Fertilisation einer Frau mit dem kryokonservierten, d.h. „tiefgefrorenen“ Spermia ihres mittlerweile verstorbenen Partners oder Ehemanns) vom Schutzbereich erfasst ist.

Aus der Formulierung in Art. 6 I GG, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen, wird – wie bereits ausgeführt – eine **Instituts-garantie** hergeleitet: Art. 6 I GG garantiert die Ausgestaltung der Ehe (und der eingetragenen Lebenspartnerschaft) durch den Gesetzgeber, dem dabei ein erheblicher Ausgestaltungsraum zukommt, sofern er nur die verfassungs-, europa- und konventionsrechtlichen Strukturprinzipien beachtet. Zudem begründet Art. 6 I GG eine **Schutzpflicht**. Um dieser Schutzpflicht zu entsprechen, hat der Staat nicht nur alles zu unterlassen, was die Ehe (und die eingetragene Lebenspartnerschaft) beeinträchtigen könn-

562

²⁴³⁴ Siehe aber auch schon BVerfGE 10, 59, 66; 18, 97, 105 f.; 45, 104, 123; 79, 256, 267; 108, 82, 112.

²⁴³⁵ BVerfG FamRZ 2013, 521, 525; NJW 2019, 1793, 1795; BGH NJW 2017, 1672, 1673. Siehe auch schon BVerfGE 25, 167, 196 („Die Familie i.S. des Art. 6 Abs. 1 GG umfaßt auch das uneheliche Kind; so unterliegen etwa die Beziehungen des unehelichen Kindes zu seiner Mutter und zu deren Verwandten zweifellos dem Schutze dieser Vorschrift.“) und BVerfGE 127, 263, 287 (tatsächliche Familiengemeinschaft).

²⁴³⁶ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 10, 59, 66; 18, 97, 105 f.; 45, 104, 123; 79, 256, 267; 108, 82, 112. Die reine nichteheliche Lebensgemeinschaft ohne Kinder genießt somit nicht den Schutz aus Art. 6 I GG, sondern lediglich den Schutz aus Art. 2 I GG.

²⁴³⁷ Siehe Rn 555i.

²⁴³⁸ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 61, 319, 347; 99, 216, 231; 133, 59, 84.

²⁴³⁹ Auf diesen weiten Familienbegriff stellt das BVerfG nunmehr (NJW 2014, 2853, 2854 f.) explizit ab und erteilt damit seiner früheren Rechtsprechung, in der das Gericht den Begriff auf das Eltern-Kind-Verhältnis beschränkte (enger Familienbegriff, vgl. BVerfGE 48, 327, 339), eine klare Absage (dazu näher *R. Schmidt*, FamRZ, 11. Aufl. 2022, Rn 29 ff.).

²⁴⁴⁰ BVerfG NJW 2014, 2853, 2854 f.

²⁴⁴¹ BVerfG FamRZ 2013, 521, 525 f.

²⁴⁴² BGH NJW 2017, 1672, 1673.

te; sondern er muss die Institute auch durch geeignete Maßnahmen fördern.²⁴⁴³ Im Übrigen hat der Gesetzgeber auch bei der Gestaltung des Familienrechts (insbesondere des Ehe- und Scheidungsrechts) einen weiten Gestaltungsspielraum. Wann dieser Gestaltungsspielraum überschritten und möglicherweise Art. 6 I GG verletzt ist, kann nicht immer leicht festgestellt werden. Jedenfalls darf der Wesensgehalt des Art. 6 I GG nicht angetastet werden (Art. 19 II GG).²⁴⁴⁴

Beispiel (fiktiv): Der Gesetzgeber ändert das Familienrecht dergestalt, dass eine Ehescheidung nicht mehr eines gerichtlichen Gestaltungsurteils bedarf. Vielmehr kann bereits durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung seitens eines Ehepartners (also durch eine Art „Kündigung“) die Auflösung der Ehe herbeigeführt werden. Liegt hierin ein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG?

Zum Verständnis der „verweltlichten“ bürgerlich-rechtlichen Ehe, wie es vom BVerfG zugrunde gelegt wird, gehört der Grundsatz der Unauflöslichkeit. Eine Scheidung kann nur in einem streng formalisierten gerichtlichen Verfahren erwirkt werden. Zwar ist der Gesetzgeber aufgrund seines ihm zustehenden erheblichen Gestaltungsspielraums zur Weiterentwicklung des Familienrechts befugt, aber nur insoweit, als er nicht die Institutsgarantie des Art. 6 I GG in Frage stellt. Die Institutsgarantie des Art. 6 I GG ist jedenfalls dann verletzt, wenn der Gesetzgeber den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe nivelliert. Die hier vorgenommene Änderung des Familienrechts ist deshalb verfassungswidrig.

2. Das Elternrecht

563 Das Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung (sog. **Elternrecht**) ist speziell in Art. 6 II S. 1 GG geregelt. Es „garantiert Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen.“²⁴⁴⁵ Freilich gewährleistet Art. 6 II S. 1 GG „keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern eine solche zum Schutze des Kindes und in dessen Interesse“.²⁴⁴⁶ Diesbezüglich ist das Elternrecht dann auch umfassend zu verstehen. Es umfasst die Pflege, d.h. die Sorge für das Wohl und die Erziehung der minderjährigen Kinder²⁴⁴⁷ einschließlich des Aufenthaltsbestimmungsrechts²⁴⁴⁸, der Namensgebung²⁴⁴⁹ und der religiösen Erziehung²⁴⁵⁰. Auch die Gesundheitsvorsorge insgesamt und damit auch die Entscheidung über medizinische Maßnahmen einschließlich der Entscheidung, ob die Kinder eine (Masern-) Schutzimpfung erhalten sollen, gehören zum Elternrecht.²⁴⁵¹ Die im Elternrecht wurzelnden Befugnisse und Pflichten nehmen indes mit zunehmendem Alter des Kindes ab und erlöschen mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes.²⁴⁵²

564 Ein wichtiger Gesichtspunkt kommt dem Elternrecht im Bereich des **Schulwesens** zu, weil gem. Art. 7 I GG das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht. Allerdings wird das Elternrecht des Art. 6 II S. 1 GG nicht durch Art. 7 I GG verdrängt. Vielmehr sind beide Verfassungspositionen gleichgeordnet.²⁴⁵³ So ist die allgemeine

²⁴⁴³ BVerfGE 105, 313, 342 ff.

²⁴⁴⁴ BVerfGE 105, 313, 342 ff.; 53, 224, 245: keine Berührung des „Ordnungskerns“.

²⁴⁴⁵ BVerfG NJW 2022, 2904, 2907 (Masernschutzimpfung) mit Verweis auf BVerfGE 107, 104, 117; 121, 69, 92.

²⁴⁴⁶ BVerfG NJW 2022, 2904, 2907 (Masernschutzimpfung) mit Verweis auf BVerfGE 121, 69, 92.

²⁴⁴⁷ Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2003, 1031; FamRZ 2014, 1177; NJW 2015, 44, 45 ff.; NJW 2015, 223, 224.

²⁴⁴⁸ BVerfG FamRZ 2014, 1177; NJW 2015, 44, 45 ff.

²⁴⁴⁹ BVerfG NJW 2009, 663 ff. (Schutz der freien Wahl des Vornamens, solange keine Kindeswohlgefährdung vorliegt). Zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Familiendoppelnamen der Kinder vgl. BVerfGE 103, 373 ff.

²⁴⁵⁰ Vgl. BVerfGE 41, 29, 44 ff.; 52, 223, 236; 93, 1, 17; *Isensee*, JZ 2013, 317, 319. Vgl. dazu Rn 373 ff.

²⁴⁵¹ BVerfG NJW 2022, 2904, 2907 (Masernschutzimpfung).

²⁴⁵² BVerfGE 59, 360, 382; 72, 122, 137. Zwar kann die im BGB genannte Altersgrenze zur Volljährigkeit von 18 Jahren (§ 2 BGB) nicht automatisch ein verfassungsrechtliches Recht entfallen lassen, jedoch ist es zulässig, einfachgesetzliche Regelungen als Orientierungshilfe bei der Bestimmung der Reichweite von Verfassungsnormen heranzuziehen.

