

Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit

Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts

Kronier, Philipp*

ZUSAMMENFASSUNG

In großer Regelmäßigkeit beschäftigt das Bundesverfassungsgericht die Kollision zwischen der Meinungsfreiheit und dem Ehrschutz. Nicht zuletzt dieser Umstand hat dazu geführt, dass das Gericht mittlerweile eine ganze Fülle an dogmatischen Strukturen und Abwägungstopoi für diesen Bereich entwickelt hat. Angesichts der fragmentarischen Struktur des Grundgesetzes, wirft dies die Frage auf, welche Überlegungen und Annahmen das Gericht bei diesem Vorgang angeleitet haben. Dieser Frage will der Aufsatz durch eine verfassungs- und grundrechtstheoretische Analyse der Entscheidungsstruktur nachgehen.

Keywords Verfassungsrecht; Bundesverfassungsgericht; Verfassungstheorie; Grundrechtstheorie; Meinungsfreiheit; Ehrschutz; Strafrecht

A. Einleitung

Es ist nicht lange her, da hat der ehemalige Senatsvorsitzende des Bundesverfassungsgerichts¹ *Andreas Voßkuhle* zu Beginn einer Sitzung erklärt, es ginge nicht „um die moralische oder politische Beurteilung (...), nicht um das Pro oder Contra, nicht um unsere Meinung und unsere Standpunkte, sondern allein um die Reichweite des Freiheitsraums, den das Grundgesetz einer staatlichen Strafverfolgung entgegensetzt“.² Der rechtspositivistische Ansatz³ und die damit verbundene methodische Ausrichtung, die hier zum Ausdruck kommen, dürfte insbesondere bei denjenigen, die eine zunehmende Politisierung⁴ oder eine Abkehr von der Dogmatik⁵ des Gerichts beklagen, auf Zustimmung stoßen. Betrachtet man jedoch den Inhalt der Entscheidung, wirkt die Aussage fast paradox. Es geht um das Urteil über das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe, in dem das Recht auf selbstbestimmtes Sterben entwickelt wurde.⁶ Der Antagonismus zur Aussage rührt daher, dass das Gericht aus einem unbenannten Grundrecht, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, ein weiteres unbenanntes Grundrecht herleitet. Von einem stets vorhandenen, lediglich vom Rechtsanwender nachzuvollziehenden, Freiheitsbereich des Grundgesetzes kann hier schwerlich die Rede sein.⁷ Was den ehemaligen Senatsvorsitzenden zu dieser Aussage bewegt haben könnte und ob sie sich über den Gegenstand des Verfahrens hinaus verallgemeinern lässt, soll nicht primärer Gegenstand dieses Beitrags sein. Gleichwohl soll sie den Anstoß für die nachfolgenden Überlegungen geben.

Wirft man zur Beantwortung der Frage, ob und wie die Meinungsfreiheit beschränkt werden kann, einen Blick in das Grundgesetz, heißt es in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, dass jeder das Recht hat, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Weiter folgt

dann in Art. 5 Abs. 2 GG, dass diese Rechte ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre finden. Was hierunter, speziell unter dem Begriff der „allgemeinen Gesetze“, konkret zu verstehen ist, bleibt jedoch unklar. Dass der Normtext allein außerstande ist, den Norminhalt eindeutig zum Ausdruck zu bringen, stellt indes keineswegs ein Spezifikum von Art. 5 Abs. 2 GG dar. Es handelt sich, mit Blick auf die Erkenntnisse der Hermeneutik,⁸

* Der Autor hat bis Februar 2023 Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt studiert. Aktuell ist er wissenschaftlicher Assistent und Doktorand bei Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge) am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kronier, Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit - Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts, *FraLR* 2023 (02), S. 98-106. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74687>

¹Nachfolgend als „BVerfG“ abgekürzt.

²Wiedergegeben von Janisch/Schwinn, Selbstbestimmt zur Erlösung, *Süddeutsche Zeitung* vom 17.04.2019 <https://www.sueddeutsche.de/politik/sterbehilfe-bundesverfassungsgericht-verbot-tod-1.4412138>.

³Ein Wesensmerkmal rechtspositivistischer Ansätze, das hier deutlich anklängt, ist die Trennung von Recht und Moral, vgl. Dreier (1991), *Recht – Staat – Vernunft*, S. 96; Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), 35 (45 ff.).

⁴Hierzu Hassemer, *JZ* 2008, 1 ff.

⁵Siehe bereits den Titel „Abschied von Dogmatik“ bei Schlink, *JZ* 2007, 157.

⁶BVerfGE 153, 182.

⁷Kritik an der Aussage ebenfalls bei: Volkmann, *JZ* 2020, 965 (974 f.).

⁸Schroth (2016), *Juristische Hermeneutik und Norminterpretation dargestellt an Problemen strafrechtlicher Normanwendung*, in: Hassemer/ Neumann/ Saliger (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie*

vielmehr um eine Problematik, welche die Auslegung kodifizierten Rechts im Allgemeinen betrifft.⁹ Für den Vorgang der Verfassungsinterpretation wird dieser Umstand zusätzlich dadurch verschärft, dass sich die Verfassung, insbesondere im Bereich der Grundrechte und der Staatszielbestimmungen, durch knappe und wenig präzise Formulierungen auszeichnet.¹⁰ Der Rechtsanwender trifft hier auf eine ganze Reihe von Bestimmungen, die aufgrund von semantischen Spielräumen und der fehlenden Konditionalprogrammierung kaum normative Festlegungen enthalten.¹¹ So liegt die Sache auch bei Art. 5 Abs. 2 GG. Eine eindeutige verfassungsrechtliche Direktive zur Einschränkung der Meinungsfreiheit fehlt. Ob ein Reserveoffizier als „geb. Mörder“¹² bezeichnet werden darf, ist durch den Verfassungstext ebenso wenig präjudiziert, wie die Frage, ob das Zeigen eines Transparents mit der Aufschrift „ACAB“ im öffentlichen Raum¹³ gerechtfertigt werden kann. Diese Erkenntnis führt dann zwangsläufig zu der Frage, welche Kriterien für das Verhältnis und die Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern, die durch die Normen des Strafgesetzbuches geschützt werden, maßgeblich sind. Das BVerfG hat hierzu eine Vielzahl von dogmatischen Strukturen und Abwägungstopoi entwickelt, die sich unter dem Stichwort der „Entscheidungsstruktur“¹⁴ zusammenfassen lassen. Doch welche Erwägungen und Vorannahmen haben das Gericht seinerseits bei der Schaffung und Präzisierung der Entscheidungsstruktur angeleitet? Dieses „Dahinter“ der Rechtsproduktion, also das verfassungs- und grundrechtstheoretische Vorverständnis im Sinne eines Agglomerats von Vorannahmen,¹⁵ deren Entscheidungserheblichkeit für die konkrete Rechtsanwendung *Voßkuhle*, indem er vom *Freiheitsbereich des Grundgesetzes* spricht, jedenfalls implizit bestreitet, zu analysieren und sichtbar zu machen, soll den *nucleus* dieser Arbeit bilden.

B. Die Entscheidungsstruktur des BVerfG

In einem ersten Schritt soll nun die Entscheidungsstruktur des BVerfG dargestellt werden.

I. Die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG

Hierfür wird zunächst Art. 5 Abs. 2 GG betrachtet.

