

Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen 27

**Bernd Rill (Hrsg.)
Grundrechte - Grundpflichten:
eine untrennbare Verbindung**



**Hanns
Seidel
Stiftung**

Akademie für Politik und Zeitgeschehen

Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen 27

**Bernd Rill (Hrsg.)
Grundrechte - Grundpflichten:
eine untrennbare Verbindung**

ISBN 3 - 88795 - 229 - 4

© 2001 Hanns-Seidel-Stiftung e.V., München

Akademie für Politik und Zeitgeschehen

Verantwortlich: Dr. Reinhard C. Meier-Walser (Chefredakteur)

Redaktion:

Wolfgang D. Eltrich M.A. (Redaktionsleiter)

Barbara Fürbeth M.A. (stv. Redaktionsleiterin)

Paula Bodensteiner (Redakteurin)

Christa Frankenhauser (Redaktionsassistentin)

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung der Redaktion reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Inhaltsverzeichnis

Bernd Rill	
Einleitung	5
Harald Fliegauß	
Menschen- und Bürgerrechte im Kontext ihrer Pflichten.....	7
Thomas Würtenberger	
Freiheit und Sicherheit – Die Grenzen der Persönlichkeitsentfaltung	15
Max-Emanuel Geis	
Anspruchsdenken – Exzessive Inanspruchnahme von Grundrechten.....	27
Carsten Rummel	
Die Erziehungspflicht der Eltern.....	39
Matthias Jestaedt	
Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung.....	67
Joachim Renzikowski	
Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen – der strafrechtliche Ehrenschatz.....	81
Autorenverzeichnis	91

Bernd Rill

Einleitung

Grundpflichten sind in einem geordneten Staatswesen etwas so selbstverständliches, dass sie in den Verfassungsurkunden meistens überhaupt nicht erwähnt werden. Denn jeder Staatsbürger unterliegt seit der vollständigen Abschaffung des Faustrechts und des moralisch-gesellschaftlichen Zwanges, sich in Sachen der eigenen Ehre zu duellieren, einer allgemeinen Friedenspflicht sowie, damit aufs Engste verbunden, einer Pflicht zum Rechtsgehorsam. Damit wird in normativer Sprache ausgedrückt, dass der Staat auf Grundlagen beruht, die er nur zum kleineren Teil schaffen kann, und deren wichtigste die Loyalität seiner Bürger ist. Leopold von Ranke hat dies auf die Formel gebracht, dass die öffentliche Ordnung auf zwei Voraussetzungen beruhe: dass der Apparat, der sie aufrecht erhält, vorhanden sei, und dass sie akzeptiert werde. Eine solche Feststellung in ihrer allgemeinen Art ist derart nahe liegend, dass sie unter Juristen, deren Subsumtionstechnik ohne einen konkreten Anwendungsfall begrifflich überhaupt nicht denkbar ist, nicht weiter erörtert werden müsste, gäbe es nicht darüber hinaus speziell normierte Grundpflichten in unserem Grundgesetz und in einigen Verfassungen der deutschen Bundesländer, die teilweise durchaus interpretatorische Probleme stellen.

In einem freiheitlich-demokratischen Staat indes wird es immer in erster Linie um das Pendant der Grundpflichten, die Grundrechte, gehen, da die Garantie der persönlichen Freiheit als der Hauptzweck dieses Staatstypus bezeichnet werden darf. Allerdings muss er insofern in logischen Widerspruch zu sich selber treten, als er die Gewährleistung dieses Freiheitsraumes durch Restriktionen der Freiheit derjenigen schützen muss, die ihn bedrohen.

Die Grundpflichten nun, die wir in unserer Publikation behandeln, gehen über das Prinzip der so genannten "wehrhaften Demokratie" hinaus, da sie Normierungen treffen, deren Zusammenhang mit der Wahrung der staatsbürgerlichen Freiheit nicht immer sichtbar ist. Im Falle der Wehrpflicht ist die Schlussfolgerung allerdings nahe liegend: die Freiheit muss gegen drohende äußere Beeinträchtigung verteidigt werden. Bei der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist der verbindende Gedanke erforderlich, dass unverantwortliche Nutzung von Eigentum der Freiheit der Mitbürger gefährlich werden kann. Im Falle der Erziehungspflicht der Eltern ist ganz weit auszuholen: geht man davon aus, dass unsere Gesellschaft eben wegen der großen persönlichen Freiheitsräume in ihr nur existieren kann, wenn sie aus Individuen zusammengesetzt ist, die dazu fähig sind, eigenverantwortlich Entscheidungen zu treffen, die auch im Kontext der Gesellschaft verantwortet werden können, geht man ferner davon aus, dass es Aufgabe und Ziel der elterlichen Erziehung ist, die Kinder zu solchen Individuen werden zu lassen, dann ergibt sich eine Verknüpfung auch der Erziehungspflicht mit dem Hauptzweck unseres freiheitlichen Staates. Eine solche Überlegung hat für sich, dass sie zeitgemäß ist und die verzerrte Perspektive vermeidet, die in der Statuierung einer Erziehungspflicht lediglich ein Relikt aus überlebten, autoritären und patriarchalischen Zeiten sehen will.

Diese Sichtweise ist auch in Bezug auf andere Grundpflichten abzulehnen, wie unserer Publikation zu entnehmen ist. Wie könnte z.B. unser Sozialstaat, in seiner aktuellen Ausprägung das Ergebnis eines breiten politischen Konsenses im Deutschland der Nachkriegszeit, finanziert werden, wenn nicht die Pflicht zur Zahlung von Steuern und Abgaben bestünde? Auch ein freiheitliches und pluralistisches Staatswesen wie das unsere kommt ohne Forderungen an seine Bürger nicht aus. Die Diskussion kann also nicht pauschal darum gehen, ob solche

Pflichten ein Relikt des Obrigkeitsstaates sind, sondern nur ganz konkret um den jeweils zeitgemäßen Inhalt der einzelnen Pflichten. Hierzu will unsere Publikation einen Beitrag leisten.

Harald Fliegauß

Menschen- und Bürgerrechte im Kontext ihrer Pflichten

1. Einleitung und Befund

Wenn im Grundgesetz die Verankerung der Individualgrundrechte an erster Stelle steht, so ist dies zunächst sicherlich als Reaktion auf die Gewaltherrschaft des NS-Regimes, den verlorenen Zweiten Weltkrieg und die Negierung des Einzelnen durch das zuvor herrschende Unrechtssystem zu begreifen. Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass Schlagworte wie "Du selbst bist nichts, Dein Volk ist alles" als Pseudosolidarformeln eine quasi Rechtfertigungsfunktion für Manipulation und Verfügbarkeit des Einzelnen bis zur physischen Vernichtung der Menschen zu dienen hatten und entsprechend auch in die Tat umgesetzt wurden.

Die Rechtlosigkeit des Individuums im Nazi-Reich war Anlass genug, Rechtsgarantien und subjektive Rechte mit Verfassungsrang für die Menschen zu schaffen und Regeln aufzustellen, wonach sie keinesfalls mehr Objekt staatlicher Willkür sein konnten. Der Staat des Grundgesetzes hat sich danach zu "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt" bekannt (Art. 1 Abs. 2 GG) und die Würde des Menschen für unantastbar erklärt.

Eine grundsätzliche und allgemeine Aussage über bzw. zu den Grundrechten korrelierenden Pflichten enthält der Katalog der Grundrechte nicht, sie konkretisieren sich vielmehr im wesentlichen aus Schranken und Einschränkungen der einzelnen Rechtsgewährleistungen. Es ist wohl nicht verfehlt, darin die oder zumindest eine Wurzel des in den mehr als 50 Jahren des Bestehens des Grundgesetzes ständig gewachsenen und wohl auch geförderten Anspruchdenkens breiter Kreise der Bevölkerung – auch der sog. Wohnbevölkerung! – zu sehen. Bürger empfinden sich vielfach als Träger von Rechten gegen den Staat und kaum zugleich als Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft -, die verpönte Vokabel "Volksgemeinschaft" soll hier keine Verwendung finden. Ich verwende auch ungern die Kohl'sche Formulierung vom "kollektiven Freizeitpark", halte sie aber für zutreffend, wenn damit gekennzeichnet werden soll, dass und wie sich Egoismus, weit gehende Rücksichtslosigkeit und Hedonismus in unserer Gesellschaft breit gemacht haben.

2. Wende und Rückbesinnung in Recht, Politik und Moral

Eine neue "geistig-moralische Wende", eine Rückbesinnung darauf, dass der Mensch ein "zoon politikon" ist, er die Gemeinschaft benötigt und dieser dementsprechend verpflichtet ist, muss danach stattfinden, denn es kann nicht nur um einen wirtschaftlichen Standort Deutschland im Rahmen einer Globalisierung gehen, sondern es geht um die Rückbesinnung und Erhaltung oder Erneuerung der Werte einer christlich-abendländischen Kultur. Bemerkenswert ist, dass sich sog. "elder statesmen" wie Helmut Schmidt, Giscard d'Estaing und Jimmy Carter, um nur einige zu nennen, vor einiger Zeit getroffen haben, um über eine Revitalisierung von Pflichten als korrelierendes Element zu Rechten, insbesondere Menschen- und Bürgerrechten zu debattieren. Das deutsche Fernsehen hat kurz über diese Tagung berichtet. Diese Initiative, auch wenn der Grundgedanke nicht ganz neu ist, ist sicherlich zu begrüßen. Hatte doch John F. Kennedy schon in seiner Inaugurationsrede, an seine Landsleute gewandt,

gesagt: "Fragt nicht, was Euer Land für Euch tun kann – fragt, was Ihr für Euer Land tun könnt". Eine eindrucksvolle Mahnung an das Pflichtbewusstsein der Mitbürger.

Gewiss ist bei dieser Wende auch und zuvörderst die Politik gefordert, die populistisch einem diffusen Zeitgeist frönt und gefrönt hat und darüber auch immer wieder bereit war, elementare Werte zu vernachlässigen oder gar preiszugeben.

Aber nicht nur die Politik ist für die Pflichten in der Pflicht, sondern auch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sind es. Diese haben – nicht zu vergessen – sich ständig bemüht im Wege extensiver Interpretation Ansprüche zu erweitern oder gar in freier Rechtschöpfung neue Individualrechte zu schaffen (siehe das nach Rebmann "aus dem Zylinder gezauberte" neue Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung). Zu Recht wird beklagt und kritisiert, dass der in Grundzügen berechtigte Datenschutz zu einem Täterschutz degeneriert ist, und diese Kritik sollte im Interesse der inneren wie äußeren Sicherheit ernst genommen werden. Völlig überzogen ist die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Meinungs- und Kunstfreiheit unter weitestgehender Aufhebung des Ehrenschatzes und unter Außerachtlassung von gutem Geschmack und Anstand. Als gemeinwohlschädlich hat sich die Rechtsprechung der Verfassungshüter zur Demonstrationsfreiheit gezeigt, wobei die Freiheit der Mehrheit der Bürger kaum eine Rolle zu spielen scheint. Wen wundert's also, dass Minderheiten derart interpretierte Grundrechte exzessiv und ohne Rücksicht auf Belange der Allgemeinheit für sich in Anspruch nehmen, was auch und gerade, heute weniger als noch vor Jahren, für die Asylgewährleistung gilt. Die missbräuchliche Inanspruchnahme des verfassungsrechtlich garantierten gerichtlichen Rechtsschutzes – auch dies auf Kosten der Allgemeinheit – ist ein weiteres Beispiel, was allerdings den Gesetzgeber zu spät zum Eingreifen veranlasst hat. Letzteres bei Lichte besehen aber wohl eher aus finanz- und haushaltspolitischen Gründen in Anbetracht leerer Kassen und einer gigantischen Staatsverschuldung. Der garantierte Schutz der Familie und nicht zuletzt die Unantastbarkeit der Menschenwürde sind zu diversen Rechtsansprüchen umfunktioniert worden, wovon sich die viel zitierten Väter und Mütter des Grundgesetzes sicherlich keine Vorstellungen gemacht hatten. Erinnern wir uns: In den frühen Kommentierungen des Grundgesetzes wurde die Unantastbarkeit der Menschenwürde ausschließlich als ein Diskriminierungsverbot – und dies zu Recht – erläutert.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Freiheitsrechte und Garantien von Grundrechten überhaupt schützen tradierte Werte und sind im demokratischen Rechtsstaat unverzichtbar, ja begriffsnotwendig. Rechtsmissbrauch ist aber zumindest seit Zeiten des römischen Rechts unzulässig und auch unbeachtlich. Die Berufung auf an sich gegebene Rechtspositionen vermag daran nichts zu ändern. Leider sind gebotene Konsequenzen daraus vielfach zu vermissen.

3. Pflichten in der Philosophie

Eine geistig-moralische Wende, eine Rückbesinnung auf Pflichten, muss den Blick auf Philosophie und Geschichte lenken. Platon und Aristoteles haben dem Staat als Organisationsform menschlicher Gesellschaften eine überragende Bedeutung beigelegt.

Rechtes Handeln, Tugend, Sittlichkeit, Gerechtigkeit und alles, was den Einzelmenschen auszeichnet, soll nach Platon im Staat im vergrößerten Maßstab wiederkehren und kann in ihm erst richtig verstanden werden und zur Vollendung kommen. Die denkbar höchste Form des sittlichen Lebens ist das sittliche Leben in der Gemeinschaft in einem guten Staat. Die Tugenden – ohne dass dies ausdrücklich gesagt wird – umfassen aber auch Pflicht und Pflichterfüllung, ohne die der von Platon dargestellte ideale Staat nicht existieren könnte. Auch für

Aristoteles in seiner Schrift vom Staat ist die sittliche Gemeinschaft der Bürger in einem ganz auf Gesetz und Tugend gegründeten guten Staat die höchste und eigentliche Form der Sittlichkeit. Der Einzelne als *zoon politikon* bedarf zur Erhaltung und Vervollkommnung des (seines) Lebens der Gemeinschaft mit anderen.

In dem im Kröner-Verlag erschienenen philosophischen Wörterbuch wird Pflicht definiert als eine durch inneres Erlebnis auftretende Nötigung, den von ethischen Werten ausgehenden Forderungen zu entsprechen und das eigene Dasein diesen Forderungen gemäß zu gestalten. "Die stoische Lehre von der stolzen und unzerbrechlichen Würde der Persönlichkeit und der unbedingten sittlichen Pflichterfüllung ist mit der Geisteshaltung der führenden Schicht des Römertums so sehr zusammengefloßen, dass man kaum sagen kann, wo hier das bedingende und wo das bedingte liegt" (Störig, Kleine Geschichte der Philosophie, S. 197). Epiktet fordert stets seine Pflicht zu tun und bemisst die Pflichten des Einzelnen im Allgemeinen nach den sozialen Beziehungen. Man erkenne die Pflichten von Nachbarn und Mitbürgern einem selbst gegenüber, wenn man sich daran gewöhne, die eigenen sozialen Beziehungen zu ihnen richtig zu sehen. Bedeutender Vertreter der Stoa waren Cicero, Seneca und Kaiser Marc Aurel. Immanuel Kant, in seiner Kritik der praktischen Vernunft, singt das Hohe Lied der Pflicht, wenn er dort sagt, "Pflicht, du erhabener großer Name". Vor allem auch Fichte hat fast in extremer Form Pflicht und Pflichterfüllung in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen gestellt. Er hat in einer sozialen Pflichtenlehre Pflichten des Menschen als Glieder einer sozialen Gemeinschaft ganz besonders betont. Nach ihm ist das redliche Streben nach Vollkommenheit im Sinne des Sittengesetzes gleich Seligkeit. "Seligkeit ist aber nichts anderes als der Zustand des Glücks nach getaner Pflicht" (Störig, Kleine Geschichte der Philosophie, S. 445-447).

Arthur Schopenhauer sagt, es gebe Handlungen, deren bloße Unterlassung ein Unrecht ist: Solche Handlungen heißen Pflichten. Dies sei die wahre philosophische Definition des Begriffs der Pflicht, welcher alle Eigentümlichkeit einbüßen und dadurch verloren gehen würde, wenn man wie in der "bisherigen Moral jede lobenswerte Handlungsweise Pflicht nennen" wolle, wobei man vergesse, dass was Pflicht ist, auch Schuldigkeit sein muss. Modernem Rechtsverständnis entspricht dann, wenn Schopenhauer meint, dass Pflicht als Handlung nur dann Verpflichtung sei, wenn derjenige, der die Handlung unterläßt, sich zu einer solchen Handlung anheischig gemacht, d.h. eben verpflichtet hat. Demnach beruhen alle Pflichten auf eingegangener Verpflichtung. In der Regel beruhe diese auf ausdrücklicher und gegenseitiger Übereinkunft, als einzige Ausnahme sieht Schopenhauer die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu unterhalten, solange bis sie selbst dazu in der Lage sind.

Mag es sich dabei auch um Idealvorstellungen handeln, so ist diese Retrospektive durchaus nicht unangebracht.

4. Historischer Rückblick

In der Geschichte von der Antike bis in die Neuzeit haben Grundrechte oder Freiheitsgarantien keine Rolle gespielt. Die Römer haben uns zwar ein perfektes Rechtssystem hinterlassen, was insb. das Zivilrecht anbelangt, jedoch fehlt eine Regelung von Freiheitsrechten und persönlichen Garantien so gut wie gänzlich. Das Mittelalter ist geprägt vom Lehnswesen, dem vom Lehnherrn (König, Kaiser) gewährten *beneficium* einerseits und der Vasallität des Belehnten andererseits. Die Lehnspflichten waren Hoffahrt (Erscheinen am Hofe) und wichtiger: Heerfahrt, d.h. Teilnahme an kriegerischen Auseinandersetzungen samt Untervasallen. Formell, verfassungsrechtlich blieb das Deutsche Reich bis zu seiner Auflösung im Jahre 1806

ein Lehnsstaat, jedoch war das Lehen zu einer Form fast ohne Inhalt geworden. Die großen Reichslehen hatten sich in Landesfürstentümer verwandelt, denen im Westfälischen Frieden 1648 die Souveränität zugesprochen wurde, obwohl sie Glieder des Reiches und der Aufrechterhaltung des Lehnsbandes zwischen Kaiser und Reichsfürsten verpflichtet blieben. Die Untertanen der Landesherren und Duodezfürsten hatten vielfältige und gravierende Verpflichtungen im Verhältnis zu dieser Obrigkeit, jedoch kaum Rechte und schon gar keine Grundrechte. Freiheiten und Rechtsgewährleistungen wurden dann erst von der Aufklärung und vom politischen Liberalismus gefordert. Interessant ist, dass Jean Jaques Rousseau, ein geistiger Wegbereiter der französischen Revolution, in seinem Hauptwerk, le contrat social, eine radikale Neuordnung der Gesellschaft, die freiwillige Unterwerfung des Einzelnen unter den Kollektivwillen (volonté générale) gefordert hat und die freiwillige Selbstbeschränkung des Menschen als Ausdruck seiner eigentlichen Freiheit betrachtete! Niederschlag fanden Menschen- und Bürgerrechte erstmals in der Mai 1787 verabschiedeten US-amerikanischen Verfassung und in der französischen Verfassung vom 14.09.1791, nachdem die Nationalversammlung schon im Jahre 1789 die Menschenrechte proklamiert hatte. Die Bismarcksche Reichsverfassung, die im April 1871 vom Reichstag angenommen worden war, kannte keine Grundrechte, wohl aber die Frankfurter Paulskirchenverfassung, die allerdings nie in Kraft getreten ist.

5. Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz

Die Weimarer Reichsverfassung vom August 1919 beinhaltet nicht nur Grundrechte, sondern im 2. Hauptteil unter der Überschrift "Von den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen" auch Grundpflichten. Dieser zweite Hauptteil umfasst 5 Abschnitte, von denen der erste Abschnitt die Einzelperson (Art. 109 – 118) betrifft, der zweite Abschnitt das Gemeinschaftsleben (Art. 119 – 134), der dritte Abschnitt Religion und Religionsgesellschaften (Art. 135 – 141), der vierte Abschnitt Bildung und Schule (Art. 142 – 150) und der fünfte Abschnitt das Wirtschaftsleben (Art. 151 – 165). Die Überschrift des zweiten Hauptteiles sollte nicht bedeuten, dass es sich ausschließlich um Grundrechte und Pflichten der Deutschen, also der Staatsbürger, handelte, sondern viele dieser Rechte stellten, wie Anschütz in der 14., 1933 erschienenen Auflage seines Kommentars zur Reichsverfassung ausführt, zugleich Menschenrechte dar. Anschütz meint, die Grundrechte seien trotz ihrer Bezeichnung als Rechte der Deutschen nicht nationalistisch, sondern individualistisch gedacht. Sie würden nicht auf dem Gedanken der grundsätzlichen Benachteiligung der Fremden beruhen, sondern umgekehrt auf dem Grundsatz, dass der Fremde dem Einheimischen in allen Beziehungen des Privat- und öffentlichen Rechts gleichgestellt ist, so weit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt oder eine Abweichung sich aus dem Wesen der Sache ergibt. Er anerkennt andererseits, dass es spezifisch-staatsbürgerliche Rechte und Pflichten gibt, die den Angehörigen des Staates, also den Deutschen allein vorbehalten sind.

Kimminich (Deutsche Verfassungsgeschichte 1970) meint, an der Spitze des Grundrechtskatalogs der Weimarer Reichsverfassung habe das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz in Art. 109 gestanden, das allerdings nicht als Menschenrecht, sondern als Deutschenrecht ausgebildet war, im Wortlaut "Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich". Im Übrigen habe der Grundrechtskatalog der Weimarer Verfassung dem damaligen Stand der allgemeinen Grundrechtsentwicklung entsprochen, sodass sich dort Freizügigkeit, Auswanderungsfreiheit, Auslieferungsverbot, Freiheit der Person, Unverletzlichkeit der Wohnung, Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen, Brief- und Postgeheimnis, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit und Zensurverbot, Versammlungsfreiheit, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Lehrfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Kunstfreiheit, die Gewährleistung des

Privateigentums und der Testierfreiheit sowie ein Petitionsrecht finden. Institutsgarantien enthielt die Verfassung hinsichtlich des Privateigentums des Erbrechts und der Ehe. Es kann kaum überraschen, dass diese Grundrechte sich teils in unterschiedlicher, teils sogar in ziemlich gleicher Formulierung im Grundgesetz wieder finden.

Über Regelungen des Grundgesetzes hinaus enthielt die Weimarer Verfassung ein Grundrecht auf diplomatischen Schutz im Ausland (Art. 112 Abs. 2) sowie Minderheitenrechte für die fremdsprachigen Volksteile, die in den Grenzen des Reiches gelebt haben. Was das Berufsbeamtentum anbelangt, ist interessant und festzuhalten, dass die Weimarer Verfassung in Art. 130 Abs. 1 die Bestimmung enthielt: "Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei." Diese Selbstverständlichkeit fand in das Grundgesetz keinen Eingang und die Unterlassung mag Entwicklungen begünstigt haben, die nicht gutgeheißen werden können.

Gegenstand dieser Betrachtung sollen aber vorwiegend die Pflichten, die den Grundrechten korrelierenden Grundpflichten sein. Die Weimarer Verfassung hat solchen einen großen Stellenwert beigelegt, was schon die Überschrift des zweiten Hauptteils indiziert. Kimminich (a.a.O.) führt zutreffend aus, dass unter der Geltung einer Verfassung in der keine Grundpflichten normiert sind, wie dies im Grundgesetz der Fall ist, dies nicht bedeutet, dass der Einzelne keine solche Pflichten hätte. Beizupflichten ist ihm auch wenn er meint, die positive Normierung in einer Verfassung erleichtere ihre (der Pflichten) Auffindung und Anwendung. Auch wenn die konkreten Schlussfolgerungen aus einem allgemeinen Grundpflichtensatz schwer zu ziehen seien, bleibe doch seine verpflichtende Kraft für den Einzelnen unbestritten. Abgehoben wird auf Art. 163 Abs. 1 WRV: "Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert." Dieser Artikel 163 Abs. 1 kann wohl, auch wenn es sich um eine sittliche Pflicht handelt, was nach Anschütz (a.a.O., Anmerkung 2. zu Art. 163) das Gegenteil einer Rechtspflicht bedeute, als Generalklausel einer Inpflichtnahme angesehen werden. Es ist dies zumindest ein eindrucksvoller Appell an die Solidarität der Deutschen, den geistigen und körperlichen Einsatz in Einklang mit dem Gemeinwohl zu halten.

Als programmatisch zu bewerten ist, wenn danach jedem Deutschen die Möglichkeit gegeben werden soll, durch Arbeit seinen Unterhalt zu verdienen mit der Maßgabe dass, wenn ihm eine angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, für seinen Unterhalt gesorgt werde. Anschütz kommentiert dies dahin, dass Art. 163, Abs. 2 kein subjektives Recht des Einzelnen auf Arbeit beinhaltet. Politisch interessierte Mitbürger werden sich bestimmt an die letztlich ergebnislos verlaufene Diskussion um die Einführung eines Rechts auf Arbeit in das Grundgesetz erinnern.

In Zusammenhang mit Art. 163 sind Art. 132 und 133 zu sehen. Artikel 132 besagt "jeder Deutsche hat nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten." Anschütz versteht diesen Artikel nur als Richtlinie für den Gesetzgeber bzw. Verweisung auf einschlägige Gesetze. Ehrenamtliche Tätigkeiten sind nach Anschütz organschaftliche Dienste für das Gemeinwesen, also Reich, Land, Gemeinde und andere Selbstverwaltungskörper, welche nicht berufsmäßig oder doch nicht im Hauptberuf und unentgeltlich unbeschadet einer Unkostenerstattung verrichtet werden. Hier sei die Formulierung "jeder Deutsche" streng zu nehmen. Beizumessen sei dem Art. 132 auf jeden Fall eine staatsethische Bedeutung, was auch für Art. 133 gelte. Dieser beinhaltet im Abs. 2 die Wehrpflicht entsprechend den Regelungen des Reichswehrgesetzes und besagt in Abs. 1, dass alle Staatsbürger verpflichtet sind, nach Maßgabe der Gesetze persönliche Dienste für den Staat und die Gemeinde zu leisten. Während der ehrenamtlich Tätige für das Gemeinwesen im Sinne von im Namen des Gemeinwesens handle, betreffe die Verpflichtung aus Art. 133 persönliche

Dienste, welche zu Gunsten bzw. zum Vorteil des Gemeinwesens zu leisten sind. Die Dienstpflicht bestehe nicht in Geldzahlungen, sondern in Arbeitsleistungen zum Beispiel in Form von Nothilfpflichten bei Unglücksfällen, oder im kommunalen Bereich, die sog. Hand- und Spanndienste. Gemeindeordnungen, wie auch beispielsweise die von Baden-Württemberg in früherer Fassung beinhalteten eine Ermächtigung an die Gemeinden, durch Satzung Verpflichtungen zur Leistung von Hand- und Spanndiensten zu regeln. Wohl sämtliche Gemeindeordnungen regeln auch aktuell, dass Bürger zur Übernahme von ehrenamtlichen Tätigkeiten grundsätzlich verpflichtet sind. Man könnte also etwas sarkastisch sagen, dass diese Deutschen-Pflichten in der Weimarer Verfassung wesentlich niedriger gehängt worden sind.

Konkrete Pflichten beinhaltet der Art. 120 für die Eltern hinsichtlich der Erziehung ihrer Kinder zur "leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit", eine Regelung, die inhaltlich in etwa Art. 6 Abs. 2 GG entspricht. Konkret gestaltet war auch die Schulpflicht in Art. 145, wonach jedermann verpflichtet war, mindestens 8 Jahre die (allgemein bildende) Schule zu besuchen (Art. 145 WRV). Von besonderem Interesse dürfte auch sein, dass schon die Weimarer Verfassung eine Sozialbindung des Eigentums enthielt, sofern man verpflichtet war, sein Eigentum zum Dienst für das "gemeine Beste" einzusetzen. Wortgleich sind Art. 153 Abs. 3 WRV und Art. 14 Abs. 2 GG insofern, als es dort jeweils heißt "Eigentum verpflichtet". Etwas unterschiedlich dann die Formulierungen "sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste" und "sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen". Für Grundbesitzer statuierte Art. 155 Abs. 3 eine besondere Pflicht, nämlich die, den "Boden zu bearbeiten und auszunutzen."

Kimminich (a.a.O.) meint zu Recht, dass die meisten dieser Pflichten nach Maßgabe der Gesetze erfüllt werden sollten, sie also einer Konkretisierung bedürften. Es hätte sich das Problem der Schranken solcher Gesetze ergeben, wobei klar gewesen sei, dass diese Gesetze nicht gegen Grundrechte verstoßen durften. Rechtsprechung und Literatur hätten sich dann immer wieder gezwungen gesehen, zum Verhältnis der Grundrechte zu den Grundpflichten Stellung zu nehmen. Daraus habe sich die Lehre von der Einheit der Verfassung entwickelt.

Einen Grundsatz, der ohne verfassungsrechtliche Verankerung weiter besteht, enthielt Art. 134 WRV, wonach alle Staatsbürger alle öffentlichen Lasten gemeinsam und entsprechend der jeweiligen Leistungsfähigkeit zu tragen hatten.

Wiewohl die Weimarer Verfassung, was die Grundrechte anbelangt, für das Grundgesetz richtungsweisend war, bestehen hinsichtlich der Grundrechte hier und dort doch teilweise erhebliche Unterschiede. Nicht nur, dass von Grundpflichten in der Überschrift des Abschnittes I nicht die Rede ist und Pflichten nur hier und dort zu einzelnen Grundrechten begründet werden – es ist unverkennbar, dass auch in diesem Abschnitt der Staat Bundesrepublik als wehrhafte bzw. abwehrbereite Demokratie konzipiert ist. Dafür stehen Art. 9 Abs. 2 und Art. 18 GG und im weiteren Art. 21 Abs. 2. Gerade letztere Bestimmung hat in jüngster Zeit durch die im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Rechtsradikalismus ins Auge gefassten Verbote, insbesondere das Verbot der NPD, eine erhebliche Aktualität erfahren. Ob es zu Verboten kommen wird, bleibt abzuwarten. Die Meinungen dazu sind bekanntlich geteilt. Grundrechte, die der Weimarer Verfassung nicht geläufig waren, sind das Asylrecht, das in dieser Gestaltung weltweit einmalig ist, und als tragende Säule des Rechtsstaates Art. 19 Abs. 4 GG mit seiner Garantie des Rechtsweges. Im Unterschied zur Weimarer Verfassung sind die Grundrechte auch trennscharf unterteilt in Menschenrechte und in Bürgerrechte, also sog. Deutschenrechte. Da Menschenrechte auch Ausländern zustehen, stellt sich die Frage, ob insoweit, d.h. für diesen Personenkreis, Pflichten diesen Berechtigungen korrelieren. Anzuerkennen ist wohl die grundsätzliche Pflicht der Nichtdeutschen, die Gesetze des Gastlandes

vorbehaltlos zu respektieren, sodass man vielleicht sagen kann, dass die Gewährleistung der Menschenrechte im Verhältnis zu Ausländern unter dem generellen Vorbehalt einer Ausweisung und Abschiebung im Falle der Verletzung oder des Missbrauchs des Gastrechtes steht.

Die Deutschen, das heißt die Bürger, besitzen einen durch die Staatsangehörigkeit definierten Status, der auf Gegenseitigkeit Rechte und Pflichten beinhaltet. An erster Stelle ist die (ungeschriebene) Loyalitätspflicht der Staatsangehörigen im Verhältnis zum Staat, dessen Bürger sie sind, zu nennen. Eine Steigerung erfährt diese Loyalitätspflicht für Männer im wehrfähigen Alter durch die Wehrpflicht im Sinne der Art. 12a, 17a GG, die letzten Endes auch bedeutet, dass der Wehrpflichtige für diesen Staat sein Leben einsetzen muss. Ohne Anerkennung einer generellen Loyalitätspflicht, könnte es auch keine Regelungen über die Strafbarkeit des Landesverrates geben. Ohne dass dies als Pflicht besonders dargestellt wäre, steht die allgemeine Freiheitspflicht nach Art. 2 GG unter dem Vorbehalt, die Freiheit der anderen zu respektieren entsprechend der überzeugenden Formulierung von Rosa Luxemburg, "Freiheit ist stets auch die Freiheit des Anderen."

Soweit besonderen Freiheitsrechten Pflichten korrelierend gegenübergestellt sind, wie etwa bei dem Recht auf freie Meinungsäußerung, dem Recht der Kunst und Wissenschaftsfreiheit wird dies in nachfolgenden Beiträgen detailliert behandelt.

6. Blick nach Europa

Abschließend möchte ich einen kritischen Ausblick auf die Entwicklungen in der Europäischen Union unternehmen. Eine Kommission, der auch Altbundespräsident Roman Herzog angehört, ist beauftragt, einen "Entwurf der Charta der Grundrechte der Europäischen Union" zu erstellen. Ein bisher vorliegender Entwurf wurde in der FAZ vom 7.8.2000 (Seite 12) vorgestellt. Bei diesem Entwurf handelt es sich um 52 (!) Artikel, die in VII Kapitel unterteilt sind und zwar Kap. I – Würde des Menschen, Kap. II – Freiheiten, Kap. III – Gleichheit, Kap. IV – Solidarität, Kap. V – Bürgerrechte, Kap. VI – Justitielle Rechte und Kap. VII – Allgemeine Bestimmungen. Ob nun ein solch umfängliches Gesetzeswerk einerseits notwendig, andererseits praktikabel sein wird, muss bezweifelt werden. Nur eine von vielen Fragen, die sich stellen werden, ist auch die der Akzeptanz. Zu bemängeln ist aus meiner Sicht und aus thematischen Aspekten, dass von Grundpflichten oder Pflichten im Entwurf überhaupt nicht die Rede ist. In Abwandlung des berühmten Goethewortes könnte man wohl sagen, "von Pflichten, die mit uns geboren sind, ist leider nicht die Rede".

Thomas Würtenberger

Freiheit und Sicherheit – Die Grenzen der Persönlichkeitsentfaltung

Zu den großen Streitfragen der Gegenwart gehört, in welchem Maß die Anforderungen an die Wahrung der inneren Sicherheit die grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung zu begrenzen vermögen. Unbestritten ist, dass weder Freiheit ohne Sicherheit noch Sicherheit ohne Freiheit verfassungsrechtlich zulässig und politisch wünschbar sind. Die Frage ist aber: Welches Minimum an Sicherheit muss ein freiheitlicher Staat garantieren? Da die Grundrechte praktisch alle Rechtspositionen erfassen, lässt sich auch fragen: Welches Minimum an Grundrechtsschutz und damit an Sicherheit bei der Ausübung von Rechtspositionen muss ein grundrechtsschützender Staat garantieren? Die Beantwortung dieser Fragen führt zwangsläufig zu weiteren Fragen: In welchem Ausmaß darf der Staat zum Schutz der Freiheit des einen die Freiheit des anderen beschränken? Und: Wann überschreitet der Staat bei der Wahrung der inneren Sicherheit jene Grenze, die den freiheitlichen Staat zu einem Polizeistaat werden lässt.

Es gehört zu den Eigentümlichkeiten der deutschen politischen Kultur, dass man das Verhältnis vom Schutz der inneren Sicherheit einerseits und Wahrung einer grundrechtlichen Freiheitssphäre andererseits oftmals nicht politisch entscheiden möchte. Nicht im politischen Diskurs und mit parlamentarischen Mehrheitsentscheidungen, sondern durch Verfassungsauslegung soll das legitime Maß innerer Sicherheit und der zu ihrer Gewährleistung erforderlichen Grundrechtseingriffe bestimmt werden. So geschieht es auch in diesem Bereich, dass jene, die sich für ein Höchstmaß an Freiheitlichkeit in der Gesellschaft einsetzen, ihre politische Argumentation verfassungsrechtlich verbrämen. Bei der Erörterung von Video-Überwachung und Schleierfahndung wird darauf zurückzukommen sein.