²⁴⁵³ BVerfG NJW 2015, 44, 45 ff.

Schulpflicht mit Art. 6 II S. 1 GG vereinbar, da – wie das BVerfG zutreffend konstatiert – eine „gemeinsame Erziehungsaufgabe“ von Eltern und Schule besteht²⁴⁵⁴, die die Ausformung von „Parallelgesellschaften“ vermeiden und Minderheiten in die Gesellschaft integrieren soll²⁴⁵⁵. Die Eltern haben aber ein grundsätzliches Wahlrecht zwischen verschiedenen Schulformen.²⁴⁵⁶ Des Weiteren ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass aus dem Elternrecht keine Ansprüche auf einen bestimmten Standort einer Schule abgeleitet werden können, solange das Recht auf freie Schulwahl nicht unzumutbar eingeschränkt und der Ausbildungsanspruch der Schüler nicht wesentlich beeinträchtigt wird.²⁴⁵⁷ Auch können die Eltern nicht verlangen, dass ihnen eine ihren Wünschen entsprechende Schule zur Verfügung gestellt wird. Zur Frage nach den sonstigen (begrenzten) Mitwirkungsrechten der Eltern im Schulbereich vgl. die Beispiele bei Rn 584.

Da Art. 6 II GG eine auf Zeugung begründete leiblichen Elternschaft vor Augen hat²⁴⁵⁸ sind **Träger** des Grundrechts zunächst die leiblichen (auch minderjährigen) Eltern²⁴⁵⁹. Aber auch die Adoptiveltern sind grundrechtsberechtigt, nicht aber Adoptionswillige, da in diesem Fall gerade noch keine zur Grundrechtsträgereigenschaft führende Adoptiv-elternschaft besteht. Das gilt selbst dann, wenn der Adoptionswillige mit dem Elternteil und dessen Kind in sozial-familiärer Gemeinschaft lebt.²⁴⁶⁰ Väter von nichtehelichen Kindern, deren Interessen etwa bei der Adoption des Kindes von dritter Seite zu beachten sind, können sich auf Art. 6 II S. 1 GG berufen; der Gesetzgeber muss hier eine Ausgestaltung wählen, welche die Interessen des Vaters hinreichend berücksichtigt.²⁴⁶¹ Personen, die lediglich eine soziale Funktion eines Elternteils wahrnehmen (etwa der Lebensgefährte der verwitweten Mutter, der eine „soziale“ Vaterschaft ausübt)²⁴⁶², können sich dagegen ebenso wenig auf das Elternrecht stützen wie Pflegeeltern²⁴⁶³. Für diesen Personenkreis kommt aber der Schutz aus dem Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG in Betracht, da diese Grundrechtsbestimmung vom formalen Elternstatus unabhängig ist und auch die sozial-familiäre Gemeinschaft schützt.²⁴⁶⁴

565

II. Eingriff in den Schutzbereich

Ehe und Familie: Da diese Begriffe einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürfen (s.o.), stellt nicht jede ehe- und familienbezogene Regelung einen Eingriff dar. Es kann schlicht eine Definition, Ausgestaltung oder Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Begriffe Ehe, Familie und Elternschaft vorliegen.²⁴⁶⁵

566

Beispiele für definierende Regelungen²⁴⁶⁶: **(1)** § 1591 BGB bestimmt, dass Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat. Damit hat sich der Gesetzgeber in Ausübung seiner Ausgestaltungsfreiheit für die gebärende Frau als rechtliche Mutter entschieden. Daher sind z.B. Eizellspenderinnen nicht Trägerinnen des Elternrechts aus Art. 6 II GG, obwohl sie genetische Mütter sind.²⁴⁶⁷ **(2)** § 1353 I S. 2 BGB verpflichtet die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zu gegenseitiger Verantwortung. **(3)** Nach § 1357 I BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des

²⁴⁵⁴ BVerfGE 98, 218, 244 f.

²⁴⁵⁵ BVerfG NJW 2015, 44, 45 ff. Zur Vereinbarkeit der allgemeinen Schulpflicht mit Art. 4 GG vgl. Rn 583 f.

²⁴⁵⁶ Vgl. dazu insgesamt BVerfGE 34, 165, 182 f., 197 ff.

²⁴⁵⁷ *Theuersbacher*, NVwZ 1999, 838, 839 unter Bezugnahme auf OVG Münster NVwZ-RR 1996, 90; VGH Mannheim NVwZ-RR 1996, 89.

²⁴⁵⁸ *Badura*, im: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 6 Rn 100.

²⁴⁵⁹ Keine Rolle spielt es, ob die Eltern miteinander verheiratet sind. Auch nicht verheiratete Eltern sind Grundrechtsträger aus Art. 6 II S. 1 GG (insoweit klarstellend BVerfG FamRZ 2015, 817 f.).

²⁴⁶⁰ BVerfG NJW 2019, 1793, 1794.

²⁴⁶¹ BVerfG NJW 1995, 2155, 2157 f.

²⁴⁶² BGH NJW 2017, 1672, 1673; BVerfG NJW 2019, 1793, 1794.

²⁴⁶³ BVerfGE 79, 51, 60; BGH NJW 2017, 472, 473. Siehe auch den Umkehrschluss aus BVerfG NJW 2023, 3282, 3283.

²⁴⁶⁴ BVerfG NJW 2023, 3282, 3283; zuvor schon BVerfG NJW 2019, 1793, 1794 mit Verweis auf BVerfGE 133, 59, 81 f.

²⁴⁶⁵ Siehe nur BVerfG NJW 2019, 1793, 1795.

²⁴⁶⁶ Vgl. zu Beispielen 2-4 *Kingreen/Poscher*, Rn 879.

²⁴⁶⁷ Siehe dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 462.

Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung für und gegen den anderen Ehegatten zu besorgen. **(4)** Auch die Regelungen über das Scheidungsrecht (§§ 1564 ff. BGB) definieren das Gebilde Ehe. Auch das Gegenbeispiel bei Rn 567 beschreibt eine den Familienbegriff ausgestaltende Regelung.

- 567** Grundrechten mit Ausgestaltungs- und Regelungsvorbehalt ist es eigentümlich, dass ausgestaltende und regelnde Bestimmungen, die den Ausgestaltungs- bzw. Regelungsspielraum nicht überschreiten, zwar keine Grundrechtseingriffe darstellen, jedoch selbstverständlich mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein müssen. Der Unterschied zu „echten“ Grundrechtseingriffen besteht v.a. darin, dass das Zitiergebot nicht gilt (da Art. 19 I S. 2 GG an den Umstand anknüpft, dass das Grundrecht unter Gesetzesvorbehalt steht) und (grundsätzlich) geringere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind (siehe bereits Rn 145, 156 ff.), da das Grundgesetz dem Gesetzgeber ja gerade einen Ausgestaltungs-, Regelungs- und Konkretisierungsauftrag erteilt. Das ist auch bei Art. 6 I und II GG der Fall. Gesetzliche Ausgestaltungen, Regelungen und Konkretisierungen, die die Definition von Ehe, Familie und Elternschaft nicht verlassen, stellen sich nicht als Grundrechtseingriffe dar. In diesem Fall ist die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolldichte stark reduziert.²⁴⁶⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG liegt ein Eingriff in Art. 6 I GG bzw. Art. 6 II GG jedoch dann vor, wenn eine betreffende Regelung die zulässige Definitionsbreite verlässt, die Ehe, Familie oder Elternschaft beeinträchtigt und erst recht, wenn sie mit der Institutsgarantie oder (sonstigen) Strukturprinzipien des Art. 6 I und II GG kollidiert.²⁴⁶⁹