1. *Begriff der allgemeinen Gesetze* Bei den allgemeinen Gesetzen handelt es sich um die bedeutsamste Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG, mit der sich das BVerfG im Rahmen des Lüth-Urteils das erste Mal zu befassen hatte.¹⁶ Bereits zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung, welche die Meinungsfreiheit in Art. 118 WRV ebenfalls den allgemeinen Gesetzen unterwarf, herrschte Streit über die Auslegung dieses Begriffs.¹⁷ Zu dieser Zeit standen sich die Vertreter der Sonderrechtslehre¹⁸ und der Abwägungslehre¹⁹ gegenüber. Statt sich für einen dieser Ansätze zu entscheiden, hat das BVerfG die verschiedenen Ansätze synthetisiert.²⁰ Unter allgemeinen Gesetzen sind danach solche zu verstehen, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“²¹ Eine

Präzisierung dieser Formel, hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den vom Gericht verbundenen Teilelementen der Sonderrechts- und Abwägungslehre, blieb lange aus. Das führte in der Literatur zu Kritik²² und in der Rechtsprechung zu Verunsicherung.²³

Abhilfe hat dann der Wunsiedel-Beschluss²⁴ gebracht, indem dort ein detailliertes Prüfungs- und Bewertungsraster geschaffen wurde.²⁵ Ausgangspunkt ist nun die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Ist dies der Fall, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines in der Rechtsordnung schlechthin geschützten Rechtsguts dient und zudem in hinreichendem Maße die inhaltliche Distanz zu konkreten vorfindlichen, insbesondere politischen und weltanschaulichen, Positionen wahrt.²⁶

2. *Die übrigen Schranken i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG* Ferner findet die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranke in den Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Da diesen im Verhältnis zur Schranke der allgemeinen Gesetze allerdings kaum eine eigenständige Bedeutung

und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Auflage, 243 (245, 253); Gadamer (1999), *Wahrheit und Methode*, 6. Auflage, S. 270 ff.; 281ff.; 312ff.; Rütters/Fischer/Birk (2022), *Rechtstheorie*, 12. Auflage, Rn. 807.

⁹Dreier (1976), *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: ders./Friedrich, Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 13; Schneider, *VVDStRL* 20 (1963), 1 (4f.).

¹⁰Morlok (1988), *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, S. 85; Höfling (1987), *Offene Grundrechtsinterpretation*, S. 81; Isensee, *NJW* 1977, 545 (549).

¹¹Starck, *HStR* VII, § 164, Rn. 5; Böckenförde (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1. Auflage, S. 57.

¹²BVerfGE 93, 266.

¹³BVerfG *NStZ-RR* 2016, 277.

¹⁴Begriff von Ossenbühl, *Bitburger Gespräche* 1999 I, 73.

¹⁵Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), 35; Depenheuer/Grabenwarther/Jestaedt (2010), *Verfassungstheorie*, § 1, Rn. 64.

¹⁶Schmitt/Glaeser, *AöR* 97 (1972), 276; Buscher, *NVwZ* 1997, 1057.

¹⁷Enders, *JZ* 2008, 1092 (1094); Epping/Lenz, *Jura* 2007, 881 (885).

¹⁸Stellvertretend: Häntzschel, *AöR* 10 (1926), 228 (232 f.).

¹⁹Stellvertretend: Smend (2010), *Das Recht der freien Meinungsäußerung* in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4. Auflage, S. 89, 96.

²⁰Muckel, *JA* 2010, 236; Brugger, *JA* 2006, 687 (689).

²¹BVerfG *NJW* 1958, 257 (258) – Lüth.

²²Aus dem verfassungsrechtlichen Lager: Degenhart, *JZ* 2010, 306 (307); Schmitt/Glaeser, *AöR* 97 (1972), 276 (277 ff., 288); Aus dem strafrechtlichen Lager: Paeffgen in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB*, § 86 StGB, Rn. 14.

²³So nahm beispielsweise das BVerfG mit Verweis auf die gegenüber der Meinungsfreiheit vorrangigen Schutzgüter der Menschenwürde und des öffentlichen Friedens an, dass es sich bei § 130 Abs. 4 StGB um ein allgemeines Gesetz handele, obwohl sich die Vorschrift in evidenter Weise gerade gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet (BVerfGE 131, 216). Dies lässt sich nur damit erklären, dass das Gericht dem Teilelement der Abwägungslehre eine gesteigerte Bedeutung, wenn nicht sogar den Vorrang, vor den Elementen der Sonderrechtslehre eingeräumt hat.

²⁴BVerfG *NJW* 2010, 47.

²⁵BVerfG *NJW* 2010, 47 (Rn. 55 ff.).

²⁶BVerfG *NJW* 2010, 47 (Rn. 55 ff.); Degenhart, *JZ* 2010, 306.

zukommt,²⁷ soll auf eine nähere Auseinandersetzung verzichtet werden.

3. Die strafrechtlichen Ausprägungen des Art. 5 Abs. 2 GG Die strafrechtlichen Ausprägungen des Art. 5 Abs. 2 GG lassen sich danach kategorisieren, ob sie dem Schutz eines kollektiven oder individuellen Rechtsguts dienen.²⁸

a) *Schutz kollektiver Rechtsgüter* Dem Schutz kollektiver Rechtsgüter vor sozial unerwünschten Äußerungen dienen im Besonderen die §§ 84, 86, 86a, 89, 90 bis 90b StGB.²⁹ Das BVerfG sieht sämtliche der genannten Vorschriften als allgemeine Gesetz an.³⁰ Eine Sonderkonstellation bildet § 130 Abs. 4 StGB. Die Norm knüpft explizit an bestimmte Meinungsinhalte in Bezug auf die Verbrechen des NS-Regimes an. Obwohl das BVerfG ihr den Charakter eines allgemeinen Gesetzes abspricht, hat es sie wegen des „sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und Schreckens“ ausnahmsweise für mit Art. 5 Abs. 2 GG vereinbar erklärt.³¹

b) *Schutz individueller Rechtsgüter* Die am bedeutsamsten strafrechtlichen Vorschriften sind in diesem Zusammenhang die §§ 185 ff. StGB. Geschütztes Rechtsgut ist, mit Ausnahme von § 187 Var. 2 StGB, die Ehre, wobei der Begriff der Ehre in seinen konkreten Ausprägungen umstritten ist.³² Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass der Achtungsanspruch des Einzelnen geschützt werden soll.³³ Verfassungsrechtlich verankert ist der Ehrschutz in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁴

Auch die §§ 185 ff. StGB stellen nach dem BVerfG allgemeine Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG dar³⁵ und sind somit imstande, der Meinungsfreiheit Grenzen zu setzen. Da sich die Vorschriften im verfassungsrechtlichen Kontext als besonders konfliktträchtig erwiesen haben und die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Ehrschutz immer wieder für Zündstoff zwischen dem BVerfG und der Literatur gesorgt hat,³⁶ sollen sich die nachfolgenden Ausführungen auf dieses Problemfeld konzentrieren.

4. Die Wechselwirkungslehre Zu dem Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 1 GG einerseits und den Vorschriften des Strafgesetzbuchs andererseits hat das BVerfG im Lüth-Urteil festgestellt, dass „die allgemeinen Gesetze in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden müssen, dass der besondere Wertgehalt dieses Rechts (...) auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz ist also nicht als einseitige Beschränkung (...) aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“³⁷ Die „wertsetzende Bedeutung“ des Art. 5 Abs. 1 GG ist dabei sowohl bei der Sinndeutung der potentiell ehrverletzenden Äußerung, also auch bei der Auslegung und Anwendung der Norm zu berücksichtigen.³⁸

II. Die Abwägung mit dem Ehrschutz

Das BVerfG hat eine Reihe an Abwägungstopoi für die Kollision der Meinungsfreiheit und des Ehrschutzes entwickelt.