1. Die Wahrung von Sicherheit als zentrale Staatsaufgabe

Will man die Wahrung innerer Sicherheit als allgemeine Schranke für grundrechtliche Freiheit bestimmen, so ist zunächst auf die Bedeutung der Sicherheit für eine politische Ordnung zu verweisen. Seit der Antike gehört die Wahrung von Freiheit und Sicherheit zu den Voraussetzungen guter politischer Ordnung. In der augusteischen Zeit wurde die römische Reichsidee des Imperium Romanum durch "Pax", "Securitas" und "Libertas" definiert¹. Diese Wertetrias gehört auch heute zu den ungeschriebenen Voraussetzungen des Verfassungsstaates. Sie findet sich, vielfach durch "Justitia" ergänzt, in zahlreichen symbolhaften Darstellungen bis in das 20. Jahrhundert.² Diese Symbolik hat über die geschichtlichen Epochen hinweg das politisch-rechtliche Denken geprägt.

Die Wahrung von innerem Frieden und von innerer Sicherheit gehört zu den Legitimationsgründen des modernen Staates und des staatlichen Gewaltmonopols. Seit Bodin und Hobbes ist es Gemeinplatz der Staatsphilosophie³, dass der Staat eine ordnungs- und friedensstiftende

¹ Conze: Artikel Sicherheit, Schutz, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd.5/1984, S.831 (845ff.).

² Kissel: *Die Justitia*, 2.Aufl. 1997; zu dieser auf Medaillen und Schaumünzen häufig anzutreffenden Rechtssymbolik: Kisch: *Recht und Gerechtigkeit in der Medaillenkunst*, 1955.

³ Hierzu Zippelius: *Allgemeine Staatslehre*, 13.Aufl. 1999, §17II; Götz: *Innere Sicherheit*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts III/1988*, §79, Rdnr.2.

Funktion hat. Er muss den inneren Frieden sichern. Akte physischer Gewalt müssen unterbunden und die allseitige Beachtung der staatlichen Rechtsordnung muss notfalls durch Zwangsmaßnahmen durchgesetzt oder durch Strafen garantiert werden. Die staatlichen Sicherheits- und Polizeibehörden haben zu verhindern, dass einzelne Bürger die Rechte der Mitbürger verletzen, sich nicht im Einklang mit der Rechtsordnung verhalten oder die Funktionsfähigkeit des Staates beeinträchtigen⁴. Diese Verbindung von Sicherheit und Freiheit wird bereits Mitte des 18. Jahrhunderts vom Freiherrn von Bielfeld in einer fast klassischen Weise zum Ausdruck gebracht: "Die erste Pflicht der Polizei ist, den Bürgern Sicherheit für das Leben und für ihre Personen, für ihre Ehre und für ihr Vermögen zu verschaffen."⁵ Dass diese Verbindung und Wechselbezüglichkeit von innerer Sicherheit und Schutz der Freiheit ein Gemeinplatz aufgeklärter Staatstheorie der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts war, zeigt sich auch in den Schriften des Staatstheoretikers und Kameralisten Justi, der die Freiheit, die Sicherheit und die innere Stärke des Staates als Voraussetzungen für die "Glückseligkeit" der Bürger nannte.⁶

Europäisches Naturrecht ist rezipiert worden, wenn in der amerikanischen Revolution safety und liberty zu den Bezugspunkten der politischen Diskussion und Verfassungsgebung werden. Auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 wurde "liberté" und "sûreté" zu erhalten, als Endzweck des Staates bestimmt.⁷

Dieser kurze verfassungsgeschichtliche Rückblick macht eine Ambivalenz deutlich, die man heute vielfach nicht gerne wahrhaben will: Sicherheit ist historisch gesehen immer mit Freiheit mitgedacht worden, immer eine Schranke von Freiheit gewesen. Wer Freiheit will, muss auch Sicherheit wollen.

2. Zur Gewährleistung der inneren Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat

Das Grundgesetz nennt die innere Sicherheit weder als Staatsziel noch als Staatsaufgabe. Auch bei der Verfassungsgebung in den neuen Bundesländern hat man sich nicht entschließen können, dem dort entwickelten bunten Bukett von Staatszielen und Staatsaufgaben den wichtigen Bereich der inneren Sicherheit hinzuzufügen. Die Staatsaufgabe innere Sicherheit wird im Organisationsteil des Grundgesetzes nur mittelbar angesprochen, wo dem Bund ungeachtet der Zuständigkeit der Länder für das allgemeine Polizeirecht wichtige sicherheitsrechtliche Kompetenzen zugewiesen sind⁸. Außerdem spielt die innere Sicherheit bei zahlreichen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten oder bei den Amtshilferegelungen eine Rolle.

Die dem Grundgesetz zu Grunde liegende Konzeption von innerer Sicherheit lässt sich aus dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaates gewinnen. Fragt man nach der Aufgabe des demokratischen Rechtsstaates, die innere Sicherheit zu Gewähr leisten, so ist auf eine besondere Qualität von innerer Sicherheit zu verweisen. Auch in einem totalitären oder autoritären

⁴ Zur inneren Sicherheit als Zielsetzung der naturrechtlichen und polizeiwissenschaftlichen Systeme des 18. Jahrhunderts: Conze (Fn.1), S.845ff.

⁵ Von Bielfeld: Lehrbegriff der Staatskunst, Bd.1, 3.Aufl./1761, S.192.

⁶ Justi: Natur und Wesen der Staaten (1771), S.92.

⁷ Nw. zur Rolle der Sicherheit in der französischen und amerikanischen Revolution bei Conze (Fn.1), S.849f.

⁸ Zu den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Polizei- und Ordnungsrecht sowie zur Vollzugspolizei und den besonderen Sicherheitsbehörden des Bundes vgl.: Württenberger/Heckmann/Riggert: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4.Aufl./1999, Rdnr.40ff.

Staat mag die innere Sicherheit zur Staatsaufgabe erklärt werden und sogar in einem sozial verträglichem Maß realisiert sein. Demgegenüber hat sich die innere Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat an den großen Leitziele der Verfassung auszurichten. Hier bestimmen Achtung und Schutz der Würde des Menschen, die Grundrechte des Einzelnen und die Durchsetzung der demokratisch legitimierten Rechtsordnung die Zielsetzungen innerer Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat. So gesehen ist die Wahrung der inneren Sicherheit verfassungsrechtliche Pflicht des Staates und unverzichtbare Grundfunktion des demokratischen Rechtsstaates.⁹

Damit lässt sich als Grundsatz formulieren: Sicherheit begrenzt grundrechtliche Freiheit nicht um ihrer selbst willen; vor allem ist Sicherheit erst in zweiter Linie eine staatliche Sicherheit. Sicherheit als Grenze grundrechtlicher Freiheit dient vielmehr der Sicherheit der Mitbürger, ohne Furcht vor Beeinträchtigungen ihren grundrechtlichen Freiraum nutzen zu können.

Vom allgemeinen Topos der inneren Sicherheit lässt sich ein Bogen zu den Schutzpflichten schlagen, die der Staat gegenüber seinen Bürgern hat. Derartige Schutzpflichten des Staates klingen bereits in den exemplarisch genannten Werken aufgeklärter Staatstheorie, sodann auch bei Robert von Mohl, einem der Begründer des Rechtsstaatsbegriffs, Mitte des 19. Jahrhunderts an: Der Rechtsstaat verlangt Sicherung der gesetzmäßigen Freiheit, er verhindert Rechtsstörungen der Bürger und stellt verletztes Recht wieder her.¹⁰ Diese Schutzpflichten ergeben sich aus den Grundrechten, etwa zum Schutz des Lebens und der Gesundheit, des Gebrauchs politischer Teilhaberechte etc.¹¹ Der Staat hat die Pflicht, sich schützend und fördernd vor die durch die Grundrechte geschützten Rechtsgüter zu stellen; er muss diese vor rechtswidrigen Angriffen von Mitbürgern bewahren. Solchen Schutzpflichten genügt der vom Grundgesetz verfasste Präventionsstaat durch Gefahren vorbeugende und Gefahren abwehrende Maßnahmen.

So gesehen gehört in einem freilich untechnischen Sinn die Gewährleistung innerer Sicherheit auch in den Bereich des Leistungsstaates. Denn wer im Gebrauch seiner grundrechtlichen Freiheit vom Staat und von der Polizei geschützt wird, etwa der Demonstrant vor gewalttätigen Gegendemonstranten, erhält durch Einschreiten der zuständigen Behörden de facto staatliche Leistungen. Dementsprechend hat sich im Polizeirecht die Perspektive verschoben. Das Polizeirecht lässt sich heute nicht mehr allein aus der Perspektive Bürger gegen Gefahren abwehrender Staat, sondern auch aus der Perspektive des Verhältnisses Bürger gegen Mitbürger entfalten.¹² Die Polizei und andere Sicherheitsbehörden haben zur Aufgabe, den Einzelnen in seinen individuellen Rechtspositionen auch gegenüber Dritten zu schützen. Die Dogmatik trägt dieser Perspektivenveränderung mit der Ausdehnung des Drittschutzes durch polizei- und sicherheitsrechtliche Vorschriften oder mit der Entwicklung von Pflichten zum polizeilichen Einschreiten Rechnung.

⁹ Scholz: Rechtsfrieden und Gewaltmonopol – Grundlagen des Rechtsstaates, in: Scholz/Rill (Hrsg.), Der Rechtsstaat und seine Feinde, 1986, S.71(79).

¹⁰ von Mohl, Robert: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1.Bd./1844, S.10, 3.Bd./1845, S.3ff.

¹¹ BVerfGE 39, 1(41ff.); 46, 160(164); 49, 89(140ff.); 53, 30(57); 56, 54(73ff.); Götz (Fn.3), Rdnr.10.

¹² Würtenberger/Heckmann/Riggert (Fn.8): Rdnr.22 m.Nw.

3. Gefahrenvorsorge als Grundrechtsbegrenzung

3.1 Im Bereich des Umweltschutzes

Bei der Gewährleistung der inneren Sicherheit ist auf einen weiteren, letzthin verstärkt diskutierten Perspektivenwechsel hinzuweisen. Bislang war es Aufgabe der Polizei- und Sicherheitsbehörden, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu unterbinden und unmittelbar bevorstehende Gefährdungen zu bekämpfen. In jüngerer Zeit ist demgegenüber der Aspekt der Gefahrenvorsorge stärker in den Vordergrund gerückt. Im Bereich des Umwelt-, Natur- und Gesundheitsschutzes ist es allgemein bewusst geworden, dass die hohen Risiken technischer Produktion einer langfristig planenden Gefahrenvorsorge bedürfen, um Leben, Gesundheit und das ökologische Gleichgewicht zu schützen. Hier wird nicht erst eingeschritten, wenn Gefährdungen bevorstehen, sondern man sucht durch polizei- und sicherheitsbehördliche Maßnahmen bereits das Entstehen möglicher Gefährdungen zu verhindern.¹³

Dabei ist allerdings vielfach die Beurteilung schwierig, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Stoffe, Chemikalien etc. zu welchen Gefährdungen führen, um mit entsprechenden Maßnahmen gegensteuern zu können. Wie die Risiken beschaffen sein müssen, um ein Gefahren abwehrendes und in Grundrechte der Produzenten eingreifendes Handeln zu rechtfertigen, ist in den letzten Jahren ebenso grundsätzlich wie kontrovers diskutiert worden¹⁴.

3.2 Im Bereich der Forschungsfreiheit

Zu schwierigen grundrechtsdogmatischen Fragen führt die Gefahrenvorsorge im Bereich der Forschungsfreiheit. Die Forschungsfreiheit ist in Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht ohne grundrechtseinschränkenden Gesetzesvorbehalt geregelt worden. Unbestritten ist, dass die Würde Dritter, weiterhin Leben und Gesundheit Dritter unübersteigbare Schranken der Forschungsfreiheit sind.¹⁵ Diese zunächst einfache verfassungsrechtliche Grenzziehung der Forschungsfreiheit wird schwieriger, wenn man etwa auf die gentechnische Forschung blickt, die manipulierte Gene in Feldversuchen freisetzt, um neue Techniken der pflanzlichen Reproduktion zu entwickeln, die möglicherweise für die Bekämpfung des Hungers in der Welt von entscheidendem Nutzen sein können. Hier stellt sich die Frage, welche Risiken für Mensch und Umwelt durch bestimmte Experimente und Erprobungen toleriert werden können und damit noch von der Forschungsfreiheit gedeckt sind. Eine völlige Sicherheit für Mensch und Umwelt vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Experimente ist nicht zu Gewährleisten. Erforderlich ist ein Risikodiskurs und eine Risikoabschätzung, um auf der einen Seite dem Wissenschaftler freie Forschung zu ermöglichen und auf der anderen Seite dem Bedürfnis nach sicherem Grundrechtsschutz von Leben und Gesundheit nachzukommen.¹⁶

¹³ Würtemberger/Heckmann/Riggert (Fn.8), Rdnr.30f.

¹⁴ Germann: Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr, 1993; Scherzberg: Risiko als Rechtsproblem. Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht, VerwArch 1993, 484ff.; Di Fabio: Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluss des Vorsorgeprinzips, Jura 1996, 566, 570ff.; ders.: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

¹⁵ Zu den Abwägungsfragen bei Kollisionen zwischen Art.5 Abs.3 GG und anderen von der Verfassung geschützten Gütern: BVerfGE 47, 327, 369.

¹⁶ Zu diesem Risiko-Diskurs und zur Risiko-Ethik: Gill/Bizer/Roller: Riskante Forschung, 1998; Höffe: Moral als Preis der Moderne, 1993, S.74ff.; Irrgang, Forschungsethik, Gentechnik und neue Biotechnologie, 1997, S.139ff.

3.3 Im Bereich der vollzugspolizeilichen Tätigkeit

Der Topos von der Gefahrenvorsorge bestimmt nicht nur den Bereich des Umwelt- und Technikrechts, sondern hat auch den Aufgabenbereich der Vollzugspolizei neu bestimmt. Gefahrenvorsorge ist neuerdings ebenfalls Leitziel vollzugspolizeilicher Tätigkeit. Hier hat zwar die vorbeugende Verbrechensbekämpfung seit jeher erforderlich gemacht, die Bevölkerung über die Erscheinungsformen der Kriminalität aufzuklären und über Schutzmöglichkeiten zu beraten. Nachdem aber in den letzten Jahren die innere Sicherheit durch die Zunahme gewalttätiger Aktionen und der organisierten Kriminalität zunehmend gefährdet wird, muss die Vollzugspolizei durch moderne Methoden der Beobachtung und Datenverarbeitung bereits im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen vorsorgend, schützend und sichernd tätig werden. Hier können eine Vielzahl von Personen zu Adressaten polizeilicher Maßnahmen werden, die nach der überkommenen Störerlehre als unbeteiligte Dritte noch nicht die polizeiliche Gefahrenschwelle überschritten haben.

Eine solche Informationsvorsorge im Vorfeld und im Umfeld von Störungen der öffentlichen Sicherheit dient einer effizienten Gefahrenvorsorge und dem Auftrag des Staates, Leben, Gesundheit und Eigentum der Bürger zu schützen. Wer demgegenüber das Schreckgespenst eines Präventions- und Überwachungsstaates oder eines informationellen Polizeistaates heraufbeschwört¹⁷, verkennt die Aufgabe der Polizei, in effizienter Weise die demokratisch legitimierte Rechtsordnung und die Bürger zu schützen. Die Aktionen militanter Minderheiten, wie etwa in der rechtsradikalen Szene oder der organisierten Kriminalität im Drogenhandel, erzwingen eine umfassende polizeiliche Gefahrenvorsorge.

4. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen einer rechtsstaatlich gebotenen inneren Sicherheit

Die Wahrung der inneren Sicherheit als Ziel des demokratischen Rechtsstaates herauszustellen, heißt zugleich auch, die rechtsstaatlichen Grenzen jener staatlichen Maßnahmen zu diskutieren, die auf innere Sicherheit zielen. Hier geht es letztlich um das allseits bekannte Problem, wie sich eine offene Gesellschaft gegen Gefährdungen ihrer die Freiheit schützenden Prinzipien verteidigt. Anders gewendet: Im Bereich der inneren Sicherheit kann es Kollisionen innerhalb des Verfassungsprinzips des demokratischen Rechtsstaates geben. Zum einen fordert der demokratische Rechtsstaat innere Sicherheit, zum anderen darf dieses Ziel der inneren Sicherheit nur durch rechtsstaatliche Maßnahmen erreicht werden. Im Hinblick auf die Staatsaufgabe innere Sicherheit müssen also einander widersprechende Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, wie es Konrad Hesse formuliert, im Sinne einer praktischen Konkordanz¹⁸ abgewogen und begrenzt werden, oder, wie es Peter Lerche¹⁹ ausdrückt, nach der Leitidee des Verhältnismäßigkeitsprinzips einander zugeordnet werden.

Die Frage nach den rechtsstaatlichen Grenzen des Rechtsstaates oder nach den grundrechtlichen Grenzen der Grundrechte ist keineswegs neu. Bereits am Anfang der modernen Rechtsstaatslehre steht bei Kant die Erkenntnis, dass grundrechtliche Freiheit so verteilt werden

¹⁷ Bölsche: Der Weg in den Überwachungsstaat 1979; Hirsch: Der Sicherheitsstaat 1980; Wagner: Polizeirecht, 2.Aufl./1985, S.30ff.

¹⁸ Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudr. der 20.Aufl./1999, Rdnr.317ff.

¹⁹ Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht 1961.

müsste, dass die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen Bestand haben könne.²⁰ Dies ist von der Erfahrung getragen, dass das Gut Freiheit nicht beliebig vermehrbar ist, sondern Freiheitsräume, die dem einen Bürger zugesprochen sind, zugleich die Freiheit anderer Bürger beschneiden.

Gleiches gilt für den Bereich einer rechtsstaatlichen inneren Sicherheit. Will man rechtsstaatliche innere Sicherheit maximieren, so müssen auf der anderen Seite persönliche Freiheit und gesellschaftliche Liberalität stärker begrenzt werden. So gesehen geht der politische Streit um die Frage, ob nach dem Grundsatz "im Zweifel für die Sicherheit" die innere Sicherheit Ziel der Gesetzgebung und der Rechtspolitik sein soll. Oder sollen nach dem Grundsatz "im Zweifel für die Freiheit" gesellschaftliche und persönliche Freiheit als vorrangige Zielsetzungen zu verfolgen sein? Da Freiheit in Unsicherheit ebenso wenig wie Sicherheit in Unfreiheit dem vom Grundgesetz verfassten demokratischen Staat entsprechen, kann es hier nur um Kompromisslösungen gehen.

Dieser Kompromiss ist bei den Neuregelungen des Polizeirechts und der Strafprozessordnung in den letzten Jahren zumindest teilweise gelungen. In den Polizeigesetzen wird mittlerweile ausführlich geregelt, dass die Polizei vermittels der modernen Methoden der Beobachtung und Datenverarbeitung bereits vorsorgend, schützend und sichernd tätig werden darf.²¹ Parallel hierzu hat das Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft neue und teilweise weit gehende Befugnisse bei der Aufklärung schwerer Straftaten eingeräumt. Diese neuen polizeirechtlichen und strafprozessualen Maßnahmen sind nur statthaft, wenn es um die Abwehr schwerer Gefährdungen der inneren Sicherheit geht. Mit detaillierten Behördenleiter- und Richtervorbehalten wird die Individualsphäre jener Personen geschützt, die zwangsläufig und notgedrungen ohne ihr Wissen in die polizeiliche Ermittlungstätigkeit einbezogen werden. Diese gesetzlichen Regelungen sind nicht ein erster Schritt in einen Präventionsstaat; sie führen auch nicht zu einer nachrichtendienstlichen Überwachung der Gesellschaft, wie manche Kritiker²² meinen. Diese Regelungen sind vielmehr eine Antwort auf die neuen Formen der organisierten Kriminalität und auf die zunehmende Gewaltbereitschaft in der Gesellschaft.

Wichtig ist natürlich, dass die neuen Vorschriften auch vollzogen werden können. Dies setzt voraus, dass diese Maßnahmen von einem politischen Konsens und von der durch die Medien beeinflussten öffentlichen Meinung getragen werden. Hier hat die neuere Forschung der Wirkung von einseitiger Medienberichterstattung ergeben, dass eine Polizei im Kreuzfeuer der Medienkritik de facto ihre rechtlichen Handlungsmöglichkeiten nicht auszuschöpfen vermag.²³ Ebenso wichtig ist weiterhin, dass die Polizei personell und technisch mit den neuen Methoden der Beobachtung und Datenverarbeitung umzugehen in der Lage ist. Wie das Umweltschutzrecht nur auf dem Papier steht, wenn es an staatlichen Messeinrichtungen fehlt, würden auch die neuen polizeilichen Befugnisse im Bereich der sog. technischen Beobachtung, also etwa durch Videoaufnahmen, oder der Datenverarbeitung nichts nützen, wenn die Einrichtungen der Polizei nicht entsprechend modernisiert werden.

²⁰ Zippelius: Rechtsphilosophie, 3.Aufl./1994, §26 III, 1.

²¹ Hierzu der Überblick bei Würtenberger/Heckmann/Riggert (Fn.8), Rdnr.353ff.

²² Lisken/Denninger, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts (1992), D, Rdnr.8, 11.

²³ Kepplinger: Zum Verhältnis von Rechtsbewusstsein und Medienberichterstattung, in: Klaus Weigelt (Hrsg.), Freiheit – Recht – Moral, 1988, S.82(88ff.) zur Erschütterung der Akzeptanz von polizeilichen Maßnahmen in den 70er-Jahren.

In diesem Zusammenhang bietet sich ein Rückgriff auf das Untermaßverbot²⁴ an. Hiernach darf der Staat nicht die ihm aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip erwachsenden Schutzpflichten vernachlässigen. Dieses Untermaßverbot gilt nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die Gefahren abwehrende Verwaltung. Die Behördenleiter und Gerichte, die im Einzelfall über den Einsatz der neuen polizeilichen Maßnahmen entscheiden, müssen sich ihrer Verantwortung bewusst sein. Bei der Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf Datenschutz des zu überwachenden Personenkreises einerseits und dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Abwehr von Gefahren andererseits ist immer der Anspruch der Bürger auf polizeilichen Schutz gebührend zu berücksichtigen.

Von Gegnern der neuen und weit reichenden polizeilichen Ermittlungsmethoden wird vielfach eingewendet, dass diese von ihnen geringschätzig bezeichnete "Aufrüstung" der Polizei die organisierte Kriminalität nicht zerschlagen oder das rechtsradikale Gewaltpotenzial der Gesellschaft nicht unterdrücken könne. Zudem würde die technische Aufrüstung der Polizei sozusagen im Gegensatz zu einer technischen Aufrüstung im Bereich der organisierten Kriminalität führen²⁵. Hier wird in verfehlter Liberalität verkannt, dass diese Argumentation letztlich dazu führen müsste, das gesamte Strafrecht zu beseitigen. Denn trotz Strafrecht und trotz Strafverfolgungsmaßnahmen des Staates gehört Kriminalität zu jenen gesellschaftlichen Phänomenen, die man bekämpfen und auf einem niedrigen Niveau halten, aber nicht beseitigen kann.

5. Genomanalyse, Videoüberwachung und Schleierfahndung im Kreuzfeuer der Kritik

Nach diesen eher allgemeinen Fragen sollen nunmehr drei Problembereiche behandelt werden, in denen die Abgrenzung von Sicherheit und grundrechtlich geschützter Persönlichkeitsentfaltung im Kreuzfeuer der Kritik stehen: Die Speicherung des genetischen Fingerabdrucks, die Videoüberwachung des öffentlichen Raumes und die Schleierfahndung.

5.1 Der genetische Fingerabdruck

Bei dem genetischen Fingerabdruck handelt es sich um die Feststellung des genetischen Erbcodes durch Genomanalyse. Eine solche Genomanalyse kann ohne Gefährdung der Gesundheit des Betroffenen, etwa auf Grund einer Speichelprobe, durchgeführt werden. Da der genetische Erbcodes unterschiedlich ist, kann auf Grund eines genetischen Fingerabdruckes im Strafverfahren die Tätereigenschaft begründet oder ausgeschlossen werden.

Bis weit in die 90er-Jahre hat man die zwangsweise Erhebung und Speicherung des genetischen Fingerabdruckes als tiefen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht gewertet. Zugriffe des Staates auf das genetische Programm des Bürgers hielt man überwiegend für verfassungsrechtlich unzulässig, weil das Wissen um das genetische Programm zum Kernbereich der Intimsphäre gehöre, auf die staatliche Zugriffe ausgeschlossen seien. Strafverfolgende oder gefahrenabwehrende staatliche Maßnahmen schienen damit im Hinblick auf den Schutz

²⁴ BVerfGE 88, 203(254ff.); Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.V/1992, §111 Rdnr.167; Götz (Fn.33), §79 Rdnr.30; Würtenberger/Heckmann/Riggert (Fn.8), Rdnr.21; Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Akademische Gedenkfeier für W. Geiger 1994, S.15(25ff.).

²⁵ Hund: Überwachungsstaat auf dem Vormarsch – Rechtsstaat auf dem Rückzug?, NJW 1992, 2118.

menschlicher Würde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Verfassungs wegen ausgeschlossen.²⁶

In England konnte man bereits vor langem durch Genomanalyse Einbruchsserien und andere Straftaten aufklären.²⁷ In Deutschland setzte ein Umdenken erst ein, als durch freiwillige DNA-Untersuchungen erfolgreich Sexualstraftaten aufgeklärt werden konnten. Unter dem Eindruck erfolgreicher kriminalistischer Arbeit ermöglichen nunmehr die §§ 81 e und 81 f StPO sowie das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus dem Jahre 1998 die Vornahme von Genomanalysen und die Anlegung einer Gendatei beim Bundeskriminalamt. Auskünfte aus dieser Datei erfolgen zu Zwecken der Strafverfolgung und der polizeilichen Gefahrenabwehr.²⁸

Dieser recht rasche Wandel in der Auslegung des Grundgesetzes zeigt deutlich: Es ist eine Fehlentwicklung, die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes und den allgemeinen Persönlichkeitsschutz zu weit auszudehnen. Der unverrückbare Schutz der Menschenwürde und damit verbunden der autonomen Persönlichkeit muss ein Kernbereichsschutz²⁹ bleiben, der etwa durch die berühmte Objektformel von Kant, die von Dürig Anfang der 50er-Jahre wieder aufgegriffen wurde, geprägt ist. Maßnahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr dürfen damit mit Recht auf DNA-Feststellungen zugreifen, um Gefährdungen der Bürgerinnen und Bürger zu unterbinden.

5.2 Die Videoüberwachung

Was das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft, so werden derzeit Voraussetzungen und Umfang von Video-Überwachungen des öffentlichen Raumes diskutiert. Auch hier kommen wesentliche Erfahrungen mit der Video-Überwachung aus England, dem Mutterland von Demokratie und Schutz von Bürgerrechten. So soll etwa London fast völlig videoüberwacht sein, was den Zustand der inneren Sicherheit in dieser Großstadt offensichtlich verbessert hat³⁰.

In Deutschland sollen derzeit die rechtlichen Voraussetzungen für eine Videoüberwachung des öffentlichen Raumes im Bundesdatenschutzgesetz und in den Polizeigesetzen der Länder geschaffen werden. Dabei ist man sich grundsätzlich darin einig, dass eine Videoüberwachung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift. Dies gilt zumindest für Videoaufnahmen, die eine Identifizierung von Personen ermöglichen.³¹ Sie kann auch in das Demonstrationsrecht eingreifen, wenn Demonstrationen videoüberwacht werden.

²⁶ Nw. bei Würtenberger/Heckmann/Riggert: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1.Aufl./1993, Rdnr.222 mit Fn.115; Jung, zum genetischen Fingerabdruck, Mschrkrim 1989, 103ff.; anders aber BGH NJW 1990, 2944; Sternberg-Lieben: Genetischer Fingerabdruck und §81a StPO, NJW 1987, 1242ff. m.Nw.

²⁷ Wenzel: Mit DNA-Datei auf Einbruchsserien reagiert, Kriminalistik 1998, 419.

²⁸ Einzelheiten bei Würtenberger/Heckmann/Riggert (Fn.8), Rdnr.222 m. Fn.130.

²⁹ So Maunz/Zippelius: Deutsches Staatsrecht, 30.Aufl./1998, §23 I 1, 2, mit der Forderung, bei der Auslegung der Menschenwürdegarantie die "Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit" der Person hinreichend zu berücksichtigen.

³⁰ Vgl.: Nürnberger: Die Polizei 2000, 230.

³¹ Zur Differenzierung im Einzelnen Robrecht, NJ 2000, 348ff.; zu den verschiedenen Einsatzformen der Videoüberwachung vgl.: Kessler: Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, 2000, S.76ff.

Die Einführung einer solchen Videoüberwachung dient der Verbesserung der inneren Sicherheit. Zum einen soll präventiv ein Abschreckungseffekt bei potenziellen Straftätern erreicht werden. Im Polizeirecht bezeichnet man dies als "Zipperleineffekt"³², weil die Hemmschwelle, Straftaten zu begehen, erhöht wird. Weiterhin kann im Falle begangener Straftaten durch die Auswertung von Videoaufnahmen deren Aufklärung ermöglicht werden. Außerdem spielt eine psychologische Komponente eine Rolle: Durch die Überwachung wird dem Bürger ein Gefühl von Sicherheit vermittelt und ihm damit die Sorge davor genommen, Opfer einer Straftat zu werden. Letztlich kann eine Videoüberwachung auch bürgerlich-rechtliche Schadensersatzansprüche realisieren helfen.³³ Dies betrifft insbesondere Videoüberwachungen anlässlich von Ausschreitungen bei Demonstrationen.

Man ist sich mit Recht darin einig, dass eine Videoüberwachung des öffentlichen Raumes nur dort verfassungsrechtlich statthaft ist, wo diese geeignet ist, Kriminalität zu verhindern oder Straftaten aufzuklären. Es muss also tatsächliche Anhaltspunkte geben, dass dort, wo Videoüberwachung stattfindet, es eher als an andere Orten zu Straftaten oder Störungen der öffentlichen Sicherheit kommt. Auch hat Videoüberwachung im öffentlichen Raum offen zu erfolgen, nicht aber geheim.

Der verfassungsrechtliche Streit beginnt dort, wo es um die Aufzeichnung und Speicherung der Videoaufnahmen geht. Aufzeichnungen und Speicherung von Videoaufnahmen werden überwiegend als Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht qualifiziert, nämlich in das Recht des Einzelnen, darüber zu verfügen, ob und welche Daten von ihm gespeichert und verarbeitet werden dürfen³⁴. Im Hinblick auf die Dauer der Speicherung von Daten aus der Videoüberwachung wird verfassungsrechtlich argumentiert, diese dürften nur eine Stunde gespeichert bleiben; wenn sich nicht innerhalb dieser Zeit erweist, dass die gespeicherten Daten zur Aufklärung einer Straftat oder zur Unterbindung einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erforderlich sind, seien sie zu löschen. Ein Rückgriff auf derartige Daten dürfe nicht zur Aufklärung zukünftiger oder in der Vergangenheit verübter Straftaten genutzt werden.³⁵

Man mag aus einem betont liberalen Vorverständnis politisch derart argumentieren, rechtlich oder verfassungsrechtlich derartige Grenzlinien zu ziehen, ist jedoch verfehlt. Warum soll nicht bei einer Durchsicht von Videoaufnahmen Hinweisen auf bereits früher verübte Straftaten nachgegangen werden? Warum soll nicht eine Straftat, die erst nach ein oder zwei Tagen entdeckt wird, durch Rückgriff auf Videoaufnahmen verfolgt werden? In der polizeilichen Praxis kann es durchaus als Regelfall bezeichnet werden, dass die Polizei erst Tage nach Verübung einer Straftat von dieser erfährt.³⁶ Eine Lösungsfrist von wenigen Stunden würde daher die Effektivität der Videoüberwachung deutlich mindern. Um ein altes Wort zu bemühen: Datenschutz ist kein Tatenschutz. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann aus Gründen der Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit oder der Effektivität der Strafverfolgung durchaus in verfassungskonformer Weise eingeschränkt werden. Die innere Sicherheit ist eben ein

³² Würtemberger/Heckmann/Riggert (Fn.8), Rn.226 m. Nw.

³³ Näher zur Funktion der Videoüberwachung: Würtemberger/Büllesfeld: Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses des BT 2000, S.100f.

³⁴ Geiger: Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Videoüberwachungstechnologie bei der Straftatenbekämpfung, 1994, S.187; Kloepfer/Breitkreutz: DVBl. 1998, 1149, 1152.

³⁵ Stefan: Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses des BT (2000), S.38 sowie in seiner gutachtlichen Stellungnahme S.110.

³⁶ Roll: Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses des BT 2000, S.36f.

hohes verfassungsrechtliches Gut, weil sie dem Grundrechtsschutz Dritter dient. Um Dritte in ihren Grundrechten zu schützen, kann damit durchaus das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch rechtliche Regelungen eingegrenzt werden.

5.3 Die Schleierfahndung

In den letzten Jahren hat man das Polizeirecht Bayerns, Mecklenburg-Vorpommerns, Thüringens, Niedersachsens, Sachsens, Berlins und Hessens sowie das Bundesgrenzschutzgesetz um Regelungen der Schleierfahndung ergänzt.³⁷ Hier wird die Polizei berechtigt, Personen, die u.a. auf Durchgangsstraßen oder Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität angetroffen werden, zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität anzuhalten und zu kontrollieren. Bei Personenkontrollen werden die personellen Daten nicht gespeichert, sondern nur mit dem Fahndungscomputer abgeglichen. Bemerkenswert ist, dass derartige ereignisunabhängige Kontrollen sowohl in den CDU/CSU regierten Ländern als auch in den SPD regierten Ländern eingeführt worden sind.

Derartige verdachtsunabhängige Kontrollen greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und in das Recht auf Fortbewegungsfreiheit ein. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und eines sie rechtfertigenden verfassungsrechtlichen Grundes. Von einer Mindermeinung in der Literatur werden derartige Maßnahmen schlechthin für verfassungswidrig gehalten. So hält es der hessische Datenschutzbeauftragte für "ein Wesenmerkmal des Rechtsstaates", dass die Bürger außerhalb konkreter Verdachts- und Gefahrenlagen unbehelligt bleiben und bezeichnet die Schleierfahndung als eine Maßnahme des Polizeistaates.³⁸ Dabei wird insbesondere behauptet, verdachtsunabhängige Kontrollen würden gegen die verfassungsrechtlich herzuleitende Unschuldsvermutung verstoßen. Weiterhin behauptet etwa Liskén, es bestehe eine "Redlichkeitsvermutung" des Staates gegenüber seinen Bürgern, die durch eine Schleierfahndung in verfassungswidriger Weise aufgekündigt werde.³⁹ Etwas präziser argumentierend hält man derartige verdachtsunabhängige präventivpolizeiliche Vorfeldmaßnahmen darum für verfassungswidrig, weil die Polizei erst dann Maßnahmen der Gefahrenabwehr ergreifen dürfe, wenn konkrete Tatsachen den Verdacht einer Störung der öffentlichen Sicherheit begründen würden. Zur Begründung wird auf die in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Autonomie und Selbstbestimmung in Freiheit verwiesen. Im freiheitlichen Staat müsse der Grundrechtsbereich des Unverdächtigen generell "polizeifest" sein. Denn in Freiheit könne sich nur jener entfalten, der davon ausgehen kann, beim Gebrauch seiner Freiheit nicht Gegenstand staatlicher Observation und Kontrolle zu sein. Nur bei tatsächlichen Anhaltspunkten für einen rechtswidrigen Gebrauch der Freiheit seien belastende staatliche Maßnahmen statthaft.⁴⁰

³⁷ Nw. bei Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.II 2000, §21 Rn.158.

³⁸ 37. Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten, LT-Drs 15/0023, S.36.

³⁹ Liskén: Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität, NVwZ 1998, 22, 24.