Beispiele für den Gestaltungsspielraum verlassende und als Eingriffe anzusehende Regelungen: **(1)** § 1303 BGB knüpft die Ehemündigkeit an die Volljährigkeit. Dies stellt für Minderjährige eine so hohe Grundrechtsrelevanz dar, dass § 1303 BGB nicht mehr als definierende Regelung angesehen werden kann. Die Versagung der Möglichkeit einer „Minderjährigenehe“ und die Versagung der Anerkennung einer im Ausland wirksam geschlossenen Minderjährigenehe sind damit Eingriffe in die durch Art. 6 I GG geschützte Eheschließungsfreiheit.²⁴⁷⁰ **(2)** Das gesetzliche Verbot der Leih- bzw. Ersatzmutterchaft stellt für die Betroffenen eine so hohe Grundrechtsrelevanz dar, dass § 1 I Nr. 1, 6 und 7 ESchG, § 13c AdvermIG nicht mehr als definierende Regelungen angesehen werden können; es liegt ein Eingriff in Art. 6 I GG vor.²⁴⁷¹ **(3)** Gemäß § 1632 IV S. 1 BGB kann das Familiengericht anordnen, dass das Kind, das sich bei einer Pflegeperson (Pflegefamilie) befindet, jedoch von den Eltern zurückverlangt wird, bei der Pflegeperson verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Zurückgabe gefährdet würde. Daraus folgt aber auch, dass die Vorschrift und deren Anwendung stets einen Grundrechtseingriff darstellen: Ordnet das Gericht den Verbleib des Kindes bei der Pflegeperson an, liegt darin ein Eingriff in das Elternrecht. Ordnet das Gericht die Herausgabe des Kindes an die Eltern an, liegt darin ein Eingriff in das Familiengrundrecht der Pflegeperson.²⁴⁷²

Gegenbeispiele: **(1)** Die gesetzliche Regelung in § 1754 I, II BGB und § 1755 I S. 1, II BGB a.F., wonach ein Kind von seinem mit einem rechtlichen Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden „faktischen“ Stiefelternteil unter keinen Umständen adoptiert werden konnte, ohne dass die verwandtschaftliche Beziehung zum rechtlichen Elternteil erlosch, stellte nach Auffassung des BVerfG keinen Eingriff in das Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG dar, sondern sei von der Befugnis des Gesetzgebers zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie gedeckt.²⁴⁷³ Das BVerfG stellte aber einen Verstoß gegen Art. 3 I GG fest, da eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung im Vergleich zu einer ehelichen Lebensgemeinschaft bestand. Der Gesetzgeber hat daraufhin eine Neuregelung geschaf-

²⁴⁶⁸ BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 (Kinderehen).

²⁴⁶⁹ BVerfGE 6, 55, 76; 55, 114, 126 f.; 81, 1, 6. Vgl. auch BVerfGE 105, 313, 342 ff.; BVerfG NJW 2023, 1494, 1498.

²⁴⁷⁰ Siehe bereits die 26. Aufl. 2021; später auch BVerfG NJW 2023, 1494, 1497 f. (Kinderehen). Siehe dazu oben Rn 558c und R. Schmidt, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 61.

²⁴⁷¹ Siehe dazu näher R. Schmidt, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 462 ff.

²⁴⁷² Siehe dazu BVerfG NJW 2023, 3282, 3283.

²⁴⁷³ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795.

fen. Nach § 1766a I BGB gelten für zwei Personen, die in einer verfestigten Lebensgemeinschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben, die Vorschriften über die Annahme eines Kindes des anderen Ehegatten entsprechend. Eine Definition der „verfestigten Lebensgemeinschaft“ enthält § 1766a II S. 1 BGB: Diese liegt i.d.R. vor, wenn die Personen seit mindestens vier Jahren oder als Eltern eines gemeinschaftlichen Kindes mit diesem eheähnlich zusammenleben. Sie liegt gem. § 1766a II S. 2 BGB i.d.R. nicht vor, wenn ein Partner mit einem Dritten verheiratet ist. Eine Sonderregelung bezüglich eines Adoptivwilligen, der mit einem Dritten verheiratet ist, enthält § 1766a III BGB.²⁴⁷⁴ (2) Die Versagung der Anerkennung einer im Ausland nach dortigem Recht rechtswirksam geschlossenen Mehrehe und die Verweigerung der staatlichen Mitwirkung an einer in Deutschland beabsichtigten Schließung einer Mehrehe stellen keine (rechtfertigungsfähigen) Eingriffe in Art. 6 I GG dar, sofern man (mit der ganz h.M.) schon den Schutzbereich des Ehegrundrechts als nicht eröffnet ansieht (s.o., Rn 555h ff.).

Ein Eingriff kann auch in der **Verweigerung von Schutz** gesehen werden, denn der Staat hat die Pflicht, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren und durch geeignete Maßnahmen zu fördern (objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts). Allerdings hat der Staat hier einen weiten Spielraum. Die Pflicht zur Förderung umfasst insbesondere den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Familie. Die staatliche Familienförderung steht aber unter dem Vorbehalt des Möglichen: Die Familie kann nur diejenige Leistung erwarten, die vernünftigerweise erwartet werden kann. Der Staat ist daher nicht verpflichtet, jegliche die Familie treffende finanzielle Belastung auszugleichen.²⁴⁷⁵

568

Eingriffe in das **Elternrecht** (Art. 6 II S. 1 GG) sind staatliche Maßnahmen, die die genannten Aspekte der elterlichen Sorge und die damit verbundenen Entscheidungsbefugnisse beschränken. Das betrifft z.B. die Schulpflicht²⁴⁷⁶, aber auch Beschränkungen in der Namensgebung²⁴⁷⁷ und die religiöse Kindererziehung (etwa, wenn der Staat das Tragen religiös motivierter Bekleidungsstücke wie ein muslimisches Kopftuch in der Schule beschränkt²⁴⁷⁸). Befindet sich das Kind in Obhut einer Pflegeperson (bzw. Pflegefamilie) und ordnet gem. § 1632 IV S. 1 BGB das Familiengericht den Verbleib des Kindes bei der Pflegeperson an, liegt darin ein Eingriff in das Elternrecht.²⁴⁷⁹ Ebenso stellt der von den Eltern zu erbringende Nachweis einer Impfung (etwa auf der Grundlage von § 20 VIII S. 1 Nr. 1 InfSchG) einen (wenn auch „zielgerichtet mittelbaren“²⁴⁸⁰) Eingriff dar, da insoweit ihre Entscheidungsfreiheit, die Kinder in einer Gemeinschaftseinrichtung wie einer Kindertagesstätte²⁴⁸¹ unterzubringen, beschränkt wird.²⁴⁸² Ebenfalls stellen staatliche Maßnahmen, die das Verhältnis der Eltern untereinander regeln, wie z.B. die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf einen Elternteil oder auf einen Dritten, Eingriffe in das Elternrecht dar. Dabei gilt jedoch, dass der generelle Ausschluss eines Elternteils von der Kindssorge grds. verfassungswidrig ist²⁴⁸³, was den – vollständigen oder teilweisen – Ausschluss eines Elternteils von der Personensorge im Einzelfall

569

²⁴⁷⁴ Siehe BGBl I 2020, S. 541 – dazu oben Rn 342a.

²⁴⁷⁵ BVerfGE 23, 258, 264; 55, 114, 127; 75, 348, 360.

²⁴⁷⁶ Auch die Bestrafung nach den Schulgesetzen (z.B. nach § 182 I HessSchulG) wegen Entziehung des Kindes von der Schulpflicht stellt einen (gerechtfertigten) Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG dar (BVerfG NJW 2015, 44 ff.).

²⁴⁷⁷ Vgl. BVerfG NJW 2009, 663 ff.

²⁴⁷⁸ Das gilt jedenfalls hinsichtlich Mädchen unter 14 Jahren, da hier das elterliche Erziehungsrecht dominiert. Siehe dazu Rn 81 ff. und Rn 379.

²⁴⁷⁹ Siehe dazu BVerfG NJW 2023, 3282, 3283.

²⁴⁸⁰ BVerfG NJW 2022, 2904, 2908 (Masernschutzimpfung). „Zielgerichtet“ ist der verfolgte Zweck, nämlich die Bekämpfung von Masern mittels Schutzimpfung, die einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt. „Mittelbar“ ist der Weg, nämlich die Bekämpfung von Masern über die Verweigerung des Zugangs zu Betreuungseinrichtungen, sollten sich die Eltern weigern, ihre Kinder impfen zu lassen.

²⁴⁸¹ Nicht aber Schule, da eine Schulpflicht besteht und daher eine Impfverweigerung auch nicht zum Betretungsverbot führen kann.

²⁴⁸² BVerfG NJW 2022, 2904, 2908 (Masernschutzimpfung).