1. Die Unterscheidung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen Ein maßgeblicher Gesichtspunkt aus Sicht des BVerfG ist zunächst die Unterscheidung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen.³⁹

a) *Die grundsätzliche Abgrenzung* Bereits aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG folgt, dass nicht jede Äußerung geschützt ist, sondern lediglich „Meinungen“. Konstitutiv für eine Meinung ist „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“.⁴⁰ Geschützt ist also gerade die subjektive Wertung, Einstellung oder Anschauung in Bezug auf den Gegenstand der Äußerung.⁴² Unerheblich soll dabei sein, ob die Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos, wertvoll oder wertlos ist.⁴³ Abzugrenzen sind Meinungen von Tatsachenbehauptungen. Diese sind dem Beweis zugänglich und daher entweder wahr oder unwahr, weshalb ihnen das für die Meinungsäußerung konstitutive wertende Element fehlt.⁴⁴ Maßgebliche Beurteilungsperspektive für die Abgrenzung ist die eines „unvoreingenommenen und verständigen

²⁷Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5, Rn. 151. Grund hierfür ist insbesondere, dass das BVerfG das Erfordernis der Allgemeinheit auf die beiden übrigen Schranken übertragen hat, vgl. BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 63).

²⁸Einteilung nach: Kübler (2008), Medien, Menschenrechte und Demokratie, S. 337 ff.

²⁹Kübler (Fn. 29), S. 337 ff; Buscher, JA 1997, 1057 f.

³⁰BVerfG NJW 1978, 1043 (1045); BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 55 f.); Weitere Nachweise bei Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 GG, Rn. 177.

³¹BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 64 ff.); Für eine Lösung über das Institut der verfassungsimmanenten Schranken: Degenhart, JZ 2010, 306 (309 f.).

³²Hoven/Witting, NJW 2021, 2397; Valerius in BeckOK StGB, § 185 StGB, Rn. 1.

³³Hoven/Witting, NJW 2021, 2397.

³⁴BVerfGE 54, 148 (153 f.); Kiesel, NJW 1992, 1129 (1130).

³⁵BVerfGE 93, 266 (290); 124, 300 (326 f.); BVerfG NJW 2020, 2629 (Rn. 14).

³⁶Kritisch: Kiesel, NVwZ 1992, 1129; Kriele, NJW 1994, 1897; Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73; Sendler, NJW 1993, 2157. Zuspriech von: Grimm, NJW 1995, 1697; Vesting, AöR 122 (1997), 337 und Soehring, NJW 1994, 2926.

³⁷BVerfGE 7, 198 (211) – Lüth.

³⁸Grimm, NJW 1995, 1697 (1700 ff.); Epping (2021), Grundrechte, 9. Auflage, Rn. 250 ff.

³⁹Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73 (80 f.); Vesting, AöR 122 (1997), 337 (347).

⁴⁰Vesting, AöR 122 (1997), 337 (339); Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

⁴¹BVerfGE 65, 1 (40); Volkman (2020), Staatsrecht II, 3. Auflage, § 11, Rn. 32.

⁴²Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 GG, Rn. 62; Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

⁴³BVerfGE 33, 1 (14); Isensee (1980), Wer definiert die Freiheitsrechte?, S. 10 ff., 17 f.; Starck in Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 5, Rn. 22.

⁴⁴Schemmer in BeckOK GG, Art. 5 GG, Rn. 5; Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

Publikums“.⁴⁵ Stellt sich danach eine Äußerung als Tatsachenbehauptung dar, unterfällt diese grundsätzlich nicht dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁴⁶ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Meinungsbildung ist.⁴⁷

b) Die Bedeutung für die fallbezogene Abwägung Tatsachenbehauptungen erheben den Anspruch objektiver Wahrheit und stellen daher eine größere Bedrohung für die Ehre der Betroffenen dar.⁴⁸ Das BVerfG nimmt aus diesem Grund an, dass Tatsachenbehauptungen a priori leichter einschränkbar sind als Werturteile.⁴⁹ Insbesondere unwahre Tatsachenbehauptungen treten daher grundsätzlich hinter dem Ehrschutz zurück.⁵⁰ Um den Einzelnen nicht von der Betätigung seiner Freiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG abzuschrecken, betont das BVerfG allerdings, dass bei Zweifeln über den Wahrheitsgehalt keine überhöhten Anforderungen an die Darlegungspflicht zu stellen sind.⁵¹ Aber auch wahre Tatsachenbehauptungen beanspruchen keinen generellen Vorrang.⁵² Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall. Das gilt auch bei Werturteilen. Das Ergebnis der Abwägung ist dabei, wie das BVerfG explizit betont, offen.⁵³ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen verletzt,⁵⁴ denn Art. 1 Abs. 1 GG ist mit keinem anderen Grundrecht abwägungsfähig.⁵⁵ Allerdings ist ein solche Verletzung nur unter strengen Voraussetzungen anzunehmen.⁵⁶ Auf einzelne Vorrangregeln sowie die Begriffe der Schmähkritik und Formalbeleidigung ist noch gesondert einzugehen.

2. *Schmähkritik und Formalbeleidigung* Handelt es sich bei der Äußerung um eine sogenannte Formalbeleidigung oder Schmähkritik, tritt Art. 5 Abs. 1 GG, ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf, hinter dem Ehrschutz zurück.⁵⁷ Beide Begriffe sind allerdings eng auszulegen.⁵⁸ Eine Äußerung wird nicht dadurch zur Schmähkritik, dass sie polemischer oder überspitzter Natur ist. Erforderlich ist vielmehr, dass „nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.“⁵⁹ Die Einordnung einer Äußerung als Formalbeleidigung erfordert, wie der Begriff bereits nahelegt, dass die Äußerung gerade wegen ihrer „Form“ als nicht mehr schützenswert erscheint. Das ist beispielsweise bei Schimpfwörtern, etwa aus der Fäkalsprache, der Fall.⁶⁰

3. *Die Vermutungsformel des BVerfG* Das BVerfG hat im Lüth-Urteil festgestellt, dass einer Äußerung, die „einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen“⁶¹ leistet, eine gesteigerte Bedeutung gegenüber Äußerungen, die lediglich im Privaten getätigt werden, zukommt.⁶² Betrifft die Äußerung also nicht nur die widerstreitenden Interessen zwischen zwei Privatpersonen, sondern ein Universalinteresse, besteht im Ergebnis die Vermutung für die Freiheit der Rede.⁶³ Zwar betont das Gericht, dass hieraus weder ein genereller Vorrang des Art. 5 Abs. 1 GG gegenüber dem Ehrschutz noch eine grundsätzliche Asymmetrie zwischen den Grundrechten folge.⁶⁴ Doch vermag dies nichts daran zu ändern, dass hierdurch eine leichte Akzentuierung zu Gunsten der Meinungsfreiheit in Bezug auf überindividuelle Interessen konsolidiert

wird, die auch von den Fachgerichten so wahrgenommen werden dürfte.

C. Verfassungs- und grundrechtstheoretische Analyse

Nachdem die Entscheidungsstruktur in ihren wesentlichen Grundzügen dargestellt wurde, soll diese nun aus einem verfassungs- und grundrechtstheoretischen Blickwinkel analysiert werden.