⁴⁰ Vgl.: Waechter: Die Schleierfahndung als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999, 138ff.; differenzierend Stephan: Zur Verfassungsmäßigkeit anlassunabhängiger Personenkontrollen, DVBl. 1998, 81ff.

Diese verfassungsrechtliche Argumentation⁴¹ verkennt, dass das Grundgesetz die Autonomie und Freiheit in einer durchaus gestuften Weise schützt. In die von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Autonomie, die sich im Kernbereich der Menschenwürde entfaltet, durch präventivpolizeiliche Vorfeldmaßnahmen ohne hinreichenden tatsächlichen Anlass einzugreifen, wäre in der Tat verfassungswidrig. Eine längerfristige Observation, das Erstellen von Bewegungsprofilen oder die vorsorgliche Erhebung und Speicherung von Daten ohne hinreichenden Störungsverdacht verletzen das Recht auf Selbstbestimmung.

Unterhalb dieser Schwelle gibt es punktuelle und kurzfristige polizeiliche Maßnahmen, die mit nur geringer Intensität in grundrechtlich geschützte Bereiche eingreifen. Solche Maßnahmen können durch den polizeilichen Auftrag zur Gefahrenvorsorge und zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung durchaus gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Hier wird erst bei einer Sistierung der Schutzbereich von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG berührt, unterhalb dieser Schwelle nur jener von Art. 2 Abs. 1 GG, der seinerseits unter einem weit gefassten Gesetzesvorbehalt steht.

Die verdachtsunabhängigen Kontrollen im Rahmen einer Schleierfahndung greifen nur in geringem Umfang in die grundrechtliche Freiheit ein. Demgegenüber dienen diese Maßnahmen mit der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität in einem besonders hohen Maße der Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger. Die verdachtsunabhängigen Kontrollen dienen nämlich nicht der Aufdeckung von Bagatelldelikten, sondern insbesondere dem Eigentums-, Gesundheits- und Lebensschutz. Die grenzüberschreitende Kriminalität ist in aller Regel im Bereich von Drogen- und Waffenhandel, im Bereich von Menschenhandel oder großflächig angelegten Diebstahlserien angesiedelt. Allein bereits die Statthaftigkeit und Durchführung verdachtsunabhängiger Kontrollen wirkt wegen des allseits bekannten Zipperlein-Effektes dem weiteren Anwachsen der grenzüberschreitenden Kriminalität entgegen.⁴² Wenn immer wieder von Gegnern dieser Maßnahme behauptet wird, sie seien ineffizient und die Grundrechtseingriffe damit zur Gefahrenabwehr nicht geeignet, so ist dies falsch. Dass verdachtsunabhängige Kontrollen erfolgreich sind, hat die polizeiliche Praxis immer wieder bestätigt. Die Verhältnismäßigkeit zwischen dem geringfügigen Grundrechtseingriff und dem vom Gesetzgeber verfolgten Sicherheitszweck ist damit ohne weiteres gewahrt.

6. Ausblick

Nachdem zu Beginn innere Sicherheit als eine in den Jahrhunderten konstante Forderung der Staatsphilosophie und als eine konstante Aufgabe des Staates bezeichnet wurde, sei abschließend, an die Memoiren von Stefan Zweig anknüpfend, eine Gegenthese angesprochen: Die politischen Umbrüche dieses Jahrhunderts in Deutschland mit allen ihren Folgen hätten "das Wort Sicherheit... längst als ein Phantom aus unserem Vokabular gestrichen" und wir hätten uns gewöhnt, "ohne Boden unter unseren Füßen zu leben"⁴³. Diese Sätze, vor über fünfzig Jahren unter anderem Vorzeichen geschrieben, haben sich bewahrheitet: Philosophie und ethische Systeme, die Sicherheit boten, sind zurückgedrängt; das System der sozialstaatlichen

⁴¹ Deutliche Kritik etwa bei Schwabe: Kontrolle ist schlecht, Vertrauen allein der Menschwürde gemäß, NVwZ 1998, 709ff.

⁴² Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht (Fn.31), Rn.158; Müller-Terpitz: Grenzpolizeiliche Schleierfahndung im Binnenraum, DÖV 1999, 329(335f.); Götz: Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, NVwZ 1998, 679(684): beträchtlicher Sicherheitsgewinn bei geringer Eingriffstiefe; Mosser von Filseck: Verdachts- und ereignis unabhängige Personenkontrollen, BWVPr 1996, 272ff.

⁴³ Stefan Zweig: Die Welt von gestern. Erinnerungen eines Europäers, 1947, S.16, 19.

sozialen Sicherheit mit dem ihm zu Grunde liegenden Generationenvertrag bedarf tief greifender Reform; Natur und Umwelt als sichere Lebensbasis des Menschen, also die ökologische Sicherheit, erscheinen höchst gefährdet.

Gerade aber in einer solchen Phase der Verunsicherung muss die rechtsstaatliche innere Sicherheit besonders sorgsam bewahrt werden. Ein Bedürfnis nach innerer Sicherheit ist tief in der menschlichen Natur verwurzelt. Die Frage nach dem konkreten Maß der Begrenzung grundrechtlicher Freiheit zur Gewährleistung innerer Sicherheit, die im demokratischen Rechtsstaat zu gewähren ist, ist letztlich nicht allein verfassungsrechtlich zu entscheiden. Hier geht es vielmehr auch um den Zustand der politischen Kultur einer Gesellschaft. Es ist eine politische Entscheidung und eine Frage gesellschaftlichen Konsenses, welche Kosten innere Sicherheit verursachen darf. Mit Kosten sind hier sowohl die Haushaltsetats für die Polizei- und Sicherheitsbehörden als auch die Kosten (im Sinne von Beschränkungen) im Bereich individueller grundrechtlicher Freiheit gemeint. Bei dieser Grundsatzdiskussion sollte bedacht bleiben: Im demokratischen Rechtsstaat werden die Grenzen der Persönlichkeitsentfaltung im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit in erster Linie durch den Gesetzgeber in einer Abwägung zwischen grundrechtlich gefordertem Freiheitsschutz und den aus Gründen innerer Sicherheit für erforderlich gehaltenen Freiheitsbegrenzungen festgelegt.

Max-Emanuel Geis

Anspruchsdenken – Exzessive Inanspruchnahme von Grundrechten*

1. "Anspruchsdenken" – gesellschaftliche Befindlichkeit oder populistisches Schlagwort?

Um unbefangen in die Materie eintreten zu können, müssen wir uns vorher vergewissern, was mit den Begriffen "Anspruchsdenken" und "Exzessivität" eigentlich gemeint ist.

1.1 "Anspruchsdenken" bei Grundrechten – begriffliche (Un-)tiefen

Wie immer, wenn es gilt, den Sprung von populären oder popularistischen Positionen in die rechtliche Bewertung zu tun, haben wir uns zu vergewissern, ob eine unkritische Übernahme der Begriffe tunlich ist, oder ob der Begriff selbst schon von einer Voreinstellung, einem Vorurteil im hermeneutischen Sinne¹ geprägt ist. Wenn uns das Thema hier das Schlagwort "Anspruchsdenken" vorgibt, ist damit zweifellos ein pejorativer Beigeschmack verbunden. Man assoziiert sogleich das Bild des Schmarotzers, der statt einer möglichen Beschäftigung lieber von der Arbeitslosenversicherung oder der Sozialhilfe lebt, oder den sog. "Trittbrettfahrer" im Sozialversicherungsrecht, der meint, durch Zahlung seiner Beiträge ein synallagmatisches Recht auf eine jährliche Kur zu erwerben, denn, "wenn man schon zahlen muss, möchte man ja schließlich etwas davon haben und nicht etwa nur die Bresthaftigkeit anderer mitfinanzieren".

* Vortrag in Kloster Banz am 26. September 2000. Die Vortragsfassung wurde beibehalten. Der Fußnotenapparat erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern dient nur dem ersten Einstieg.

¹ Vgl. dazu Hans Georg Gadamer: Hermeneutik, in: Gesammelte Werke, Bd.1/1990, S.280f.; Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, S.106ff. m. weit. Nw.

Nun ist der Zorn über ein solchermaßen gestaltetes "Anspruchsdenken" zumindest aus juristischer Sicht nicht ganz schlüssig, ist doch der Anspruch – also das Recht, von einem anderen ein Tun und Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB) – eine zentrale dogmatische Kategorie vor allem, aber beileibe nicht nur des Zivilrechts, die überdies eine zweitausendjährige europäische Tradition aufweist². Wenn aber die gemeineuropäische Rechtstradition – jedenfalls, soweit sie vom Römischen Recht geprägt ist – das Denken in Ansprüchen, Einwendungen und Einreden internalisiert hat, ist es kaum verwunderlich, das sich auch das Denken der Bevölkerung – als "Parallelwertung in der Laiensphäre" – in solchen Bahnen bewegt. Anspruchsdenken als solches ist daher ein wesentliches Merkmal unserer Rechtskultur und kann deshalb nicht von vornherein mit einem negativen Etikett versehen werden. Für die Grundrechte passt es überdies nur bedingt: Der klassische *status negativus* gegen den Staat hat mit einem Anspruchsdenken nichts zu tun. Das Denken in Ansprüchen kann daher streng genommen nur bei grundrechtlich fundierten Leistungsrechten stattfinden und kritisiert werden. Sofern man unter "exzessivem Grundrechtsgebrauch" auch die Fälle einer Drittwirkung im Verhältnis zu Privaten (insbesondere im Konflikt von Meinungsfreiheit und Ehrenschaft) umfasst sehen will und gegenüber dem Staat quasi den Anspruch erhebt, hierfür so weit wie möglich nicht belangt zu werden, möchte ich dem Beitrag von Herrn Renzikowski nicht vorgehen, sondern demgegenüber im abstrakten Bereich bleiben.

Der Begriff "Anspruchsdenken" suggeriert bereits, dass es sich nicht um den Regelfall grundrechtlich geschützten Tuns handelt, sondern eben – und daher die Verbindung mit dem Untertitel der Überschrift – um den "exzessiven Gebrauch", also den Gebrauch, der über ein wie auch immer anzunehmendes Normalmaß hinausgeht. Horst Sendler hat dies einmal pointiert so ausgedrückt: grundrechtliche Freiheit als "Liberalität oder Libertinage?"³. Das setzt für unser Thema gedanklich voraus, dass den Grundrechten ein quasi ontologisch vorgegebener Regelgebrauch innewohnt oder wenigstens der positive Verfassungsgeber einen solchen vor Augen gehabt hat. Indes muss man sich vor solchen Vorabfestlegungen hüten: Der Umstand allein, dass eine bestimmte Handlung oder eine bestimmte Betroffenheit vom Schutzbereich eines Grundrechts erfasst wird, sagt für sich genommen noch gar nichts aus. Kommt man zum Ergebnis, es läge ein Eingriff in das Grundrecht vor, so folgt hieraus noch keine positive oder negative Tendenz. Erst auf der Stufe der Eingriffsrechtfertigung entscheidet sich, ob das Grundrecht zu Recht oder Unrecht ausgeübt wird, ob seine Beschränkung verfassungsgemäß oder -widrig ist. Der Umstand, dass jemand eine grundrechtsrelevante Handlung vornimmt, ist also zunächst wertneutral, und kann daher – egal wie "weit" das Grundrecht ausgeschöpft wird – nicht als Missbrauch etikettiert werden. Die Verwendung von einprägsamen Schlagworten wie "Anspruchsdenken", "exzessiver Grundrechtsgebrauch", "Grundrechtsmissbrauch" ist für den Verfassungsjuristen eher ein Warnsignal: Vorsicht! *Petitio Principii* droht!

1.2 Anspruchsdenken und politische Großwetterlage

Vorsicht gegenüber den genannten Schlagworten gebietet auch ein weiterer Umstand: ihre weit gehende Abhängigkeit von der politischen Großwetterlage, die ihrerseits vom jeweiligen Zeitgeist⁴ abhängig ist. So kann man z.B. lesen: "In zunehmendem Maße findet die Vorstellung, dass Rechtssätze und Rechte nicht missbraucht werden dürfen, Eingang auch in das

² Zur Geschichte des Anspruchsbegriffs seit dem Römischen Recht vgl. Max Kaser: Römisches Privatrecht, 16.Aufl./1992, §4 I 2.

³ Horst Sendler: Liberalität oder Libertinage?, NJW 1993, 2157f.

⁴ Thomas Würtenberger: Zeitgeist und Recht, 1993.

Verfassungsrecht". Das schrieb Herbert Krüger 1953⁵! Und über vierzig Jahre später beklagt Albert Bleckmann immer noch das "Anspruchsdenken" im Grundrechtsbereich⁶. Die beabsichtigte Assoziation zu Egoismus, zu Parasitentum und zur – *horribile dictu* – Sozialschädlichkeit liegt bei solcher Wortwahl greifbar in der Luft. Unbestreitbar ist, dass die Verrechtlichung auch im Bereich der subjektiven Rechte weit fortgeschritten ist und der zunehmende Ausbau staatlicher Leistungen auch zu einer ansteigenden Begehrlichkeit geführt hat. Das ist nicht schön. Allerdings sind Politik und Rechtsprechung und auch die Rechtswissenschaft an dieser Entwicklung keineswegs unschuldig. Spätestens seit den 60er-Jahren wurde der Bereich staatlicher Leistungen immer stärker normiert – angefangen von den positivierten Leistungsansprüchen nach dem Bundessozialhilfegesetz und anderer Sozialgesetze bis hin zur Verdichtung von Gestaltungsfreiräumen der Verwaltung durch Selbstbindungen und Ermessensreduktionen auf Null, bedingt durch den Gleichheitssatz. Dies kann im Einzelnen hier nicht nachgezeichnet werden. Im Folgenden hat die Politik die Verdichtung im öffentlichen Recht zu subjektiven Leistungsansprüchen ganz bewusst befördert. Gerade nach dem Beginn der sozialliberalen Koalition in den 70er-Jahren war die Konstruktion sozialstaatlich oder pseudo-demokratisch aufgeladener Leistungskomponenten bei Grundrechten ausgesprochen en vogue: das "Recht auf Bildung"⁷ in Gestalt eines Studienplatzes, das mit den Stichworten: *numerus clausus* (NC), ZVS, Kapazitätsberechnung etc. einhergeht, mag hierfür ebenso als Prototyp dienen wie das laut proklamierte "Bürgerrecht auf Kultur"⁸. Sie waren die Ecksteine einer Politik, die sich die Postulate "Chancengleichheit für alle" und "Demokratisierung der Gesellschaft" aufs Papier geschrieben hatte und u.a. zum Phänomen der Massenuniversität führte. Seinerzeit betrachtete man es geradezu als sozialstaatlichen Fortschritt, subjektive Anspruchsrechte zu formulieren. Übrigens betrieb die politische Gegenseite die Subjektivierung des Rechts gleichermaßen: Erwähnt sei hier nur das Recht auf einen Kindergartenplatz, das mit großer rhetorischer Begleitmusik, wenn auch mit leichtem Druck des Bundesverfassungsgerichts, durchgesetzt wurde.

Die Rechtswissenschaft hat dem Ganzen das dogmatische Fundament gegeben: Die Entwicklung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten, die der klassisch-liberalen Grundrechtstheorie fremd waren, die aber auch von den objektiven Grundrechtsfunktionen nicht umfasst waren, der sog. "status positivus" also, war das große Thema auf der Staatsrechtslehrrtagung in Regensburg 1971. Insbesondere die Referate von Häberle und Martens stießen auf eine breite Resonanz und lösten geradezu eine Teilhaberechts-Euphorie aus, die ihre judikative Krönung im Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1973 erlebte⁹. Seitdem sind die Begriffe des Leistungs- bzw. Teilhabeanspruchs – mögen sie im Folgenden auch infolge faktischer Zwänge alsbald zu derivativen abgeschwächt worden sein – zum Gemeingut der Grundrechtsdogmatik geworden.¹⁰ Nach wie vor aktuell ist die Problematik etwa im Bereich der Privatschulfinanzierung.

⁵ Herbert Krüger: Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten, in: DVBl. 1953, S.97.

⁶ Albert Bleckmann: Grundrechte, 4.Aufl./1997, §11 Rdn.324.

⁷ Programmatisch Ralf Dahrendorf: Bildung ist Bürgerrecht. Plädoyer für eine aktive Bildungspolitik, 1965, 2.Aufl./1968; ferner G. Picht: Die deutsche Bildungskatastrophe 1964; beide auszugsweise abgedruckt bei Peter Häberle (Hg.): Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1992, S.202ff., 217ff.

⁸ Als Protagonisten fungierten u.a. Olaf Schwencke/Hermann Glaser/Hilmar Hoffmann; Nachw. bei Max-Emanuel Geis: Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1990, S.192ff.

⁹ Häberle: VVDStRL 30 (1972), S.43ff.; Martens, ebda., S.7f.; BVerfGE 33, 303 (333) – NC-Urteil.

¹⁰ Vgl. statt vieler Klaus Stern: Staatsrecht III/1, 1988, S.690ff.; Murswiek HStR V, § 112.

Bezeichnenderweise erscheint der Begriff "Anspruchsdenken" mit seinem peiorativen Hautgout erst in dem Moment, in dem die finanzielle Lage des Staates in Schieflage gerät: Ist das System der sozialen und kulturellen Leistungen nicht mehr ausreichend finanzierbar, wendet sich der Blick auf die "Anspruchsdenker" und "Trittbrettfahrer", die im Grunde nichts tun, als Leistungen, die der Staat einmal aus bestimmten politischen Gründen – wenn auch vielleicht zu großzügig – installiert hat, beim Worte zu nehmen. Es ist daher nicht unbedingt redlich, das Anspruchsdenken, zu dem man die Bürger jahrzehntelang erzogen hat, in die Nähe gemeinwohlschädlichen Verhaltens zu stellen und als eine der Ursachen klammer Staatsfinanzen zu geißeln. Vergleichbar zwiespältig erscheint mir der Ruf im Steuerrecht, Steuer-schlupflöcher zum Wohl der Allgemeinheit zu verstopfen, obwohl viele von ihnen einstmal bewusst geschaffen und staatlicherseits propagiert worden sind, um bestimmte Handlungsweisen der Bevölkerung indirekt zu steuern. Wie ideologisch anfällig dieses Feld ist, zeigt sich, wenn in den 70er-Jahren das Sozialstaatsprinzip ausdrücklich zur Begründung subjektiver Rechte erhalten musste – gerade auch beim Bundesverfassungsgericht! – während es im weiteren dazu herangezogen wurde und wird, um unbenannte Grundrechtsausübungsschranken zu begründen¹¹.

Gleichwohl wird immer wieder die Forderung erhoben, mindestens die Frage gestellt, ob es Gründe gibt, die einem gänzlichen Ausschöpfen grundrechtlich gewährter Freiheits- und Rechtsräume entgegenstehen, die also – um ein Bild aus der Technik zu gebrauchen – einen grundrechtlichen "Limiter" einschalten. Wir wollen daher jetzt die Ebene des begrifflichen Mäkelns verlassen und uns der Dogmatik zuwenden.

2. Dogmatische Ansätze einer Grundrechtslimitierung

Über die klassische Schrankendogmatik der Einzelrechte hinaus werden seit jeher zwei, freilich verwandte Ansätze diskutiert: ein allgemeiner Gemeinwohlvorbehalt als quasi omnipräsente verfassungsimmanente Schranke aller Grundrechte oder die Existenz von Grundpflichten, die man gegen eine egoistische, rücksichtslose, eben "exzessive" Grundrechtsausübung beschränkend ins Feld führen will.

2.1 Ausprägung eines allgemeinen Gemeinwohlvorbehalts?

Ein ungeschriebener, allgemeiner Gemeinwohlvorbehalt, wie ihn etwa das Bundesverwaltungsgericht in einer frühen Entscheidung angenommen hatte¹² und wie ihn das Bundesverfassungsgerichts trotz entgegenstehender eigener Judikatur punktuell gelegentlich hat durchscheinen lassen¹³, wurde schon früh verworfen. Zu eindrücklich hat die Geschichte des Dritten Reiches gezeigt, dass eine so unspezifizierte Blankettklausel, die von den Inhabern der Macht definiert wird, die Schutzwirkung der Grundrechte vernichten kann. Auch jenseits dieser Epoche stellt sich das unüberwindliche Problem der Definition, was das Gemeinwohl eigentlich sei: eine vorgegebene, von entsprechenden Erkenntnispersonen zu bestimmende Größe oder der verhältnismäßige, gegebenenfalls erst im Entscheidungsprozess sich herausbildende ge-

¹¹ So etwa bei Otto Bachof: VVDStRL 41 (1983), S.98ff. (Disk.); Hartmut Maurer: Staatsrecht, 1999, §8 Rdn.79. Weit. Nachw. bei Stern: Staatsrecht III/2, S.1013 Fn.218.

¹² BVerwGE 2, 89(93f.), dagegen schon BVerfGE 7, 377(411); Konrad Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl./1999, Rdn.309.

¹³ BVerfGE 65, 1(44ff.), unter Bezug auf das Investitionshilfeturteil (E 4, 7, 15). Dazu krit. Peter Häberle: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1982, S.45 Fn.130.

rechte Ausgleich zwischen ursprünglich widerstreitenden Interessen. Besonders gefährlich ist dabei die Möglichkeit der schleichenden Auszehrung, die die Grundrechte unmerklich ihrer Substanz beraubt. Entscheidend ist aber, dass man das ganze sehr differenzierte Schranken-systematik der Grundrechte unterlaufen würde, wenn man sie quasi pauschal unter einen Vorbehalt gemeinwohlverträglicher, also eben "nicht-exzessiver" Ausübung stellt. Die grundgesetzlich vorgesehenen Schranken selbst konkretisieren regelmäßig Gemeinwohlbelange und zwar in verschiedener Gewichtung. Insbesondere die Kategorie des qualifizierten Gesetzesvorbehalts verlöre seine dogmatisch hohe Eingriffsschwelle, wenn man daneben stets den "Joker" des Gemeinwohlvorbehalts bzw. des gemeinverträglichen Verhaltens ziehen könnte.

2.2 Grundpflichten als wesenhaftes Korrelat der Grundrechte?

2.2.1 Zur historischen Entwicklung des Dualismus von Grundrechten und Grundpflichten

Diffiziler steht es mit der Kategorie der Grundpflichten. Diese kann sich immerhin auf eine lange Tradition berufen, von der Aufklärung, über die Weimarer Reichsverfassung bis hin zu den Länderverfassungen vor allem vor 1949. So hat schon Samuel Pufendorf in seinem Hauptwerk "De Jure naturae et gentium" von 1672 eine Pflichtenlehre entwickelt, deren Gültigkeit sich aus der Vernunft, der obrigkeitlichen Autorität und der göttlichen Offenbarung ableitet¹⁴.

Jetzt ein großer zeitlicher Sprung: Der zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung trug die Überschrift "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" und stellt auch in Art. 109 WRV diese beiden gleichrangig nebeneinander¹⁵. Etliche Länderverfassungen des Interregnums von 1945 bis 1949 haben unter dem Aspekt einer Erziehung zum demokratischen Staat etliche Pflichten mit aufgenommen, etwa die Bayerische Verfassung von 1946 im Zweiten Hauptteil, und insb. in Art. 117 S. 2:

"Alle haben die Verfassung und die Gesetze zu achten und zu befolgen, an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gemeinschaft erfordert."

Festzuhalten ist, dass das Grundgesetz bewusst auf die Aufnahme des Begriffs Grundpflichten verzichtet hat und es bei der Normierung einiger wichtiger spezifischer Pflichten belassen hat. Darin dokumentiert sich die Weisheit der Erkenntnis, dass auch eine noch so gut gemeinte Positivierung von Grundpflichten in den Händen der falschen Interpreten ins Gegenteil umschlagen kann, was die europäische Verfassungsgeschichte hinreichend belegt. Diese Entscheidung sollte nicht dogmatisch konterkariert werden.

2.2.2 Insb.: Die "Declaration of Human Responsibilities" von 1998

Die Vergeblichkeit, allgemein gültige Pflichten zu begründen, zeigt sich auch an folgendem Beispiel: Kurz vor der Jahrtausendwende und bewusst 50 Jahre nach der "Internationalen Erklärung der Menschenrechte" 1948 hat es ein überwiegend illustrierter Kreis von ehemaligen Staats- und Regierungschefs unter dem Ehrenvorsitz des ehemaligen Bundeskanzlers Helmut

¹⁴ Vgl. im Einzelnen dazu Albrecht Randelzhofer: Die Pflichtenlehre bei Samuel Pufendorf, 1983, S.9ff.

¹⁵ Vgl. auch Peter Badura: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, DVBl. 1982, 861ff.

Schmidt unternommen, mit der Formulierung einer "Declaration of Human Responsibilities" ein Signal gegen eine Ausübung der vom demokratischen Staat gewährten Rechte ohne Verantwortlichkeit zu setzen. Sie soll ihre berühmte Schwester ergänzen, nicht ohne dramatisches Pathos: "Wenn aber jedermann ausschließlich seine eigenen Rechte verfolgt und keinerlei und Verantwortungen akzeptierte, dann kann ein Volk und sein Staat – oder die Menschheit als ganze – in Feindschaften, in Konflikte und schließlich in Chaos verfallen."¹⁶

Dieser gut gemeinte Ansatz hinterließ indes ein recht zwiespältiges Echo, erschien er doch als proporzbestimmtes Agglomerat von christlicher Morallehre, von "asian values" und einem "Schuss Öko-Kommunitarismus".¹⁷ Nur einige Beispiele:

- Art. 1.: Jede Person (...) hat die Pflicht, alle Menschen menschlich zu behandeln.
- Art. 7.: Jede Person ist unendlich kostbar und muss unbedingt geschützt werden.
- Art. 8.: Jede Person hat die Pflicht, sich integer, ehrlich und fair zu verhalten.
- Art. 10.: Alle Menschen haben die Pflicht, ihre Fähigkeiten durch Fleiß und Anstrengung zu entwickeln; sie sollen gleichen Zugang zu Ausbildung und sinnvoller Arbeit haben.
- Art. 12.: Jeder Mensch hat die Pflicht, wahrhaftig zu reden.
- Art. 17.: Die Ehe erfordert Liebe, Treue und Vergebung (...).

Es ist höchst fraglich, ob über so einen multikulturell bis universalistisch gedachten Katalog irgendwo ein Konsens zu Stande käme. Ganz ungeklärt ist aber, wie solche verschiedenen Traditionen entstammende Topoi in ein universales System der Grundrechte eingebaut werden können, wenn sie nicht reine staatsrechtliche Lyrik bleiben sollen: Die Pflicht zur ehelichen Liebe und Vergebung hat sicher in einem rechtlich gemeinten Text nichts zu suchen.

2.3 Bedenklichkeit von Pflichtenkatalogen

Schon eine kurze Revue zeigt also die massiven Bedenken gegen allgemeine Grundpflichten. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass es sich bei entsprechenden Pflichten um moralische – sittliche handelt, nicht dagegen um rechtliche, d.h. durch einen Rechtsstab erzwingbare. Legalität und Moralität sind indes im Rechtsstaat getrennte Kategorien, mag auch die Rechtsordnung auf jenen aufbauen. Nur rechtliche Pflichten aber sind in dem Sinne verbindlich, dass sie vom Gemeinwesen zwangsweise durchgesetzt werden dürfen.

Dazu kommt: Grundrechte haben die verfassungsgebende Legitimation für sich. Fordert man Grundpflichten auf gleicher normativer Höhe, müssen diese auch die gleich Legitimation haben. Sie müssen also entweder vom Verfassungsgesetzgeber positiviert oder vom Gesetzgeber als Konkretisierung grundrechtlicher Schranken erlassen werden. Ungeschriebene Grundpflichten führen dagegen zu einer Rechtsschöpfung durch Interpretation. Das ist abzulehnen.

2.4 Freiheit und Bindung unter den Bedingungen des Grundgesetzes

2.4.1 Das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes

¹⁶ H. Schmidt: <http://www.ZEIT.de/tag/suche/zeitiminternet.html>, S.1.

¹⁷ So pointiert C. Stelzenmüller: http://www.archiv.zeit.de/daten/pages/1997/42/dyty.txt.1997_1010.html.

Das Verhältnis von Grundrechten und Grundpflichten muss vom Schlüsselbegriff der Freiheit ausgehen. Die Freiheitsvorstellung, die das Grundgesetz prägt, orientiert sich wesentlich am Begriff der Freiheit bei Immanuel Kant¹⁸: Der Mensch ist das einzige Lebewesen, das sein Leben kraft seiner Vernunft autonom gestalten kann. Aus diesem empirischen Befund der Freiheit folgt – etwas vergrößert dargestellt – auch der rechtliche Begriff: Freiheit, d.i. die Unabhängigkeit von einem anderen nötiger Willkür¹⁹, ist das Einzige ursprüngliche, dem Menschen kraft seines Menschseins zustehende Recht, und wird damit zum grundlegenden Prinzip der Rechtsordnung. Diese negative, da nicht determinierte Freiheit ist das Recht zum freien Belieben, die Garantie eines grundsätzlich selbstbestimmten Entscheidungs- und Handlungsspielraums²⁰. Daraus folgt zugleich, dass sich das Recht darauf beschränken muss, sicherzustellen, dass jeder seine Freiheit so – wie sie für ihn als Individuum wichtig ist – ausüben kann.

Eine über den Schutz der Freiheit anderer hinausgehende inhaltliche Ausrichtung der Freiheit auf ein Ziel, ein Ideal oder einen Wert widerspricht der grundgesetzlichen Vorstellung der Indetermination. Daher muss die positive Ausrichtung der Freiheit auf freier Überzeugung nach dem eigenen Gewissen und auf freier Willensbetätigung beruhen und ist folglich dem Bereich der Sittlichkeit zuzurechnen. Ein rechtlicher Zwang zu sittlichem Handeln, eine Rechtspflicht zur Ausübung der Freiheit in einem bestimmten Sinne wäre (anders als etwa bei Hegel) ein Widerspruch in sich.²¹

2.4.2 Die Legitimationsbedürftigkeit der Beschränkung

Freiheit ist damit der Regelfall, die Beschränkung ist die legitimationsbedürftige Ausnahme. Nach dieser klaren Abgrenzung ist es freilich schwierig, noch Raum für ein allgemeines "Missbrauchsverbot" zu finden. Man übt man sein Grundrecht rechtmäßig aus oder eben nicht. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Entweder besteht der Missbrauch in einer Verletzung anderer Rechtsgüter; diese Fälle können indes mit den Instrumenten der Eingriffsdogmatik restlos bewältigt werden. Oder er richtet sich gegen das System selbst, das die rechtliche Organisation der Individualfreiheiten schützt, also die freiheitlich-demokratische Grundordnung des Staates; für diesen Fall gelten die Vorschriften über die Grundrechtsverwirkung (Art.18 GG) als positiv normierte Pflicht. Eine darüber hinaus gehende Limitierung ist nicht notwendig; sie auch systematisch abzulehnen, weil Art. 18 GG ja einen Katalog relevanter Missbrauchstatbestände enthält und im Gegenschluss keine darüber hinaus gehenden Vorbehalte zulässt. Ein Rekurs auf einen allgemeinen Rechtsmissbrauchstatbestand (etwa analog § 242 BGB) ist auch deswegen entgegen den frühen Ansichten²² nicht notwendig, weil die Grundrechtsdogmatik seit 50 Jahren im Bereich der Schrankensystematik, der Rechtsgüterabwägung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes so ausdifferenziert worden ist, dass eine Lücke insoweit nicht mehr erkennbar ist.

¹⁸ Immanuel Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Werke Bd.IV (hrsg. von W. Weischedel), S.81, 88.

¹⁹ Immanuel Kant: Metaphysik der Sitten (1797), in: Werke Bd.IV, S.345; ähnlich auch Isaiah Berlin: Two Concepts of Liberty, in: ders.: Four Essays on Liberty, 1969, S.118.

²⁰ Badura (Fn.15), S.862.

²¹ So auch Herbert Bethge: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S.2148.

²² So v.a. Willi Geiger: BVerfGG, Kommentar, 1952, S.135; ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen Klaus Stern: Staatsrecht III/2, 1994, §88.

2.5 Freiheit "vom oder zum Staat" – Zum alten Streit um Bourgeois und Citoyen

Ein uralter Versuch, den Einzelnen aus seiner egoistischen Ecke herauszuholen, argumentiert mit dem Bild des republikanischen Bürgers. Das ist das Bild des "homo politicus", des Aktivbürgers, wie ihn schon Cicero als Ideal hervorhob, freilich vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in einer Sklavenhaltergesellschaft die Berufung der reichen Freien zum Politischen leichter fällt als in der modernen Breitendemokratie. Ungeachtet dessen erscheint auch in der Französischen Revolution und auch in der Weimarer Republik die Vorstellung, der Bürger habe die Pflicht, sich als Citoyen aktiv dem Staate zuzuwenden und das Gemeinwohl zu bewahren, anstatt als Träger bourgeois nur den eigenen Interessen zu frönen. Dieses Ideal scheint bezeichnenderweise immer in Umbruchzeiten auf, zu Zeiten der Französischen Revolution, die eines gemeinsamen, republikanisches Ethos gegen die Monarchie bedurfte ebenso wie der berühmte Vortrag "Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht" von Rudolf Smend²³, der noch 1933 – fast trotzig – angesichts der drohenden braunen Gefahr die alten republikanischen Tugenden beschwor, dass sich der Bürger die politische Mitgestaltung nicht aus den Händen nehmen lassen sollte. So ehrenhaft diese Ansätze sind, sie gehen doch grundsätzlich von einem anderen Gemeinwohlbegriff aus: Die Verpflichtung des französischen Aktivbürgers beruht auf der Verpflichtung auf die *volonté générale* im Sinne Rousseaus, die – völlig autoritär – diejenigen, die anderer Auffassung sind, zu Irrenden erklärt, die man auch zur (richtig verstandenen) Freiheit zwingen dürfe²⁴. Und die entsprechende Weimarer Lehre lässt sich recht eindeutig auf hegelianische Elemente der objektiven Freiheit "zum Staat" radizieren. In beiden Fällen liegt also ein von vornherein verengtes, auf den Staat bezogene Freiheitsverständnis vor. Am ehesten zu vergleichen ist dies mit der demokratischen Grundrechtstheorie, die die Grundrechtsausübung danach bemisst, welchen Ertrag sie für das Gemeinwesen bringt. Dies verlässt indes den ursprünglichen Ansatz der indeterminierten Freiheit sehr weit und ist daher abzulehnen. Auch insofern ist die Lehre aus der Geschichte und aus der totalen politischen Vereinnahmung des Individuums zu ziehen, dass grundrechtliches Handeln auch als rein privates ebenso geschützt sein muss.

Eine Neuauflage der Diskussion erfolgt mit dem Beratungsgegenstand "Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat" der Wiener Staatsrechtslehrertagung 1995. Dabei zeichneten die Referate recht deutlich die bekannten Lager nach, ohne dass es indessen zu einer Überwindung der Positionen kam. Während Depenheuer eine über den Gesetzesgehorsam hinausgehenden Verantwortungsbegriff ablehnte, verlangte Merten ganz traditionell die Grundrechtsausübung unter einem Gemeinwohlvorbehalt. So könne derjenige, der trotz ungünstiger Aussichten um der Selbstverwirklichung willen eine Berufsausbildung beginne, später keinen Arbeitsplatz oder entgeltadäquate Leistungen beanspruchen, weil den Staat wegen fehlender Entscheidungsverantwortung keine Einstandsverantwortung treffen könne. Dies ist sehr rigide und wohl auch zu kurz gegriffen, da die Frage, wie groß das Risiko eines Berufes ist, die Möglichkeit der sozialen Sicherung mit einbeziehen muss. Danach müsste etwa die Künstlersozialversicherung sofort abgeschafft werden. Mit einer ähnlichen Begründung wären auch dem, der verschuldeterweise seinen Arbeitsplatz verliert, Sozialleistungen völlig abzuerkennen. Das kann im Ergebnis zu einer neoliberalistischen Ausgrenzung von nicht-marktorientierten Berufsbildern oder im Gegenteil zu paternalistischem Zwang führen und zur keineswegs wünschenswerten Konsequenz, dass das soziale Netz nur für Personen greift, die

²³ Rudolf Smend: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl./1994, S.309.