²⁴⁸³ Vgl. BVerfGE 61, 358, 375; 84, 168, 181; BVerfG NJW 2015, 223, 224; FamRZ 2014, 1177; ZKJ 2014, 242; FamRZ 2014, 907; FamRZ 2014, 1270; NJW 2014, 2936.

(aufgrund von Gewalttätigkeit; Verwahrlosung etc.) jedoch nicht ausschließt, wobei strenge Voraussetzungen zu beachten sind²⁴⁸⁴ (unten Rn 576).

- 570** Einen tiefgreifenden Eingriff in das Elternrecht *des Vaters* aus Art. 6 II S. 1 GG stellt es dar, wenn das Gesetz ohne die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung die Teilhabe an der gemeinsamen Sorge von der Zustimmung der Mutter abhängig macht.
- 571** Dennoch wurde § 1626a I Nr. 1, II BGB (a.F.) vom BVerfG zunächst als verfassungsgemäß angesehen.²⁴⁸⁵ Der daraufhin angerufene EGMR war jedoch anderer Meinung und entschied, dass die Regelung gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstoße. Das gesetzliche alleinige Sorgerecht der Mutter, das eine (gerichtliche) Prüfung nicht zulasse, ob im Einzelfall nicht auch ein Sorgerecht des Vaters in Betracht komme, stelle eine Ungleichbehandlung des Vaters dar, die auch nicht durch Gründe des Kindeswohls zu rechtfertigen sei.²⁴⁸⁶ Daraufhin hat dann auch das BVerfG seine Meinung geändert. Es hat entschieden, dass mit der gesetzlichen Zuordnung des alleinigen Sorgerechts für ein nichteheliches Kind zur Mutter eine Verletzung des Elternrechts des Kindsvaters aus Art. 6 II GG vorliege, weil dieser ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen sei und nicht überprüfen lassen könne, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt sei, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für sein Kind zu übertragen.²⁴⁸⁷ Dasselbe gelte hinsichtlich § 1672 BGB, da auch durch den Zustimmungsvorbehalt der Mutter das Elternrecht des Vaters verletzt werde.²⁴⁸⁸ Der Gesetzgeber ist daraufhin tätig geworden und hat durch Gesetz v. 16. 4.2013 (BGBl I S. 795), welches am 19.5.2013 in Kraft trat, die Vorschrift des § 1626a BGB geändert. Danach ist die gemeinsame elterliche Sorge auch durch familiengerichtliche Übertragung auf Antrag eines Elternteils gegeben, wenn die Übertragung „dem Kindeswohl nicht widerspricht“ (§ 1626a I Nr. 3, II BGB).
- 572** Auch die (gesetzliche) Erschwerung der gegenüber dem rechtlichen Vater bestehenden Vaterschaft durch den leiblichen Vater stellt einen Eingriff in das Elternrecht dar.²⁴⁸⁹ Den gravierendsten Eingriff in das Elternrecht stellt aber die Entziehung des Sorgerechts hinsichtlich beider Elternteile dar.²⁴⁹⁰ Zur Rechtfertigung siehe sogleich Rn 576.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen

- 573** Grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen bedürfen stets einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Hinsichtlich Art. 6 GG ist zu unterscheiden: Jedenfalls das Grundrecht bzgl. **Ehe und Familie** aus Art. 6 I GG ist vorbehaltlos gewährleistet. Eingriffe können daher nur verfassungsimmanent, d.h. durch kollidierende höherwertige Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit legitimiert werden.

Beispiele:

- (1) Die Ausweisung eines Ausländers**, der in Deutschland verheiratet ist und/oder Kinder hat, stellt einen Eingriff in Art. 6 I GG dar. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, die in den Regelungen des AufenthG über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu suchen ist, hat das BVerfG entschieden, dass Art. 6 I GG keinen Anspruch auf Aufenthalt (oder Familiennachzug) gewähre. Zwar mache die Ausweisung die Aufrechterhaltung des ehelichen bzw. familiären Zusammenhalts in Deutschland unmöglich, der Aufenthalt für Ausländer in Deutschland sei aber nicht

²⁴⁸⁴ Vgl. BVerfG NJW 2015, 223, 224; FamRZ 2014, 1177; ZKJ 2014, 242; FamRZ 2014, 907; FamRZ 2014, 1270; NJW 2014, 2936. Vgl. auch BVerfG FamRZ 2017, 1055; OLG Nürnberg 11.6.2015 – 9 UF 1430/14 u. 9 UF 1549/14.

²⁴⁸⁵ BVerfGE 107, 150, 168 ff.

²⁴⁸⁶ EGMR NJW 2010, 501.

²⁴⁸⁷ BVerfG NJW 2010, 3008.

²⁴⁸⁸ BVerfG NJW 2010, 3008, 3011.

²⁴⁸⁹ BVerfG FamRZ 2015, 817 f.; vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 485.

²⁴⁹⁰ BVerfG NJW 2015, 223.

grds. gewährleistet. Ausländer und Deutsche, die Ehen mit Ausländern schließen, müssten daher damit rechnen, dass sie das familiäre Zusammenleben nicht stets in der Bundesrepublik Deutschland verwirklichen können.²⁴⁹¹ Ob im konkreten Fall ausgewiesen werden dürfe, sei eine Frage der Verhältnismäßigkeit.²⁴⁹² Je verwurzelter die Ehe oder Familie in Deutschland seien (Lebens-, Beistands-, Erziehungsgemeinschaft und nicht bloße Begegnungsgemeinschaft), desto schwerwiegender müssten die Gründe sein, um eine Ausweisung zu rechtfertigen.²⁴⁹³

- (2) Die mit Gesetz vom 20.7.2017 beschlossene Neuregelung, wonach das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht (§ 1353 I S. 1 BGB)²⁴⁹⁴, hat nach der hier vertretenen Auffassung den Bereich der definierenden Regelungen nicht verlassen und stellt insoweit schon keinen Eingriff in Art. 6 I GG dar (siehe Rn 555 ff.). Dem scheint sich nunmehr auch das BVerfG im Rahmen einer „stillschweigenden Verfassungsinterpretation“ anzuschließen, weil es bei der Definition der Ehe i.S.d. Art. 6 I GG von „Verschiedengeschlechtlichkeit“ nicht mehr spricht.²⁴⁹⁵
- (3) Die Vereinbarkeit des gesetzlichen Verbots der Leih- bzw. Ersatzmutterchaft (s.o.) wird – soweit ersichtlich – nicht in Frage gestellt. Jedoch ist fraglich, auf welches mit Art. 6 I GG kollidierende Verfassungsgut es sich stützen lässt. Soweit auf die Menschenwürde bzw. das Recht auf Leben des noch ungeborenen Menschen abgestellt wird, ist zu bedenken, dass das Verbot der Leih- bzw. Ersatzmutterchaft bereits zu einem Zeitpunkt greift, in dem noch nicht einmal eine künstliche Befruchtung stattgefunden hat. Man müsste also auf die „potentielle“ Menschenwürde abstellen bzw. menschlichen Keimzellen Menschenwürde zusprechen. Aus rechtsethischer Sicht mag dies richtig sein, dann aber dürfte der BGH bspw. im Ausland begründete und nach dortigem Recht rechtmäßige Leihmutterchaften nicht anerkennen²⁴⁹⁶, da die Menschenwürde nicht zur Disposition steht.