I. Verfassungstheoretische Analyse

1. *Begriff und Bedeutung der Verfassungstheorie* Die exakte Bestimmung davon, was unter „Verfassungstheorie“ zu verstehen ist und welcher Nutzen ihr bei der Reflexion und Anwendung von Verfassungsrecht zukommt, bereitet nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Grund hierfür dürfte nicht zuletzt die Tatsache sein, dass der Begriff bereits aus sich heraus eine gewisse Ambiguität aufweist, da er sowohl in einem materiellen als auch in einem disziplinären Sinne verwendet werden kann.⁶⁵ Wie eingangs ausgeführt, soll der Versuch unternommen werden, zu analysieren, wodurch die „Rechtsproduktion“ seitens des BVerfG angeleitet wurde und wird. Dieses „Dahinter“ in seiner sachlichen Substanz als Akkumulation von Vorannahmen darüber, was Verfassung ist und was Verfassung soll, bezeichnet die Verfassungstheorie im materiellen Sinne.⁶⁶ Technischer ausgedrückt ließe sich auch von einer „systematisch orientierten Auffassung über den allgemeinen

⁴⁵BVerfGE 93, 266, (295); Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73 (83).

⁴⁶BVerfGE 61, 1 (8); BVerfGE 90, 241 (247).

⁴⁷BVerfGE 61, 1 (8); BVerfGE 90, 241 (247); Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

⁴⁸Grimm, NJW 1995, 1697 (1702).

⁴⁹BVerfG NJW 1983, 1415.

⁵⁰BVerfGE 90, 241 (249); BVerfGE 85, 1 (17); BVerfGE 61, 1 (8 f.).

⁵¹BVerfGE 85, 1 (21 f.); Grimm, NJW 1995, 1697 (1702 f.).

⁵²BVerfGE 66, 116 (139); BVerfG NJW 1984, 1741 (1743); Grimm, NJW 1995, 1697 (1702).

⁵³BVerfGE NJW 2020, 2623 (Rn. 15).

⁵⁴BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 15); BVerfGE 99, 185 (196); BVerfGE 93, 266 (293 f.).

⁵⁵Sacksofsky (2011), Der Schutz der Würde des Menschen – ein absolutes Versprechen in Zeiten relativer Gewissheiten, in: Menschenwürde – Demokratie – Christliche Gerechtigkeit: Tagungsband zum festlichen Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde, 23 (26 f.); BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

⁵⁶BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

⁵⁷BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 15); anders noch für die Schmähkritik: BVerfG NJW 1990, 1980 (1981).

⁵⁸BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

⁵⁹BVerfG NJW 1991, 95 (96); NJW 1974, 1762 (1763 f.).

⁶⁰BVerfG NJW 2020, 2624 (Rn. 21); BVerfGE 93, 266 (294).

⁶¹BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

⁶²BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

⁶³BVerfG 7, 198 (208); 61, 1 (11); 30, 241 (249); Grimm, NJW 1995, 1697 (1703).

⁶⁴BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 16).

⁶⁵Volkman, Der Staat 54 (2015), 35.

⁶⁶Volkman, Der Staat 54 (2015), 35; Honer, JA 2022, 446 (454); Jestaedt spricht treffend von der „Verfassung hinter der Verfassung“ (Jestaedt (2009), Die Verfassung hinter der Verfassung).

Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“ sprechen.⁶⁷ In diesem (materiellen) Sinne soll der Begriff der Verfassungstheorie hier verstanden werden.

2. *Die Menschenbildformel des BVerfG* Da sich aus dem Grundgesetz positiv-rechtlich keine festen Direktiven für die Kollision von Meinungsfreiheit und Ehrschutz ableiten lassen, stellt sich auf einer höheren Abstraktionsebene die grundsätzliche Frage, wie das Spannungsverhältnis von Individuum und Gemeinschaft aufzulösen ist. Etwas verkürzt, aber im Kern zutreffend, geht es um die Vorstellung, wie wir uns das Zusammenleben miteinander vorstellen beziehungsweise welches Bild wir vom Menschen in der sozialen Gemeinschaft haben.

Das BVerfG hat diese Überlegungen mit seiner „Menschenbildformel“ dahingehend beantwortet, dass das „Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums sei“, sondern das Grundgesetz habe „vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne einer Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne deren Eigenwert anzutasten“.⁶⁸ Das hier skizzierte Menschenbild ist weder das eines vereinzelt, sich selbst überlassenen Individuums, noch wird der Einzelne hier bloß als unselbstständiger Bestandteil einer Gemeinschaft begriffen. Stark individualistisch-liberalen als auch kollektivistischen Ansätzen wird hierdurch eine Absage erteilt.⁶⁹ Stattdessen wird das Spannungsverhältnis durch die Elemente der Gemeinschaftsbezogenheit und des unantastbaren Eigenwerts schonend aufgelöst. Dieser zwischen den Polen des Individualismus und Kollektivismus stehende Ansatz wird auch als „Personalismus“ bezeichnet,⁷⁰ wobei es sich hier zugegebenermaßen um einen recht sibyllinischen Begriff handelt. Festhalten lässt sich jedenfalls, dass diesem Menschenbild eine Vorstellung vom Menschen als soziales Wesen oder als „*zoon politikon*“ zu Grunde liegt.⁷¹ Die Tatsache, dass gleich zu Beginn der Formel der Vorstellung eines isolierten und souveränen Individuums eine Absage erteilt wird, lässt außerdem eine leichte Akzentuierung zu Gunsten der Gemeinschaftsbezogenheit erkennen.⁷²

Festzuhalten bleibt, dass sich aus dem soeben skizzierten Menschenbild zwar keine präzisen Vorgaben für den Einzelfall deduzieren lassen, von ihm aber ungeachtet dessen eine gewisse Stoßrichtung ausgeht. Dass diese Stoßrichtung für eine verfassungstheoretische Explikation der Entscheidungsstruktur des BVerfG fruchtbar gemacht werden kann, sollen die nachfolgenden Beispiele belegen.

a) *Die Vermutungsformel* Meinungsäußerungen, die nicht nur individuelle, sondern überindividuelle Interessen betreffen, reichern den öffentlichen Diskurs an. Der Einzelne verfolgt hier regelmäßig nicht nur eigene Absichten, sondern nimmt den gesamtgesellschaftlichen Vorgang in den Blick. Der „öffentliche Meinungskampf“⁷³ bildet in einem demokratischen Staat das zentrale Forum, um politische, soziale oder gesellschaftliche Fehlentwicklungen aufzuzeigen und Lösungen für diese zu entwickeln. Unabhängig von Qualität und Überzeugungskraft der Meinungsäußerung trägt der Einzelne auf diesem Wege zum gesamtgesellschaftlichen Vorankommen bei. All das konvergiert mit dem Element der Gemeinschaftsgebundenheit, als explizitem Bestandteil der Menschenbildformel, sowie der

Vorstellung vom Einzelnen als „Aktivbürger“ oder *zoon politikon*,⁷⁴ die in der Formel zumindest implizit zum Ausdruck kommen. Die Privilegierung von Meinungsäußerungen, die überindividuelle Interessen betreffen, erscheint vor diesem Hintergrund als konsequenter Ausfluss der skizzierten Stoßrichtung, welche in der Menschenbildformel zum Ausdruck kommt.

b) *Die Institute der Schmähkritik und der Formalbeleidigung* Inwieweit diese Stoßrichtung auch für die Entwicklung und Ausformung der Institute der Schmähkritik und Formalbeleidigung von Bedeutung war, wird durch einen Blick auf das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht sichtbar. Eine rechtsvergleichende Untersuchung bietet sich insofern an, da diese in besonderem Maße geeignet ist, das Bewusstsein für mögliche Alternativen zu schärfen und die eigenen, als selbstverständlich vorausgesetzten Grundannahmen offenzulegen.⁷⁵

Ausgangspunkt soll die berühmte Entscheidung des Supreme Courts in der Sache *New York Times v. Sullivan* sein.⁷⁶ Dort hat das Gericht Werturteile, die im Zusammenhang mit einer öffentlichen Auseinandersetzung getätigt wurden, per se für zulässig erklärt und zwar unabhängig davon, wie schädigend oder ehrwürdig sie auch sein mögen.⁷⁷ Das Gericht hat damit die Distinktion zwischen Freiheit und Libertinismus praktisch aufgehoben⁷⁸ beziehungsweise das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft in Bezug auf die Redefreiheit zu Gunsten der Freiheit des Einzelnen aufgelöst. Während nach dem hiesigen Verfassungsverständnis Äußerungen, die den Charakter einer Formalbeleidigung oder Schmähkritik besitzen, hinter dem Ehrschutz zurücktreten,⁷⁹ genießt die *hate speech* in den USA nicht nur verfassungsrechtlichen Schutz, sondern setzt sich auch gegen kollidierende Rechtsgüter durch.⁸⁰ Das lässt sich zwar mit der systematischen Stellung der Redefreiheit im ersten Zusatzartikel der *Bill of Rights*⁸¹ sowie dem Umstand, dass sie dort keinen expliziten Schranken unterworfen ist,⁸² erklären, doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass

⁶⁷Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 83; Depenheuer/Grabenwarter/Jestaedt, Verfassungstheorie, § 1, Rn. 64 f.