²⁴ Jean Jacques Rousseau: Du contrat social, Amsterdam 1762 (dt. Gesellschaftsvertrag, Ausgabe Reclam, 1977, S.21.)

den ökonomischen Anforderungen des Arbeitsmarkts entsprechen.. Noch gefährlicher wäre es für die, die trotz trüber Zukunftsperspektiven "verantwortungslos" – was immer das heißen mag – Kinder in die Welt setzen; sie müssten der solidarischen Unterstützung entbehren. Um gleich auf das Ergebnis zu kommen: Der Verantwortungsbegriff kann ein bestimmtes extern definiertes Ziel nicht erzwingen; insofern vermag er nur moralische Pflichten zu begründen. Jede weitere Fixierung führt zu einer Unzahl von Folgeproblemen. Zu der Definition allgemeiner Grundpflichten besteht insofern kein Unterschied.

Das heißt indes nicht, dass der Verantwortungsbegriff rechtlich irrelevant wäre. Es ist dem Staat unbenommen, beim Bürger ein Verantwortungsbewusstsein bei der Grundrechtsausübung zu erzeugen und zu fördern. Dies geschieht namentlich in der Schule: So darf der Staat als Erziehungsziel ein entsprechendes Bewusstsein des Kindes erzeugen und dann hoffen, dass die eigenverantwortliche Entwicklung der Kindespersönlichkeit diesem Verantwortungsbewusstsein gerecht wird. Die vom Bundesverfassungsgericht in der Sexualkundeentscheidung getroffenen Feststellungen sind hier gleichermaßen anwendbar.

3. Kommunitarismus als Lösung?

3.1 Kommunitarismus als neuere Gesellschaftstheorie

Etwa zu Beginn der 90er-Jahre entstand im amerikanischen Rechtsdenken eine neuere Strömung in der Soziologie: der Kommunitarismus²⁵. Vor dem faktischen Hintergrund einer immer weiter um sich greifenden Ellenbogengesellschaft in "god's own country" einerseits, in der theoretischen Ablehnung der individualistisch-konstruktivistischen Staatstheorie von John Rawls in seiner berühmten "Theory of Justice" (1971)²⁶ ist der Kommunitarismus ein Versuch der Wiederbelebung von Gemeinschaftsdenken unter den Bedingungen postmoderner Dienstleistungsgesellschaften²⁷. Sein Ansatz ist ein anthropologischer bzw. sozialtheoretischer, und er ist gar nicht so neu: Der Mensch ist auf Vergesellschaftung angelegt (das ist spätestens seit dem *zoon politikon* des Aristoteles bekannt); die Ausbildung der Fähigkeit, seine transzendente Freiheit i.S. Kants ausschöpfen und gebrauchen zu können, erlernt er erst durch Interaktion, ebenso wie die Ausbildung von Rationalität und Gewissen des Lernprozesses in der Gemeinschaft bedarf.²⁸ Freiheit ist für ein *tabula-rasa*-Individuum (à la Kaspar Hauser) eine recht sinnlose Angelegenheit. Daher hat die Gemeinschaft einen legitimen Stellenwert sowohl in der modernen Gesellschaftstheorie als auch in der Verfassungstheorie. Gerade im Westen herrschten indes nach 1945 starke Vorbehalte gegen die Gemeinschaft, verständlich in Deutschland nach der Volksgemeinschaftslehre des Dritten Reichs, verständlich auch im freien Westen als Abgrenzung gegenüber dem sozialistischen Kollektivismus.

Daher ist das Hauptanliegen des Kommunitarismus ein harmonischer Ausgleich des Dualismus Individuum – Gemeinschaft, ohne die Individualität des Einzelnen auf dem Altar des Kollektivs zu opfern. Auch das unbedingte Bekenntnis zum demokratischen Verfassungsstaat ist eine Voraussetzung. Darüber hinaus gibt es allerdings mindestens drei verschiedene kommunitaristische Hauptströmungen, je nachdem, wie die sozialisierende "Gemeinschaft" definiert wird. Der konservative Kommunitarismus orientiert sich an traditionell gewachsenen lokal-regionalen oder personell geprägten Einheiten (Staat, Gemeinde, Verein), die universalistisch-egalitäre Spielart geht von einem einheitlichen, weltweiten Typus "Mensch" aus, an dem Rechte und Pflichten anknüpfen; Gemeinschaft ist hier ein abstraktes Sozialgebilde, das allerorten den gleichen Gesetzmäßigkeiten unterworfen ist. Die Schwachpunkte beider Ansätze liegen in der mangelnden Flexibilität, sie begreifen den Gemeinschaftsbegriff eindimensional.²⁹ Der sog. "liberale Kommunitarismus" versucht dies richtig zu stellen: Einer der Fehler vieler Theorien von Individuum und Gemeinschaft von Kant über Hegel bis Theodor Litt liegt darin, dass es nicht eine Gemeinschaft ist, die den Einzelnen zur Entfaltung verhilft, sondern mehrere, zu denen er unterschiedliche Bindungen aufbaut. Dementsprechend fällt auch die Gemeinwohlbezogenheit unterschiedlich aus, sei es in einer Familie, einem Verein, der Gemeinde oder dem Staat selbst. Solche gewachsenen Gemeinschaften sind dem heranwachsenden Menschen erst einmal vorgegeben, er bedarf der durch sie vorgegebenen Institutionen,

²⁵ Wichtige Vertreter: Alasdair MacIntyre: *After Virtue. A Study in Moral Theory*. 1981 (dt. 1987); Charles Taylor: *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, 1988; M. Sandel: *The Politics of Community*, in: *The Responsive Community* 6 (1996), S.14-18; Amitai Etzioni: *Die Entdeckung des Gemeinwesens*, 1995; weit. Nw. bei W. Brugger: *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, 1999, S.253.

²⁶ Hierzu und zu späteren Korrekturen Max-Emanuel Geis: *Das revidierte Konzept der "Gerechtigkeit als Fairness" bei John Rawls – Materielle oder prozedurale Gerechtigkeitstheorie?*, JZ 1995, 324ff.

²⁷ Walter Reese-Schäfer: *Die politische Rezeption des kommunitaristischen Denkens in Deutschland*, in: *APoluzg* 1996, B 36, S.3.

²⁸ Vgl. dazu schon Dieter Suhr: *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, 1976, S.88ff.

²⁹ Brugger (Fn.25), S.265.

Handlungsmuster und Lebensformenmodelle zur Selbstwertung ("Innenstabilisierung des Menschen"), ohne sich ihnen unterwerfen zu müssen.³⁰ Daher bedarf es einer Sphärentheorie einschlägiger Vergemeinschaftungen. Übertragen auf die politische Ordnung bedarf es also des Schutzes dieser Gemeinschaften, ohne dass diese ihrerseits eine Unterdrückung oder Unterwerfung des Einzelnen herbeiführen dürfen – wie im Nationalsozialismus oder im Kommunismus.

3.2 Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes?

Mit der üblichen Verzögerung hat auch die deutsche Sozialphilosophie die kommunitaristischen Gedanken aufgenommen.³¹ Der Weg zur Staatslehre war von da nicht weit. In der Tat stimmen viele der Aussagen des Kommunitarismus verblüffend mit alten Bekannten des Verfassungsrechts überein. So entspricht das Menschenbild, wie es das Bundesverfassungsgericht schon früh – aber immer noch gültig – im Investitionshilfeurteil entworfen hat, fast deckungsgleich einem kommunitaristischen Ansatz:

"Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums, das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne deren Eigenwert anzutasten."³²

Man sieht: Der Mensch wird wesentlich als *animal sociale* mit leichtem Übergewicht der Individualität gesehen (sozusagen 50 + x%). Auch der grundrechtliche Schutz verschiedener Gemeinschaften (Art. 4, Art. 6, Art. 8, Art. 9 GG) entspricht der erwähnten Sphärenvorstellung.

Als politische Forderung des genannten Befundes ergibt sich, dass die kollektive Selbstverantwortung gegenüber den fremdbestimmenden Mechanismen zu stärken. Der Staat tut nach dem kommunitaristischen Ansatz gut daran, von mehreren Vergemeinschaftungsebenen die jeweils effektivste Form zu fördern. Ein signifikantes Beispiel ist der Bereich der sozialen Selbsthilfe; hier wird die individuelle Grundrechtsausübung zugleich zum Dienst an der Gemeinschaft der Gleichbetroffenen.³³ Dieses Ziel ist nicht autoritativ zu erreichen; es muss vielmehr durch indirekte Anreize befördert werden. Mittlerweile ist erwiesen, dass die – finanziell eher geringfügige – öffentliche Förderung von Selbsthilfeeinrichtungen unter dem Strich durch das Freisetzen von idealistischen und synergetischen Potenzialen wesentlich effektiver wirkt als ein direktes, aber fremdbestimmtes, wohlfahrtstaatliches Verwaltungshandeln.³⁴

Daneben lässt sich eine weitere Forderung ableiten: Weil die Funktionsfähigkeit der verschiedenen Gemeinschaftsebenen für die Persönlichkeitsentwicklung des Einzelnen so wichtig ist, kann der Staat individuelle Grundrechtsausübungen, die dem entgegenstehen zwar nicht völlig unterbinden, jedoch, ohne sich dem Vorwurf sachwidriger Ungleichbehandlung auszusetzen, an höhere Eingriffsschwellen binden. Ein signifikantes Beispiel findet sich bei Amitai Etzioni: Scheidungen von Ehen, aus denen noch minderjährige Kinder entstammen, sollen

³⁰ Grdl. Arnold Gehlen: *Urmensch und Spätkultur*, 5.Aufl./1986, S.42ff.; Brugger (Fn.29), S.266 m.w.N.

³¹ Nachweise bei Reese-Schäfer (Fn.27), S.4.

³² BVerfGE 4, 7(15f.); seitdem st. Rspr., vgl. E 32, 98(107f.); 33, 1(10f.).

³³ Ausf. Max-Emanuel Geis: *Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe*, 1997, S.96ff.

³⁴ Nachw. bei Geis (Fn.33), S.61.

erschwert werden und unter den Vorbehalt des unbedingten Vorrang des Kindeswohls gestellt werden. Da die Familie eine der fundamentalen, am meisten prägenden Gemeinschaftsformen, und sogar die der engsten Sphäre ist, muss sie den Kindern so weit wie möglich erhalten bleiben.³⁵ Die Hemmschwelle muss so hoch angesetzt werden, dass eine leichtfertige Trennung vermieden wird.

Das letzte Beispiel zeigt paradigmatisch den Wert und die Funktionsweise von kommunitaristischem Denken für die Grundrechtsdogmatik: Grundrechte dürfen nicht zu Gunsten eines ungeschriebenen Gemeinwohls eingeschränkt worden; dies widerspräche dem Freiheitsverständnis. Nicht verboten, ja sogar geboten ist es dem Staate, Gemeinschaftsformen, die gerade die Individualentwicklung befördern, zu privilegieren. Dies muss in der Form geschehen, dass der Einzelne die freie Entscheidung darüber behält, ob er Privilegien in Anspruch nehmen will oder nicht. Das Hauptfeld ist demgemäss die indirekte Steuerung durch Vergünstigungen steuer- oder sozialrechtlicher Art etc. Typisch kommunitaristisch sind danach: die steuerrechtliche Privilegierung der Familie, wie sie das BVerfG ja auch erst höchst eindrucksvoll eingefordert hat³⁶ (konsequenterweise weniger die Ehe), die steuerliche Begünstigung von gemeinnützigen Vereinen; die rechtliche Privilegierung von Gewerkschaften, Kirchen und Religionsgesellschaften etc.

Freilich machen die Beispiele auch deutlich: es bedurfte nicht unbedingt des kommunitaristischen Etiketts, um den Wert der entsprechenden Gemeinschaften für das Ganze zu erkennen. Doch gebührt dem Kommunitarismus das Verdienst, den Begriff der Gemeinschaft auf eine vielleicht nicht ganz neue, seiner Denktradition nach indes unverdächtige Basis zu stellen, sodass man wieder den Wert der Gemeinschaft für das Individuum hervorheben kann, ohne als reaktionäres Auslaufmodell zu gelten.

4. Resümee

Als kleines Resümee dieser notgedrungen viel zu kurzen Betrachtungen möchte ich festhalten:

1. Begriffen wie "Anspruchsdenken" und "exzessiver Grundrechtsgebrauch" ist mit großer Vorsicht zu begegnen, da ihnen regelmäßig eine inhaltliche Vorfestlegung (Vor-Urteil) innewohnt.
2. Ein allgemeiner Gemeinwohlvorbehalt ist nach wie vor abzulehnen
3. Allgemeine Grundpflichten, die die Grundrechte einschränken könnten, müssen positiv begründet sein. Mit Ausnahme der Pflicht zum Gesetzesgehorsam, der im Demokratie- und im Rechtsstaatsprinzip verankert ist, bedarf es einer Aufnahme in den Verfassungstext.

³⁵ Etzioni (Fn.25), S.86ff.

³⁶ BVerfGE 99, 216ff., 246ff. 268ff, 273ff., 300ff.; dazu auch Wolfgang Schön: Die Kinderbetreuung, das BVerfG und der Entwurf eines Gesetzes zur Familienförderung, DStR 1999, S.1677.

4. Die Annahme einer Bürgerverantwortung berechtigt nicht zur Grundrechtsbeschränkung; wohl aber kann der Staat die Grundlagen für verantwortetes Handeln als schulische Erziehungsziele pflegen und eigenverantwortliches Handeln privilegieren.
5. Das kommunitaristische Denken enthält starke Affinitäten zum Menschen- und Gemeinschaftsbild des Grundgesetzes. Seine Prämissen und Forderungen lassen sich allerdings dogmatisch auch ohne Rekurs auf diese Theorie im deutschen Verfassungsrecht verankern. Insofern ist der Kommunitarismus vor allem eine heuristische Argumentationshilfe.

Carsten Rummel

Die Erziehungspflicht der Eltern

1. Einführung

Der Titel dieses Beitrages bedarf der Erläuterung, suggeriert er doch, man könne die Erziehungspflicht der Eltern für sich allein, unabhängig von dem Geflecht von Normen, in die sie eingebettet ist und ohne die Darstellung der sozialen Bedingungen, unter denen sie erbracht wird, sinnvoll darstellen und verstehen.

Dort, wo die Pflicht der Eltern in der Verfassung unmittelbar Ausdruck findet, im Art 6 Abs. 2 S. 1 GG, stellt sie zunächst einmal ein Abwehrrecht der Eltern dar, das die Eltern privilegiert, die darin beschriebene Aufgabe "zuvörderst" allein ohne Einmischung des Staates auszuüben. Das wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, als es dort als deren "natürliches" Recht bezeichnet wird, um jedoch im nächsten Satz dieses Artikels als ein solches gekennzeichnet zu werden, über dessen Ausübung die staatliche Gemeinschaft wacht.

Damit wird aber schon deutlich, dass die Pflicht der Eltern ihren Kindern gegenüber, soweit sie rechtlich gefasst ist, eigentlich nur in einer ihrer Bedeutung gerecht werdenden Weise dargestellt werden kann, wenn das Angewiesensein sowohl der Kinder als auch der Gesellschaft insgesamt auf die Erfüllung dieser Pflichten durch die Eltern aufgezeigt wird.

Diese besondere Bedeutung dieses Grundrechtes erklärt, warum das Elternrecht im Katalog der Grundrechte das einzige ist, das als "Grundpflicht"¹ ausgestaltet worden ist. Bei allen anderen Grundrechten stellt es die Verfassung in das Belieben ihrer Inhaber, von ihnen Gebrauch zu machen. Eltern hingegen sind gem. Art 6. Abs. 2 S. 1 verpflichtet, dieses Recht durch die Ausübung bzw. Betätigung der damit verbundenen Pflicht auszuüben.

Der Inhalt dieser Pflicht sind die "Pflege" und "Erziehung" der eigenen Kinder, wozu das Grundgesetz durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Eltern "zuvörderst" berechtigt, aber eben auch verpflichtet. Bei der Pflege handelt es sich um die Sorge für das körperliche Befinden. Welches Ziel aber die Eltern mit der "Erziehung" zu verfolgen haben, lässt sich unmittelbar aus diesem Begriff nicht erschließen. Beide Aufgabenbereiche eröffnen den Eltern ein umfassendes, sich im Laufe des Heranwachsenden jedoch wandelndes und mit dem Eintritt des Erziehungserfolges, der Mündigkeit, untergehendes Bestimmungsrecht über ihre Kinder.

Auch darin ist das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S.1 GG einzigartig gegenüber allen anderen Grundrechten, da unserer Rechtsordnung, die auf die Freiheitsentfaltung des Einzelnen zielt, umfassende Rechte eines Menschen über einem anderen fremd sind.²

Das Elternrecht steht damit scheinbar in Widerspruch zu unserer gesamten Rechtsordnung, insbesondere zu der im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden Werteordnung, deren Mittelpunkt "die freie Entfaltung des Einzelnen und die Würde des Menschen" bildet.

¹ Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung, in der es einen ganzen Katalog von Grundrechten gab.

² BVerfGE 24, S.119(144) und E. W. Böckenförde: Elternrecht, Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des Verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: B-sener Gespräche zum Thema Kirche und Staat, Bd.14, S.53(63).

Diese scheinbaren Widersprüche werfen mehrere Fragen auf. Wie will die staatliche Gemeinschaft unter solchen Bedingungen über die "Betätigung" dieses Rechtes wachen? Woher nimmt sie die Kriterien, nach denen sie das Eltern-Kind-Verhältnis unter dem Aspekt der richtigen Erfüllung der darin eingeschlossenen Erziehungspflicht im bürgerlichen Recht ausgestaltet, und wie kann sie die Grenze bestimmen, die sie berechtigt, in das Elternrecht einzugreifen? Inwieweit ist die staatliche Gemeinschaft auf Grund der Bedeutung dieses Rechts verpflichtet, Eltern im Einzelfall Hilfe zu gewähren, bzw. die Bedingungen des Heranwachsenden politisch so zu gestalten, dass Eltern ihre Pflicht unter sozialen Umständen erfüllen, die sie nicht überfordern?

In unserer Gesellschaft stellt die freie Entfaltung des Einzelnen nicht nur den Mittelpunkt der in den Grundrechten eingeschlossenen Werteordnung dar, sondern zugleich auch ein übergreifendes soziales Organisations- bzw. Strukturmerkmal. Im Folgenden soll verdeutlicht werden, dass beide Aspekte in einem unmittelbaren Wechselverhältnis zum Elternrecht und den daraus erwachsenden Pflichten stehen. Wenn wir die dem Elternrecht innewohnende Pflicht als die Aufgabe ansehen, den eigenen Nachwuchs an die Fähigkeit zur Teilhabe an unserer von Freiheit gekennzeichneten Gesellschaft heranzuführen, werden die oben gekennzeichneten Widersprüche als Balanceakte eines sich prozesshaft wandelnden Beziehungsgefüges im Dreiecksverhältnis Kind-Eltern-Staat erkennbar.

2. Elternpflichten und Gesellschaft

2.1 Ein kurzer Blick in die Geschichte

Dieser soll veranschaulichen, wie die historisch unterschiedlichen Grundstrukturen einer Gesellschaft notwendiger Weise die jeweils sittliche bzw. rechtliche Verfasstheit des Eltern-Kind-Verhältnisses bedingen.

In Gesellschaften, in denen die jeweils folgenden Generationen die Traditionen ihrer Vorfahren weiterlebten, stellt Erziehung vornehmlich die Weitergabe von Lebensgewohnheiten und tradiertem Wissen dar. Dabei ist es von erheblicher Bedeutung, welche Funktion der Nachwuchs für die Alterssicherung der Eltern hat. Ist es die Aufgabe des Nachwuchses, die eigenen Eltern im Alter zu ernähren, dann ist keinerlei Grund ersichtlich, warum die Gesellschaft, bzw. der jeweilige Staat sich durch Vorschriften bzw. Kontrolle zu der Frage, wie Eltern ihre Kinder heranziehen, in Beziehung zu setzen hat, denn Eltern werden ihrerseits alles tun, um den Nachwuchs entsprechend dem Eigeninteresse zu befähigen.

Die *Patria potestas* des römischen Rechts³ stattete die Väter daher mit einer uneingeschränkten Verfügungsmacht über die eigenen Kinder aus, die sich vom Recht des Besitzes an Sachen nicht unterschied.

Bei der Begründung des bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1897 lag das Sorgerecht, ausgestattet mit dem Interpretationsprimat und umfassender Bestimmungsmacht über die Kinder, immer noch ausschließlich in den Händen der Väter. Es war jedoch schon von Elementen der Fürsorge geprägt. Bei schuldhafter Verwahrlosung oder Gefährdung der Entwicklung des Kindes hatte der Staat in das Recht des Vaters einzugreifen und das Kind aus der "schädlichen"

³ Dölle: Familienrecht, 1964 Bd.I §1 V 1, S.8 und Böckenförde, E.W.: siehe Anm.38.

Familie zu entfernen⁴, um es diesen schlechten Einflüssen zu entziehen. Irgendwelche Vorschriften über die Art oder gar den Inhalt der Erziehung gab es nicht.

Selbst Jahre nach dem Wirksamwerden des Bonner Grundgesetzes bezeichneten namhafte Juristen wie z.B. Peters das Elternrecht noch als ein Recht, das im Dienst der Selbstentfaltung, bzw. der Selbstverwirklichung der Eltern steht, in das der Staat nur bei einer Kindeswohlgefährdung eingreifen darf. Ansonsten hat er sich jeglicher Einflussnahme durch rechtliche Regulierung zu enthalten.⁵

Die gesellschaftlichen Voraussetzungen, unter denen es konsequent war, Kinder zuvörderst als Objekt elterlichen Interesses anzusehen, waren schon bei der Begründung des BGB Anfang des 20. Jahrhunderts längst nicht mehr gegeben. Denn zu diesem Zeitpunkt schon nicht und erst recht nicht mehr im Nachkriegsdeutschland war es die Aufgabe des Nachwuchses, die eigenen Eltern im Alter zu ernähren, noch reichte die bloße Weitergabe von Traditionen aus, um junge Menschen auf die Anforderungen vorzubereiten, die sie als zukünftige Erwachsene in der sich zunehmend nach dem Prinzip "Freiheit des Einzelnen" entwickelnden Gesellschaft zu bewältigen hatten.

2.2 Die "Freiheit des Einzelnen" als gesellschaftliches Organisationsprinzip und seine Bedeutung für die elterliche Erziehungspflicht

2.2.1 Was benötigt der junge Mensch?

Was benötigt der junge Mensch, um sich in einer Gesellschaft, die von dem Prinzip "Freiheit des Einzelnen" her strukturiert ist und ihre Dynamik zum ständigen Wandel erhält, zu einer "eigenverantwortlichen Persönlichkeit" zu entwickeln?

Das Individuum muss am Ende der Sozialisation fähig sein, auf sich allein gestellt seinen Weg durchs Leben entsprechend seinen Anlagen und Möglichkeiten zu finden und zu gehen. Der ständige Wandel der Lebensbedingungen hat zur Folge, dass Erziehende ihre Schützlinge nicht mehr, wie in traditionellen Gesellschaften, durch Vermittlung von Wissen auf die Zukunft vorbereiten können, da ihnen diese angesichts des gesellschaftlichen Wandels selbst unbekannt ist. Erziehung heißt also in erster Linie, den Nachwuchs mit der Fähigkeit auszustatten, zukünftig mit vollkommen unvorhersehbaren Lebensbedingungen und Herausforderungen fertig zu werden. Dazu bedarf es eines in der Geschichte zuvor kaum gekannten Maßes an Kompetenz zur *Selbststeuerung*.⁶

Die Fähigkeit zur Selbststeuerung in einer vom Wandel gekennzeichneten Gesellschaft setzt voraus, dass das Individuum in der Lage ist, sich jederzeit seiner selbst vergewissern zu können. Hierzu bedarf es der *Identität* im Sinne *statusmäßiger Zuordnung* zu einer Familie, aber auch im Sinne *der sozioemotionalen und soziokulturellen Handlungskompetenz*, sich zu vielen, oft

⁴ Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reiches, Bln. 1998, S.426ff.

⁵ Peters, Hans: Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann-Nepperdey-Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1960, S.383.

⁶ Selbstständigkeit als Erziehungsziel wird von der Mehrheit der Eltern heute anerkannt, siehe hierzu Bertram, Hans/Hennig, Marina: Eltern und Kinder. Zeit, Werte und Beziehungen zu Kindern, in: Bernhard Nauck/Hans Bertram (Hrsg.), Kinder in Deutschland – Lebensverhältnisse von Kindern im Regionalvergleich DJI Familiensurvey 5, S.91-120(111).

auch wechselnden, Lebensbereichen in Beziehung zu setzen, ohne dabei seine Individualität aufzugeben, sie vielmehr dort jeweils zu verwirklichen. Um diese Fähigkeit entwickeln zu können, bedarf das Kind bzw. der junge Mensch der Bindungen, die ihm hierfür den notwendigen Rückhalt geben. Das Kind bzw. der junge Mensch bedarf darüber hinaus elterlicher Beziehungen auch, um bei eigenen Unsicherheiten gegenüber der Umwelt verlässliche, über die unterschiedlichsten Entwicklungen hinweg mit sich identische und nicht fremdbestimmte Partner zu haben, mit denen er sich ohne Angst vor Verlust oder Abwertung auseinander setzen kann. Bindungen zwischen Eltern und Kindern, in denen sich die Eltern frei von Fremdbestimmung auf ihre Kinder beziehen können, stellen unter diesen gesellschaftlichen Bedingungen die soziokulturelle Entfaltungsgrundlage junger Menschen dar, von denen aus sie sich zu teilhabefähigen erwachsenen Mitbürgern entwickeln können. Die *Kontinuität ihrer Bindungen*, insbesondere der Bindungen an die Eltern, ist die wichtigste Grundlage zur Entwicklung einer freiheitsfähigen Persönlichkeit. Die soziale Identität eines Menschen ergibt sich vornehmlich durch das Erleben und Verarbeiten der unterschiedlichen Persönlichkeiten von Mutter und Vater.⁷

2.2.2 Das Erleben der Kinder und die Horizonte der Eltern

Das soziale Gestaltungsprinzip Freiheit des Einzelnen bewirkt aber auch, dass die Lebenslagen der Menschen sich immer weiter auseinander entwickeln. Das hat zur Folge, dass junge Menschen durch die Schule, durch Nachbarschaftskontakte nicht zuletzt auch durch die Medien mit Lebensformen und Anschauungen in Berührung kommen, die häufig mit den Lebensweisen und Werten der eigenen Familie nur schwer vereinbar sind, wenn nicht gar in diametralem Gegensatz zu ihnen stehen. Dieses Auseinanderklaffen der Erlebnisbereiche junger Menschen stellt vor allem dann ein hohes Konfliktpotenzial in der Familie dar, wenn die anderen Lebensformen und Werte anderweitig in der Gesellschaft ein hohes Maß an Anerkennung genießen und damit auf den jungen Menschen eine hohe Anziehungskraft ausüben.

Das hat zur Folge, dass Eltern von ihren Kindern vielfach nicht mehr als Autorität anerkannt werden. Eltern werden unter modernen Sozialisationsbedingungen vor Herausforderungen gestellt, die zu bewältigen vielfach ihre Kompetenzen überfordert.

Trotzdem sind die jungen Menschen darauf angewiesen, dass ihre Eltern auch unter diesen Umständen kraft der eigenen Identität zu ihnen stehen, ihnen Rückhalt geben, aber auch Grenzen setzen. Das allerdings setzt voraus, dass Eltern während der Erziehung aus innerer, ureigenster Überzeugung handeln und argumentieren können. Dazu ist jedoch notwendig, dass der Staat der Privatheit der Familie bzw. der des Eltern-Kind-Verhältnisses Respekt zollt.

Das heißt jedoch nicht, dass es nicht auch für Eltern notwendig ist, angesichts ständig wechselnder Anforderungen an ihre Erziehungsleistungen Orientierungspunkte bzw. Leitbilder vorzufinden, die außerhalb der eigenen Familie ihre gesellschaftliche Verankerung haben.

⁷ Die überwiegende Mehrheit der Kinder begreifen ihre leiblichen Eltern und deren Kinder lebenslang als ihre Familie, auch wenn sie längst nicht mehr mit ihnen zusammenleben und die eigenen Eltern andere Familienformen eingegangen sind, in denen sie z.B. nunmehr als Stiefkinder leben. Siehe auch Olivier, Christiane: Die Kinder des Orest, München 1997.

2.2.3 Das Prinzip Freiheit des Einzelnen bringt Bedingungen hervor, die elterliche Partnerbeziehungen erheblich belasten

2.2.3.1 Die strukturelle Rücksichtslosigkeit der Gesellschaft gegenüber der Familie

Der Wert bzw. die Gratifikation einer Arbeitsleistung des Einzelnen richtet sich danach, welchen Preis seine individuelle Arbeitsleistung erzielt. Das Einkommen aus Arbeit ist daher grundsätzlich unabhängig davon, ob der Arbeitende für sich allein oder für eine große Familie zu sorgen hat. Das Heranziehen von Kindern ist zwar ungeheuer kosten- und arbeitsintensiv, es stellt gleichwohl keinen in ökonomischen Kategorien ausdrückbaren Wert dar, da es, wie oben gezeigt, notwendiger Weise in der "Privatheit der Familie" vollzogen wird.

Der Markt, an dem "gleichberechtigt" teilzunehmen der Ernährer einer großen Familie gezwungen ist, braucht keinerlei Rücksicht auf die mit dieser Leistung verbundenen Belastungen zu nehmen. Menschen, die Kinder erziehen, werden dadurch gegenüber den kinderlosen ökonomisch erheblich benachteiligt. Die überwiegende Mehrzahl der gesellschaftlichen Teilsysteme ist nach einer Organisationslogik aufgebaut, die das Vorhandensein des Humanvermögens und der entsprechenden Daseinskompetenzen⁸ als immer schon gegeben voraussetzt. Familienmitglieder, die in diesen, der Marktlogik verpflichteten Organisationen den Familienunterhalt verdienen, müssen sich im Konflikt zwischen Anforderungen dieser Organisation und solchen aus der Familie zwangsläufig für die Organisation entscheiden. Der fünfte Familienbericht der Bundesregierung bezeichnete dieses Phänomen als "strukturelle Rücksichtslosigkeit" der Gesellschaft gegenüber der Familie.⁹

2.2.3.2 Die Benachteiligung der Frauen

Vor dem Hintergrund der historisch überkommenen Arbeitsteilung innerhalb der Familie werden Frauen durch diese Marktlogik besonders benachteiligt, da ihre innerhalb der Familie erbrachten Leistungen keinen auf dem Markt realisierbaren Wert darstellen. Zu Recht wollen sie diese kulturell vorgegebenen Strukturen nicht mehr fraglos hinnehmen und fordern gleiche Chancen. Die damit verbundenen Rollenkonfusionen innerhalb der Familie, die sich aus dem Prozess der zunehmenden Gleichberechtigung der Frauen ergeben, haben für alle Familienmitglieder Orientierungsschwierigkeiten zur Folge.¹⁰

⁸ So fünfter Familienbericht der Sachverständigen-Kommission, Bonn 1995, BT-Drucks, 12/7560, S.26. "Familie entfaltet sich in einem Prozess, der hohes personales Engagement auf die Dauer erfordert, in einem Prozess der permanenten Umwidmung persönlicher Zeit und persönlicher Verfügungsgewalt über Ressourcen im Hinblick auf andere. In solchen familiären Beziehungen bilden sich die Persönlichkeitsmerkmale von Menschen in ihrer je individuellen Prägung aus. Dort vollzieht sich das Heranreifen von Kindern als "Aufbau der sozial-kulturellen Person" in Phasen des Erlebens, des Erlernens und des Sich-Aneignens von Handlungspotenzialen, im Erwerb der Fähigkeit, sich selbst in komplexe Felder sozialer Beziehungen einzuordnen und mit diesen gestaltend umzugehen. Die Familienberichtscommission bezeichnet derartige Fähigkeiten als Daseinskompetenzen, ebenso Kaufmann, Franz-Xaver: Zukunft der Familie im vereinten Deutschland, München 1995, S.26ff.

⁹ Ebenda, S.21ff.

¹⁰ Ebenda, S.22.

2.2.3.3 Die Bedeutung der Liebesbeziehung für das Individuum

In unserer Gesellschaft ist jedes Individuum gezwungen, die wesentlichen Lebensbedingungen auf sich selbst gestellt, losgelöst von kooperativen bzw. familiären Strukturen in Form von Vereinbarungen bzw. von Verträgen auszuhandeln. Das hat Verkehrsformen hervorgebracht, die den Agierenden fast dauernd eine differenzierende Disziplinierung ihrer Emotionen abverlangt. Freiheit des Einzelnen heißt für viele nicht zuletzt auch Freiheit von emotionaler Geborgenheit, Freiheit von vorgefundenen Sinnbezügen, z.B. durch Religion oder Glauben.

Dadurch ist der Einzelne auf das Vorhandensein eines Lebensbereiches angewiesen, der es ihm ermöglicht, dieses hohe Maß an ständiger Selbstdisziplinierung zu kompensieren. Das ist in unserer Gesellschaft der Ort der Privatheit, die Familie, insbesondere die Partnerbeziehung. Sie wird vielfach zum Lebenssinn. Die Mehrheit der Familien geht aus Beziehungen hervor, in denen die Erwachsenen einander in 'Liebe' zugetan sind. "Unter dem Einfluss des christlichen Eheideals gelang es der bürgerlichen Gesellschaft, die romantische Liebesvorstellung normativ an die Ehe und Familie zu binden."¹¹ Liebe entsteht in unserer Kultur vornehmlich durch Projektion von Wunschvorstellungen bzw. Übertragungen auf den Partner, die häufig mit dessen sozialer bzw. personaler Realität wenig zu tun haben. Damit unterliegen diese Beziehungen jedoch einem Erwartungsdruck, der vielfach aus unrealistischen Wunschvorstellungen des Liebenden herrührt, denen die geliebte Person auf Dauer nicht gerecht wird.

Versagen diese Übertragungen und werden diese Projektionen angesichts der sozialen Realität, die gerade durch die Ankunft eines Kindes ihr ökonomisch hartes Gesicht zeigt, enttäuscht, so wandelt sich Liebe nicht selten in ihr Gegenteil, in Hass. Zudem zerbricht für viele mit dem Scheitern der Partnerschaft der einzige emotionale Halt, den sie haben. Obwohl die Scheidungsforschung zeigt, dass das Vorhandensein von Kindern in einer Ehe das Scheidungsrisiko signifikant mindert¹², werden doch zunehmend mehr Kinder von diesem Ereignis betroffen.

Damit geht zugleich eine erhebliche Gefährdung jener psychosozialen Voraussetzungen, nämlich die Kontinuität ihrer Beziehungen, die sie für ihre Persönlichkeitsentwicklung benötigen, einher. Nicht zuletzt, weil ein großer Teil der davon betroffenen Eltern große Schwierigkeiten hat, die mit Trennung und Scheidung einhergehenden Krisen zu bewältigen und darüber hinaus auch noch die Interessen der Kinder ausreichend wahrzunehmen.

2.2.4 Die soziokulturellen Muster der Verarbeitung dieser Konflikte

Die aus der ökonomischen Benachteiligung, der strukturellen Rücksichtslosigkeit und dem ungeheueren Bedeutungszuwachs von Liebesbeziehungen resultierenden Belastungen werden in den Familien in erster Linie *subjektiv als durch den Partner vermittelt oder verursacht* erlebt. Das alles trägt dazu bei, dass elterliche Paarbeziehungen erhebliche Spannungen auszuhalten haben, mit der Folge, dass sie auseinander brechen, bevor sich die Kinder von ihnen im Prozess der natürlichen Ablösung getrennt haben.