Auch das **Elternrecht** aus Art. 6 II S. 1 GG steht zunächst unter dem Vorbehalt der Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern. So ist die allgemeine Schulpflicht geeignet, das Elternrecht zu begrenzen (dazu Rn 564). Auch das gesetzliche Verbot des Tragens religiöser Kleidung (etwa ein muslimisches Kopftuch) greift in das Elternrecht bzw. bei Mädchen ab 14 Jahren in deren Religionsfreiheit²⁴⁹⁷ ein. Eine grundrechtsimmanente Schranke enthält Art. 6 II S. 2 GG („**staatliches Wächteramt**“). Der Staat soll lediglich darüber wachen, dass die Kindeserziehung dem Wohl des Kindes entspricht, und erst dann einschreiten, wenn das Kindeswohl konkret gefährdet ist.²⁴⁹⁸ Ist das Kindeswohl gefährdet, ist der Staat sogar verpflichtet, einzuschreiten; insoweit hat das Kind einen grundrechtlichen Anspruch (aus Art. 2 I i.V.m. Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 6 II S. 2 GG) auf staatlichen Schutz²⁴⁹⁹ mit der Folge, dass Jugendämter und Familiengerichte tätig werden müssen. Jedoch verlangt das BVerfG, dass eine hinreichend zuverlässige Grundlage für die Prognose der dem Kind drohenden Beeinträchtigung vorliegen muss, um Beschränkungen des Elternrechts (wie bspw. Aufenthaltsbestimmungsrecht, Regelungen zur ärztlichen Versorgung und schulbezogene Angelegenheiten) zu rechtfertigen.²⁵⁰⁰ Daraus wird deutlich, dass – obwohl dem Kindeswohl der Vorrang gebühren soll – hohe Hürden genommen werden müssen, um das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG zu beschränken (dazu Rn 576). Jedenfalls verbietet sich jede schematische Beurteilung.

574

²⁴⁹¹ BVerfGE 76, 1, 47; BVerwGE 110, 99, 105; a.A. *Zuleeg*, DÖV 1988, 587, 588 ff.

²⁴⁹² So etwa BVerfG NVwZ 2011, 870 f. (die nach § 30 I S. 1 Nr. 2 AufenthG für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderliche Verpflichtung des Ehegatten eines in Deutschland lebenden Ausländers, sich zumindest auf einfache Art in dt. Sprache verständigen zu können, verstößt nicht gg Art. 6 I, II GG). Differenzierend EuGH NVwZ 2014, 1081, 1082 f.

²⁴⁹³ Vgl. dazu BVerwGE 106, 13, 19.

²⁴⁹⁴ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 – BGBl I 2017, S. 2787. Siehe auch BT-Drs. 18/6665, S. 5 ff.

²⁴⁹⁵ BVerfG NJW 2023, 1494, 1496 f. (Kinderehen) – dazu oben Rn 555g.

²⁴⁹⁶ So aber BGH NJW 2015, 479, 482. Siehe dazu insgesamt *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 4621.

²⁴⁹⁷ Siehe dazu Rn 383 Bsp 3 und Rn 385 Bsp 1.

²⁴⁹⁸ BVerfG NJW 2015, 223 ff.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6 Rn 93; *Beaucamp*, JA 2014, 682, 695.

²⁴⁹⁹ BVerfG NJW 2022, 3570, 3572 – mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2023, 170.

²⁵⁰⁰ BVerfG NJW 2022, 3570, 3572 f.

575 Wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) dürfen Einschränkungen des Art. 6 I GG, aber auch des Art. 6 II GG, stets nur auf der Grundlage eines förmlichen Gesetzes erfolgen. Das grundrechtseinschränkende Gesetz muss zudem die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen selbst regeln.²⁵⁰¹ Bei einer Kollision zwischen dem Kindeswohl und dem Elternrecht genießt grds. das Kindeswohl den Vorrang²⁵⁰² (Rn 569 ff.).

Hinsichtlich der gesetzlich angeordneten Nachweispflicht in Bezug auf eine Masernschutzimpfung bei Kindern, die in einer Gemeinschaftseinrichtung (etwa Kindertagesstätte, nicht aber Schule, da eine Schulpflicht besteht, s.o.) betreut werden sollen, mit der Folge, dass bei nicht vorgelegtem Impfnachweis der Zutritt zur Einrichtung verwehrt wird, stellt das BVerfG fest, dass die angegriffenen Vorschriften zielgerichtet mittelbar in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) der Kinder und in das Elternrecht (Art. 6 II S. 1 GG) eingreifen. Allerdings sei dieser mittelbare Eingriff weder nach der Art der sich anschließenden körperlichen Einwirkung selbst noch aufgrund der Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit über die körperliche Unversehrtheit besonders schwerwiegend.²⁵⁰³ Das gelte auch für die Entscheidungsbefugnis der Eltern hinsichtlich der Schutzimpfung ihrer Kinder.²⁵⁰⁴ Demgegenüber sei die Wahrscheinlichkeit gravierender, mitunter tödlicher Komplikationen im Falle einer Maserninfektion um ein Vielfaches höher als die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Impfkomplicationen. Etwas häufiger vorkommende harmlose Impfreaktionen erhöhten das Gewicht des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit nicht maßgeblich. Wenn also der Staat den Schutz einer Vielzahl von Personen, insbesondere von vulnerablen Personen, die sich nicht selbst durch eine Impfung wirksam schützen können, als vorrangig erachte, gerade weil die erforderliche hohe Impfquote nicht durch freiwillige Entscheidung der Eltern zu erwarten sei, sei dies von dem dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsspielraum gedeckt. Auf den Punkt gebracht formuliert das BVerfG, dass bei einer Impfung nahezu immer nur milde Symptome und Nebenwirkungen aufträten und dass ein echter Impfschaden extrem unwahrscheinlich sei. Die Gefahr für Ungeimpfte, an Masern zu erkranken, sei dagegen deutlich höher als das Risiko, einer auch nur vergleichsweise harmlosen Nebenwirkung der Impfung ausgesetzt zu sein. Die hohe Übertragungsfähigkeit, die hohe Ansteckungsgefahr sowie das nicht zu vernachlässigende Risiko, als Spätfolge der Masern eine für gewöhnlich tödlich verlaufende Krankheit (die subakute sklerosierende Panenzephalitis) zu erleiden, sprächen für das Überwiegen der staatlichen Schutzpflicht.²⁵⁰⁵ Mithin seien die angegriffenen gesetzlichen Vorschriften mit Art. 2 II S. 1 Var. 2 GG und Art. 6 II S. 1 GG vereinbar.

Verwaltungsvorschriften (etwa Dienstanweisung für Standesbeamte, keine Vornamen zu akzeptieren, die keine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht zulassen) genügen keinesfalls dem Gesetzesvorbehalt des Art. 6 II S. 2 GG. Die Weigerung, einen bestimmten Vornamen einzutragen, kann sich allerdings aus dem in Art. 6 II S. 2 GG niedergelegten Schutzauftrag des Staates ergeben, darüber zu wachen, dass u.a. nur solche Vornamen akzeptiert werden, die dem Kindeswohl nicht zuwiderlaufen (vgl. BVerfG NJW 2009, 663 ff.).

576 Die **Entziehung des Sorgerechts** und die **räumliche Trennung des Kindes von seinen Eltern** (also die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts) sind dagegen – da sie den stärksten Eingriff in das Elternrecht darstellen – grds. unzulässig, wenn nicht einer der besonderen, in Art. 6 III GG genannten Gründe *Versagen der Erziehungsberechtigten* und *Drohung der Verwahrlosung der Kinder* (die mittelbar auch über das Persönlichkeitsrecht des Kindes Verstärkung finden) vorliegt. Zudem müssen die Maßnahmen auf einer gesetzlichen Grundlage ergehen (vgl. insb. § 1666 BGB) und unter

²⁵⁰¹ Aussage der Wesentlichkeitsrechtsprechung; vgl. dazu oben Rn 166 und vgl. näher R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 242 ff. – jeweils m.w.N. Speziell zum gesetzlich angeordneten Nachweis einer Masernschutzimpfung BVerfG NJW 2022, 2904, 2910 f.

²⁵⁰² BVerfGE 99, 145, 156.

²⁵⁰³ BVerfG NJW 2022, 2904, 2917 f.

²⁵⁰⁴ BVerfG NJW 2022, 2904, 2918.

²⁵⁰⁵ BVerfG NJW 2022, 2904, 2919.

strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (klarstellend § 1666a BGB) erfolgen.²⁵⁰⁶

Beispiel 1²⁵⁰⁷: Nach seiner Einschulung entwickelte K sehr gewalttätige Wutausbrüche, bei denen er mehrere Erwachsene verletzte. In der Folgezeit fand eine ambulante Psychotherapie statt, dort wurden u.a. eine Störung des Sozialverhaltens und eine Selbstwertproblematik diagnostiziert. Im Rahmen einer stationären psychiatrischen Behandlung wurde zudem eine phobische Störung mit Wutanfällen diagnostiziert; K erhält seitdem Psychopharmaka. Den Eltern fiel es schwer, dem Kind Strukturen und Regeln, Halt und Orientierung zu vermitteln. Daraufhin entzog ihnen das Familiengericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie weitere große Teile des Sorgerechts. Zu Recht?