⁶⁸Erstmals in: BVerfGE 4, 7 (15) und seitdem st. Rspr. vgl. zB: BVerfGE 109, 133 (151).

⁶⁹Becker (1996), Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 82.

⁷⁰Peters, FS Laun, 1953, 669 (671).

⁷¹Becker, Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 41.

⁷²Becker, Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 84.

⁷³Formulierung von: BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

⁷⁴Häberle (2008), Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Auflage, S. 50 f.

⁷⁵Kischel (2015), Rechtsvergleichung, S. 56.

⁷⁶376 U.S. 254 (1964). Streitgegenstand war die Schadensersatzforderung eines Politikers wegen einer üblen Nachrede bzgl. seiner öffentlichen Tätigkeit (Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345)).

⁷⁷376 U.S. 254 (1964); Grimm, NJW 1995, 1697 (1701).

⁷⁸Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345).

⁷⁹BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 15); weniger streng für die Schmähkritik noch: BVerfG NJW 1990, 1980 (1981).

⁸⁰Brugger, AöR 128 (2003) 372 (374); Volkmann (2013), Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 227 f.

⁸¹Enders, JZ 2008, 1092 (1093).

⁸²Brugger, JA 2006, 687 (688); ders., AöR 128 (2003), 372 (379).

der Kern der Divergenz in einer unterschiedlichen moralischen und weltanschaulichen Grundorientierung zu finden ist.⁸³ So ist der U.S.-amerikanische Ansatz von einer individualistischen Grundorientierung und der tiefen Überzeugung geprägt, dass allein der ungezähmte Meinungskampf wahrheitsfördernd und gemeinwohlstiftend wirken könnte,⁸⁴ während der deutsche Ansatz durch den Begriff der „Gemeinschaftsgebundenheit“ auch (kommunitaristische) Elemente der Rücksichtnahme und der Verantwortung in sich aufnimmt.⁸⁵ Treffend ist in diesem Sinne die U.S.-amerikanische Verfassung als „Verfassung der Freiheit“ und die deutsche Verfassung als „Verfassung der Würde“ bezeichnet worden.⁸⁶ Diese unterschiedliche Stoßrichtung bildet den intrinsischen Grund dafür, warum in den USA die Redefreiheit sakralisiert oder sogar verabsolutiert⁸⁷ wird und als *preferred right* prinzipiell Vorrang vor anderen Verfassungsgütern besitzt,⁸⁸ während das BVerfG betont, dass gerade keine grundsätzliche Asymmetrie zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz bestünde.⁸⁹

Sind die unterschiedlichen Vorannahmen erstmal offengelegt, erscheint es als Selbstverständlichkeit, dass nach dem hiesigen Verständnis (besonders) sozialschädliche Verhaltensweisen, wie die Schmähkritik und die Formalbeleidigung, keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen.⁹⁰ Wiederrum wird sichtbar, wie sich die theoretischen Vorannahmen auf die praktische Anwendung der Verfassung auswirken.

II. Grundrechtstheoretische Analyse

1. *Begriff und Bedeutung der Grundrechtstheorie* Anknüpfend an die Ausführungen zum Begriff der Verfassungstheorie, lässt sich unter einer Grundrechtstheorie, als Teildisziplin oder spezifischem Ausschnitt einer Verfassungstheorie, „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite“⁹¹ der Grundrechte verstehen. Anders ausgedrückt geht es um das Verständnis davon, welcher Zweck den Grundrechten zukommt, wo und wie sie wirken und auf welche Weise sie angewendet und interpretiert werden.⁹² Böckenförde unterscheidet dabei in seiner bis heute einflussreichen Zusammenstellung zwischen fünf Grundrechtstheorien, namentlich der Werttheorie der Grundrechte sowie der liberal (bürgerlich-rechtsstaatlichen), der institutionellen, der sozialstaatlichen und der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie.⁹³ An dieser Einteilung orientiert sich auch die nachfolgende Betrachtung, wobei nicht jede der genannten Theorien für den Gegenstand der Untersuchung von Bedeutung ist.

2. *Grundrechte als objektive Wertordnung* Die Werttheorie der Grundrechte findet ihren Ausgangspunkt insbesondere in der Integrationslehre von Rudolf Smend.⁹⁴ Nach dieser besteht der inhaltliche Sinn eines Grundrechtskatalogs darin, „eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“⁹⁵ zu normieren. Das BVerfG hat das erste Mal im Elfes-Urteil⁹⁶ auf die „verfassungsrechtliche Wertordnung“ Bezug genommen und diesen Ansatz dann im Lüth-Urteil⁹⁷ für die Grundrechte entscheidend ausgebaut.⁹⁸ Es stellt dort fest, „dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt (...) eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass

gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt“.⁹⁹ Dieser kleine Ausschnitt kann bis heute als kopernikanische Wende für das hiesige Grundrechtsverständnis bezeichnet werden. Da das BVerfG sowohl die Vermutung für die Freiheit der Rede als auch die Wechselwirkungslehre im Lüth-Urteil explizit mit der „wertsetzenden Bedeutung“ der Meinungsfreiheit begründet,¹⁰⁰ ist die grundrechtstheoretische Vorannahme, dass es sich bei Grundrechten nicht nur um subjektive Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat,¹⁰¹ sondern zugleich um „Werte“ handelt, von besonderer Bedeutung.

a) *Zum Begriff der „Werte“* Um zu verstehen, was das BVerfG meint, wenn es von einer „Wertordnung“ spricht und um aufzuzeigen, dass zwischen dieser Klassifikation, den dogmatischen Figuren und den anderen Abwägungstopoi ein Zusammenhang besteht, ist eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des „Werts“ unerlässlich. Werte haben einen axiologischen Charakter, das heißt, sie geben anders als „bloße“ deontologische Sätze nicht nur an, was gesollt ist, sondern auch, was prima facie das „Beste und Richtige“ ist.¹⁰² Indem nun Grundrechte oder andere Elemente unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu „Werten“ werden, kommt ihnen ein moralischer Gehalt zu. Sie werden zum Bestandteil einer Gerechtigkeitskonzeption, die für sich den Anspruch einer höheren und unverbrüchlichen Richtigkeit postuliert.¹⁰³

⁸³Volkman, Verfassungslehre, S. 228.

⁸⁴Hierzu auch: Volkman, Verfassungslehre, S. 227 f. und Grimm, NJW 1995, 1697 (1702). Das entspricht ganz dem Ansatz von John Stuart Mill, dass niemand für sich in Anspruch nehmen dürfe, dass er im Besitz der absoluten und letztverbindlichen Wahrheit sei, weil erst durch den Austausch von unterschiedlichen Meinungen die „Wahrheit“ zu Tage treten könnte s. John Stuart Mill (im Original von 1859), Über die Freiheit, aus dem Englischen übersetzt von Bruno Lemke, S. 72 ff.