¹¹ Kaufmann, Franz Xaver: Die Zukunft der Familie im vereinten Deutschland, München 1995, S.26ff.

¹² Klein, Thomas: Scheidungsbetroffenheit im Lebensverlauf der Kinder, in: Bernhard Nauck/Hans Bertram (Hrsg.), Kinder in Deutschland – Lebensverhältnisse von Kindern im Regionalvergleich DJI Familiensurvey 5, S.253.

Die Gefühle der Partner untereinander geraten in Widerspruch zu den Wünschen der Kinder nach Harmonie ihrer Eltern, und nicht weniger häufig nach der Erhaltung unbelasteter bzw. angstfrei erlebter Beziehungen zu beiden Eltern.

Das alles macht es den Eltern sehr schwer, nach der Trennung *gemeinsam verantwortlich* für die eigenen Kinder zu handeln. Nicht zuletzt deswegen, weil sich in unserer Gesellschaft für die Bewältigung dieser Probleme nur sehr langsam ein entsprechendes gesellschaftsweit anerkanntes Verantwortungsbewusstsein herausbildet.

Das Prinzip der Freiheit des Einzelnen, das jedem abverlangt, sich möglichst eigenständig und selbstverantwortlich zu behaupten, hat eine Wahrnehmungskultur sozialer Zusammenhänge und Probleme hervorgebracht, die die *Erlebnis- und Durchsetzungsebene des einzelnen Erwachsenen fast zwangsläufig in den Vordergrund* rückt. D.h. aber, dass überindividuelle Gemeinsamkeiten insbesondere ethische Prinzipien angesichts der vordergründigen Durchsetzungsstrategien der individuell Agierenden aus dem Blickfeld geraten. Weder auf der Ebene des Marktes noch auf der des politischen Tagesgeschäftes gehört der Nachwuchs zu den Agierenden. Folglich haben seine Interessen an angemessenen Entwicklungsbedingungen nur unter Berufung auf *ethische Prinzipien* eine Chance der Durchsetzung, wodurch sie gegenüber den Interessen der Agierenden ständig der Gefahr der Benachteiligung ausgesetzt sind.

Der einzig überindividuelle Begriff, den unsere Gesellschaft noch hochhält, nämlich den der *Familie*, kann aber insbesondere dann, wenn Eltern sich trennen und damit den Zusammenhalt der Familie, aus dem die Kinder hervorgegangen sind, zerstören, gerade nicht den Weg aus den zu lösenden Widersprüchen weisen.

In den Kindern bleiben die Bindungen aus den Familien, aus denen sich die Eltern gerade verabschiedet haben, weiter erhalten, mit dem Wunsch, ganz selbstverständlich weiter erwidert und angstfrei erlebt werden zu können.¹³ Ihre Eltern begreifen sich jedoch nicht mehr als zu derselben Familie gehörig, sondern jeweils zu einer anderen. Zum Wesen der Familie gehört es, dass alle Familienmitglieder einen *gemeinsamen intimen sozialen Innenraum* bilden, gegenüber dem alle Menschen, die eben nicht zur Familie gehören, ein *Außen* darstellen. Die jeweils andere Familie stellt sich jedoch für die Familie in der ein Elternteil des Kindes nach der Trennung von der Kernfamilie lebt, genau so als *Außen* dar wie die sonstige Öffentlichkeit. Die Aufrechterhaltung der Bindungen des Kindes zu dem Elternteil, mit dem es jetzt nicht mehr unter einem Dach lebt, stellt also zugleich auch immer ein Durchbrechen jener für die Familie selbstverständlichen Innen/Außengrenze dar. Das erfordert von allen Beteiligten sehr differenzierte Balanceakte.

Will man daher auch unter diesen Bedingungen die in den Kindern entstandenen *Bindungen schützen*, gilt es, ein Bewusstsein für neue Formen *familienübergreifender Verantwortung für Kinder herauszufordern*, das über die Grenzen der Familien, in der die Eltern nach ihrer jeweiligen Trennung gerade leben, hinweg, den Schutz der Beziehungen und Bindungen der Kinder zum Inhalt hat. Um diesen schwierigen, das System Kleinfamilie übergreifenden Aspekt elterlicher Verantwortung zu verdeutlichen, scheint es notwendig, im familienbezogenen Sprachgebrauch den Begriff *Familie* durch den der *elterlichen Verantwortungsgemeinschaft* zu ergänzen. Mit diesem Begriff hätte man die Beschreibung eines Systems, das es möglich macht, die Struktur der Verantwortung und die Differenzierung der Pflichten gegenüber dem Kind, aber auch die der Familien untereinander, deutlich zu machen.

¹³ Kaufmann, Franz Xaver: Die Zukunft der Familie.

Der Herausbildung einer entsprechenden Verantwortungsethik steht jedoch eine Kultur *der Versubjektivierung individuell erlebter Konflikte* durch die zunehmende *Psychologisierung sozialstrukturell verursachter Probleme* entgegen. Betrachtet man nämlich die oben geschilderten Belastungen und die daraus resultierenden Probleme, vornehmlich auf der Ebene des subjektiven Erlebens, und versucht diese mit einem vordergründig psychologischen Verständnis zu verarbeiten, wozu auch die sozialpädagogischen Professionen neigen, so lässt sich daraus kaum ein *Orientierung stiftendes Verantwortungsbewusstsein*, wie es zuvor dargelegt wurde, entwickeln. Nicht zuletzt deshalb, weil die Komplexität des Systems, dem das Individuum angehört, zugleich aber auch die gesellschaftlichen Bedingungen und Widersprüche, die es zu verarbeiten hat, dethematisiert werden. Gerade die Psychotherapie sieht es auch heute noch als ihre Aufgabe, die Menschen von inneren Hemmnissen zu befreien, die ihren Ursprung in der Verinnerlichung von Normen haben, die auf Grund sozialer Veränderungen ihre soziale Funktion verloren haben und deswegen der aktuellen Realisierung vitaler Interessen und Bedürfnisse der Individuen im Wege stehen.¹⁴

Tritt einem derart sozialisierten Helfer die Not des Mitgliedes einer Familie, bzw. einer Verantwortungsgemeinschaft mit seinem subjektiven Hilfebedürfnis entgegen, das seine Ursache jedoch in dem System hat, dem es angehört, so besteht die Gefahr, dass er dieses so begreift bzw. so behandelt, als sei es in erster Linie ein individuelles.

Jedes System ist mehr als die Summe seiner Teile. Die in dem jeweiligen System entstandene Not kann daher nur in einer systemverträglichen und für das Individuum langfristig wirksamen Form behoben werden, wenn sich sämtliche Systemmitglieder aus einem gemeinsamen Aufgabenverständnis auf diese Not beziehen.

Wird dies verkannt und setzt Hilfe allein bei dem einzelnen Individuum an, dann besteht die Gefahr, dass man es gegen das jeweilige System aufrüstet und damit dessen innere Widersprüche verschärft. Steht dieses im Dienst der Sozialisation eines Kindes, so ist diesem am allerwenigsten damit gedient, da sich die Widersprüche, denen es ausgesetzt ist, langfristig verschärfen.

Hinzu kommt, dass sich das *Helfersystem* gerade im Bereich des Kindschafts- und Jugendrechtes immer weiter *ausdifferenziert*. Mit der letzten Kindschaftsrechtsreform sind zwei neue Berufe, der *Anwalt des Kindes*¹⁵ und der *Umgangsbegleiter*,¹⁶ aus der Taufe gehoben worden¹⁷. Damit werden familiäre Angelegenheiten immer intensiver zum Gegenstand professioneller Bearbeitung.

Berufliches Handeln ist im Gegensatz zu familialem Handeln notwendiger Weise von einer *Doppelstruktur* beherrscht. Zum einen dient berufliche Arbeit gesellschaftlich anerkannten Zielsetzungen, zum anderen den *privaten Reproduktionsinteressen der Berufstätigen*. Im Widerstreit beider Aspekte ist der Berufstätige um seiner Selbsterhaltung willen gezwungen, den eigenen Reproduktionsinteressen Vorrang einzuräumen.¹⁸ Jeder Beruf lebt davon, einen *be-*

¹⁴ Hierzu Rummel, Carsten: Die Freiheit, das Chaos der Liebe und die Notwendigkeit einer neuen Generationenethik, in: Christian Büttner u.a. (Hrsg.), Gestalten der Familie – Beziehungen im Wandel. Jahrbuch für psychoanalytische Pädagogik 11, 2000, S.127(141).

¹⁵ §50 FGG.

¹⁶ §1684 Abs.4, S.3, BGB.

¹⁷ Man könnte fast meinen es sei zum Motto unserer "zweiten oder dritten Moderne" geworden. "Wir haben ein Problem, also machen wir einen neuen Beruf daraus."

¹⁸ Beck, U./Brater, M./Daheim, H. J.: Soziologie der Arbeit und der Berufe, Hamburg 1980, S.243ff.

grenzten Gegenstandsbereich bewältigen zu können. Die Addition verschiedener professioneller Sichtweisen ergibt jedoch niemals das Ganze des zu lösenden Problems. Hinzu kommt, dass in kaum einem anderen professionellen Tätigkeitsfeld die *subjektiven Sichtweisen der professionellen Helfer* ein derart starkes Gewicht haben.

Damit sind private Angelegenheiten, die beruflich bearbeitet werden, in hohem Maße der Gefahr der Fremdbestimmung ausgesetzt, die durch das Hervorbringen neuer Helferberufe stetig zunimmt.¹⁹ Vor Fremdbestimmung muss jedoch unsere von Freiheit gekennzeichnete Gesellschaft die Individuen im Bereich familialer Beziehungen, insbesondere dann, wenn sie für die Sozialisation junger Menschen von zentraler Bedeutung sind, so weit als möglich schützen. Bei aller Kritik an den Professionen und am Helfersystem muss an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass es eben auch eine kritische Berufspraxis gibt, die z.B. im Felde der psychosozialen Beratung zu einer Relativierung bzw. Ablösung individuenzentrierter Methoden durch systemische Verfahren geführt hat. Insbesondere in der Familien-, Trennungs- und Scheidungsberatung, deren Bedeutung durch die Kindschaftsrechtsreform (§ 613 Abs. 1 S. 2 ZPO i.V.m. § 17 Abs. 2 KJHG) erheblich gestärkt worden ist, hat ein Paradigmenwechsel zum systemischen bzw. mediativen Arbeiten stattgefunden. Auch die Einführung des Hilfeplans im § 36 Abs. 2 S. 2 KJHG in den Vorschriften über Mitwirkung und Zusammenarbeit stellt einen Versuch dar, die oben genannten Probleme in den Griff zu bekommen. Zum einen dient er dazu, die Aktivitäten der unterschiedlichen Professionen zu koordinieren und zum anderen, die Autonomie der Klientel durch die Teilhabe an der Ausgestaltung der Hilfsmaßnahmen so weit als möglich zu wahren.

Trotz dieser gegenläufigen Tendenz stellt sich die Frage, ob in dem zuvor genannten Zusammenhang die Ursache dafür zu suchen ist, dass in der Öffentlichkeit ein Bild von Familie entstanden ist, das in erster Linie davon geprägt ist, dass sie die von ihr erwarteten Sozialisationsaufgaben nur unzureichend erfüllt. Dabei wird verkannt, dass die überwiegende Mehrheit der Familien im Nachkriegsdeutschland in einem Umfang in die qualifizierte Ausbildung des eigenen Nachwuchses investiert hat, wie das in der Geschichte zuvor unbekannt war.²⁰ Im Übrigen wird von der Mehrheit der Mitbürger die Zugehörigkeit zu einer Familie und die Bereitschaft zum Einsatz für diese bejaht. Werden jedoch die hohen Erwartungen, die man ihr gegenüber entfaltet, enttäuscht, ist man heute schneller als früher geneigt, sich von ihr zu trennen. Es gibt weder sittliche noch rechtliche Möglichkeiten, diese Entwicklung aufzuhalten.

All das spricht dafür, dass es darauf ankommt, die Eltern zu befähigen, auch unter diesen schwierigen Umständen die Interessen ihrer Kinder möglichst selbst zu wahren. Hierzu benötigen sie jedoch eindeutiger Orientierungen. Woher diese jedoch nehmen, wenn es außer dem Recht keine Instanz gibt, auf die sich im Konflikt alle gleichermaßen berufen?

3. Die Erziehungspflicht der Eltern und die staatliche Gemeinschaft

Damit stellt sich die Frage, welchen Beitrag die staatliche Gemeinschaft als Gesetzgeber, als Verwaltung und als Rechtsprechung zu leisten hat, damit Eltern auch unter den oben be-

¹⁹ Siehe auch Rummel, Carsten: Die Freiheit, die Reform des Kindschaftsrechts und das "ganz normale Chaos der Liebe", Zentralblatt für Jugendrecht, 84 Jhrg., 1997, S.202(207).

²⁰ Bertram, Hans/Hennig, Marina: Eltern und Kinder. Zeit, Werte und Beziehungen zu Kindern, in: Bernhard Nauck/Hans Bertram (Hrsg.), Kinder in Deutschland, S.91ff.

schriebenen Bedingungen die Verantwortung ihren Kindern gegenüber angemessen wahrnehmen können.

Kann die Berufung auf das Recht bzw. die Verfassung helfen, die oben dargelegten Benachteiligungen von Menschen, die Elternverantwortung übernehmen, zu mildern? Kann Recht angesichts der oben gekennzeichneten Unüberschaubarkeit elterlicher Aufgaben, angesichts des modernen Partnerschaftsverhaltens von Eltern und im Hinblick auf die Ausuferung der Helfersysteme Orientierung verschaffen und damit familiäre bzw. elterliche Autonomie als Grundvoraussetzung der Erziehung zur Eigenständigkeit schützen?

3.1 Die sozialen Rahmenbedingungen von Erziehung und das Sozialstaatsprinzip

Erziehung ist Privatsache der Eltern. Im Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wird sie als "natürliche" Recht und ihnen "zuvörderst" obliegende Pflicht gekennzeichnet. Lange Zeit ist daraus abgeleitet worden, dass die materiellen Aufwendungen für die Erziehung von Kindern daher auch als das private Risiko der Eltern anzusehen sind.²¹ Das ändert jedoch nichts daran, dass die Gesellschaft insgesamt auf die von den Eltern erbrachte Erziehungsleistung angewiesen ist, jedoch diejenigen, die Elternverantwortung übernehmen, trotzdem erhebliche Nachteile gegenüber denjenigen hinnehmen müssen, die keine Kinder haben. Kein Wunder, dass die Geburtenraten zurückgehen und auf der anderen Seite ein immer größer werdender Teil der Neugeborenen unter Verhältnissen aufwachsen muss, die als arm zu bezeichnen sind, und die dadurch in ihrer Entwicklung zu "eigenverantwortlichen gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten" beeinträchtigt sind. Damit besteht für einen Staat, der sich im Art. 20 Abs. 1 seiner Verfassung "als demokratischer und sozialer" bezeichnet, nicht nur die Aufgabe, sondern auch die Pflicht, sich der oben beschriebenen Benachteiligungen anzunehmen und statt dessen eine Sozialordnung anzustreben, die diese, wie das Bundesverfassungsgericht es mehrfach hervorgehoben hat²², mindert. Nicht nur weil die Übernahme von Elternverantwortung erhebliche Nachteile mit sich bringt, sondern auch weil die Teilhabefähigkeit an Demokratie Daseinskompetenzen voraussetzt, die unter deprivierenden Bedingungen des Aufwachsens schwer anzueignen sind. Damit ist der Gesetzgeber nicht nur legitimiert, sondern auch verpflichtet²³, im Sinne der rechtsstaatlich vorgegebenen Werteordnung in den gesellschaftlichen Bereichen, die für die Bedingungen, unter denen Erziehungspflicht erbracht wird, wesentlich sind, tätig zu werden.²⁴ Wie der Staat diese Aufgabe verwirklicht, steht in seinem Ermessen.^{25/26} Obwohl der Bundesgesetzgeber mit § 1 Abs. 3 S. 4 KJHG auf der kommunalen Ebene die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet hat, diese Rahmenbedingungen herzustellen, können daraus im Allgemeinen keine subjektiven Ansprüche abgeleitet werden.

²¹ BVerfGE 43, 121(1976). Unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 6 II 1 GG, stellt es fest: Die individuelle, auch finanzielle Verantwortung der Eltern für ihre Kinder lässt die volle steuerliche Berücksichtigung der Unterhaltsaufwendungen zu Lasten der Allgemeinheit und der Gesamtheit der Steuerzahler verfassungsrechtlich als nicht geboten erscheinen. Wie bekannt, ist das Bundesverfassungsgericht von dieser Aussage im Steuer- und im Rentenrecht wegweisend abgerückt.

²² BVerfGE 5, 85(198); 22, 180(204); 27, 253(283); 35, 220(235); 59, 231(262).

²³ Maunz-Dürig: Grundgesetzkommentar Art. 20 GG Anm. VIII 8.

²⁴ Erichsen, H. U.: Elternrecht-Kindeswohl-Staatsgewalt, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, S. 18.

²⁵ BVerfGE 18, 257(273); 29, 221(235).

²⁶ An dieser Stelle muss betont werden, dass seit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur steuerlichen Freistellung des Existenzminimums von Kindern sehr viel in Gang gekommen ist.

Die Umsetzung dieser Vorgaben bleibt damit der Politik vorbehalten. Für diese ergeben sich jedoch aus dem Grundgesetz eine Anzahl von Verpflichtungen familienpolitischer Natur, die mehrfach vom Bundesverfassungsgericht festgestellt und angemahnt worden sind.²⁷

3.2 Elternpflichten und der Staat als Gesetzgeber

Sowohl 1979 als auch 1997 ist das Kindschaftsrecht grundlegend reformiert worden. Beide Reformen haben unmittelbare Auswirkungen auf den Inhalt und die Grenzen der elterlichen Erziehungspflichten und die komplementäre Rolle des Staates.

3.2.1 Elternpflichten und die Kindschaftsrechtsreform von 1979

In den Siebzigerjahren setzte eine vehemente fachpolitische und öffentliche Debatte ein, in der u.a. darauf hingewiesen wurde, dass es der gesellschaftliche Wandel notwendig mache, die Aufgabe elterlicher Erziehung in erster Linie in der Befähigung des Kindes zu zukünftiger Selbstständigkeit und Selbsterhaltungsfähigkeit um ihrer selbst und der Gesellschaft willen zu begreifen. Dieser Wandel müsse auch im Recht seinen Niederschlag finden.

Die im Jahre 1979 verabschiedete und am 1.1.1980 in Kraft getretene Reform des Kindschaftsrechts²⁸ kann als die politische Antwort des Gesetzgebers auf diese, teilweise sehr scharf geführte, den gesellschaftlichen Wandel reflektierende Debatte angesehen werden.

Von ihrem Anspruch her hat sie das Kindeswohl, dessen Leitbild die eigenverantwortliche und selbsterhaltungsfähige Persönlichkeit des zukünftigen jungen Erwachsenen ist, zum obersten Gestaltungsprinzip des Eltern-Kind-Verhältnisses im Familienrecht erhoben.²⁹

Das wurde insbesondere dadurch augenfällig, dass den Eltern in der Leitvorschrift des Kindschaftsrechts, dem § 1626 BGB, in dessen Abs. 2 aufgegeben wurde, mit ihren Kindern sie betreffende Entscheidungen zu besprechen, um auf diese Weise deren wachsende Fähigkeit und deren wachsendes Bedürfnis zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Zugleich wurde die Bestimmungsmacht der Eltern dadurch eingeschränkt, dass ihnen von Gesetzes wegen im dem neugefassten § 1631 a BGB aufgegeben wurde, bei Fragen der Ausbildung und des Berufes insbesondere auf Eignung und Neigung ihrer Kinder Rücksicht zu nehmen, weil man davon ausging, dass Entscheidungen in diesem Bereich für den gesamten Lebensweg von ausschlaggebender Bedeutung sind. Missachten Eltern das in § 1631 a Abs. 1 BGB niedergelegte Gebot der Rücksichtnahme, so kann der Minderjährige das Vormundschaftsgericht anrufen. Dieses war seinerseits ausdrücklich durch den Abs. 2 des § 1631 a BGB ermächtigt worden, die erforderlichen Erklärungen der Eltern zu ersetzen. Die Unter-

²⁷ In einer Entscheidung vom 7.7.1992 hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber aufgefordert, die mit der Verfassung nicht vereinbaren Benachteiligungen von Eltern, die durch Kindererziehungszeiten im Rentensystem entstehen, aufzuheben: BVerfGE 87, 1. In anderen Entscheidungen, u.a. der v. 10. Nov.1998 hat es den Gesetzgeber verpflichtet, das Existenzminimum für Kinder einkommensrechtlich zu berücksichtigen (2 BvR 1220/93).

²⁸ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge v. 18.7.1979 (BGBl. I S.1061).

²⁹ Was bis dahin vielfach von der Rechtsprechung schon so gehandhabt wurde, so z.B. bei der Frage, ob bei einem Eingriff gem. §1666 BGB elterl. Verschulden vorliegen muss, wie es der Gesetzeswortlaut, a.F. verlangte.

bringung eines Kindes, die mit Freiheitsentzug des Kindes verbunden ist, ist seitdem durch § 1631 b BGB nur noch mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts möglich.

Eingriffe in das Elternrecht können seit dieser Reform durch die Neufassung des § 1666 BGB bei Gefährdung des Kindeswohls unabhängig vom Verschulden der Eltern durchgeführt werden.

Im § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB wurde festgelegt, dass eine Scheidung zwingend zur Folge haben müsse, dass einem Elternteil allein das Sorgerecht zugeordnet wird, auch dann, wenn beide Eltern sich für die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts aussprechen. Begründet wurde dies mit der Absicht, das Kind aus zukünftigem, sicher zu erwartendem Streit der Eltern herauszuhalten und stattdessen sein Wohl durch klare Verhältnisse³⁰ zu sichern. Letztere hielt man seinerzeit für die Entwicklung des Kindes wichtiger, als den Erhalt elterlicher, mit rechtlicher Kompetenz ausgestatteter Beziehungen.

Diese auf die zukünftige Entwicklung des Nachwuchses zur Selbstständigkeit ausgerichtete Struktur des Sorgerechts hatte zur Folge, dass damit der elterlichen Erziehung nicht nur ein Leitbild vorgegeben wurde, sondern zugleich auch eine Einschränkung der bis dahin scheinbar uneingeschränkten Bestimmungsmacht der Eltern über ihre Kinder im Bereich der berufsbezogenen Ausbildung, aber auch bei Unterbringungen, die mit Freiheitsentzug verbunden sind, normativ durchgesetzt wurde.

Nicht nur die dem Gesetz vorhergehenden Diskussionen, sondern auch das Gesetz selbst stieß auf heftigen politischen und fachlichen Widerstand. Das allerdings wird verständlich, weil vieles von dem, was Kindheit, Elternschaft und insbesondere Familie im sittlichen Alltagsverständnis eines Teils der Bürger seinerzeit ausmachte, als jenseits aller gesellschaftlichen Veränderungen, überzeitlich, sittlich und normativ unabänderlich begriffen wurde.

Wieso kann sich der Staat anmaßen, Eltern vorzuschreiben, wie sie ihre Kinder zu erziehen haben? Woher nimmt er die Legitimation, unabhängig vom elterlichen Verschulden in das Eltern-Kind-Verhältnis einzugreifen? Die Familie ist von jeher ein staatsfreier, in seiner inneren Geschlossenheit geschützter Raum. Die Freiheit des Einzelnen findet als zentraler Wert immer mehr Anerkennung, trotzdem schränkt der Staat die elterliche Bestimmungsmacht mit diesem Gesetz ein?

3.2.1.1 Erziehungsziele in der verfassungsrechtlichen Debatte

Oben hatten wir gesehen, dass noch zur Zeit der Begründung der BRD maßgebende Autoren zutiefst davon überzeugt waren, dass sich der Gesetzgeber jeglicher Definition von Erziehungszielen oder Verhaltensvorschriften gegenüber den Eltern im Familienrecht zu enthalten habe.³¹ In der verfassungsrechtlichen Literatur ist diesbezüglich eine heftige, jedoch auch lehrreiche Auseinandersetzung geführt worden.

Noch 1980 argumentiert Schmitt-Glaeser, dass die mit der Kindschaftsrechtsreform im § 1626 Abs. 2 BGB ausgesprochene Verpflichtung der Eltern, mit ihren Kindern sie selbst betreffende Angelegenheiten zu besprechen, insbesondere dann eine Überforderung der Eltern darstelle, wenn diese selbst autoritär erzogen worden seien. Man verlange ihnen etwas ab, wozu sie

³⁰ BT-Drucks. 8/2788 S.63.

³¹ Siehe Anm.5.

selbst faktisch nicht in der Lage seien. Das aber laufe auf die Erziehung der Erzieher hinaus und stelle einen Eingriff in den durch Art. 6 GG besonders geschützten Binnenraum der Familie dar.³² Damit würde man aber den Interpretationsprimat der Eltern antasten. Nur in einer vom Staat nicht okkupierten und rechtlich nicht dirigierte Familie können sich eigengeartete, an der Individualität der Eltern ausgerichtete und damit im Sinne einer Pluralität der Lebenshaltung von anderen Menschenkindern verschiedene Persönlichkeiten entwickeln.³³ In diesem Sinne sei Familie die Schule der Personalität und Basis kultureller Pluralität. Der Innenraum der Familie sei jedoch auf Grund der verfassungsrechtlichen Stellung der Familie für staatliche Gestaltungswünsche nicht zugänglich. Im Bereich der Familie scheide die unmittelbare Berufung auf die Grundrechte aus, die Kindergrundrechte kämen aber mittelbar im Verhältnis zu den Eltern in der Ausgestaltung des Elternrechts als Elternverantwortung zur Geltung. Darüber hinaus bedürften sie, solange kein Missbrauch der elterlichen Macht, die Grenzen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG überschreite und das staatliche Wächteramt auf den Plan rufe, im Eltern-Kind-Verhältnis keiner besonderen Berücksichtigung.³⁴ Die Verfassung lasse die Dekretierung derartiger Ziele, Mittel und Methoden nicht zu, daher sei § 1626 Abs. 2 BGB (ebenso §§ 1631 a Abs. 1 u. § 1631 b BGB) verfassungswidrig, einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich und daher nichtig.³⁵

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Ossenbühl³⁶, mit der Begründung, Erziehung beschränke sich auf den "Innenraum Familie", der einer Regelbarkeit entzogen sei. Aus dem Begriff "Erziehung" ließen sich keine Ziele ableiten.³⁷

Stellt man diese Argumentation den oben beschriebenen Veränderungen der Sozialisationsbedingungen entgegen, die sich vor allem dadurch auszeichnen, dass Eltern kaum noch eine Vorstellung von dem haben können, was ihre Kinder später zu bewältigen haben, erscheint es zweifelhaft, ob Familie ohne jegliche Orientierung von außen die Daseinskompetenzen vermitteln kann, die angesichts des gesellschaftlichen Wandels zur Lebensbewältigung notwendig sind.

Im Gegensatz zu Gläser und Ossenbühl knüpft der Verfassungsrechtler E. W. Böckenförde³⁸ nicht an den Begriff Familie, bzw. dessen geschützten Innenraum an, sondern an die inhaltliche Begründung und Rechtfertigung des elterlichen Erziehungsrechtes im Lichte der Grundstrukturen unserer Verfassung, die sich besonders dadurch auszeichnet, dass sie jedem Indivi-

³² Schmitt-Glaeser, Walter: Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980, S.63. Art.6 GG insbesondere auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines elterlichen Erziehungsprimats, ist ein "Anti" zum vorhergehenden Verfassungszustand, der Allstaatlichkeit des Nationalsozialismus, aber auch zu anderen "alten" und "neuen" Diktaturen. Die Sinnerfüllung des Art.6 GG, insbesondere des elterlichen Erziehungsrechts, hat nichts mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe von Erziehungszielen oder Erziehungsmethoden zu tun. Der Sinn des Art.6 GG besteht vielmehr gerade darin, dass ein "Raum der Privatheit" freigehalten wird, in dem sich die Familie und ihre Mitglieder möglichst unbeeinträchtigt von staatlichen Regulierungen in der Kontinuität ihrer Natürlichkeit frei entfalten können.

³³ Ebenda.

³⁴ Ebenda, S.64.

³⁵ Ebenda, S.65.

³⁶ Ossenbühl, Fritz: Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Berlin 1981.

³⁷ Ebenda, S.58-62.

³⁸ Böckenförde, Ernst Wolfgang: Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Essener Gespräche zum Thema Kirche und Staat, Bd.14, S.53-98 bzw. Diskussion.

duum eine Subjektstellung gewährt und von daher die Menschenwürde und Grundrechtsträgerschaft eines jeden Kindes respektiert.

Als Grundlage für die Prüfung der Frage, ob dem Gesetzgeber eine inhaltliche Gestaltungsaufgabe im Eltern-Kind-Verhältnis zukomme oder nicht, könne weder der Freiraum der Familie noch das Entfaltungsinteresse der Eltern herangezogen werden, sondern das Interesse des Kindes an seiner Persönlichkeitsentfaltung. Böckenförde führt dazu aus: "Elterliche Erziehung ist eine objektiv notwendige Bedingung für das Seinkönnen und Mündigwerden des Kindes."³⁹ Es ist also das Angewiesensein des Kindes auf den Schutz, die Pflege und nicht zuletzt auf die erzieherische Lenkung. Müsste das Kind letzterer entbehren, erlange es nicht automatisch die emanzipatorische Freiheit, sondern müsste in seiner Entwicklung zur Freiheitsfähigkeit verkümmern. Böckenförde hebt deswegen hervor, dass das elterliche Erziehungsrecht und die damit verbundene *Bestimmungsmacht* nicht *Eingriff* in die Freiheit des Kindes durch Fremdbestimmung darstellt, sondern notwendige Bedingung seiner *Hinführung zur Selbstbestimmung und späterer Freiheitsfähigkeit*. Es ist also in erster Linie der Freiheits- und Entfaltungsanspruch des Kindes selbst, der das Erziehungsrecht der Eltern begründet, und nur sehr bedingt das Entfaltungsinteresse der Eltern.⁴⁰

Es ist aber der Freiheits- und Entfaltungsanspruch des Kindes, der die mit dem Elternrecht verbundene Bestimmungsmacht⁴¹ der Eltern als notwendig voraussetzt⁴², diese jedoch zugleich auch inhaltlich strukturiert und begrenzt. Da das Kind nicht in der Lage ist, Dritten gegenüber für sich selbst rechtlich relevant zu handeln, umfasst sie auch die Vertretungsmacht für das Kind.

Wenn der tragende Grund des elterlichen Erziehungsrechtes die Notwendigkeit der Persönlichkeitsentfaltung bzw. Hinführung des Kindes zur Selbstbestimmung und Eigenverantwortung des Kindes darstellt, so findet es darin auch seine inhaltliche Ausrichtung und Begrenzung. Das formelle Erziehungsziel der selbstbestimmungsfähigen und eigenverantwortlichen und damit mündigen Persönlichkeit hat aber zur Folge, dass damit grundsätzliche Aussagen über die Gestaltung der Erziehung möglich sind. Erziehung heißt demnach zwangsläufig "ein Heranführen an die Selbstständigkeit"⁴³, durch Beteiligung an Entscheidungen, insbesondere solchen von weittragender Bedeutung, Rücksichtnahme auf Bedürfnisse und Wünsche und das Eröffnen bestimmter Bereiche selbstverantwortlichen Handelns. Erziehungsmethoden, die der Persönlichkeitsentwicklung dauerhaft und nachhaltig entgegenwirken, sind damit von dem elterlichen Erziehungsrecht nicht mehr gedeckt.

Damit sei aber das vom Gesetzgeber im § 1626 Abs. 2 BGB kodifizierte Leitbild⁴⁴, von dem aus sich der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Ausgestaltung des Erzie-

³⁹ Ebenda, S.63.

⁴⁰ Ebenda.

⁴¹ E.W. Böckenförde spricht in diesem Zusammenhang auch von elterlicher Erziehungsherrschaft, wobei er hervorhebt, dass es eine Herrschaft ist, die mit der Sachherrschaft nicht zu vergleichen ist, da diese im Interesse der Beherrschten entsteht, aber mit der Erfüllung der in ihr enthaltenen Aufgabe, das Kind zur Mündigkeit zu erziehen, sich quasi selbst aufhebt.

⁴² Dies scheint von den Befürwortern der Kinderrechtspolitik immer wieder vergessen zu werden.

⁴³ Böckenförde, E.W., a.a.O., S.65.

⁴⁴ In dem oben genannten Bd.14 der Essener Gespräche führt Böckenförde in dem Diskussionsbeitrag zu dem Referat "Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge" von Dietrich V. Simon auf Seite 156ff. aus: Im übrigen erkennt er an, dass eine Nichtbeachtung der Vorschrift des §1626 Abs.2 BGB im Zusammenhang mit §1666 BGB zu Sanktionen führen könne, aber eben nur dann, wenn die Vernachlässigung der mit diesen

hungsrechts ergibt, legitimiert. Ein Leitbild in das Familienrecht aufzunehmen, das eben nur die zukünftige Mündigkeit als Teilhabefähigkeit an unserer Gesellschaft und ihrer Rechtsordnung zum Inhalt habe, stelle daher keine verfassungsrechtlich unzulässige Einschränkung des Elternrechts dar, sondern eine sich aus dem Inhalt der Aufgabe ergebende Konkretisierung. Böckenförde bezeichnet dieses Leitbild als ein formelles.

Alle über derartige Konkretisierungen hinausgehenden inhaltlichen Bestimmungen der Elternpflicht durch Formulierung von Erziehungszielen, etwa weltanschaulicher Art, lehnt er ausdrücklich ab.

Obwohl das Grundgesetz zu der Frage der Benennung von Erziehungszielen unmittelbar keine Aussagen mache, müsse man jedoch aus der Tatsache, dass "nach der normativen Intention des Art. 6 Abs.2 S. 1 GG es die Eltern seien, die primär die Kinder erziehen, wozu das Recht gehöre, Pflege und Erziehung *nach ihren eigenen Vorstellungen* frei zu gestalten"⁴⁵, schließen, dass jegliche über dieses formelle Erziehungsziel hinausgehende Zielformulierung des Staates mit der Verfassung unvereinbar sei.

Die Grenzen der elterlichen Gestaltungsfreiheit, die, über die zuvor geschilderten hinaus, sich immanent aus dem Begriff Erziehung ergäben, habe man zwar in der Anfangszeit der Geltung des Grundgesetzes versucht, aus einem "globalen Gemeinschaftsvorbehalt"⁴⁶ abzuleiten. Heute beschränke man sich jedoch auf eine Grenzziehung entlang dessen, was "als Mindestanforderung elementarer Sozialverträglichkeit"⁴⁷ oder anders gesagt, "was in unserer gegenwärtigen Gesellschaftsordnung als noch tragbar" anzusehen sei.⁴⁸

Zwar enthielten einige Landesverfassungen Erziehungsziele wie die "Ehrfurcht vor Gott"⁴⁹, "soziale Gerechtigkeit"⁵⁰, "sittliche Tüchtigkeit"⁵¹ oder "Demokratische Gesinnung"⁵². Diese entfalten aber gegenüber dem mit Geltungsvorrang ausgestatteten Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und der darin verbürgten Freiheitsgewähr keine normative Wirkung. D.h. also, dass das Elternrecht keinerlei sonstigen, sich aus Weltanschauungen oder religiösen Weltbildern ergebenden Schranken unterliegt.