Das BVerfG hat entschieden, dass eine Entziehung des Sorgerechts nur dann gerechtfertigt ist, wenn das Kind beim Verbleib bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre.²⁵⁰⁸ Zudem sei die Entziehung des Sorgerechts als Ultima Ratio nur dann verhältnismäßig, wenn zur Beseitigung der festgestellten Gefährdung des Kindes keine milderen Mittel erkennbar seien, mit denen der Gefahr genauso wirksam begegnet werden könne. Die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie weiterer großer Teile des Sorgerechts sei daher unverhältnismäßig, wenn nicht zuvor mildere Maßnahmen als erfolglos festgestellt würden. Jedenfalls sei ein Sorgerechtsentzug auf Vorrat nicht zu rechtfertigen.²⁵⁰⁹

Beispiel 2²⁵¹⁰: Mehrere der Glaubensgemeinschaft „Zwölf Stämme“ angehörende Eltern praktizierten in Übereinstimmung mit ihrer religiösen Überzeugung körperliche Züchtigungen mit der Rute an ihren minderjährigen Kindern. Daraufhin entzog ihnen das Familiengericht Teilbereiche der elterlichen Sorge, insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht.

Nach Auffassung des OLG Nürnberg, das die Entscheidung des Familiengerichts bestätigte, steht fest, dass die betroffenen Eltern aufgrund ihrer religiösen Überzeugung ihre Kinder auch in Zukunft körperlich züchtigen würden, weil die Züchtigung mit der Rute nach den Vorstellungen der Glaubensgemeinschaft, die die betroffenen Eltern teilen, unabdingbar zur Kindererziehung gehört. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. In Konkretisierung des Art. 2 II S. 1 Var. 2 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) verbietet § 1631 II BGB körperliche Strafen und andere entwürdigende Maßnahmen. Werden körperliche Züchtigungen nachhaltig vorgenommen und sind damit weitere entwürdigende Maßnahmen wie der Einsatz einer Rute verbunden, muss das Kindeswohl als gefährdet angesehen werden. Zutreffend führt das OLG Nürnberg dazu aus, dass die Gefährdung des Kindeswohls bereits darin liege, dass die Kinder einer solchen Behandlung künftig wiederkehrend ausgesetzt seien, ständig mit der Verabreichung von Schlägen rechnen und daher in Angst davor leben müssten. Hinzu komme, dass sie beim Einsatz der Rute körperliche Schmerzen erdulden müssten und die daraus resultierende Demütigung als psychischen Schmerz erfahren. Zwar stelle eine Trennung der Eltern von ihren leiblichen Kindern den stärksten vorstellbaren staatlichen Eingriff in das Elternrecht dar.²⁵¹¹ Mildere Maßnahmen kämen aber nicht in Betracht, um die Kindeswohlgefährdung abzustellen.²⁵¹²

Im Ergebnis ist daher der Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG gerechtfertigt.

²⁵⁰⁶ Siehe dazu BVerfGE 60, 79, 89, 91; 72, 122, 137 f.; 136, 382, 391; BVerfG NJW 2015, 223; FamRZ 2017, 1055; FamRZ 2017, 1577, 1578 ff.

²⁵⁰⁷ In Anlehnung an BVerfG FamRZ 2014, 1177. Vgl. auch BVerfG NJW 2015, 223 ff. Zur Vereinbarkeit des Entzugs des elterlichen Sorgerechts mit Art. 8 EMRK vgl. EGMR NJW 2014, 2015 f. (zur Bedeutung der EMRK vgl. bereits Rn 6).

²⁵⁰⁸ BVerfG NJW 2015, 223 mit Verweis auf BVerfGE 60, 79, 91.

²⁵⁰⁹ Vgl. auch BVerfG ZKJ 2014, 242; FamRZ 2014, 907; FamRZ 2014, 1270; NJW 2014, 2936; NJW 2015, 223, 224. Diese Entscheidungen heben allesamt die hohe Bedeutung des Elternrechts hervor. Ob damit das (kollidierende) Kindeswohl stets hinreichend Beachtung findet, erscheint fraglich (kritisch auch *Heilmann*, NJW 2014, 2904, 2906 ff.).

²⁵¹⁰ Nach OLG Nürnberg 11.6.2015 – 9 UF 1430/14 u. 9 UF 1549/14. Vgl. auch EGMR 22.3.2018 – 11308/16 u.a.

²⁵¹¹ Siehe dazu auch BVerfG FamRZ 2017, 1055 (Schutzimpfung als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung).

²⁵¹² Auch der EGMR hat entschieden, dass der (teilweise) Entzug des elterlichen Sorgerechts und die Inobhutnahme von Kindern der Glaubensgemeinschaft „Zwölf Stämme“ angesichts der Gefahr körperlicher Züchtigungen mit Art. 8 EMRK vereinbar gewesen seien (EGMR 22.3.2018 – 11308/16 u.a.).

Aber Achtung: Befindet sich das Kind bereits bei einer Pflegeperson (Pflegefamilie), ist die familiengerichtliche Anordnung, dass das Kind bei der Pflegeperson verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Herausgabe an die Eltern gefährdet würde, am Maßstab des (verfassungskonformen) § 1632 IV BGB zu messen, der keine konkrete Kindeswohlgefährdung verlangt, wie sie für eine mit der Trennung des Kindes von seinen Eltern verbundene Entziehung des Sorgerechts auf der Grundlage von §§ 1666, 1666a BGB erforderlich wäre, sondern die Gefährdung des Kindeswohls genügen lässt, die aus der bevorstehenden oder bereits erfolgten Herausnahme aus der Pflegefamilie resultiert.²⁵¹³

- 577 Im Rahmen des elterlichen Erziehungsrechts enthält Art. 7 I GG einen besonderen Gesetzesvorbehalt. Sofern Art. 7 I GG einen Eingriff in das Elternrecht zulässt, bedarf es bei der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs eines Ausgleichs mit dem elterlichen Erziehungsrecht (praktische Konkordanz) – vgl. dazu auch Rn 584.

IV. Konkurrenzen

- 578 Im Verhältnis zu Art. 3 III GG ist Art. 6 I GG *lex specialis*.²⁵¹⁴ Innerhalb des Art. 6 GG gehen die Absätze II und III dem Absatz I vor.²⁵¹⁵ Abs. IV verstärkt die Bedeutung des Abs. I. Zu Art. 7 I GG, wonach das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht, besteht indes kein Konkurrenzverhältnis, da die Eltern nicht Grundrechtsträger des Art. 7 I GG sind. Vielmehr besteht – wie das BVerfG zutreffend konstatiert – eine „gemeinsame Erziehungsaufgabe“ von Eltern und Schule²⁵¹⁶, was freilich ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Verfassungsbestimmungen nicht ausschließt. Kollidiert das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 II GG mit dem staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 I GG, ist das Spannungsverhältnis durch Herstellung praktischer Konkordanz zu lösen.

²⁵¹³ Das ist gemäß BVerfG NJW 2023, 3282, 3283 verfassungskonform und mit dem Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG vereinbar.

²⁵¹⁴ BVerfG NJW 1993, 3058; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 6 Rn 3.

²⁵¹⁵ *Stern*, StaatsR IV/1, S. 646.

²⁵¹⁶ BVerfGE 98, 218, 244 f.