⁸⁵Volkman, Verfassungslehre, S. 225 ff.; Brugger, AöR 123 (1998), 337 (443).

⁸⁶Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (338).

⁸⁷Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345); Brugger, JA 2006, 687 (688).

⁸⁸Grimm, NJW 1995, 1697 (1702); Brugger, JA 2006, 687 (688).

⁸⁹BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 16).

⁹⁰Vgl. Volkman, Verfassungslehre, S. 227, der aus der Formel den Ausschluss von sozialschädlichen Verhalten aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG herausarbeitet.

⁹¹Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 116.

⁹²Ossenbühl, NJW 1976, 2100; Alexy (1994), Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, S. 29.

⁹³Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 ff.; ders., NJW 1974, 1529 ff.

⁹⁴Volkman, Verfassungslehre, S. 207; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (3).

⁹⁵Smend (1968), Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, S. 264.

⁹⁶BVerfGE 6, 32 (40 f.) – Elfes.

⁹⁷BVerfGE 7, 198 – Lüth.

⁹⁸Ossenbühl, NJW 1976, 2100 (2101).

⁹⁹BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

¹⁰⁰Vgl. BVerfGE 7, 198 (211) – Lüth.

¹⁰¹Grimm (1991), Die Zukunft der Verfassung, 1. Auflage, S. 397 ff.; Ossenbühl, NJW 1976, 2100 f.

¹⁰²Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 126 f., 133 ff.

¹⁰³Volkman, Verfassungslehre, S. 97.

b) *Die Grundrechte des Grundgesetzes als Werteordnung*
In den Worten des BVerfG handelt es sich hierbei um eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“.¹⁰⁴ Träfe dies zu, würde es sich gerade nicht um einen Ausfluss von Vorannahmen darüber handeln, wie und wo Grundrechte wirken, sondern um eine autoritative Vorgabe durch das Grundgesetz selbst. Für einen Ansatz, der den Versuch unternimmt, zu untersuchen, was die Entscheidungsstruktur des Gerichts angeleitet haben könnte, verbliebe wenig oder kein Raum. Der Verweis auf das Grundgesetz würde genügen. Doch kann die Aussage des Gerichts durchaus bezweifelt werden.

Zunächst ist festzustellen, dass das Gericht – bewusst oder unbewusst – darauf verzichtet zur Begründung dieser „Grundentscheidung“ eine positiv-rechtliche Norm des Grundgesetzes anzuführen. Ein Blick ins Grundgesetz legt nahe, weshalb hierauf verzichtet wurde. Ein eindeutiges Bekenntnis findet sich hier nicht. Es ließe sich allenfalls auf Art. 1 Abs. 3 GG abstellen. Dieser ordnet an, dass, anders als zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung,¹⁰⁵ alle drei Gewalten an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind. Doch entfalten die Grundrechte diese Bindungswirkung eben nur in dem normativen Gehalt, der ihnen beigemessen wird. Den normativen Gehalt selbst gibt die Vorschrift gerade nicht vor.¹⁰⁶ Im Übrigen war eine entsprechende objektivrechtliche Funktion der Grundrechte weder unter der Weimarer Reichsverfassung noch unter den Länderverfassungen nach 1945 anerkannt.¹⁰⁷ Sie kann also auch nicht als gefestigtes, lediglich überliefertes, Grundrechtsverständnis ausgewiesen werden. Als weiteres Indiz dafür, dass es sich nicht um eine Grundentscheidung durch das Grundgesetz selbst handelt, die niemand ernsthaft bezweifeln kann, sei auf die teils harsche Kritik aus der Literatur verwiesen.¹⁰⁸ So war von einer „ideologischen Überhöhung“ des Geltungsanspruchs der Grundrechte,¹⁰⁹ von der fehlenden Möglichkeit einer rationalen Begründung, wann es sich bei einer verfassungsrechtlichen Bestimmung um einen Wert handelt und welchen Inhalt sie hat,¹¹⁰ und teilweise sogar von einer „Tyrannei der Werte“¹¹¹ die Rede. Viele dieser Einwände ließen sich ohne Weiteres entkräften.¹¹² Doch soll es hierauf gar nicht ankommen. Entscheidend ist allein die Erkenntnis, dass die Qualifikation der Grundrechte als objektive Wertordnung nicht durch das Grundgesetz selbst determiniert ist, sondern maßgeblich von der jeweiligen Vorstellung davon abhängt, wo und wie Grundrechte wirken sollen. Dass zwischen diesem Vorverständnis und der Entscheidungsstruktur des BVerfG ein Zusammenhang besteht, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

c) *Die Wechselwirkungslehre* Werte postulieren als axiologische Sätze, wie gesehen, den Anspruch einer höheren und unverbrüchlichen Richtigkeit. Es ist daher das Wesensmerkmal eines Wertes auf Geltung und Realisierung zu drängen.¹¹³ Wird den Grundrechten der Charakter einer objektiven Wertordnung beigemessen, geht von ihnen deshalb zwangsläufig eine Verwirklichungstendenz aus.¹¹⁴ Sie gelten nun universal,¹¹⁵ gerade weil sie nicht nur angeben, was gesollt ist, sondern auch, was richtig ist. Das Verhältnis zwischen ihnen und dem einfachen Recht wird hierdurch grundlegend umgestaltet. Sie stehen sich nicht mehr als isolierte oder antagonistische Teilgebiete gegenüber, sondern das einfache Recht wird nun von

der Verfassung, speziell durch die Grundrechte, angeleitet oder sogar überformt.¹¹⁶ Das BVerfG hat diesen Wirkungsmechanismus als „Ausstrahlungswirkung“ bezeichnet.¹¹⁷ Es lässt sich auch von einer „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ sprechen, die nicht mehr und nicht weniger als eine notwendige Konsequenz dieses Wertverständnisses ist.¹¹⁸ Von dieser Warte aus erscheint es sonnenklar, dass das BVerfG zur Begründung der Wechselwirkungslehre die „wertsetzende“ Bedeutung der Meinungsfreiheit herangezogen hat. Dass dabei zusätzlich auch die Funktion, die das Gericht speziell dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG beimisst, eine tragende Rolle gespielt hat, soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden. Ungeachtet dessen bildet die Einordnung der Grundrechte als objektive Wertordnung aus grundrechtstheoretischer Perspektive den Ausgangspunkt der Entwicklung eines grundrechtlichen Einflusses auf das einfache Recht.

3. *Das grundrechtstheoretische Verständnis der Meinungsfreiheit* Das BVerfG hat im Lüth-Urteil indes nicht nur festgestellt, dass Art. 5 Abs. 1 GG eine objektive Wertordnung manifestiert, sondern auch, dass dem Grundrechtsabschnitt insgesamt ein solcher Charakter zukommt.¹¹⁹ Mithin bleibt zu untersuchen, ob und welche (zusätzlichen) Funktionen das Gericht speziell der Meinungsfreiheit beimisst. Hierbei sollen die liberal-rechtsstaatliche sowie die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie in den Blick genommen werden. Nach der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie kommt den Grundrechten die Funktion zu, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Übergriffen durch den Staat zu schützen.¹²⁰ Grundrechte sind danach Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die für den Bürger Unterlassungsansprüche begründen und für den Staat Schranken setzen.¹²¹ Freiheit wird hier als Freiheit schlechthin verstanden, die nicht erst durch den Staat konstituiert wird, sondern

¹⁰⁴BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

¹⁰⁵Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

¹⁰⁶Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

¹⁰⁷Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

¹⁰⁸Eine Zusammenfassung der Kritik bei Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 134 ff.