Anders verhalte es sich jedoch mit der Begrenzung des Erziehungsrechts, die sich aus dem immanenten Zweck dieses Rechtes ergibt. Die Erziehungsbedürftigkeit ergibt sich aus der Unmündigkeit des Kindes. War Erziehung erfolgreich, so hat der junge Mensch, die Fähigkeit zur Selbstbestimmung erworben, womit die inhaltliche Legitimation des Erziehungsrechtes und die sie einschließende elterliche Bestimmungsmacht untergeht. Da dies im Hinblick auf

Vorschriften verbunden Elternpflichten, zu einer konkreten Kindeswohlgefährdung führen, sodass die Verletzung der Norm allein keine Sanktionen auslöse.

⁴⁵ BVerfGE 24, 119ff.; 31, 194ff.(204); 47, 46ff.(69f.).

⁴⁶ BVerfGE 2, 89ff.(93).

⁴⁷ BVerfGE 30, 173ff.(193).

⁴⁸ So Böckenförde unter Berufung auf Peters, Hans: Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte Bd.IV 1, 1960.

⁴⁹ Art.12 der Verf. für Baden Württemberg, Art.131 II der Verf. für Bayern, Art.7 NRW, Art.30 Verf. des Saarlandes.

⁵⁰ Art.26 der Verf. für Bremen.

⁵¹ Art.25 der Verf. v. Rheinland-Pfalz.

⁵² Art.12 der Verf. für Baden-Württemberg.

den Rechtsverkehr schwerlich individuell unterschiedlich gehandhabt werden kann, hat der Gesetzgeber die materielle Entscheidungsfähigkeit typisierend geregelt, wobei bestimmte Teilbereiche an unterschiedliche Altersstufen anknüpfen.

Zu demselben Ergebnis hinsichtlich der Frage der Legitimation des Gesetzgebers, das Eltern-Kind-Verhältnis inhaltlich auszugestalten, kommt Erichsen mit einer anderen Begründung.⁵³

Ausgehend von der Tatsache, dass es sich bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wie bei allen anderen Grundrechten, um ein Abwehrrecht handele, das gem. Art. 1 Abs. 3 GG den Gesetzgeber, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung, nicht jedoch den einzelnen Bürger binde, verweist er darauf, dass die Grundrechte und somit auch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG keine unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen Kindern und Eltern entfalten.⁵⁴

Art. 6 Abs. 2 S. 1 beinhalte ein Abwehrrecht der Eltern, das diese auch gegenüber rechtswidrigen Eingriffen des Gesetzgebers schütze, und beinhalte zugleich in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 GG eine Institutsgarantie, die den Fortbestand dieses Elternrechts garantiere.

Darin sieht er jedoch keinen Grund für ein absolutes Gestaltungsverbot im Eltern-Kind-Verhältnis. Dem Rechtsstaatsprinzip, das aus dem Abwehrgehalt der Grundrechte folge, stehe das Sozialstaatsprinzip gleichrangig gegenüber. Dieses verpflichte aber den Gesetzgeber dort, wo er die Verhältnisse von Bürgern untereinander gestaltet, dafür Sorge zu tragen, dass die dem einzelnen Bürger durch die Grundrechte gegenüber dem Staat gewährte Freiheit "nicht durch gesellschaftliche Macht beseitigt und damit unreal wird"⁵⁵. Wie Böckenförde, aber auch wie das Bundesverfassungsgericht⁵⁶ verweist er darauf, dass die Grundrechte nicht nur eine Anzahl von Abwehrrechten darstellen, sondern dass mit ihnen auch eine Werteordnung errichtet worden sei, die den Staat, wo er im gesellschaftlichen Bereich tätig werde, verpflichte, diesen Werten auch im Verhältnis der Bürger untereinander Geltung zu verschaffen.

Mit den Worten "Pflege und Erziehung" sei den Eltern im Art. 6 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes die Sorge für die Entwicklung der gesamten Persönlichkeit anvertraut. Damit sei das Elternrecht in das System unserer Verfassung integriert, wodurch inhaltsgestaltende Prägungen wirksam würden⁵⁷, denn die Integration in die Verfassung sei nur sinnvoll, wenn "die Familie und das sie gestaltende Elternrecht als Gewährleistungsträger einer vom Grundgesetz für förderungswürdig gehaltenen Gesellschaftsstruktur" angesehen würden. Das der sozialen Einheit Familie zugeordnete Elternrecht erfahre daher seine Richtwerte aus den Wertsetzungen, die in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommen.⁵⁸ Die darin enthaltene objektive Werteordnung werde dadurch zum "Ziel" und das Menschenbild des Grundgesetzes zur "Rahmenvorgabe" elterlicher Erziehung. Elterliches Verhalten gegenüber dem Kind, das diesen Rahmen verlasse, sei nicht mehr durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gedeckt. Aus der Rechtsprechung des

⁵³ Erichsen, Hans Uwe: Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt. Zur Verfassungsmäßigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindererziehung durch und auf Grund des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts, in: Münsteraner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd.14, 1985.

⁵⁴ Ebenda, S.30.

⁵⁵ Ebenda, S.18 unter Verweis auf BVerfGE 50, S.290(337).

⁵⁶ BVerfGE 7, 195ff.

⁵⁷ Ebenda, S.39.

⁵⁸ Ebenda, S.40.

Bundesverfassungsgerichts⁵⁹ wird abgeleitet, dass die Eltern bei einer verfassungssystematischen Interpretation der Worte "Pflege und Erziehung" verpflichtet sind, so zu erziehen, dass die Kinder am Ende des Erziehungsprozesses in der Lage sind, die sich ihnen durch die Grundrechte eröffnenden Freiheiten und Möglichkeiten der Lebensgestaltung wahrzunehmen, also grundrechtsmündig zu werden, wozu aber auch die Respektierung der Freiheitsrechte und Entfaltungsmöglichkeiten anderer gehört.

Zacher spricht in diesem Zusammenhang pointiert von einem Ordnungsauftrag des Staates, der den Sinn der Verfassungsgarantie der Familie entsprechend Art. 6 Abs. 1 GG und den des Elternrechts gem. Art. 6 Abs. 2 GG vor allem im Familienrecht zur Entfaltung bringt. Das Kindeswohl stelle hierfür einen zentralen Wert dar.⁶⁰

Damit stellen aber die oben genannten Normen, die mit der Reform im Jahre 1979 eingeführt worden sind, die §§ 1626 Abs. 2, 1631 a, 1631 b und die Neufassung des § 1666 BGB keinen Eingriff in das Elternrecht dar, sondern lediglich eine Konkretisierung der sich durch eine verfassungssystematische Auslegung des Art. 6 Abs. 2 1 GG ergebenden Schranken des Elternrechts dar.

Die mit diesen Normen beabsichtigte Ausgestaltung der elterlichen Erziehungspflicht und die verfassungsrechtliche Interpretation, wie sie gemäß den Auffassungen von Böckenförde, Erichsen und Zacher hier referiert wurde, entspricht hinsichtlich der damit verfolgten Erziehungsziele den oben genannten, unter soziologischen Gesichtspunkten entwickelten Anforderungen⁶¹ an Erziehung, die in einer Gesellschaft, die sich wesentlich nach dem Strukturmerkmal "Freiheit des Einzelnen" entwickelt hat, für notwendig erachtet werden müssen.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich zugleich auch die Notwendigkeit, das Elternrecht als Grundpflicht auszugestalten, wenn, wie Böckenförde es beschreibt, "elterliche Erziehung eine objektiv notwendige Bedingung für das Seinkönnen und Mündigwerden des Kindes" darstellt.⁶²

Diese Ausgestaltung als Grundpflicht darf jedoch nicht mit der Pflichtigkeit bei der Sozialbindung des Eigentums verwechselt werden, die nur die Begrenzung der Ausnutzung eines Rechts darstellt. Das Erziehungsrecht wird den Eltern zugeordnet, weil das Kind des "Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht."⁶³ Die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuierte Pflicht der Eltern ist daher nicht eine das

⁵⁹ BVerfGE 24, 119(144). Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit i.Si. d. Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG. Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertesystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemanden Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind. Die Anerkennung der Elternverantwortung und der damit verbundenen Rechte findet daher ihre Rechtfertigung darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht.

⁶⁰ Zacher, Hans F.: Elternrecht im Handbuch des Staatsrechts 1989.

⁶¹ Sachse/Tennstedt sprechen in ihrem Beitrag: "Die staatliche Regulierung der Familie" in dem Buch: "Staatliche Sozialpolitik und Familie" von Franz-Xaver Kaufmann u.a., 1982, S.99ff. unter soziologisch funktionalen Gesichtspunkten vom "(...) qualifizierten Nachwuchs".

⁶² Siehe Anm. E.W. Böckenförde, a.a.O., S.36.

⁶³ BVerfGE 24/119(144) unter Verweis auf BVerfGE 7/198(205).

Elternrecht begrenzende Schranke, sondern ihr wesensbestimmender Bestandteil und wird so zur Elternverantwortung.⁶⁴

Die Elternverantwortung ist jedoch nicht auf den innerfamiliären Bereich der Erziehung begrenzt. Wenn der Verfassungsgeber davon spricht, dass die Eltern "zuvörderst" das Recht haben, ihre Kinder zu erziehen, folgt daraus, dass neben den Eltern noch andere Personen bzw. Institutionen Erziehungsaufgaben wahrnehmen. Der wichtigste Erziehungsträger neben den Eltern ist die Schule. Sie handelt jedoch nicht aus einer von dem elterlichen Erziehungsrecht abgeleiteten Befugnis, sondern aus ihrem eigenen Recht gemäß Art. 7 GG. Hinsichtlich der in der Schule erbrachten "Erziehung" haben die Eltern neben der Schule einen gleichgeordneten Erziehungsauftrag, der beide zu einem sinnvollen Zusammenwirken gegenüber den Kindern verpflichtet.⁶⁵

3.3 Der Staat als Helfer

Der wesentliche Grund für die Statuierung des Elternrechts liegt in dem Angewiesen sein des Kindes auf Hilfe und Schutz. Sein Anspruch auf Respektierung seiner Würde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG und auf Entfaltung seiner Persönlichkeit Art 2 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, die Befriedigung dieser Bedürfnisse den von Natur aus dazu berufenen Eltern als natürliches Pflichtenrecht zu zuordnen. Bei der Sicherung dieser, sich in der Verfassung als Grundrechte wieder findenden Bedürfnisse von Kindern kann sich der Staat für die Ausgestaltung der entsprechenden Elternrechte nicht auf die Prämisse einer "heilen Ehe und Familie"⁶⁶ verlassen.

Angesichts der oben skizzierten Belastungen von Eltern, auf die auch Zacher⁶⁷ hinweist, können viele Eltern ihre Erziehungsaufgabe nicht gänzlich aus eigener Kraft erfüllen. Die davon betroffenen Kinder haben gleichermaßen wie alle anderen Kinder den Anspruch auf Wahrung ihrer Würde und ihres Rechtes auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Kraft ihrer Unmündigkeit werden ihre entsprechenden Ansprüche in erster Linie durch ihr Recht auf "Pflege" und "Erziehung" gewährleistet. Können Eltern dem nicht nachkommen, so hat der Staat dieses Recht durch entsprechende Unterstützung der Eltern sicher zu stellen.⁶⁸ Um dieser Verpflichtung gerecht zu werden, aber auch um zu vermeiden, dass die kindliche Not so groß wird, dass diese nur noch durch den Eingriff in die elterliche Erziehungsverantwortung gelöst werden kann, ist die staatliche Gemeinschaft daher verpflichtet⁶⁹, entsprechende Hilfsangebote vorzuhalten.

Im § 1 Abs. 3 S. 1-3 KJHG bekennt sich der Gesetzgeber zu dieser Aufgabe und verpflichtet die örtlichen Träger der Jugendhilfe, eine entsprechende Palette von Hilfen vorzuhalten, deren Inanspruchnahme die Eltern, zum Teil aber auch die Kinder selbst als subjektives Recht geltend machen können. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass er es als Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft ansieht, junge Menschen in ihrer individuellen und sozialen Entwicklung zu fördern und dazu beizutragen, Benachteiligungen zu vermeiden und abzubauen",

⁶⁴ BVerfGE wie vor S.143.

⁶⁵ BVerfGE 47, 46(72).

⁶⁶ Zacher, a.a.O., S.266.

⁶⁷ Zacher, a.a.O., S.300.

⁶⁸ BVerfGE 24, 119(144).

⁶⁹ Wie vor Seite 145.

zugleich aber auch dazu, "Eltern und andere Erziehungsberechtigte bei der Erziehung zu beraten und zu unterstützen". Zur Bereitstellung dieser Hilfen ist die staatliche Gemeinschaft darüber hinaus auch auf Grund sozialstaatlicher Erwägungen verpflichtet, insbesondere aber auch als Inhaberin des Wächteramtes. Nicht jedes elterliche Versagen berechtigt den Staat zum Eingriff in das Elternrecht, sondern das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der grundsätzliche Vorrang der Eltern bei der Erziehung gebieten es, vor einem Eingriff alles Mögliche zu versuchen, "durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsbewussten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen."⁷⁰

3.4 Der Staat als Wächter

Werden die Eltern ihrer Verantwortung dem Kind gegenüber nicht gerecht, und genügen die oben genannten Hilfen nicht, um eine Gefährdung des Wohls des Kindes abzuwenden, so folgt aus der Tatsache, dass das Kind als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf Schutz des Staates hat, dass dieser nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die Pflege und Erziehung sicher zu stellen.⁷¹

Da es um die Abwendung der Gefährdung des Wohls des Kindes bzw. der Gefährdung seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit geht und nicht um eine Bestrafung der Eltern, spielt es für die Frage der Rechtmäßigkeit des Eingriffs keine Rolle, ob die Gefährdung auf elterliches Verschulden zurückzuführen ist oder nicht.

Um so bedeutsamer ist jedoch die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei jeglicher Art von Eingriff in die elterlichen Rechte. Nicht umsonst hielt es der Gesetzgeber bei der Reform des Sorgerechts im Jahre 1979 für geboten, im Anschluss an die Neuformulierung des § 1666 BGB im § 1666 a BGB auf die Notwendigkeit der Beachtung dieses Prinzips bei Eingriffen in das Sorgerecht hinzuweisen, obwohl der Richter diesem von Verfassungs wegen bei jedem Eingriff sowieso unbedingt Geltung zu verschaffen hat.

Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gewinnt vor allem unter dem Gesichtspunkt der Eigenlogik professioneller Hilfe und ihrer Institutionen zunehmend an Bedeutung. Geht es doch dabei darum, staatliche Interventionen so zu gestalten, dass dem Kind, dem geholfen werden soll, so wenig wie möglich an familiären Beziehungen verloren geht bzw. die elterliche Autonomie so wenig wie möglich eingeschränkt wird.

3.5 Der Schutz der elterlichen Autonomie gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Der Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bringt prägnant zum Ausdruck, dass Erziehung das "natürliche" Recht der Eltern und die ihnen "zuvörderst" obliegende Pflicht ist. Obwohl es das einzige Grundrecht ist, das zugleich als Grundpflicht ausgestaltet ist, ändert das nichts daran, dass es zugleich ein Abwehrrecht im klassischen Sinn darstellt und damit Freiheit vor staatlichen Eingriffen im verfassungsgewollten Umfang garantiert. Diese Garantie erfährt zum einen Verstärkung dadurch, dass Art 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gliederungen, die Gesetzgebung, Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt an sie bindet, zum anderen dadurch, dass Elternrecht zu den "Rechtsinstituten" gehört, die vor einer Veränderung durch den Gesetzgeber

⁷⁰ Ebenda.

⁷¹ Ebenda, S.144.

durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt sind. Das Elternrecht stellt darüber hinaus im System des Grundgesetzes zugleich ein Menschenrecht dar.⁷² Damit stellt das Rechtssystem seine stärksten Instrumente in den Dienst des Schutzes dieser Rechtsfigur, so dass offen erkennbare Eingriffe in die elterliche Erziehungskompetenz klar und deutlich abgewehrt werden können.

Wie sich aus dem Abschnitt 2.2.4 dieser Arbeit ergibt, stellt das sozialstaatliche Helfersystem tendenziell eben auch eine Bedrohung elterlicher Autonomie durch die mit ihr einhergehende Fremdbestimmung dar, die sich aus der Eigenlogik professionellen Helfens ergibt. Nun kann man nicht verleugnen, dass das Helfersystem nötig ist und tatsächlich auch hilft. Trotzdem ist es für diejenigen, die Hilfe organisieren notwendig, sich die Aussage von Oswald Nell-Breuning zu eigen zu machen, dass mit der Leistung von Hilfe eben auch die Gefahr der Entmündigung einhergeht.

Abgesehen davon steht dieser Schutz nicht in Widerspruch zu den Aufgaben und damit verbundenen Kompetenzen, die der Staat aus dem oben genannten "Wächteramt" hat, denn der das Elternrecht gewährleistende Grundrechtsschutz knüpft zwar zunächst an den biologischen Sachverhalt der Abstammung an, "bezieht sich aber letzten Endes auf eine bestimmte Aufgabe und die hierfür zu entfaltende Tätigkeit"⁷³. Der Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG darf daher nur für ein Handeln in Anspruch genommen werden, "das bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern noch als Pflege und Erziehung gewertet werden kann, nicht aber für das Gegenteil, die Vernachlässigung des Kindes"⁷⁴.

3.6 Die funktionalen und die disfunktionalen Seiten der Reform von 1979

Gerade im Hinblick auf die Schwierigkeit, einerseits helfen zu müssen dabei andererseits aber auch soweit als möglich die Autonomie der Eltern zu wahren, erscheint die Reform funktional, hat sie doch mit den Vorschriften der §§ 1626 Abs. 2, 1631 a, 1631 b, 1666 und 1666 a BGB auch auf der einfachrechtlichen Ebene deutlich gemacht, dass das Elternrecht durch die Aufgabe, die Kinder zur Mündigkeit zu erziehen strukturiert ist. Zur Mündigkeit bzw. Freiheitsfähigkeit, wie es eben auch Kirchhoff⁷⁵ und Böckenförde⁷⁶ benennen, können jedoch nur Eltern erziehen, deren Autonomie weitestgehend respektiert wird. Das ist vor allem deswegen von Bedeutung, weil daran deutlich wird, dass sich elterliche Autonomie nicht allein aus der Privatheit von Familie, sondern aus dem Inhalt des elterlichen Erziehungsauftrags selbst ergibt. Ein derart funktionaler Begriff elterlicher Autonomie ist aber bei der Ausgestaltung von Hilfen sehr viel effektiver als ein sich aus dem Familienbegriff abgeleiteter Begriff von Autonomie.

Mit einem derartig, aus der Erziehungsaufgabe abgeleiteten Autonomiebegriff, lassen sich deutlicher die Zustände bestimmen, die den staatlichen Hilfsanspruch auslösen aber eben auch die Grenzen elterlichen Handelns, deren Überschreitung den staatlichen Wächter zum Eingreifen zwingen. Das alles entspricht dem, was Zacher sehr plastisch als Ordnungsauftrag des Staates bezeichnet, der sich aus der Funktion des Elternrechts in der Verfassung ergebe.

⁷² Zacher, a.a.O., S.288.

⁷³ BverGE 24, 19, S.142/143.

⁷⁴ BVerfGE 24, 119(143).

⁷⁵ Kirchhoff, Paul: Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsreform der Zugehörigen, Handbuch des Staatsrechts, Bd.IX, Kapitel IV, S.1004.

⁷⁶ Böckenförde, E.W., a.a.O., S.63.

Diese schließe die Dialektik von Elternrecht und Elternpflicht, das Gegenüber von elterlicher Autonomie und staatlichem Wächteramt und die Bestimmung der Grenzen zwischen Eltern und Kindern in der familiären Gemeinschaft ein.⁷⁷

Dysfunktional war die Reform insoweit, als sie es bei der systematischen Unterscheidung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beließ und bei jeder Scheidung die einseitige Zuordnung des Sorgerechts an einen Elternteil anordnete. Denn aus der Perspektive des Kindes und seiner Entwicklungsbedürfnisse ist es vollkommen gleichgültig, ob seine Eltern verheiratet sind oder nicht. Beide Regelungskomplexe dienten der Privilegierung der Ehe, nicht jedoch dem Schutz der Entwicklungsbedürfnisse der Kinder.

3.7 Die Kindschaftsrechtsreform von 1997

Sie hat sich in ihren Schwerpunkten genau diesen beiden Themenbereichen zugewandt und sie zu einem Teil im Sinne der Entwicklungsbedürfnisse der Kinder gelöst. Damit haben sich jedoch bisher unbekannt Dimensionen elterlicher Verantwortung eröffnet.

3.7.1 Die zentralen Anliegen der Reform

Veranlasst zu dieser Reform sah sich der Gesetzgeber durch die Debatte um die Benachteiligung der nicht ehelichen Kinder und eine massive Kritik an der mit jeder Scheidung zwangsläufig einhergehenden Sorgerechtsregelung. Die zentralen Anliegen des Gesetzgebers waren die Rechte der Kinder zu verbessern, Eingriffe in das Elternrecht soweit wie möglich zu vermeiden und die Unterschiede zwischen ehelichen und nicht ehelichen Kindern soweit als möglich abzubauen. Dabei dürfte wohl der Druck, den das Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidungen, die fünf Vorschriften des damals geltenden Rechts als mit der Verfassung nicht vereinbar erklärt hatten⁷⁸, den Ausschlag gegeben haben, am 16.12.1997 das Kindschaftsrechtsreformgesetz⁷⁹ zu verabschieden. Es trat am 1.7.1998 in Kraft.

3.7.2 Die Regelungen im Einzelnen

Seither gibt es im Wortlaut des Gesetzes weder eheliche noch nichteheliche, sondern nur noch Kinder. Gem. § 1626 a BGB n. F. wird es durch Sorgeerklärung nunmehr auch nichtverheirateten Eltern ermöglicht, gemeinsam das Sorgerecht inne zu haben. Bei einer Scheidung wird über das Sorgerecht der Kinder nur noch entschieden, wenn einer der Eltern oder beide einen Antrag auf Zuweisung des Sorgerechts an einen Elternteil stellen. Wird er gestellt, so stellt nicht mehr die bloße Nichtübereinstimmung der Anträge der Eltern die Legitimation für die einseitige Zuordnung des Sorgerechts an einen Elternteil allein dar, sondern gem. § 1671 Abs. 2 S. 2 BGB n. F. allein das Kindeswohl. Damit trifft den Antragsteller eine Darlegungspflicht. Bevor der Richter in den Prozess der Entscheidungsfindung eintritt, hat er die Eltern gem. §

⁷⁷ Zacher, a.a.O., 288/299.

⁷⁸ BVerfGE 61, 358 v. 3.11.82 (gegen absoluten Ausschluss der gemeinsamen Sorge nach Scheidung); E79, 256 v. 31.1.89 (Recht des Kindes auf Kenntnis seiner biolog. Abstammung); E84, 168 v. 7.5.91 (gegen absoluten Ausschluss der gem. Sorge nichtverheiratet); E85, 80 v. 5.11.91 (gegen unterschiedl. Gerichtszuständigkeit für eheliche und nicht eheliche Kinder) E92, 158 v. 7.3.95 Rechte des Vaters gegenüber seinem nichtehel. Kind bei Adoptionen.

⁷⁹ BGBl. I. S.2942.

613 Abs. 1 S. 2 ZPO darauf hinzuweisen, dass sie einen Anspruch auf fachliche Beratung durch die Träger der Jugendhilfe haben. Diese soll sie befähigen, Lösungen ihres Konfliktes zu erarbeiten, die ihrer gemeinsamen Verantwortung gerecht werden, die sie davor bewahren, sich einer Entscheidung des Gerichts beugen zu müssen.⁸⁰

Angesichts der Erfahrungen mit den nahehelichen Umgangsregelungen und der zunehmenden Zahl nichttraditioneller Familienformen, in denen Kinder heute aufwachsen, sah sich der Gesetzgeber im besonderen Maß veranlasst, durch die Neuschaffung der Vorschrift des § 1626 Abs. 3 BGB deutlich zu machen, dass der Umgang mit beiden Eltern dem Wohl des Kindes dient, aber auch der mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt. Dem entspricht, dass der Gesetzgeber im § 1684 Abs. 1 S. 1 BGB dadurch, dass er dem Kind selbst einen Rechtsanspruch auf Umgang mit beiden Eltern einräumt und die Eltern ihrerseits zum Umgang mit ihren Kindern verpflichtet. Darüber hinaus wird der Kreis der Umgangsberechtigten im § 1685 BGB auf Großeltern und Geschwister erweitert. Kann ein durch das Gericht angeordneter Umgang nicht durchgesetzt werden, so kann das Gericht gem. § 52 a FGG zu einem Vermittlungsverfahren angerufen werden, in dem der Richter auf den den Umgang vereitelnden Elternteil gem. § 52 a Abs. 3 FGG durchaus Druck durch Androhungen von Zwangsmaßnahmen bzw. Sorgerechtsentzug ausüben kann.

3.7.3 Die spezifischen Legitimationen

Die mit dieser Reform⁸¹ eingeführten Veränderungen bedürfen einer anderen Legitimation⁸² als die der Reform von 1979.

Die Aufhebung der rechtssystematischen Unterscheidung zwischen ehelichen und nicht ehelichen Kindern gebietet der Gleichheitssatz des Art. 3 GG. Zudem versucht die Reform, Probleme zu bewältigen, die ihre Ursache darin haben, dass in der Vergangenheit Elternverantwortung in unlöslichem Zusammenhang mit der Familienform Ehe definiert wurde, heute jedoch ein großer Teil der Eltern sehr frei mit diesen Familienformen umgeht, wodurch es fraglich geworden ist, die gemeinsame elterliche Sorge allein der Ehe vorzubehalten.

Wenn es nunmehr Eltern, die niemals miteinander verheiratet waren, möglich ist, gemeinsam das Sorgerecht inne zu haben, dann entfällt die Legitimation, anlässlich einer jeden Scheidung, gleichgültig, ob ein Antrag vorliegt oder nicht, eine Sorgerechtsentscheidung herbeizuführen.

Die alte Regelung des § 1671 Abs. 1 u. 2 BGB war noch unter der Prämisse zu Stande gekommen, dass nur Eltern, die miteinander verheiratet sind, gemeinsam das Sorgerecht innehaben können. Mit der Scheidung entfiel daher automatisch die gesetzliche Grundlage für das gemeinsame Sorgerecht der Eltern, so dass das Gericht es einem Elternteil quasi neu zuzuordnen hatte. Rechtssystematisch stellte dieser Rechtsakt keinen Eingriff, dar, wodurch die Frage, ob dieser Rechtsakt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht, nicht mehr zu prüfen war.⁸³ Stattdessen folgte die Entscheidungslogik der Gerichte einer Entweder-Oder-Struktur,

⁸⁰ Wiesner/Mörsberger/Oberloskamp/Struck: Kommentar zu SGV Kinder und Jugendhilfe, München 2000 Rdnr.25 zu §17 KJHG unter Bezugnahme auf Fthenakis FamRZ 1989, 67.

⁸¹ BGBl. I, S.2942.

⁸² Eine umfassende Darstellung der Kindschaftsrechtsreform 1997 von C. Rummel in: Recht der Jugend und des Bildungswesens, Zeitschrift für Schule, Berufsbildung und Jugenderziehung, Heft 2, 1998, S.156-178.

⁸³ BVerfGE 61, 358 v. 3.11.82, S.374.

die den kindlichen Bedürfnissen nach Erhalt von Beziehungen nur sehr unzureichend gerecht wurde.

Unter dem neuen Sorgerecht hat jedoch jeder Elternteil eine eigenständige Sorgerechtsbeziehung zu seinem Kind, so dass das Gericht, wenn es auf Antrag eines Elternteils gem. § 1671 Abs. 2 S. 2 BGB die Sorge oder Angelegenheiten der Sorge auf einen Elternteil überträgt, zugleich einen Eingriff in das Sorgerecht des anderen vornimmt.⁸⁴ Der Antragsteller muss nunmehr darlegen, warum das Wohl des Kindes die Übertragung der Sorge unbedingt nötig macht. Auf Grund der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist er darüber hinaus verpflichtet, alles tun, um das Problem, dass er mit dem Antrag lösen möchte, auf andere Weise als durch einen Eingriff in Rechtspositionen zu bewältigen⁸⁵, so z.B. durch Aufnahme gemeinsamer Beratung nach § 17 Abs. 2 KJHG.⁸⁶ Auf diese hat er einen Anspruch.⁸⁷

Der Gesetzgeber hat den Eltern, bei denen die Kinder zukünftig leben, die Entscheidung zum gemeinsamen Sorgerecht insofern leichter gemacht, als er ihnen durch § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB die Alleinentscheidungsbefugnis in alltäglichen Angelegenheiten zugestand.

Veranlasst sah sich der Reformgeber zu dieser, die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts fördernden Regelungsstruktur durch die Tatsache, dass 50 % der Mütter oder Väter, die die Sorge verloren hatten, ein Jahr nach der Scheidung keinen Kontakt mehr mit ihren Kindern hatten, und zum anderen durch eine Langzeitstudie, die deutlich machte, dass diejenigen, die durch die Scheidung ihrer Eltern die Beziehung zu einem Elternteil verloren hatten, dieses Trauma bis ins Erwachsenenalter nicht überwunden hatten und demzufolge große Probleme bei ihrer Lebensbewältigung hatten. Demgegenüber hatten diejenigen, die auch nach der Scheidung die Beziehung zu beiden Eltern aufrechterhalten konnten einige Jahre nach der Trennung ihrer Eltern dieses Ereignis überwunden und ein signifikant höheres Maß an Lebenszufriedenheit.⁸⁸

3.7.4 Die besondere Herausforderung an die Verantwortung der Eltern

Mit der neuen Regelung bringt der Gesetzgeber etwas in Ordnung, was er auf Grund der Privilegierung der Ehe mit dem gemeinsamen Sorgerecht und der daraus folgenden einseitigen Zuordnung des Sorgerechts bei einer Scheidung auf den Kopf gestellt hatte. Die o.g. Entscheidungsautomatik wurde mit der verallgemeinerten *Unterstellung* begründet, Eltern seien nach einer Scheidung grundsätzlich *unfähig* zur Kooperation. Es wurde nicht gefragt, wer die

⁸⁴ Rummel, Carsten: Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für das neue Kindschaftsrecht, in: Kind-Prax, Heft 3/1997, S.77 und ders. mit dem Beitrag: Das Kindeswohl in der Neufassung des §1671 II2 BGB – Entscheidungsmaßstab zur Eingriffslegitimation, in: Der Amtsvormund Heft 10/1998, S.753ff.

⁸⁵ Die Rechtssprechung des BGH scheint wieder hinter dieses Prinzip zurückzufallen, da das Nichtvorliegen von Kooperation nach der Entscheidung des BGH v. 29.9.1999 FamRZ 1999, 1646 ausreicht, um das Sorgerecht einem Elternteil allein zuzuteilen, ohne eine Prüfung ob alle Beteiligten, das ihre getan haben, um das Problem mit anderen Mitteln zu lösen.

⁸⁶ So OLG Zweibrücken Beschluss vom 23.11.1999 in FamRZ 2000 S.627.

⁸⁷ In der amtlichen Begründung zu §16 KJHG des Entwurfes, der in der endgültigen Fassung zum §17 wurde, wird darauf hingewiesen, dass die Ansicht von Fthenakis, dass die Verfahrensstrukturen bei der Entscheidung über das Sorgerecht bei Scheidungen gemeinsame Ansätze eher verhindern als fördern, von den Autoren des Entwurfs geteilt wird. BT-Drucksache 11/5948.

⁸⁸ Napp-Peters, Annecke: Familien nach der Scheidung, München 1995. Der Beitrag der Autorin bei der Expertenanhörung des Rechtsausschusses zur Kindschaftsrechtsreform hat viel Beachtung gefunden.

Kooperation verhindert, sondern nur festgestellt, dass keine vorliegt. Anstatt die Eltern bei der *Pflichtenseite*, die das Elternrecht in seinem Wesen kennzeichnet, zu packen, und sie darauf aufmerksam zu machen, dass es angesichts der Scheidung nunmehr ihre Aufgabe ist, zu Gunsten der gemeinsamen Kinder zu kooperieren, wurden vielfach diejenigen, die in unverantwortlicher Weise jegliche Kooperation verweigerten, mit dem alleinigen Sorgerecht belohnt, obwohl sie mit einem derartigen Verhalten gegen die in § 1627 BGB statuierte elterliche Pflicht, sich um Einvernehmen zu bemühen, verstießen.

Dieser zur Verweigerung von Kooperation einladende Mechanismus hat mit der jüngsten Sorgerechtsreform seine Wirksamkeit verloren, da dessen Entscheidungsstrukturen das Bemühen um Einvernehmen befördern. Damit wurde das Elternrecht wieder auf die Füße gestellt, denn an die Stelle der den Eltern unterstellten Unfähigkeit tritt in gewisser Weise die Prüfung, ob sie auch in der Trennungssituation ihrer Pflicht Genüge leisten, dem Kind so viel wie möglich an elterlicher Beziehung und Kompetenz zu erhalten.

Mit dem Grundsatz, dass vor der Lösungsfindung durch richterliche Entscheidung der Versuch der Befähigung zu autonom erarbeiteter Entscheidung durch die Eltern nahe gelegt wird, wird dem Prinzip der Subsidiarität entsprochen. Zugleich ist dadurch in den Begriff Elternverantwortung für jeden Elternteil die Pflicht aufgenommen worden, das Seine zu tun, um dem Kind die mit elterlicher Kompetenz ausgestattete Beziehung zum anderen Elternteil zu erhalten.

Durch den neu geschaffenen § 1626 a BGB und die Neufassung der §§ 1671, 1672 BGB ist es möglich, dass Eltern, die unterschiedlichen Familien mit jeweils anderen Partnern angehören, trotzdem gemeinsam Verantwortung für das Kind wahrnehmen. Gemeinsame Elternverantwortung ist damit unabhängig von dem Begriff Familie, bzw. Familiengrenzen überschreitend wahrzunehmen.⁸⁹

Angesichts des ungeheuren Bedeutungszuwachses, den die Partnerschaft für die emotionale Befindlichkeit des modernen Menschen hat, und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich die Menschen immer noch auf normative Bilder von Familie berufen, die sie zuvor durch die vorausgegangene Trennung vom anderen Elternteil selbst missachtet haben, stellt die Wahrnehmung der elterlichen Pflichten unter diesen Bedingungen ungeheuer große Anforderungen an sie. Heißt es doch für die Eltern, mit dem jeweiligen Expartner in Kontakt zu bleiben, um Angelegenheiten, die das gemeinsame Kind betreffen, zu besprechen. Jede Begegnung lässt aber unverarbeitete Gefühle von Hass, Demütigung, Ohnmacht oder Eifersucht aufkommen, wodurch die Kommunikation erheblich erschwert wird. Trotzdem hat man ruhig zu bleiben und kindangemessen zu argumentieren. Gleichzeitig ist die Privatsphäre des jeweils anderen Elternteils in seiner neuen Familie zu respektieren. Niemand wird bezweifeln, dass das eine große Herausforderung für die Verantwortung der Eltern darstellt.

Wenn wir uns jedoch als Erwachsene einen derartig freien Umgang mit Partnerbeziehungen herausnehmen, obwohl diese durch Elternschaft eine gemeinsam verpflichtende Qualität erlangt haben, sind wir um der zukünftigen Freiheitsfähigkeit unserer Kinder willen verpflichtet, diese oft schmerzhaften Balanceakte zu leisten.

Wie oben bereits dargelegt, könnte das Begreifen und Bewältigen der eben skizzierten Probleme mit dem systemischen Begriff der *elterlichen Verantwortungsgemeinschaft* erleichtert werden

⁸⁹ Angesichts der oben entfaltenen Argumentation von E. W. Böckenförde erweist sich, dass dies möglich ist, ohne gegen Prinzipien des Familienrechts zu verstoßen und ohne den Begriff Familie zu diskriminieren.

Bei allem Bemühen des Gesetzgebers um die Verbesserung des Umgangs der Kinder mit demjenigen Elternteil, mit dem sie nicht mehr unter einem Dach leben, muss festgestellt werden, dass dieser auch nach der Reform nur sehr schwer durchgesetzt werden kann.