Sachverzeichnis

- Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen 269
- Abschaffung Grundrechte 204
- Abwehrrechte 10
- Administrativenteignung 906, 927
- Akkreditierung Studiengänge 547, 549a
- Akt öffentlicher Gewalt 1031
- Akust. Wohnraumüberwachung 828 ff., 858 ff.
- Alkoholverbot 802, 804, 808
- Allgemeine Gesetze 502, 507
- Allgemeine Grundrechtslehren 1 ff.
- Allgemeine Handlungsfreiheit 246 ff.
- Allgemeiner Gleichheitssatz 323 ff.
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 56, 266 ff.
- Allgemeinverbindlichkeitsklärung Tarifverträge 701, 709, 715
- Angemessenheit 179
- Anliegerrecht 886
- Anmeldepflicht 657
- Annahmeverfahren 1020
- Anprangerung 286c, 517 ff.
- Anstalten 68
- Antiterrordatei 273, 283
- Apothekenurteil 181, 801
- Arbeitsplatz 779
- Asylrecht 49, 949 ff., 979 ff.
- Auflösung Versammlung 642
- Auführerischer Verlauf 623
- Ausbildungsstätte 777
- Ausbürgerung 949 ff., 958 ff.
- Ausgestaltungsvorbehalt 144, 156
- Ausländer 45, 49
- Auslieferung 949 ff., 969 ff.
- Ausreisefreiheit 756
- Ausstrahlungswirkung der Grundrechte 23
- Ausweisung 973
- automatisierte Kennzeichenerfassung AKLS 273, 275a, 283
- automatisierte Kontoabfrage 273, 283
- B**agatelleingriff 143 f.
- Bannmeile 645
- Beamtenrechtliche Rechtsverhältnisse 201
- Beamtenstreikverbot 7b, 713, 718
- Befriedete Bezirke 645
- Begründetheit Verfassungsbeschwerde 1020
- Beliehene 70
- Berufsausübungsregeln 796, 806
- Berufsfreiheit 764 ff.
- Beschneidung 311c, 385
- Beschwerdebefugnis 1036
- Beschwerdefähigkeit 1020
- Beschwerdegegenstand 1020
- Beteiligtenfähigkeit 1020
- Betroffenheit des Beschwerdeführers 1020
- Bewertungsportale 266, 276, 517c
- Bodycam 273, 283
- Boykottaufruf 429
- Briefgeheimnis 723 ff.
- Bundesrechtsanwaltskammer 190
- Bürgerrechte 1, 44
- Burkini 380, 385, 583
- C**aroline von Monaco 284 ff.
- Chiffregeheimnis 473
- D**ashcam 271, 286b
- Data-Mining 283
- Datenschutz-Grundverordnung EU 222b, 274b, 284g
- Deutschenrechte 44
- digitaler Nachlass 880
- Diskriminierungsverbote 322 ff., 345 ff., 352 ff.
- DNA-Analyse 227
- Dosenpfand 187, 188
- Drei-Stufen-Theorie 802 ff., 809
- Drittes Geschlecht 268
- Drittwirkung der Grundrechte 21, 24, 105 ff., 517 ff.
- duales System 491
- Durchlieferung 974
- Durchsuchung einer Wohnung 835
- E**GMR 4d ff., 216
- Ehe und Familie 552 ff.
- Ehrverletzung 439
- Eigenbetrieb 72, 94 ff.
- eigene Beschwer 1020
- Eigengesellschaft 73, 94 ff.
- Eigentumsbegriff 878 ff.
- Eigentumsgarantie 877 ff.
- Eilversammlung 615b
- Einehe 558
- Einfacher Gesetzesvorbehalt 160
- Eingriff in den Schutzbereich 143 ff.
- Eingriffsbegriff 149
- Einrichtungsgarantien 26
- Elfes 134, 246, 247, 756
- Elternrecht 563
- EMRK 4d ff., 216
- enger Eingriffsbegriff 149
- enteignender Eingriff 943
- Enteignung 896 ff.
- enteignungsgleicher Eingriff 943
- Erbschaftsteuer 331d, 341, 342d
- Erforderlichkeit 176
- Ergänzungsschule 594
- Ermessensreduzierung 35
- Eröffnung des Schutzbereichs 114 ff.
- Ersatzschule 594
- Erwerbswirtschaftliche Betätigung 100
- EU-Bürger 48
- Europäische Grundrechtecharta 9 ff., 222 ff., 274a, 284g
- Europäische Menschenrechtskonvention 4d ff., 216
- Europäische Verfassung 9
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 4d ff., 286 ff., 517
- Existenzminimum 236
- f**aktisch-mittelbarer Eingriff 151
- Familie 561
- Fernmeldegeheimnis 723 ff.
- Filmmfreiheit 494
- finaler Eingriff 149
- finaler Rettungsschuss 203, 227, 244, 293, 298 ff.
- fiskalische Hilfsgeschäfte 98
- Fiskalverwaltung 25, 96 ff.
- Flächenverbote 652
- Folter 233, 234, 235
- Form der Verfassungsbeschwerde 1020
- Formalbeleidigung 286c, 439
- Fotomontage 287, 451
- Frankfurter Flughafen 80, 94b ff., 617d, 617e
- Freiheit der Person 311 ff.
- Freiheitsbeschränkung 315
- Freiheitsentziehung 314
- Freizügigkeit 752 ff.
- Friedlichkeit 620
- Frist der Verfassungsbeschwerde 1020
- funktionaler Schutzbereich 130
- G**eburt 50
- Geeignetheit 174
- Gefahr im Verzug 853
- gegenwärtige Beschwer 1020
- Gemeinden 190
- gemeinsame Zweckverfolgung 605
- gemischtwirtschaftl. Unternehmen 80, 94b, 617d, 617e
- Genetischer Fingerabdruck 270, 273
- Genforschung 227
- Genomanalyse 227

Sachverzeichnis

- geschlechtliche Identität 266, 275, 283
Gesetzesvorbehalt 160, 165 ff.
gesetzlicher Richter 1002 ff.
Gewerbebetrieb 767, 775, 882 f.
Gewerbesteuer 341
Gewissensfreiheit 408
Glaubensfreiheit 370 ff.
Gleichheitsgebot 322 ff.
Gleichheitsrechte 18
Glykolwein 137, 198
Graffiti 527
Grundfreiheiten EU 9a, 206 f.
Grundrechte (Definition) 1
Grundrechtcharta (der EU) 9 ff., 210, 284g
Grundrechtsadressaten 71, 197a, b
Grundrechtsberechtigung 39 ff.
Grundrechtsbindung 87 ff.
Grundrechtsfähigkeit 39 ff.
grundrechtsgleiche Rechte 1001 ff.
grundrechtsimmanente Schutzbereichs-
begrenzung 124 ff.
Grundrechtskollision 140, 193, 196, 284 f.,
517 ff.
grundrechtskonforme Auslegung 33
Grundrechtskonkurrenz 136
Grundrechtsmündigkeit 81 ff.
Grundrechtsprüfung 112 ff.
Grundrechtsschranke 154 ff.
Grundrechtsschutz durch Organisation und
Verfahren 36, 813
grundrechtstypische Gefährdungslage 60, 76
Grundrechtsverwirkung 205
Grundrechtsverzicht 146
Grundrechtsverpflichtete 71, 93 ff., 197a, 197b,
617, 617d, 617e
- H**andwerksordnung 331b, 342c, 797, 807
Handy-Blitzer 275b
Handy-Ortung 273, 734f
hinkende Ehe 558a f.
Hochschulzugang 778, 810
Holocaustmahnmal 652
Horizontalwirkung der Grundrechte 24, 105, 111,
162, 193, 196, 197a, b, 276, 278, 384, 517 ff.
Humanexperiment 240
- I**nfectionsschutzgesetz 290, 294, 295, 296a,
575, 841, 852
Informationelle Selbstbestimmung 270
Informationsfreiheit 453 ff.
Ingewahrsamnahme 315
Inhalts- und Schrankenbestimmung 897 ff., 932 ff.
Institutionelle Garantien 29
Institutsgarantie 27
Internetberichterstattung 473
Internetbewertungen 266, 276, 517 ff.
Internetsuchmaschinen 274a/284g
Interventionsminimum 177
- J**edermann 42, 1020
Jedermannsrechte 42
Jugendschutz 513
Jugendstrafvollzug 319
Junktimklausel 912
Juristische Personen des ÖR 66 ff.
Juristische Personen des PR 57 ff.
Justizgrundrechte 1001 ff.
- K**ammerentscheidung 1020
Karikatur 525
Keine Gleichheit im Unrecht 344
Kennzeichenerfassung 273, 275, 283
Kernbereich privater Lebensgestaltung 861
Keylogger 273, 284, 284h
- klassischer Eingriffsbegriff 149
Koalitionsfreiheit 700 ff.
Kollidierendes Verfassungsrecht 193, 196
Kongruenz- bzw. Konvergenzklausel 9k
Konkurrenzschutz 782
Kopftuch 375, 380, 385
Körperschaften 67
Kriegsdienstverweigerung 420
Kriminalvorbehalt 763
kultische Handlungen 374
Kunstfreiheit 521 ff.
Kunsturhebergesetz 284 ff., 517
- L**adenschluss 371, 397, 404, 802
Landesärztekammer 190
Laserdrome 240, 771
Lauschangriff 739, 828 ff., 858 ff.
Lebensbereich 123
lebenslange Freiheitsstrafe 235, 321
Lebenspartnerschaftsgesetz 553, 555
Legislativenteignung 906
Legitimer Zweck 171
Lehre vom funktionalen Schutzbereich 130
Leistungsrechte 14
Luftsicherheitsgesetz 235, 244, 306
Lüth 21, 181, 429
- M**edienstaatsvertrag 491
Mehrehe 555h
Meldeauflagen 317
Meinungsfreiheit 427 ff.
Meistbegünstigungsklausel 9g
Meisterzwang 331b, 342c, 805, 806
Menschenrechte 1
Menschenwürde 221 ff.
Mephisto 53 ff., 230
mittelbare Drittwirkung der Grundrechte 21, 24,
105 ff., 517 ff.
Mitwirkungsrechte 18
Mobiltelefon (Ortung) 273, 734f
Möglichkeitstheorie 1020
muslimischer Religionsunterricht 587
- N**amensehe 558
Nasciturus 50
natürliche Personen 41 ff.
Naturrechtslehre 221
negative Glaubensfreiheit 377
negative Meinungsfreiheit 447
Netzwerkdurchsetzungsgesetz 804
neue Formel 336
nichtöffentliche Versammlungen 662 ff.
Nichtraucherschutz 794, 796, 804, 809c
Nidation 52
normgeprägter Schutzbereich 144, 878
Nötigung 620
Numerus clausus 810
- o**bjektiv berufsregelnde Tendenz 793
objektive Wertordnung 23, 31, 105, 197a, 437, 517
objektive Zulassungsschranken 798, 808
objektiv-rechtliche Funktion Grundrechte 21
öffentliche Ämter 366
öffentliche Versammlung 637
Online-Durchsuchung 270 f., 275, 277, 283, 287b, 734e,
749, 830, 837, 870
- P**arlamentsvorbehalt 166, 191
Parodie 525
Persiflage 525
Personales Substrat 60
Personen der Zeitgeschichte 285, 286e, 517i
Postgeheimnis 723 ff.
postmortales Persönlichkeitsrecht 53 ff., 230
Praktische Konkordanz 111, 162, 193, 196,