¹⁰⁹Goerlich (1973), Wertordnung und Grundgesetz, S. 133 ff., 189; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 50.

¹¹⁰Böckenförde (1991), Recht, Staat, Freiheit, 1. Auflage, S. 67 ff.

¹¹¹Der Begriff stammt von Carl Schmitt aus: Carl Schmitt (2020), Die Tyrannei der Werte. An dieser Stelle ist auf die Verstrickungen von Carl Schmitt mit dem NS-Regime hinzuweisen. Sein Wirken als Person sowie als Jurist muss daher stets kritisch betrachtet und reflektiert werden. Da seine juristischen Konzeptionen bis heute fortwirken und das hiesige Staats- und Verfassungsverständnis bis in die Gegenwart prägen, erscheint eine Auseinandersetzung mit diesen gleichwohl unerlässlich; hierzu auch: Honer, JA 2022, 446 (448).

¹¹²Vgl. beispielsweise Volkmann, Verfassungslehre, S. 98 ff.

¹¹³Volkmann, Verfassungslehre, S. 99 f.; Carl Schmitt (2020), Tyrannei der Werte, 4. Auflage, S. 36; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 51.

¹¹⁴Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

¹¹⁵Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (7).

¹¹⁶Volkmann, Verfassungslehre, S. 317.

¹¹⁷BVerfG NJW 1958, 257 (258) – Lüth.

¹¹⁸Volkmann, Verfassungslehre, S. 317.

¹¹⁹Vgl. erneut: BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

¹²⁰Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 119.

¹²¹Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 406; Ossenbühl, NJW 1976, 2100 f.

diesem als „vorstaatliche Freiheit“ vorausliegt.¹²² Dem steht konträr eine demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie gegenüber. Grundrechte dienen danach nicht primär der Sicherung der Freiheitssphäre des Einzelnen, sondern leiten ihren Sinn und ihre Bedeutung von ihrer Funktion für den öffentlichen und politischen Prozess ab, indem sie demokratische Prozesse gewährleisten und schützen.¹²³ Dem liegt ein völlig unterschiedliches Verständnis vom Verhältnis des Individuums zur Staatsgewalt zu Grunde. Grundrechten kommt nicht mehr originär die Funktion zu den demokratisch legitimierten Staatswillen zu begrenzen, sondern sie werden selbst zum Motor bei der Erzeugung dieses Willens.¹²⁴ Wird nun die Rechtsprechung des BVerfG in den Blick genommen, bedarf es ausnahmsweise keiner diffizilen Herleitung des grundrechtstheoretischen Verständnisses. Unzählige Male betont das Gericht die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ und bezeichnet das Grundrecht selbst als „konstituierend“ für diese Ordnung.¹²⁵ Der abwehrrechtliche Gehalt wird jedoch nicht verdrängt, sondern es wird die Doppelfunktion des Grundrechts betont. Art. 5 Abs. 1 GG schütze danach sowohl die individuelle Freiheitssphäre des Einzelnen als auch den demokratischen Prozess.¹²⁶

Im Folgenden ist zu untersuchen, welche praktischen Auswirkungen das nach sich zieht.

a) *Die Vermutungsformel* Die liberale-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie versteht die Freiheit als „Freiheit schlechthin“.¹²⁷ Ob und in welchem Umfang der Einzelne von dieser ihm gebührenden, prinzipiell unbegrenzten Freiheit Gebrauch macht, obliegt allein ihm und ist einer Bewertung durch den Staat von vorneherein entzogen.¹²⁸ Eine Privilegierung der öffentlichen vor der privaten Rede erscheint danach als unzulässig, während dies aus Sicht einer demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie völlig problemlos, sogar als gefordert, erscheint.¹²⁹

b) *Der Begriff der allgemeinen Gesetze* Bei Durchsicht der Lüth-Entscheidung fällt auf, dass das Gericht, bevor es sich im Detail mit dem Begriff der allgemeinen Gesetze beschäftigt, zunächst feststellt, dass sich „aus der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt, dass es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz zu überlassen“.¹³⁰ Hier tritt ganz offen zutage, dass die Funktion, die das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG für die freiheitlich-demokratische Grundordnung beimisst, auch als Ausgangspunkt der Überlegungen zur Einschränkung des Grundrechts fungierte. Denn es ließe sich – bei einem konträren Vorverständnis – durchaus anführen, dass die explizite Unterwerfung unter die allgemeinen Gesetze (qualifizierter Gesetzesvorbehalt) im Gegensatz zu einer pauschalen Unterwerfung wie beispielsweise in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ein Primat der allgemeinen Gesetze gegenüber der Meinungsfreiheit zum Ausdruck bringt.¹³¹ Das hätte zur Folge und entsprach zudem der Praxis unter der Weimarer Reichsverfassung, dass die Meinungsfreiheit im Kollisionsfall jedem Rechtsgut, mag es auch noch so unbedeutend sein, zu weichen hätte, wenn es durch ein allgemeines Gesetz verkörpert wird.¹³² Ein solcher Ansatz

stünde der demokratisch-funktionalen Interpretation und dem hohen Rang, den das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG beimisst, antagonistisch gegenüber, weshalb es ihm wohl ein Anliegen war, diesen gleich zu Beginn zu verwerfen.¹³³ Stattdessen hat es die bestehenden Ansätze synthetisiert und hierdurch eine Formel geschaffen, die aufgrund ihrer Flexibilität imstande war, die Bedeutung, die das Gericht dem Grundrecht einräumt, im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen. Aus Sicht einer liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie hätte hingegen eine Entscheidung für die Sonderrechtslehre, welche die Meinungsfreiheit am weitreichendsten schützt,¹³⁴ nahe gelegen.

c) *Die Wechselwirkungslehre* Wie ausgeführt, hat die Klassifikation der Grundrechte als objektive Wertordnung das Verhältnis der Grundrechte zum einfachen Recht grundlegend umgestaltet. Im Zusammenspiel mit der Bedeutung, die das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG für die demokratische Grundordnung beimisst, war der Weg für die Wechselwirkungslehre bereitet.

D. Hypertrophie der Meinungsfreiheit durch das BVerfG?

Nachdem die Entscheidungsstruktur des BVerfG und die dahinterstehenden verfassungs- und grundrechtstheoretischen Erwägungen offengelegt wurden, soll nun abschließend die Frage aufgeworfen werden, ob hieraus eine Hypertrophie der Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrschutz folgt. Dabei ist insbesondere die Vermutungsformel in den Blick zu nehmen. Diese beruht primär auf dem funktionalen Verständnis des Art. 5 Abs. 1 GG als Demokratiegrundrecht. Nur ergänzend und weniger eindeutig tritt eine Ableitung aus der Menschenbildformel hinzu. Gegen die Vermutungsformel lassen sich nun verschiedene verfassungs- und grundrechtstheoretische sowie rechtsdogmatische Einwände erheben. Auf „theoretischer Ebene“ lässt sich zunächst anführen, dass eine demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie den Einzelnen für öffentliche Belange instrumentalisiert, obwohl die vornehmste Aufgabe der Grundrechte doch gerade darin besteht, dem Einzelnen einen eigenen Autonomiebereich zu gewähren. Zugespitzt formuliert würden so aus den

¹²²Böckenförde NJW 1974, 1529 (1531); ähnlich: Kant, MdS, AA VI, S. 230f.

¹²³Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 133; ders., NJW 1974, 1529 (1534 f.).

¹²⁴Klein (1972), Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 13.