4. Zusammenfassung

Mit der Reform des Jahres 1979 ist es gelungen, die eigenverantwortliche, selbsterhaltungs- und gemeinschaftsfähige Persönlichkeit als zentrales Merkmal inhaltlicher Konkretisierung elterlicher Verantwortung und der Reichweite der mit ihr verbundenen Bestimmungsmacht durchzusetzen. Wie oben festgestellt, ist das Erziehungsziel der Selbstständigkeit eine wichtige Voraussetzung für den Fortbestand unserer Gesellschaftsordnung und als solches in der gesamten Bevölkerung akzeptiert. Diese Reform kann, bis auf die oben genannten Ausnahmen, insofern als erfolgreich abgeschlossen angesehen werden.

Das allerdings kann von der Reform des Jahres 1997 schon mit Hinblick auf die Kürze ihrer Geltungsdauer nicht gesagt werden. Abgesehen davon rechtfertigt sich diese Prognose durch die Komplexität der Widersprüche, die sie überwinden will. Deshalb erscheinen Zweifel an der zügigen Umsetzung der Reform von 1997 angebracht. Das hat seine Ursache in der Tatsache, dass das veränderte Gesellungsverhalten der Menschen erhebliche Risiken für die betroffenen Kinder mit sich bringt, für den Umgang mit den daraus resultierenden Problemen sich jedoch nur sehr langsam ein entsprechendes sittliches Bewusstsein in unserer Gesellschaft herausbildet.

Die zentralen Anliegen der Reform, die zum einen in der Gleichberechtigung außerehelicher Kinder mit ehelich geborenen liegt, und es theoretisch für alle Kinder, außereheliche, eheliche und Scheidungskinder möglich macht, mit elterlicher Kompetenz ausgestattete Beziehungen zu beiden Eltern haben zu können, und zum anderen aber auch, dass die durch das veränderte Gesellungsverhalten einhergehende Gefahr, dass Kinder ihre Beziehungen zu einem Elternteil verlieren, eingedämmt wird, stellt aus der Sicht der Kinder die richtige Konsequenz des Gesetzgebers auf die oben beschriebenen sozialen Veränderungen dar.

Für einen Teil der Kinder, die außerhalb einer Ehe geboren wurden oder nach der Trennung bei einem ihrer Eltern leben, heißt das, dass sie Beziehungen zu beiden Eltern, die zugleich mit elterlich-rechtlichen Kompetenzen ausgestattet sind, erleben können, obwohl diese nicht mehr zusammenleben. Für einen anderen Teil bedeutet die Reform, dass die Kinder zumindest Umgang mit dem anderen Elternteil haben, den dieser vor der Reform von 1997 nicht hätte durchsetzen können.

5. Ausblick – oder: was ist noch zu tun?

Die zuvor beschriebenen Verbesserungen gelten leider nur für einen Teil der Kinder, da die Reform aus der Sicht ihrer Bedürfnisse halbherzig ist.

Mit der Regelung des § 1626 a BGB wird es in die absolute Willkür der Mutter gelegt, ob das Kind nur einen Elternteil hat, der mit elterlich rechtlicher Kompetenz ausgestattet ist, oder beide, gleichgültig, ob der Vater mit dem Kind zusammenlebt oder nicht.⁹⁰ Will der nichtsorge-

⁹⁰ Gegen diese Regelung ist bereits vom Amtsgericht Korbach ein Vorlagebeschluss gem. Art.100 Abs. 1 GG gefasst worden, (FamRZ 2000/629) der bei genauer Analyse der Rechtspr. des Bundesverfassungsgerichts eigentlich auch erfolgreich sein muss.

berechtigte Vater, der mit seinem außerhalb einer Ehe geborenen Kind nicht zusammenlebt, den Umgang durchsetzen, so hat er in dem dafür vorgesehenen Vermittlungsverfahren nach § 52 a FGG weniger Chancen, weil der Richter nicht das Druckmittel der Sorgerechtsübertragung auf ihn gegenüber der Mutter geltend machen kann.⁹¹

Hat ein Sorgeberechtigter über längere Zeit mit einem Partner zusammengelebt, und hat dieser zu dem Kind im sozialen Sinn eine Eltern-Bindung entwickelt, so fällt er nicht in den Kreis der durch § 1685 Abs. 2 BGB Umgangsberechtigten, wenn er in dieser Zeit mit dem Sorgeberechtigten nicht verheiratet war. Aus Sicht des Kindes ist das eine Regelung, die nicht an seinen Entwicklungsbedürfnissen orientiert ist, denn diese sind eindeutig auf die Aufrechterhaltung der einmal entstandenen Eltern-Kind-Bindung ausgerichtet. Die Regelung des § 1685 Abs. 2 BGB verfolgt die Absicht, den Kreis der Umgangsberechtigten nicht uferlos auszuweiten. Als Abgrenzungskriterium muss jedoch die Unterscheidung erhalten, ob der Sorgeberechtigte, mit der Mutter oder dem Vater verheiratet ist oder nicht. Das allerdings sagt nicht das Mindeste über die Intensität der Bindung des Kindes zu dem ehemaligen Partner der Mutter oder des Vaters aus.⁹²

Mit einer aus dem Freiheitsbegriff abgeleiteten Elternverantwortung ist es ebenfalls nicht zu vereinbaren, dass es einem Elternteil gem. § 1671 Abs. 2 S. 1 BGB gestattet ist, sich anlässlich einer Trennung oder Scheidung vom anderen Elternteil durch Erklärung vor dem Gericht aus der sorgerechtlichen Verantwortung zu verabschieden. Die beiden Eltern haben die Freiheit, wenn sie nicht mehr miteinander leben wollen, ihre Beziehungen untereinander so zu gestalten, wie sie es wollen. Ein Elternteil kann dem anderen umfangreiche Vollmachten erteilen, bestimmte Angelegenheiten allein zu erledigen, aber der haftenden Gesamtverantwortung dafür, dass das Kind seiner Angewiesenheit entsprechende Lebensbedingungen zur Verfügung hat, dürfte sich kein Elternteil, der Kinder in die Welt gesetzt hat oder durch Adoption die elterliche Verantwortung unwiderruflich übernommen hat, durch bloße Erklärung entledigen können.

Damit ist aber die zweite Funktion, die dem Familienrecht heute neben dem der Einzelfallregulierung zukommt, nämlich der Orientierungspunkt für die Herausbildung eines sittlichen Alltagsverständnisses von Elternverantwortung in einer von Freiheit gekennzeichneten Gesellschaft zu sein, erheblich in Frage gestellt.

Obwohl dieser Gedanke mit Hinblick auf die nationalsozialistische Vergangenheit in unserer Gesellschaft heute erhebliches Unbehagen hervorruft, kann man nicht übersehen, dass es neben dem Recht keine Instanz in unserer Gesellschaft gibt, auf die sich im Konfliktfall alle berufen.

⁹¹ Schumann, Eva: Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nicht ehelichen Vater-Kind-Verhältnisses? FamRZ 2000, 389ff.

⁹² Diese Regelung steht im eindeutigen Widerspruch zu der Grundaussage von BverfGE 85, 80, wonach aus Sicht des Kindes die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung der Eltern untereinander gleichgültig ist. Das muss in diesem Fall auch für die Beziehung zu einem ehemaligen Lebenspartner eines Elternteils gelten.

6. Grundsätze eines unserer Freiheit angemessenen Begriffs elterlicher Verantwortung

Welche Grundaussagen müssen vom Familienrecht ausgehen, damit sich ein unserer, von dem Prinzip "Freiheit des Einzelnen" gekennzeichneten Gesellschaft angemessener sittlicher Begriff von elterlicher Verantwortung herausbilden kann?

Die Teilhabe an unserer Gesellschaft setzt voraus, dass das Individuum am Ende seiner Sozialisation die Fähigkeit zur Eigenverantwortlichkeit, Selbsterhaltungs- und Gemeinschaftsfähigkeit erworben haben muss. Diejenigen, die Bedingungen setzen, aus denen menschliches Leben hervorgeht, schulden diesem die materiellen und sozialen Voraussetzungen, die es benötigt, um diese Daseinskompetenzen zu erwerben. Da hierzu neben den materiellen Voraussetzungen der sichere Rückhalt in elterlichen oder elternähnlichen Beziehungen gehört, die sich zu Bindungen entfaltet haben, sind beide Eltern verpflichtet, sich dem Kind als Bindungspartner zur Verfügung zu stellen. Jeden Elternteil trifft die Verpflichtung, nach seinen Kräften dafür Sorge zu tragen, dass der andere Elternteil dem nachkommt, bzw. dass ihm die notwendige Hinwendung zum Kind möglich ist. Die Verantwortung hierfür setzt nicht erst ein, wenn das Kind zur Welt gekommen ist, sondern in dem Augenblick, in dem zwei Menschen Bedingungen setzen, aus denen Leben hervorgeht. Der nichtbetreuende Elternteil ist verpflichtet, dem betreuenden die materiellen Voraussetzungen zu gewähren, die dieser benötigt, um der Betreuungsaufgabe nachzukommen.

Sind einmal in einem Kind elterliche oder elternähnliche Bindungen entstanden, so ist es den Eltern verwehrt, über diese Bindungen zu verfügen, auch nicht mit der Begründung, die Aufrechterhaltung bringe für sie auf Grund neu eingegangener Familienbeziehungen Probleme mit sich. Eine Änderung des Status der Beziehungen der Eltern untereinander ändert grundsätzlich nichts an der jeweiligen elterlichen Verantwortung und der Verpflichtung, einmal entstandene Bindungen des Kindes weiterhin aufrecht zu erhalten.

Elterliche Erziehung findet im Privatraum der Familie statt, den die Gesellschaft respektiert. Da sie um ihres Fortbestandes willen auf die Erziehungsleistung der Familie angewiesen ist, besteht die Pflicht der Gesellschaft, insbesondere der staatlichen Gemeinschaft, Eltern hierbei angemessen zu unterstützen.

Ohne Zweifel stellt die Reform einen Schritt in diese Richtung dar, da sie die Möglichkeit, gemeinsam Verantwortung für die Kinder zu tragen, von der rechtlichen Gebundenheit der Eltern untereinander grundsätzlich unabhängig macht, und das neue Umgangsrecht von dem Bemühen gekennzeichnet ist, einmal entstandene Beziehungen auch noch Umwandlungen von Familien aufrecht zu erhalten.

Wenn das reformierte Recht es jedoch in die Willkür einer Mutter eines außerhalb der Ehe geborenen Kindes legt, ob der Vater an der elterlich-rechtlich verbindlichen Verantwortung teilhaben kann oder nicht, so widerspricht dies den Grundsätzen, die sich aus dem Wechselverhältnis zwischen der Freiheit zur Partnerwahl auf der einen und der Pflicht, dem Kind die Bedingungen zu gewähren, die es zu seiner zukünftigen Freiheitsfähigkeit benötigt, ergeben.

Der dahinterliegende Fehler beruht darauf, dass man davon ausgeht, elterliche Verantwortung entfalte erst Verpflichtungen, wenn das Kind geboren, bestenfalls wenn es gezeugt ist. Da die Wahl des Zeugungspartners aber vor der Zeugung getroffen wird, diese aber für das Leben des daraus hervorgehenden Menschen erhebliche Bedeutung hat, muss Elternverantwortung schon zu diesem Zeitpunkt einsetzen.

Der Zeugende hat die Freiheit, den Partner zu wählen, er hat die Freiheit und die Möglichkeit, Sexualität ohne Risiko späterer Elternschaft zu erleben. Das daraus hervorgehende Kind hingegen hat nicht die Freiheit, sich seine Eltern auszusuchen. Die Tatsache, dass ihm die Eltern das biologische Leben geschenkt haben, befähigt es noch nicht, an unserer Gesellschaft in Freiheit und Würde teilzuhaben. Mit der Geburt hat es menschliches Leben geschenkt bekommen, zugleich jedoch auch das totale Angewiesensein auf Fürsorge, Zuwendung und Bindung. Da dieses Geschenk ohne Erfüllung dieser Bedürfnisse zur lebenslangen Qual werden kann, muss elterliche Verantwortung mit dem Augenblick eintreten, in dem Menschen Bedingungen setzen, aus denen Leben hervorgeht, um Gewissheit zu haben, dass man dem ersten Geschenk die anderen Gaben folgen lassen kann.

Unsere Gesellschaft ist, wie sich auch an der jahrzehntelangen Auseinandersetzung um das Kindschaftsrecht erweist, eine lebendige und manchmal auch temperamentvolle Demokratie.

Vor diesem Hintergrund und den oben genannten Widersprüchen hat die weitere Auseinandersetzung um die rechtliche und sittliche Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses eine solide Zukunft.

Der Autor hofft, dass sich die Weiterentwicklung dieses Normenbereichs an dem Spannungsverhältnis ausrichtet, das sich aus der Freiheitswahrnehmung der Erwachsenen im Gesellschaftsverhalten auf der einen Seite und der Wahrung der Bedingungen ergibt, die die Freiheitsfähigkeit des Nachwuchses ermöglichen. Darüber hinaus ist zu wünschen, dass ein entsprechender Verantwortungsbegriff in Zukunft zur selbstverständlichen Daseinskompetenz eines jeden jungen Menschen gehört, damit die hier genannten Probleme, die ja der Privatsphäre angehören, möglichst ohne staatliche Intervention im Sinne der Freiheitsfähigkeit des Nachwuchses selbst bewältigt werden können.

Matthias Jestaedt

Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung

1. Meinungsschutz mit System

Auf wohl keinem anderen Feld seiner Judikatur sieht das Bundesverfassungsgericht sich derart vehementer und derart fortgesetzter Kritik ausgesetzt wie auf dem Felde der Meinungsfreiheit. Ob "CSU als NPD Europas"¹ oder Franz Josef Strauß als "Zwangsdemokrat",² ob "Kritische Bayer-Aktionäre"³ oder "Soldaten sind Mörder"⁴ – der zuständige Erste Senat zieht in Politik wie juristischer Publizistik Kritik auf sich, nicht weil er den Schutz der Meinungsfreiheit nach Einschätzung seiner Kritiker vernachlässige, sondern, genau umgekehrt, weil er in puncto Meinungsschutz des Guten zu viel tue, weil er – mit anderen Worten – die Meinungsfreiheit auf Kosten und zum Schaden der übrigen Rechtsgüter schütze. Hier mag dahinstehen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange der Kritik im Ergebnis beizutreten ist. Protagonisten wie Antagonisten der Rechtsprechung sind sich jedenfalls einig darin, dass hier nicht Zufall, sondern System obwalte.

Diesem "System" nachzuspüren, sind die folgenden Überlegungen gewidmet. Es geht also nicht darum, ob einzelne Judikate so oder anders hätten ausfallen müssen, ob etwa die Bezeichnung von Soldaten als Mördern zu Recht dem Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit unterstellt worden ist. Darüber wird bereits hinlänglich gestritten, wenn auch die Gratwanderung zwischen politischer Rhetorik und juridischem Argument bisweilen missglückt.

Im Folgenden gilt das Augenmerk den allgemeinen Strukturen und Argumentationsrastern, mit Hilfe derer das Bundesverfassungsgericht zu seinen Entscheidungen gelangt. Diese strukturbezogene Betrachtungsweise mutet zunächst recht 'akademisch' – und das heißt praxisentrückt – an. Sieht man indes näher zu, so lassen sich – zum mindesten – zwei Vorteile einer derart theoretischen Herangehensweise ausmachen: Zum einen lässt sie den wechselseitig erhobenen Vorwurf, die jeweilige Gegenposition sei lediglich der Form nach rechtsdogmatisch, also fachlich, verbrämt, in der Sache jedoch politisch motiviert, ins Leere laufen. Damit breitet sie jene Folie aus, auf der allein das Sachargument Geltung hat. Und zum anderen können mit ihrer Hilfe Linien und Motive, Muster und Trends der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgedeckt und das einzelne Judikat auf Konsistenz und Kohärenz überprüft werden. Auf der Grundlage einer derartigen Bestandsaufnahme dürfte es leichter fallen, ein abgewogenes Urteil über die verästelte Meinungsfreiheits-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu fällen.

¹ BVerfGE 61, 1ff.

² BVerfGE 82, 272ff.

³ BVerfGE 86, 1ff.

⁴ BVerfGE 93, 266ff.

2. Weimarer Anleihen

Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet die Verfassung selbst. Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten, seine "Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre". Die praktisch bedeutendste Schranke bilden die "Vorschriften der allgemeinen Gesetze".⁵

Was aber versteht die Verfassung unter einem "allgemeinen Gesetz"? Einigkeit über allem Auslegungstreit herrscht insoweit, als mit der dem Gesetz attribuierten Allgemeinheit anderes gemeint sein muss, als dass das Gesetz abstrakt-generelle Regelungen enthalte und keine Einzelfallnorm darstelle. Welche Besonderheit aber wird mit der Allgemeinheit bezeichnet? Der Rückgriff auf die aus der Weimarer Zeit überkommenen Deutungen liegt nahe angesichts des Umstandes, dass der Parlamentarische Rat die Wendung von den allgemeinen Gesetzen als Schranken der Meinungsfreiheit aus der Vorgängerbestimmung der Weimarer Reichsverfassung übernommen hat. Art. 118 Abs. 1 Satz 1 WRV gewährleistete jedem Deutschen das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder auf sonstige Weise frei zu äußern.

Doch mit der Auslegungsanleihe bei der Weimarer Reichsverfassung, so scheint es, wird das Interpretationsproblem nicht ent-, sondern, im Gegenteil, verschärft. Denn in Weimar konkurrierte gleich eine ganze Reihe unversöhnlicher Deutungen: Von den einen – darunter immerhin auch das Preußische Oberverwaltungsgericht – schlicht als nicht weiter zu beachtendes Redaktionsversehen des Verfassungsgebers bezeichnet, von den zweiten als Verbot von Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit aufgefasst, von den dritten dergestalt bestimmt, dass allgemeine Gesetze dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen, wurde es schließlich von vierter Seite weniger formal im Sinne der materialen Allgemeinheit der Aufklärung gedeutet: "allgemeine Gesetze" seien alle Gesetze, die deshalb Vorrang vor der Meinungsfreiheit genießen, weil das von ihnen geschützte gesellschaftliche Gut wichtiger sei als jene.⁶

3. Paradigmenwechsel unter dem Grundgesetz

Das Bundesverfassungsgericht entschärft diesen Streit auf ebenso verblüffende wie elegante Weise: In einem ersten Schritt gibt es allen irgendwie recht, um sodann, in einem zweiten Schritt, den Streit rechtspraktisch auf das Abstellgleis zu schieben. Wo es nicht mehr darauf ankommt, kann man getrost großzügig sein.

⁵ Dabei sei bereits an dieser Stelle darauf aufmerksam gemacht, dass die Grenzziehung zwischen den einzelnen Schranken der Meinungsfreiheit im rechtspraktischen Ergebnis so belangvoll nicht ist, da bei der Handhabung der unterschiedlichen Schranken – oder genauer: der unterschiedlichen Beschränkungsermächtigungen –, von hier zu vernachlässigenden Ausnahmen abgesehen, dieselben Argumentationsraster Anwendung finden.

⁶ Nachweise zum Meinungsstand unter der Weimarer Reichsverfassung bei Christian Starck: Herkunft und Entwicklung der Klausel "allgemeine Gesetze" als Schranke der Kommunikationsfreiheiten in Artikel 5 Abs.2 des Grundgesetzes, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, S.189(205ff.); Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art.5 Abs.I, II (Stand: November 1982) Rdnrn.250f.; Hellmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.): Grundgesetz, Bd.1, 1996, Art.5 I, II Rdnrn. 108ff.

Das bedarf der Erläuterung. Zunächst verbindet der Erste Senat die (drei letztgenannten) Weimarer Ansätze zu einer *complexio oppositorum*: Allgemeine Gesetze seien solche, "die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten", die vielmehr 'dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen', dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat".⁷ Hier finden sich formale und materiale Bestimmungsansätze in einer Weise kombiniert, die zwar nicht auf ihre innere Stimmigkeit hin befragt werden sollte, die es aber ermöglicht, nahezu jedes Gesetz als allgemeines auszuweisen.

Die Funktion des Regulativs, die in Art. 118 Abs. 1 Satz 1 WRV das Tatbestandsmerkmal des allgemeinen Gesetzes allein zu erfüllen hatte, wird denn auch vom Bundesverfassungsgericht von einer auf zwei Schultern verteilt. Statt es mit einer Stufe der Eingriffsrechtfertigung, also der Rechtfertigung von Beschränkungen der Meinungsfreiheit, sein Bewenden haben zu lassen, entdeckt das Gericht gleichsam hinter der – nunmehr weithin zahnlos gewordenen – Schranken-Ebene eine weitere, eine zweite Ebene, für die sich in der Grundrechtsdogmatik der zwar unschöne, aber anschauliche Begriff der Schranken-Schranke eingebürgert hat: Um die Meinungsfreiheit einschränken zu können, muss nicht nur ein allgemeines Gesetz vorliegen; dessen Auslegung und Anwendung muss auch im Einzelfall der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Rechnung tragen.

Erforderlich ist also, anders gewendet, nicht nur ein allgemeines Gesetz als Grundlage der Meinungseinschränkung. Zu Weimarer Zeiten hatte die Meinungsfreiheit im Kollisionsfalle grundsätzlich jedem noch so unbedeutenden Rechtsgut, jedem gesetzgeberisch anerkannten Wert der "materialen Allgemeinheit der Aufklärung"⁸ zu weichen. Dieser Verdrängungsautomatismus zu Lasten der Meinungsfreiheit wird in der grundgesetzlichen Ära abgelöst durch eine ergebnisoffene Güterabwägung im Einzelfall. Der mit dem "allgemeinen Gesetz" verfolgte Zweck muss – im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung – der eingeschränkten Meinungsfreiheit gegenüber auch in concreto vorrangig sein. War das Grundrecht der Meinungsfreiheit unter der Weimarer Reichsverfassung nachgerade das Paradigma eines bloßen "Grundrechts nach Gesetz",⁹ so schließt es unter dem Grundgesetz zu den gesetzeseleitenden, nicht bloß gesetzeseleiteten Grundrechten auf.

4. Das Lüth-Urteil: Quellcode der Grundrechtsdogmatik

Eine an sich bescheidene Auslegungsfrage wächst sich zu Grundsätzlichkeit aus. Die Deutung, die der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG zuteil wird, ist nämlich auf der Folie der grundlegenden Weichenstellung zu lesen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner vielleicht berühmtesten, sicherlich aber wirkmächtigsten Entscheidung, dem so genannten Lüth-Urteil aus dem Jahre 1958, ausbreitet und die – wie es Dieter Grimm, bis vor Jahresfrist noch Berichterstatter für die Meinungsfreiheit im zuständigen Ersten Senat, ausdrückt – "mittlerweile [zu] grundrechtsdogmatischem Gemeingut"¹⁰ avanciert ist. Keine der seither ergangenen, kaum noch zählbaren Entscheidungen des Verfassungsgerichts zur Meinungs-

⁷ BVerfGE 7, 198(209f.).

⁸ Wendung: Rudolf Smend: Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1928), S.44(52).

⁹ Zur Gegenüberstellung von "Gesetzen nur im Rahmen der Grundrechte" und "Grundrechten nur im Rahmen der Gesetze": Herbert Krüger: Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, S.12.

¹⁰ Dieter Grimm: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S.1697(1698).

freiheit hat die Bahnen, die das Lüth-Urteil vorgezeichnet hat, verlassen. Dessen Grundsatzaussagen haben zwar Konkretisierungen erfahren, Korrekturen aber nicht. Längst gelten sie nicht nur für das Grundrecht der Meinungsfreiheit, sondern für alle Grundrechte. Sie markieren sozusagen den Quellcode der Grundrechtsdogmatik. In vier Eckpunkten lassen sie sich zusammenfassen:

Die Grundrechte des Grundgesetzes sind zwar in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, entfalten ihre Wirkung also im Staat-Bürger-Verhältnis. In ihnen verkörpert sich darüber hinaus aber eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts – und damit für alle Rechtsverhältnisse – gilt.

Auch das bürgerliche Recht, welches die Beziehungen Privater untereinander regelt, steht in der "Ausstrahlungswirkung" dieses objektiven Wertsystems: "keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm treten, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden".¹¹

Der Richter, der zur Entscheidung eines zivilrechtlichen Streites berufen ist, hat kraft Verfassungsrechts zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts grundrechtlich beeinflusst sind. Ist dies der Fall, so "hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebenden Modifikationen des Privatrechts zu beachten".¹²

Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist es, zu prüfen, ob das Fachgericht Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts zutreffend beurteilt hat.

5. Das Karlsruher Rechtfertigungsregime für Meinungsbeschränkungen

Für die Handhabung der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG hat dies weit reichende Folgen. Auf der Grundlage des im Lüth-Urteils entwickelten Wertordnungsdenkens entfaltet das Bundesverfassungsgericht ein mehrschichtiges Rechtfertigungsmodell für Eingriffe in die Meinungsfreiheit, das im Folgenden nur in seinen Grundlinien nachgezeichnet sei:

Um eine Meinungsbeschränkung zu rechtfertigen, bedarf es zunächst eines "allgemeinen Gesetzes". Dadurch wird zwar dem Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG semantisch Reverenz erwiesen; es handelt sich dabei indes um eine niedrige und daher leicht überwindbare Hürde, wie die forensische Praxis zeigt. So fällt es schwer, ein Beispiel zu benennen, in dem ein streitbefangenes Gesetz am Erfordernis der Allgemeinheit gescheitert wäre.¹³

Die zweite und die dritte Bedingung der Rechtfertigung haben unter dem Begriff der "Wechselwirkung" Karriere gemacht: "Wechselwirkung" bedeutet, dass die meinungsverkürzende Norm ihrerseits im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt und angewendet werden muss. Mit den Worten des Lüth-Urteils: "... die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, dass der besondere Gehalt dieses Rechts [...] auf jeden Fall gewahrt

¹¹ BVerfGE 7, 198(205).

¹² BVerfGE 7, 198(206).

¹³ Dies auch deswegen, weil Gesetze, die nicht im Sinne von Art.5 Abs.2 GG allgemein sind, zumeist dem Schutze der Jugend oder der persönlichen Ehre dienen und sich über diese Schrankenklauseln rechtfertigen lassen.

bleibt."¹⁴ Die allgemeinen Gesetze setzten zwar – dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG nach – dem Grundrecht Schranken; diese müssten aber ihrerseits 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. Die Wechselwirkungslehre also als besonderer Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Die Wechselwirkungslehre entfaltet unterschiedliche Wirkung je nachdem, ob sie auf die Rechtsauslegungsstufe bezogen wird oder aber auf die Rechtsanwendungsstufe: Auf der Stufe der Normauslegung führt der Wechselwirkungsgedanken dazu, dass die allgemeinen Gesetze verfassungskonform – hier also meinungsfreiheitskonform – ausgelegt werden müssen. Ist eine Gesetzesbestimmung mehreren Deutungen zugänglich, so ist diejenige zu verwerfen, die der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit in der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung widerspricht, und diejenige zu wählen, die ihr entspricht. Wann und in welchem Umfang das der Fall ist, ist durch eine – regelbezogene – Abwägung zu entscheiden, die "im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der betreffenden Gesetze"¹⁵ vorzunehmen ist. Der Gesetzesinhalt wird also nach Maßgabe der Grundrechtsbedeutung gleichsam nachjustiert – Gesetzesdeutung nach Grundrechtsbedeutung.

Die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Meinungsfreiheit wirkt sich im Rahmen der Anwendung eines meinungsbeschränkenden "allgemeinen Gesetzes" in der Weise aus, dass eine fallbezogene Güterabwägung vorzunehmen ist zwischen der Meinungsfreiheit einerseits und dem rechtlich geschützten Interesse, dem das grundrechtsbeschränkende Gesetz dient, andererseits. Nochmals das Lüth-Urteil: "Das Recht der Meinungsfreiheit muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln."¹⁶ Pointiert: "Die Entscheidung kann nur aus einer Gesamtanschauung des Einzelfalles unter Beachtung aller wesentlichen Umstände getroffen werden."¹⁷

Wenngleich – oder sollte man formulieren: gerade weil – das Ergebnis dieser Einzelfallabwägung sich weder abstrakt noch generell angeben lässt, hat das Bundesverfassungsgericht eine Reihe von Gesichtspunkten und Vermutungsregeln entwickelt, die die konkrete Abwägung leiten sollen. So etwa – um nur zwei zu nennen – den Nachrang der Meinungsfreiheit, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antaste, oder umgekehrt die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage.¹⁸

Schließlich – und hier sind wir auf der vierten und jüngsten Stufe der Eingriffsrechtfertigung angelangt – nimmt das Bundesverfassungsgericht für sich die Deutungs- und Zurechnungskontrolle in Anspruch, d.h. die Kompetenz, die trichterliche Sachverhaltsfeststellung und -deutung zu überprüfen. Beruht die Beschränkung oder das Verbot einer Meinungsäußerung

¹⁴ BVerfGE 7, 198(208).

¹⁵ BVerfGE 93, 266(292); entsprechend jüngst BVerfGE 99, 185(196); 101, 361(388) – st. Rspr.

¹⁶ BVerfGE 7, 198(210f.).

¹⁷ BVerfGE 7, 198(212).

¹⁸ Näher zu den in der Verfassungsrechtsprechung entwickelten (Vermutungs-)Regeln: Thomas Vesting: Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, in: AöR 12 (1997), S.337(347f.).

darauf, dass sie vom staatlichen Gericht unzutreffend erfasst oder gewürdigt worden ist – sei es, dass die Äußerung so nicht gefallen ist; sei es, dass ihr ein Sinn gegeben wird, den sie nach dem festgestellten Wortlaut objektiv nicht hat; sei es, dass unter mehreren objektiv möglichen Deutungen diejenige der staatlichen Sanktion zu Grunde gelegt wird, die zur Meinungsbeschränkung führt; sei es, dass die Äußerung unzutreffender Weise als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik gewürdigt wird – so führt dies im Ergebnis zur Unterdrückung einer grundrechtsgeschützten Äußerung. Damit wird, so das Bundesverfassungsgericht weiter, der Einfluss des Grundrechts auf die Vorschriften namentlich des Zivilrechts und des Strafrechts verkannt. Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgte Meinungsfreiheit stellt danach nicht nur und erst Anforderungen an Auslegung und Anwendung grundrechtsbeschränkender "allgemeiner Gesetze". Sie entfaltet ihre Schutzwirkung bereits im Vorfeld der Gesetzesanwendung im engeren Sinne – bei der Erhebung und Würdigung der fallrelevanten Tatsachen. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen von Verfassungsbeschwerden grundsätzlich auch vollinhaltlich, ob die Fachgerichte von einer zutreffenden Sachverhaltsfeststellung und -würdigung ausgegangen sind – und reklamiert damit die trichterliche Erhebungs- und Deutungskompetenz für sich.

6. Der Erfolg und sein Preis

Mit diesem ausgefeilten – hier freilich nur grob skizzierten – Anforderungsprofil an Meinungsbeschränkungen hat das Bundesverfassungsgericht sich alle Voraussetzungen geschaffen, Urteile der Fachgerichte – d.h. der Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgerichte – bis in die letzte Faser des Urteilsfindungsprozesses hinein zu überprüfen und notfalls aufzuheben. Damit hat es dem Grundrecht der Meinungsfreiheit im Besonderen und den Grundrechten im Allgemeinen ein Maß an Wirksamkeit und Wirkmächtigkeit im Rechtsalltag beschieden, das nicht nur im verfassungshistorischen Rückblick, sondern auch im verfassungsvergleichenden Seitenblick seinesgleichen sucht. Die beeindruckende Erfolgsgeschichte der Grundrechte unter dem Grundgesetz ist ganz wesentlich auch ein Verdienst des Lüth-Urteils und der sich darauf aufbauenden Folgejudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Erst jüngst ist in ihm, freilich nicht ohne ein Augenzwinkern, der "achte Schöpfungstag" erblickt worden, das "Pfungstwunder", mit dem der Heilige Geist über das Grundgesetz gekommen sei und dieses zur geschriebenen Vernunft habe werden lassen.¹⁹ So weit, so gut.

Doch der unbestreitbare Erfolg enthebt nicht der Frage, ob hier nicht des Guten zu viel getan worden ist, ob der seit dem Lüth-Urteil verfolgte Ansatz auch gegenwärtig – näherhin: unter den heutigen Bedingungen der Grundrechtsentfaltung sowie angesichts des zwischenzeitlich erreichten Entwicklungsstandes der Grundrechtsdogmatik – noch tragfähig ist, ob nicht mittlerweile aus Vernunft Unsinn, aus Wohltat Plage zu werden droht. An Stimmen mangelt es jedenfalls nicht, die vor grundrechtsexpansionistischen oder auch grundrechtsinflationären Tendenzen warnen – einhergehend mit einer Machtverschiebung vom Gesetzgeber und von den Fachgerichten hin zum Bundesverfassungsgericht. Diese allgemeine Diskussion mag hier auf sich beruhen.

Im Folgenden sei die – kritische – Aufmerksamkeit der eingangs als System apostrophierten Konstruktion gewidmet, mit deren Hilfe das Bundesverfassungsgericht Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit in der einfachgesetzlichen Rechtsordnung zu sichern trachtet. Fünf Gesichtspunkte seien herausgegriffen.

¹⁹ So Gerd Roellecke: 75 Jahre Grundgesetz, in: Rechtshistorisches Journal 19 (2000), S.632(633).

7. Grundrecht unter Grundrechten

Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit wird in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts unter mehrerlei Aspekten eine Sonderrolle attestiert. Einer – wenn nicht der rechtspraktisch wichtigste – davon ist der Umstand, dass im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gerichtsurteil das Bundesverfassungsgericht intensiver als bei sonstigen Grundrechtsrügen kontrolliert, ob das Fachgericht von einer zutreffenden Feststellung und Würdigung der dem Richterspruch zu Grunde gelegten Tatsachen ausgegangen ist.

So prüft der Erste Senat eingehend – wenn auch "ohne eigene Fallanschauung, ohne Beweisaufnahme, ohne rechtliches Gehör",²⁰ ob das Amtsgericht Ansbach die Äußerung "A soldier is a murder" ("Ein Soldat ist ein Mord.") zutreffend ausgelegt hat. Dabei moniert es, dass das Strafgericht zur Verurteilung wegen Beleidigung deswegen gekommen sei, weil es den Ausspruch des Angeklagten dahin gedeutet habe, dass dieser lediglich infolge mangelnder Englischkenntnisse das Wort "murder" statt "murderer" verwendet habe. Dagegen habe der Amtsrichter alternative Deutungen, zu denen vorliegend "insbesondere auch wegen der ungewöhnlichen sprachlichen Fassung"²¹ Anlass bestanden habe, nicht erwogen. Diese Form von Deutungsakrobatik irritiert den einen und amüsiert den anderen. *Difficile est saturam non scribere*. Doch was auch immer von diesen Deutungskünsten zu halten ist: Hier geht es nicht um den konkreten Inhalt verfassungsgerichtlicher Tatsachenwürdigungen,²² sondern darum, mit welchem Recht eigentlich das Bundesverfassungsgericht die Deutung des Strafrichters zunächst in Zweifel zieht und letztlich beiseite schiebt.

Die auf den ersten Blick ebenso nahe liegende wie einleuchtende Begründung für die intensivierte Kontrolle durch das Verfassungsgericht: Werde der Beschwerdeführer von einem staatlichen Gericht – etwa einem Strafgericht – für eine Meinungsäußerung belangt, die der Betreffende entweder so nicht getätigt habe oder die doch nicht so zu verstehen sei, wie das Gericht sie gewürdigt habe, so werde im Ergebnis eine grundrechtsgeschützte Freiheitsbetätigung unterdrückt.