Sachverzeichnis

- 197a, 197b, 276, 278, 284 ff., 384, 517 ff.
Prangerwirkung 286c, 517 ff.
Pressefreiheit 461 ff.
Privatschule 591 ff.
Prostitution 237
Prozessfähigkeit 2020
- Qualifizierter Gesetzesvorbehalt** 161
Quellen-TKÜ 270a, 283
- Rasterfahndung** 270, 273, 283
Rauchverbot 800, 802, 804, 808, 809
Recht am eigenen Bild 56, 271, 284 ff.
Recht am eigenen Wort 272
Recht auf Gegendarstellung 284d
Recht auf körperliche Unversehrtheit 288 ff.
Recht auf Leben 288 ff.
Recht auf Selbstbestimmung 269
Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 270a, 283, 734e
rechtliches Gehör 1011 ff.
Rechtsakte 150
Rechtsanwaltskammer 190
Rechtsberatungsgesetz 109, 186, 508, 808
Rechtsdienstleistungsgesetz 109, 186, 508, 808
rechtsförmliches Handeln 150
Rechtsschutzbedürfnis 1060
Rechtsverordnung 187
Rechtswegerschöpfung 1061
Regelungsbereich 123
Regelungsvorbehalt 144, 156
Regiebetrieb 94 ff.
Reiten im Wald 249, 265
Religionsfreiheit 370 ff.
Religionsunterricht 585
Rettungsschuss 203, 227, 244, 293, 298 ff
Richtervorbehalt 315, 320, 849
Rücklieferung 975
Rundfunkfreiheit 480 ff.
- Satire** 525
Satzung 190 ff.
Schächten 374, 383, 385
Schaukeltheorie 508
Scheinehe 557
Schmähkritik 131, 286c, 439 ff.
Schockwerbung 520
Schrankenübertragung 196
Schulbezogene Grundrechte 579 ff.
Schutzbereichsbegrenzung 124, 130
Schutzbereichseröffnung 114 ff.
Schutzniveau Klausel 9g
Schutzverpflichtung des Staates 22, 228, 301
Schwangerschaftsabbruch 301
Scientology 198, 388, 396
Selbstbestimmungsrecht 269
Selbstbindung der Verwaltung 35
Sexualkundeunterricht 584
Sexualsphäre 268, 280, 286f ff.
Simulierte Tötungshandlungen 240
Sittengesetz 264
Smartmob 610
Solange-Entscheidungen 8
Sonderrechtstheorie 504
Sonderrechtsverhältnis 200
Sonderstatusverhältnis 200
Soziale Grundrechte 15
Sozialstaatsprinzip 15
Spätaussiedler 760
Sphärentheorie 279
Spontanversammlung 615a
Sportwetten 771, 775
Staatenlose 45
Staatliche Schutzpflicht 22, 228
- Staatsangehörigkeitsrecht 951
Staatsbürgerschaft 951
Standortfeststellung (Handy-Ortung) 273, 734f
status activus 20
status negativus 13
status positivus 14
Steuerhinterziehung 343
Stiftungen 69
Streik 712
- kein Streikrecht für Beamte 7b, 713, 718
subjektiv berufsregelnde Tendenz 792
subjektive Zulassungsvoraussetzungen 797, 807
subjektiv-rechtliche Funktion d. Grundrechte 10
Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde 1067
Suizid 269
- Tarifautonomie** 710
Tatsachenbehauptung 432
Teilhaberecht 16
Teilrechtsfähigkeit 59
Telekommunikationsgeheimnis 723 ff.
Tod 50, 54
Todesstrafe 297
- Ungeborener Mensch** 50
Unionsbürger 48
Unmittelbare Betroffenheit 1020
unmittelbare Drittwirkung Grundrechte 23, 105, 715
Untermaßverbot 304
Unverletzlichkeit der Wohnung 819 ff.
- Vereinigungsfreiheit** 672 ff.
Verdachtsberichterstattung 284e, 517h
Verfahrensrechtliche Dimension Grundrechte 36, 813
Verfassungsbeschwerde 1020
Verfassungsimmanente Einschränkung 127, 130, 162, 193, 196, 384
Verfassungskonforme Auslegung 33, 186
Verfassungsmäßige Ordnung 263
Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 154 ff.
Verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke 159
verfassungswidriges Verfassungsrecht 264
Verhältnismäßigkeit 169 ff.
Verjährungsfristen (b. Steuerhinterziehung) 343
Verkehrsdatenspeicherung 273, 734g, 738, 746a ff., 751
Verkaufsverbot Alkohol 802, 804, 808
Verkehrsdaten 273, 738
Versammlungsfreiheit 602 ff.
Versammlungsgesetz 633 ff., 635, 647 ff.
Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 270a, 283, 734e
Verwaltungsprivatrecht 25, 91 ff.
Verwirkung von Grundrechten 218
Videoüberwachung 270, 273, 287
Völkerrecht 4 ff.
Vorfeldmaßnahmen bei Versammlung 619, 640
Vorratsdatenspeicherung 273, 734g, 738, 746a ff., 751
- Waffenlosigkeit** 620
Wechselwirkungslehre 508
Werbebeschränkung 817 ff.
Werkbereich 530
Werturteil 429
Wesensgehalt der Grundrechte 203
Wesentlichkeitsrechtsprechung 166, 187, 191
Wettbewerbsfreiheit 254, 781
Wirkbereich 530
Wissenschaftsfreiheit 539 ff.
Wohnraumüberwachung 828 ff., 858 ff.
Wohnsitz 753
Wohnungsgrundrecht 819 ff.
Wortberichterstattung 286e
- Zensurverbot** 518
Zwischenrecht 4