¹²⁵BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; 62, 230 (247); 76, 196 (208 f.).

¹²⁶BVerfG NJW 1991, 95 (96); Hesse (1999), Verfassungsrecht, Rn. 387.

¹²⁷Erneut insbesondere: Böckenförde NJW 1974, 1529 (1531).

¹²⁸Klein, Der Staat 10 (1971), 145 (164 f.); Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1530).

¹²⁹Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 121 f., 134 f.

¹³⁰BVerfG NJW 1958, 257 (258) – Lüth.

¹³¹Bettermann, JZ 1964, 601 (602 f.); Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), 276 (284).

¹³²Schmitt Glaeser, AöR, 97 (1972), 276 (280).

¹³³Schmitt Glaeser, AöR, 97 (1972), 276 (280).

¹³⁴Enders, JZ 2008, 1092 (1094).

Freiheitsrechten des Einzelnen Verpflichtungen zum Wohle der Allgemeinheit.¹³⁵ Diese Vorwürfe mögen bei einer „reinen“ demokratisch-funktionalen Grundrechtsinterpretation ihre Berechtigung haben. Eine solche vertritt das BVerfG indes nicht. Die Funktion als Demokratiegrundrecht tritt vielmehr neben, nicht an die Stelle der Funktion als Abwehrrecht und das Gericht wird nicht müde dies zu betonen.¹³⁶ Gegen eine „gemäßigte“ demokratisch-funktionale Interpretation spricht hingegen nichts. Demokratie bezeichnet nicht nur ein Ensemble von Institutionen, in deren Zentrum die Wahl und Abwahl einer Regierung steht,¹³⁷ sondern sie lebt und verwirklicht sich diskursiv im Raum einer politischen Öffentlichkeit.¹³⁸ Eine Interdependenz zwischen den Kommunikationsgrundrechten und der demokratischen Grundordnung lässt sich kaum bezweifeln.¹³⁹ Warum es dann unzulässig sein soll, mögliche dysfunktionale Folgen für diese Ordnung, die sich aus der Beschränkung des Art. 5 Abs. 1 GG ergeben, in die Abwägung miteinzubeziehen, ist kaum nachvollziehbar.¹⁴⁰ Es handelt sich schlicht um einen zusätzlichen Topos bei der Abwägung. Die Transposition in eine Formel dient der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit.¹⁴¹ Weiter ließe sich gegen die Vermutungsformel anführen, dass der weitreichende Schutz von Meinungsäußerungen zu einer Verrohung des politischen Diskurses führen könnte.¹⁴² Liberalität könnte zu Libertinage werden.¹⁴³ Infolgedessen könnten insbesondere sensible Menschen aus Angst vor ehrverletzenden Äußerungen davon abgehalten werden, am öffentlichen Diskurs teilzunehmen.¹⁴⁴ Der Zweck der Vermutungsformel, öffentliche Äußerungen zu stärken, würde so ins Gegenteil verkehrt. Rechtsdogmatisch ließe sich zusätzlich auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Ehrschutzes in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die explizite Erwähnung in Art. 5 Abs. 2 GG verweisen.¹⁴⁵ Das sind gewichtige Argumente, denen jedoch in dieser Schärfe nicht beizupflichten ist. Zum einen betont das BVerfG, dass keine Asymmetrie zwischen den Grundrechten bestehe, sondern eine Abwägung im Einzelfall erforderlich sei.¹⁴⁶ Dieses Modell der Abwägung ermöglicht es, die Bedeutung des Ehrschutzes angemessen zu berücksichtigen. Zum anderen sind es Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG sowie die Institute der Schmähkritik und der Formalbeleidigung, die der Meinungsfreiheit (starre) Grenzen setzen. Dies sorgt dafür, dass im Gegensatz zum U.S.-amerikanischen „Vorrang-Modell“¹⁴⁷ die Möglichkeit eines schonenden Ausgleichs im Einzelfall besteht.¹⁴⁸

E. Fazit

Selbstverständlich lassen sich die mehr als einhundertfünfzig Bände der Entscheidungssammlung des BVerfG nicht durchweg mithilfe eines holistisch-theoretischen Ansatzes erklären. Gleichwohl werden bei genauerem Hinsehen immer wieder gewisse Vorannahmen und Zusammenhänge sichtbar. So lässt sich beispielsweise die Rechtsprechung zur Schmähkritik und Formalbeleidigung auf eine Grundanschauung des Gerichts über das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft zurückführen, wie sie in der Menschenbildformel durch das Element der Gemeinschaftsgebundenheit zum Ausdruck kommt. Gleiches gilt für die Korrelation zwischen der Wechselwirkungslehre

und der Werttheorie der Grundrechte oder der Vermutung für die Freiheit der Rede und der demokratisch-funktionalen Interpretation des Art. 5 Abs. 1 GG. Auf der Grundlage dieser Analyse konnte in einem letzten Schritt untersucht werden, inwieweit in diesem Zusammenhang von einer Hypertrophie der Meinungsfreiheit die Rede sein kann. Dabei hat sich die Entscheidungsstruktur des BVerfG sowohl in verfassungs- und grundrechtstheoretischer als auch in dogmatischer Sicht als überzeugend erwiesen.

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass sich eine Analyse der theoretischen Grundannahmen lohnt. Sie macht das Vorhandene verständlich, zeigt mögliche Alternativen auf und ermöglicht die Diskussion auf einer höheren Abstraktionsebene.

¹³⁵Von „persönlichen Berufsrechten“ spricht: Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 11. Weitere Kritik: Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1535).

¹³⁶BVerfGE 33, 367 (376); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.): „Das Grundgesetz gewährt (...) dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der jeder Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist.“

¹³⁷Becker/Schmidt/Zintl (2021), Politische Philosophie, 5. Auflage, S. 288; Volkman, Verfassungslehre, S. 248.

¹³⁸BVerfGE 123, 267 (358 f.); Volkman, Verfassungslehre, S. 249; Habermas (1992), Faktizität und Geltung, 1. Auflage, S. 346 ff.; Bereits Aristoteles bezeichnete die „beratende Rede“ als typisch für die Volksversammlung (Becker/Schmidt/Zintl, S. 289).

¹³⁹Während um die Mitte des 20. Jahrhunderts herum noch eine starke Strömung existierte, die Demokratie lediglich als Wahl und Abwahl einer Regierung charakterisierte (Becker/Schmidt/Zintl, Politische Philosophie, S. 288), kann die demokratietheoretische Annahme, dass freie Kommunikation eine elementare Voraussetzung für den demokratischen Prozess bildet, heute jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland als herrschend bezeichnet werden, vgl. Becker/Schmidt/Zintl, S. 288; Volkman, Verfassungslehre, S. 249.; Habermas, Faktizität und Geltung, S. 346 ff.

¹⁴⁰Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Abs. 1 GG, Rn. 164.

¹⁴¹Ähnlich: Vesting, AöR 122 (1997), 337 (339).

¹⁴²Hillgruber, JZ 2016, 495 ff.; Tettinger, JZ 1983, 317 (325).

¹⁴³Sendler, NJW 1993, 2157; Redeker, NJW 1993, 1835 (1836).

¹⁴⁴Kriele, NJW 1994, 1897 (1898).

¹⁴⁵Kriele, 1994, 1897 (1898); Kiesel, NVwZ 1992, 1129 (1130 ff.).

¹⁴⁶BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 16).

¹⁴⁷Grimm, NJW 1995, 1697 (1701 f.); ders., ZRP 27 (1994), 276 (277).

¹⁴⁸Ähnlich: Grimm, NJW 1995, 1697 (1701 f.); ders. ZRP 27 (1994), 276 (277).