Für sich genommen ist der herausgestellte Zusammenhang von Fehlern bei der Sachverhaltserhebung und -würdigung einerseits und einer Grundrechtsverkürzung andererseits nicht von der Hand zu weisen. Aber worin liegt das Besondere, das es rechtfertigt, dass das Verfassungsgericht bei einer meinungsbezogenen Grundrechtsrüge das inkriminierte fachrichterliche Urteil intensiver kontrolliert als bei sonstigen Grundrechtsrügen?

Unter quantitativem Aspekt ereignet sich hier nichts Ungewöhnliches: Die verfassungsrechtliche Bewertung hängt grundsätzlich immer in maßgeblicher Weise von Aufklärung und Bewertung der tatsächlichen Umstände ab. So etwa wird selbstredend die Berufsfreiheit verletzt, wenn das Verwaltungsgericht den Entzug der Gaststättenkonzession bestätigt, der auf unzutreffenden Feststellungen zur gewerberechtlichen Zuverlässigkeit – beispielsweise einer angeblichen Trunksucht – beruht. Und in die Eigentumsfreiheit wird in verfassungswidriger Weise eingegriffen, wenn auf Grund der rechtsfehlerhaften Würdigung einer Zeugenaussage der Kaufvertrag zwischen Kläger und Beklagtem als nicht zu Stande gekommen und der eingeklagte Kaufpreisanspruch infolgedessen als nicht bestehend behandelt wird.

²⁰ Josef Isensee: Grundrecht auf Ehre, in: Festschrift für Martin Kriele, 1997, S.5(43).

²¹ BVerfGE 93, 266(305).

²² Wenngleich dieser Beschluss zur Vorsicht gemahnt bei der Vorstellung, jede höhere, gleichsam verfassungsunmittelbarere Instanz verfüge, ihrer institutionellen wie funktionellen Verfassungsnähe wegen, über das bessere trichterliche Judiz.

In dem Maße, in dem der Grundrechtsschutz lückenlos, also jegliches Verhalten des Privaten als zumindest potenziell grundrechtsgeschützt verstanden wird, bedeutet jeder Fehler bei der Feststellung und der Würdigung des Sachverhalts zugleich einen Grundrechtsverstoß. Statt rechtfertigender Ausnahme also ordinäre Regel.

Auch der Versuch, die intensivierete Erhebungs- und Deutungskontrolle unter qualitativem Aspekt zu rechtfertigen, vermag nicht recht zu fruchten: Denn weder stellt die Meinungsfreiheit alle übrigen Grundrechte ihrer Bedeutung nach in den Schatten. Noch lässt sich die These aufrechterhalten, dass sonstige Grundrechtseingriffe es ihrer Schwere nach mit der Unterdrückung von Meinungsäußerungen nicht aufnehmen könnten. Müsste das Verfassungsgericht, der immanenten Logik seines Ansatzes folgend, nicht jeden im Wege der Verfassungsbeschwerde vor seine Schranken getragenen Mordprozess neu aufrollen, nochmals in die tatrichterliche Beweiserhebung und -würdigung eintreten? Schließlich droht dem Angeklagten mit lebenslanger Haft die Höchststrafe und damit ein Grundrechtseingriff, der empfindlicher kaum denkbar ist. Oder müsste nicht – um ein weiteres aus der Vielzahl möglicher Beispiele zu nennen – jede Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes über die Verteilung des Sorgerechts nach Ehescheidung vom Verfassungsgericht vollinhaltlich auf ihre Richtigkeit kontrolliert werden, wird doch damit gleichermaßen über das Schicksal des Kindes und über die verfassungsradizierten Rechte und Pflichten der Elternteile entschieden?

Ist aber die Meinungsfreiheit sub specie der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung lediglich Grundrecht unter Grundrechten, so sollte auch hier die – in der so genannten Heckschen Formel²³ zusammengefasste – Grundeinsicht verfassungsgerichtlicher Kontrolldichte gelten: "[...] die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen".²⁴ Eine grundrechtserhebliche Grenze ist erst dort überschritten, wo Sachverhaltsaufklärung und -würdigung durch das Fachgericht objektiv willkürlich erfolgen und damit den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG auf den Plan rufen.

8. Ein methodologisches und kompetenzielles Rätsel

Die zweite Überlegung gilt der Stufe der Normauslegung. Nach ständiger Rechtsprechung des Ersten Senats hat – als Ausdruck der Wechselwirkungslehre – im Rahmen der Auslegung, also der Inhaltsermittlung, des meinungsbeschränkenden Gesetzes eine regelbezogene Abwägung "zwischen der Bedeutung einerseits der Meinungsfreiheit und andererseits des Rechtsguts, in dessen Interesse sie eingeschränkt worden ist",²⁵ stattzufinden. Daran knüpfen sich zwei Nachfragen:

Erstens: Wie kann es im Rahmen der Auslegung zu einer Abwägung kommen – im Rahmen der Auslegung, die ja nichts anderes ist als die vergegenwärtigende Ermittlung dessen, was vom Gesetz, genauer: vom Gesetzgeber als geboten oder verboten statuiert worden ist? Eine Abwägung setzt doch zweierlei voraus: Zum einen den Konflikt oder auch die Kollision zweier gleichzeitig ihr Recht beanspruchender Rechtsgüter – etwa Meinungsschutz gegen

²³ Benannt nach dem Berichterstatter des Beschlusses, in dem diese Formel erstmalig auftaucht: Karl Heck (Richter des Ersten Senats bis 1965).

²⁴ BVerfGE 18, 85(92). Vgl. auch die sich auf die Hecksche Formel stützende Kritik am "Soldaten sind Mörder"-Beschluss im Sondervotum der Richterin Evelyn Haas, in: BVerfGE 93, 266, 313(313f.).

²⁵ BVerfGE 93, 266(292) – st. Rspr.

Ehrenschatz. Zum anderen, dass der Konflikt nicht durch eine kollisionslösende Regel entschieden ist. Wo das Recht eine derartige Regel bereits vorhält – wie beispielsweise Art. 31 GG mit der Regel: "Bundesrecht bricht Landesrecht" –, da gibt es nichts mehr abzuwägen, da ist die Kollision bereits zu Gunsten der einen Seite – im Beispielfalle: zu Gunsten des Bundesrechts – entschieden. Wo das Recht – in unserem Falle: das meinungsbeschränkende Gesetzesrecht – eine Kollisionslösungsregel aber nicht enthält, kann zwar unter Umständen eine Abwägung erforderlich werden. Diese kann aber nicht im Rahmen der Auslegung erfolgen. Die Auslegung gibt dem Gesetzesanwender womöglich Hinweise an die Hand, welche Vor-entscheidungen das Gesetz für die Abwägungsentscheidung getroffen hat. Auslegung und Abwägung fallen jedoch nie in eins. Jene geht dieser notwendig voraus. Damit gerät die regelbezogene Abwägung, von der das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Stufe der Normauslegung spricht, zum methodologischen Vexierrätsel.

Zweitens: Die "interpretationsleitende" Berücksichtigung der Grundrechte wird auch nicht plausibler durch den Hinweis auf den Vorrang der Verfassung – und damit jeden Grundrechts – vor allem übrigen Recht. Diese Spielart der verfassungskonformen Auslegung – d.h. der Interpretation des Gesetzesrechts nach Maßgabe der Verfassung – vermengt in unzulässiger Weise Inhaltsermittlung ("Was verlangt das Gesetz?") und Gültigkeit einer Norm ("Darf das Gesetz dies von Verfassungs wegen überhaupt verlangen?"). Indem sie den Gesetzgeber gegebenenfalls nicht wollen lässt, was er tatsächlich gewollt hat, sondern ihm Inhalte unterschiebt, die er zwar de constitutione gewollt haben dürfte, aber de facto nicht gewollt hat, sprengt sie den Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung und führt zu einer 'kalten' Gesetzeskorrektur. Hier wird das für die Gesetzesproduktion eingerichtete Verfahren parlamentarischer Konsensfindung ebenso umgangen wie das für die Gesetzeskorrektur vorgesehene Verfahren der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, an dessen Ende entweder die Bestätigung oder die Verwerfung des vom Gesetzgeber Gewollten steht. Tertium non datur. Verfassungskonforme Auslegung ist eben – wenn und soweit sie anderes zu sein beansprucht als ein Weg subjektiv-historischer Interpretation – keine benigna interpretatio in favorem legis, sondern eine justizielle Kompetenzusurpation. Das Grundgesetz nämlich sieht eine derartige Befugnis des Gesetzesinterpreten und -anwenders zur Umschaffung oder auch Änderung des Gesetzesinhalts nicht vor.

9. Abwägung und Verfassungsrang

Anders als auf der Stufe der Gesetzesanwendung hat die Abwägung der widerstreitenden Interessen auf der Stufe der Gesetzesanwendung, näherhin bei der Frage, ob die vorgeschriebene Rechtsfolge im Blick auf die Besonderheiten des zu entscheidenden Falles angemessen ist, ihren rechten Ort. Hier betont das Bundesverfassungsgericht mit Recht, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit im Einzelfall einen wertenden Vergleich der Beeinträchtigungen verlangt, die der Meinungsfreiheit auf der einen Seite und dem durch das allgemeine Gesetz geschützten Interesse auf der anderen Seite drohen.

So richtig dieser Ansatz, so ungeklärt die Frage, was sich im Rahmen dieses Abwägungsprozesses auf der Ebene der Verfassung abspielt, was im Range eines einfachen Gesetzes und was schließlich mit bloßer Urteilskraft. Inwieweit handelt es sich bei der Güterabwägung um eine im engeren Sinne verfassungsrechtliche und inwiefern um eine bloß verfassungsgeleitete? Erschöpft sich die Rolle der Meinungsfreiheit darin, die Abwägungsfrage zu formulieren, oder ist sie zugleich auch deren Antwort? Anders, konkreter gewendet: Was ist noch Vorgabe der Verfassung, wenn der Strafrichter zu entscheiden hat, ob im konkreten Einzelfall die Bezeichnung von Soldaten als Mördern das übrige Geschehen derart dominiert,

dass ein gleichfalls zum Ausdruck gebrachtes sachliches Anliegen in seiner Bedeutung für die rechtliche Bewertung zurücktritt?²⁶

Die Frage ist so theoretisch nicht, wie sie zunächst vielleicht klingen mag. Denn an ihr entscheidet sich, was dem Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts unterliegt – und was nicht. Das Verfassungsgericht nämlich ist darauf beschränkt, die Verfassungsmäßigkeit der ihm zur Prüfung unterbreiteten Akte staatlicher Gewalt sicherzustellen. Sonstige Befugnisse stehen ihm nicht zu. Es überschreitet daher seine Kompetenzen, wenn es – jenseits seiner Funktion als Hüter der Verfassung – Ersatzgesetzgeber oder Ersatz(fach)richter spielt. Angesichts dessen muss es – gelinde gesagt – irritieren, dass, wenn überhaupt, nur selten²⁷ und dann zumeist auch nur schemenhaft deutlich wird, was im Rahmen von Güterabwägungen grundrechtlich determiniert ist und was ausschließlich Ausdruck gesetzgeberischer oder auch (fach-)richterlicher Entscheidungsverantwortung.

10. Immunisierungsstrategien

An dieser Stelle sei die Detailkritik verlassen. Die letzten beiden Überlegungen führen ins Allgemeine zurück:

Im Gefolge des Lüth-Urteils hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine reiche Kasuistik hervorgebracht, die in ihren Verästelungen, ja Verschachtelungen allenfalls noch für den Spezialisten durch- und überschaubar ist. Dies darf angesichts der Grundannahmen dieser Judikatur freilich nicht überraschen: Denn zum einen fügen die unterschiedlichen Rechtfertigungsebenen mit ihren je eigenen Vorrangrelationen sich leicht zu einem grundrechtsdogmatischen Argumentationslabyrinth, in dem die Orientierung leicht verloren geht. Das Zusammenspiel der vom Verfassungsgericht entwickelten Vermutungsregeln im zu entscheidenden Falle ist wahrlich nicht immer leicht vorherzusehen. Überraschungen bei der Handhabung dieses "variablen Gefüges materialer Vorrangrelationen"²⁸ sind da nicht ausgeschlossen. Gezielte Einwände lassen sich auf dem grundrechtsargumentatorischen Verschiebebahnhof nur schwer anbringen.

Und zum anderen immunisiert die Verfassungsjudikatur sich durch den Einzelfallbezug ihrer Begründungen. Kann die grundrechtskonforme Entscheidung – so die ständige Rechtsprechung – "nur aus einer Gesamtanschauung des Einzelfalles unter Beachtung aller wesentlichen Umstände getroffen werden",²⁹ so wird die allgemeine gesetzliche Regel von Grundrechts wegen nachhaltig relativiert. Und je zahlreicher, spezifischer und heterogener die Umstände und Interessen, die in den Abwägungsvorgang eingestellt werden, desto freier – um nicht zu sagen: desto willkürlicher – die Wahl dessen, der die Abwägungsentscheidung zu treffen hat. Denn wer alles zu berücksichtigen hat, kann eben jede Entscheidung rechtfertigen. Kurzum: Wo von Grundrechts wegen die Umstände des Einzelfalles die Entscheidung regieren, hat die gesetzliche Regel abgedankt und tritt verfassungsrichterliche Billigkeitsjustiz an ihre Stelle.

²⁶ So die Wendung in BVerfGE 93, 266(303f.) – "Soldaten sind Mörder".

²⁷ Vgl. aber etwa BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 1996, S.3071(3072) m. Nachw. – "Blutentnahme für DNA-Vergleichsanalyse".

²⁸ So die Charakterisierung bei Vesting (o. Fußn.18), S.345.

²⁹ BVerfGE 7, 198(212).

11. Verfassungssolipsismus

Um nicht missverstanden zu werden: Gegenstand der Kritik ist nicht, dass das Recht, und das heißt die Rechtsordnung als Ganzes einzelfallgenau, detailliert und differenziert auf die von ihr zu bewältigenden politischen, ökonomischen, sozialen Herausforderungen reagiert. Denn darin liegt gerade der Wert einer ausdifferenzierten Rechtsordnung, deren Leistungsfähigkeit. Gegenstand der Kritik ist die – hierzu nachgerade diametral entgegengesetzte – These, dass das Grundgesetz das "juristische Weltenei"³⁰ markiere, aus dessen Vorgaben sich die Lösung jedes Einzelfalles einfach mittels – wenn auch "wertender" – Deduktion entlocken lasse. Diese verfassungssolipsistische These widerstreitet der Konzeption des Grundgesetzes, das nicht mehr sein will als die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens. Dieses ebenso ausfüllungsfähige wie ausfüllungsbedürftige Rahmenrecht im Verfassungsrang determiniert das übrige Recht in gleicher Weise, wie es dessen zur Entfaltung seiner Rahmenvorgaben, zu denen eben auch die Grundrechtsgewährleistungen rechnen, bedarf. Zu deren Ausführung und Ausfüllung hat es ein arbeitsteilig angelegtes Netzwerk von Rechtsetzern und Rechtsanwendern vorgesehen, die im stufenförmig verlaufenden Prozess der Rechtsindividualisierung einen je eigenen, von anderen nicht substituierbaren Beitrag leisten. Sie – und nicht die über allen und allem thronende Verfassungsgerichtsbarkeit – sind berufen, festzustellen oder auch festzulegen, welche tatsächlichen Umstände des Einzelfalles wesentlich, also von rechtlicher Relevanz sind und wie die in concreto einschlägigen Rechtspositionen zu gewichten und einander zuzuordnen sind.

12. Historisierung statt Dogmatisierung

Der letzte Gedanke führt gewissermaßen zu dem Punkt zurück, an dem alles begonnen hat: zum Lüth-Urteil selbst. In ihm hat das Bundesverfassungsgericht das Fundament seiner Grundrechtsjudikatur gelegt, in ihm hat es die so genannte "Ausstrahlungswirkung" der Grundrechte in alle Bereiche des Rechts hinein begründet.

Im Vorstehenden wurden einige – beileibe nicht alle! – Gesichtspunkte zusammengetragen, die ansatzweise deutlich machen dürften, dass der Ansatz der Lüth-Rechtsprechung einerseits zu weit greift, andererseits aber auch zu kurz. Jedenfalls trifft er strukturelle Vorentscheidungen für den Umgang mit den Grundrechten – und hier namentlich mit der Meinungsfreiheit –, die mit gewisser Zwangsläufigkeit in die Situation führen, in der wir uns heute befinden: Ehren- und Jugendschutz in der Defensive; die fachgerichtlichen Urteile dem nahezu beliebigen Zugriff des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzt.

Doch würden die geäußerten Vorbehalte missdeutet, würden sie als der Versuch genommen, das Lüth-Urteil als Fehlurteil zu diskreditieren. Nicht das Lüth-Urteil ist – salopp formuliert – schuld daran, dass Grundrechtswohltat in Abwägungsplage umzuschlagen droht. Es ist vielmehr das unbeirrte Festhalten, das buchstabengetreue Festschreiben, das kritiklose Dogmatisieren dessen, was in den Anfangsstunden der Grundrechtsdogmatik und damit in die noch relativ ungewisse Zukunft der Grundrechtsgewährleistungen formuliert worden ist.

Statt der Dogmatisierung des Lüth-Ansatzes wird hier seiner Historisierung das Wort geredet. Die vom Ersten Senat zu Beginn des Jahres 1958 gefällte Entscheidung war angesichts der verfochtenen Extremlösungen – "unmittelbare Geltung der Grundrechte auch im Verhältnis Privater untereinander" auf der einen und "keinerlei Geltung der Grundrechte im Privatrecht"

³⁰ So die berühmte Wendung bei Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S.144.

auf der anderen Seite – die wohl beste der unter den damaligen Bedingungen möglichen Antworten, zweifelsohne eine grundrechtsdogmatische Pionierleistung.³¹

Dies darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass dieselbe Antwort heute, unter radikal veränderten Rahmenbedingungen des Grundrechtsschutzes, einfach nicht mehr gut genug ist:

- Der Vorrang der Verfassung – und mit ihm der Vorrang der Grundrechte – hat sich durchgesetzt;
- die Meinungsfreiheit ist längst zum regulären Grundrecht unter Grundrechten avanciert;
- die Grundrechte sind in ihren vielfältigen Gewährleistungsdimensionen entfaltet;
- die Dogmatik hat mit der Figur des Grundrechtsdreiecks ein Deutungsschema entwickelt, mit Hilfe dessen auch das mehrpolige Verhältnis von Staat–Störer–Opfer adäquat erfassbar und beherrschbar wird;
- in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts hat sich eine effektive Grundrechtsgerichtsbarkeit etabliert;
- und schließlich begleiten die Grundrechte den Rechtsalltag auf Schritt und Tritt.

Die Frontstellung der Grundrechte und mit ihr die Herausforderungen an den Grundrechtsschutz haben sich grundstürzend gewandelt. Dies lässt außer Acht, wer die Weichenstellungen von einst heute noch seiner grundrechtsdogmatischen Argumentation zu Grunde legt. Er huldigt einem Konservativismus, der am Überkommenen festhält, nicht weil es nach wie vor gut, sondern schlicht, weil es überkommen ist.

Die Erfolgsgeschichte der Grundrechte, die mit dem Lüth-Urteil anhebt, hat dieses längst selbst zu Geschichte werden lassen, seine Grundannahmen überholt, sein dogmatisches Potenzial erschöpft. Darum wird der Bedeutung und dem Rang des Lüth-Urteils nicht gerecht, wer diese – zum Ursprungsmythos der Grundrechtsjudikatur entrückte – Erkenntnis als nach wie vor gültige Antwort auf die Fragen der Gegenwart liest.³² Damit wird das altherwürdige Judikat überfordert, die Gegenwart jedoch unterfordert. Wir sollten es, bei allem Respekt, lieber mit dem Mohren in Friedrich Schillers "Verschwörung des Fiesco zu Genua" halten: Der Mohr hat seine Arbeit getan. Der Mohr kann gehen.³³

³¹ Hier von "methodologischem Staatsstreich" zu reden, wie jüngst von zivilrechtswissenschaftlicher Seite geschehen (so von Uwe Diederichsen: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, in: AcP 198 (1998), S.171(226)), geht an der dogmengeschichtlichen Einbettung und am Antwortcharakter, kurz: an der Kontingenz des Lüth-Urteils vorbei.

³² Um den dem Lüth-Urteil zu Grunde liegenden Fall grundrechtsdogmatisch in den Griff zu bekommen, bedürfte es heute nicht mehr der Behelfskonstruktionen von "objektiver Wertordnung", "Ausstrahlungswirkung", "mittelbarer Drittwirkung" usf.

³³ Demgegenüber plädiert Claus-Wilhelm Canaris für den "Versuch einer 'kritischen Rekonstruktion' des Lüth-Urteils" (Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz –, 1999, S.27ff.).

Der damit frei werdende Platz in der Dogmatik könnte sodann von zeitgemäßen Einsichten besetzt werden, die sowohl das Verhältnis von Verfassungsrecht und Unterverfassungsrecht als auch die Arbeitsteilung zwischen den regulären Gerichten und dem Verfassungsgericht wieder in das vom Grundgesetz anvisierte Gleichgewicht zu bringen vermöchten. Damit würde nicht zuletzt ein Beitrag dazu geleistet, das Bundesverfassungsgericht aus der Schusslinie der Kritik zu bringen. Und daran dürfte allen gelegen sein.

Joachim Renzikowski

Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen – der strafrechtliche Ehrenschtz

1. Einleitung

Vor einigen Jahren gab es – der Ort tut nichts zur Sache – eine Auseinandersetzung zwischen einem Staatsanwalt und einem Amtsrichter. Der Amtsrichter weigerte sich, Strafbefehlsanträge des Staatsanwalts abzuzeichnen, weil der Angeschuldigte nicht mit "Herr" angedredet worden war. Die ganze Sache gelangte sogar bis zur Europäischen Kommission für Menschenrechte. Schließlich wurden die Strafbefehle doch ausgefertigt. Auf die Frage an den Staatsanwalt, weshalb er dem Gebot der Höflichkeit nicht gefolgt war, gab er zur Antwort, wer eine Straftat begangen habe, habe seiner Meinung nach die Anrede "Herr" verwirkt – und das im Bereich der Bagatelldriminalität vor einer rechtskräftigen Feststellung der Schuld! Ob gegen den Staatsanwalt irgendetwas unternommen wurde, etwa eine dienstliche Weisung oder dergleichen, ist nicht bekannt.

Diese Geschichte ist nicht nur ein Beispiel für schwäbische Dickköpfigkeit. Sondern sie führt unmittelbar in unser Thema ein: Hat der Staatsanwalt etwa durch sein Verhalten die Ehre des betreffenden Angeschuldigten verletzt?

Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet die Meinungsfreiheit ihre Grenze in dem Recht der persönlichen Ehre. Die besondere Schwierigkeit, diese Grenze zu bestimmen, beruht darauf: Bei der Ehre dürfte es sich um das Rechtsgut handeln, welches dem kulturellen Wandel am meisten unterworfen ist, oder wie *Wetzel* einmal gesagt hat: Die Ehre ist "eine zutiefst geschichtliche Größe".¹ In früheren Zeiten richtete sich die Ehre vor allem am sozialen Status aus, beispielsweise an der Zugehörigkeit zu bestimmten Ständen, erinnert sei hier an den alten Zunftspruch: "Gut verloren, nichts verloren; Mut verloren, viel verloren; Ehre verloren, alles verloren." Die Zeiten, in denen Ehrverletzungen im Duell gesühnt wurden, sind längst Vergangenheit. Heute gilt eher, was *Brecht* der Mutter Courage in den Mund legt: "Die Ehr ist verloren, aber nix sonst." Für die offene Gesellschaft, die die Standesschranken überwunden hat, und die von einem Werteppluralismus geprägt wird, könnte man mit *Camus* auch sagen: "Die Ehre, sie verstehen, das ist ein unklarer, ein sehr unklarer Begriff." Ist der Ehrbegriff erst einmal geklärt, so sind die Probleme keineswegs behoben. Nicht minder unklar ist nämlich, unter welchen Voraussetzungen von einer Verletzung der Ehre gesprochen werden kann. So bietet die Rechtsprechung zu den Beleidigungsdelikten schon lange das Bild einer kaum noch überschaubaren Kasuistik.

2. Der Begriff der Ehre

Doch zuerst zum Begriff der Ehre. Nach einer Bemerkung *Tenckhoffs* sind allein im juristischen Schrifttum über sechzig verschiedene Ehrbegriffe zu finden.² Lässt man die einzelnen Nuancen außer Betracht, so bleiben im Wesentlichen vier Positionen übrig, die heute diskutiert werden: der "faktische", der "dualistische", der "normative" und der "interpersonale" Ehrbegriff. Um die Unterschiede zu erläutern, kann man auch nach den Schutzobjekten differenzieren.

¹ Wetzel: ZStW 57 (1937), S.28.

² Tenckhoff: JuS 1988, S.199(201).

In Betracht kommt zunächst der gute Ruf einer Person.³ Dieser vor allem vom älteren faktischen Ehrbegriff betonte Gegenstand kann nicht pauschal als Schutzobjekt der Beleidigungsdelikte anerkannt werden. Der tatsächliche Ruf eines Menschen kann unverdient hoch oder schlecht sein. Er verdient als guter Ruf jedoch nur insofern Schutz, als er auch tatsächlich verdient ist. Neben dieser "äußeren" Ehre als objektivem Sachverhalt wird häufig die "innere" Ehre, also das subjektive Ehrgefühl des einzelnen, genannt.⁴ Indes kann es für das Recht nicht auf subjektive Empfindsamkeiten ankommen. Das Ehrgefühl kann völlig fehlen; es kann übertrieben hoch sein. Stellt man statt dessen mit dem dualistischen Ehrbegriff auf den aus der Personenwürde fließenden inneren Geltungswert des Menschen ab⁵, so kann gegen eine derartige Rechtsgutsbestimmung eingewendet werden, der innere Wert einer Person als solcher könne nur durch diese selbst, nicht aber durch Dritte beeinträchtigt werden. Nach dem vorherrschenden normativen Ehrbegriff handelt es sich bei der Ehre um den objektiv anzuerkennenden Wert, der dem Menschen kraft seiner Personenwürde und zugleich auf Grund seines sittlich-sozialen Verhaltens in der Gesellschaft zukommt.⁶ Zu der Definition des interpersonalen Ehrbegriffs besteht in der Sache kein Gegensatz. Ehre ist demnach das von der Würde des Menschen geforderte und seine Selbstständigkeit als Person begründende Anerkennungsverhältnis mit anderen Personen.⁷

Kurz: Ohne die gegenseitige Achtung als Personen ist das Zusammenleben in einer Gesellschaft nicht möglich. Dieser Aspekt der Menschenwürde macht heute die Bedeutung des Rechtsguts Ehre aus, wobei freilich nicht jede Persönlichkeitsverletzung zugleich eine strafbare Verletzung der Ehre ist. Vielmehr handelt es sich um den Anspruch, von anderen nicht unverdientermaßen herabgesetzt zu werden.

3. Die Verletzung der Ehre

Nach der Klärung des Begriffs der Ehre geht es nun um die Voraussetzungen, unter denen von einer Verletzung des Rechtsguts Ehre gesprochen werden kann. Einzelheiten des strafrechtlichen Ehrenschatzes regeln die §§ 185 ff. StGB, obwohl sich auch außerhalb des 14. Abschnitts Tatbestände finden, bei denen die Tathandlung in einer Beleidigung im weiteren Sinne besteht, z.B. die Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90) oder von Verfassungsorganen (§ 90b), die Volksverhetzung (§ 130) und die Beschimpfung von religiösen Bekenntnissen usw. (§ 166). Ein reines Ehrschutzdelikt ist lediglich § 103 (Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten), während die anderen genannten Tatbestände vornehmlich andere Rechtsgüter schützen. Auf alle diese Normen soll hier nicht näher eingegangen werden.

Ebenfalls nicht weiter behandelt werden soll der zivilrechtliche Ehrenschatz, obwohl ihm in der Praxis eine viel größere Bedeutung zukommt als den §§ 185 ff. StGB. Das liegt vor allem daran, dass Beleidigungen regelmäßig nur im Wege der Privatklage nach § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO verfolgt werden. Zudem werden derartige Privatklageverfahren in über 90 % aller Fälle wegen Geringfügigkeit nach § 383 Abs. 2 StPO eingestellt. Es lohnt sich also kaum, den Weg eines Strafverfahrens zu beschreiten. Wirksamer dagegen ist das Zivilrecht auch aus einem weiteren

³ Vgl. Knittel: Ansehen und Geltungsbewusstsein. Grundlagen der strafrechtlichen Beleidigungstatbestände, 1985, S.15ff.

⁴ Vgl.: BGHSt 11, S.70f.; Tröndle/Fischer: StGB, 49.Aufl./1999, §185 Rn.2.

⁵ Vgl.: BGHSt 11, S.71; Hardtung: ZStW 71 (1959), S.385(387).

⁶ Näher dazu Hirsch: Festschrift für Wolff, 1998, S.125ff.

⁷ S. Wolff: ZStW 81 (1969), S.886ff.; Lenckner in: Schönke/Schröder: StGB, 25.Aufl./1997, vor §§185ff. Rn.1.

Grund: Es sieht vielfältigere Sanktionen vor, nicht nur die Unterlassung oder den Widerruf der beleidigenden Äußerung, sondern auch Gegendarstellung, Schadensersatz und Schmerzensgeld. Die Genugtuung wird auf diese Weise unmittelbar dem Opfer zuteil, während Geldstrafen allein dem Fiskus zufließen. Diese Unterschiede zwischen dem strafrechtlichen und dem zivilrechtlichen Ehrenschatz liegen vor allem auf praktischem Gebiet. Rechtlich hingegen stimmen die Grundsätze in beiden Gebieten weitgehend überein.

Die Systematik der Beleidigungstatbestände und ihre jeweiligen Probleme lassen sich am besten vor dem Hintergrund der diversen "Soldaten-Urteile" erläutern, die, wenn man von den jeweiligen Einzelheiten des Falles absieht, im Wesentlichen immer um ein und dieselbe Frage kreisen: Ist die Verwendung des Tucholsky-Zitats "Soldaten sind Mörder" unter irgendeinem Gesichtspunkt nach den §§ 185 ff. strafbar?

3.1 Der geschützte Personenkreis

Als erstes taucht die Frage auf, wer durch diese Äußerung in seiner Ehre verletzt sein könnte.

Opfer einer Beleidigung kann zunächst jede natürliche Person sein. Ob auch Verstorbene eine Ehre haben können, ist umstritten. Vielfach wird § 189 (Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener) als Beleg für ein postmortales Fortbestehen der Ehre gedeutet. Nach anderer Ansicht soll diese Norm das Pietätsempfinden der Angehörigen schützen.⁸ Das braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden.

Problematisch ist, dass mit der pauschalen Äußerung "Soldaten sind Mörder" nicht unbedingt konkrete Einzelpersonen angesprochen werden, etwa bei einem derartigen Autoaufkleber. Indes können Einzelpersonen auch unter einer Kollektivbezeichnung beleidigt werden. Für diese Sammelbeleidigung sind zwei Fallgruppen entwickelt worden:

Eine Kollektivbeleidigung ist erstens in der Weise möglich, dass der Täter nicht alle, sondern nur einen oder mehrere Angehörige der Gruppe meint, seine Äußerung aber offen lässt, wer gemeint ist und deshalb jeder Einzelne betroffen sein kann.⁹ Damit sich die Beleidigung nicht in der Unbestimmtheit verliert, muss es sich aber um einen verhältnismäßig kleinen, hinsichtlich der Individualität seiner Mitglieder überschaubaren Kreis handeln. Nur dann sind alle Gruppenmitglieder beleidigt. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: "In der X-Fraktion des Landtags sitzt ein Landesverräter."¹⁰

Neben dieser kollektiv verdeckten Individualisierung gibt es zweitens die summarische Ehrverletzung, bei der alle Angehörigen einer Personengruppe durch ein pauschales Urteil getroffen werden sollen.¹¹ Auch hier kommt es darauf an, dass der Kreis nicht so groß ist, dass sich die ehrenrührige Äußerung in der Masse verliert und den Einzelnen nicht mehr erreicht. Die Personenmehrheit muss sich deshalb auf Grund bestimmter Merkmale aus der Allgemeinheit so deutlich herausheben, dass der Kreis der Betroffenen klar umgrenzt und die Zuordnung des Einzelnen nicht zweifelhaft ist. An die Größe der Gruppe werden aber nicht dieselben Anforderungen gestellt wie bei der ersten Fallgruppe. Bei der pauschalen Bezeichnung aller Soldaten als

⁸ S. dazu Hirsch (Anm.6), S.141ff.

⁹ Lenckner in: Schönke/Schröder: Vor §§185ff. Rn.6.

¹⁰ BGHSt 14, S.48ff.

¹¹ Lenckner in: Schönke/Schröder: Vor §§185ff. Rn.7.

Mörder ist also danach zu fragen, wer gemeint ist. Das wiederum hängt vom Kontext der Äußerung ab. So ist dem bereits erwähnten Autoaufkleber, durch den der Äußernde seine radikal-pazifistische Gesinnung kundtut, kein beleidigender Inhalt speziell der Soldaten der Bundeswehr zu entnehmen.¹² Zum gleichen Ergebnis war bereits das Berliner Kammergericht in dem Strafverfahren gegen den Herausgeber der "Weltbühne", *Karl von Ossietzky*, gelangt, der sich wegen des Abdrucks des fraglichen Satzes von Tucholsky verantworten musste. Für die Beleidigung der Soldaten der Reichswehr unter einer Sammelbezeichnung sei die Äußerung zu unbestimmt, da sie sich schlechthin auf alle Soldaten der Welt beziehe.¹³ Zwar hat der Bundesgerichtshof später argumentiert, selbst wenn damit alle Soldaten der Welt gemeint sein sollten, würde sich diese Äußerung auch auf die Bundeswehr und damit einen überschaubaren Personenkreis beziehen, da die Bundeswehrsoldaten schließlich zur Gruppe aller Soldaten der Welt gehörten.¹⁴ Überzeugen kann dies freilich nicht, weil dadurch die Eingrenzung der Sammelbeleidigung schlechthin hinfällig würde. Regelmäßig lassen sich aus Kollektiven Untergruppen bilden, etwa aus der Masse der faulen Akademiker die Professoren der Juristischen Fakultät der Universität Halle. Offensichtlich aber meinten die Demonstranten, die jüngst bei einem öffentlichen Gelöbnis in Berlin "Mörder, Mörder" skandierten, alle Teilnehmer an dieser Gelöbnisfeier, soweit sie Soldaten sind. Die Verwendung des Tucholsky-Zitats bezieht sich auf die Bundeswehr, wenn die Äußerung etwa im Rahmen der Debatte über die Wehrpflicht oder über Auslandseinsätze fällt. Aber auch hier ist schon wieder fraglich, ob nur alle aktiven Soldaten der Bundeswehr erfasst sind, oder auch die Reservisten und ehemalige Soldaten, was der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung verneint hat.¹⁵

Keine Sammelbeleidigung stellt dagegen die pauschale Herabsetzung einer bestimmten Tätigkeit dar, etwa die Bezeichnung des Soldatenhandwerks als organisiertem Mord, sofern sich nicht aus dem Kontext ergibt, dass die Personen, die diese Tätigkeit ausüben, ebenfalls gemeint sind.¹⁶

Umstritten ist, ob man auch eine Personengemeinschaft als solche beleidigen kann, hier also die Bundeswehr als Institution. Die Rechtsprechung hat diese Frage unter Bezugnahme auf § 194 Abs. 3 und 4 bejaht, der Sonderregeln für die Stellung des Strafantrags enthält.¹⁷ So werden Beleidigungen von Amtsträgern auch auf Antrag des Dienstvorgesetzten verfolgt. Bei Taten gegen Verwaltungsbehörden ist der Behördenleiter für die Stellung des Strafantrags zuständig. Darüber hinausgehend hält die überwiegende Auffassung Personengemeinschaften für beleidigungsfähig, wenn und soweit sie über eine transpersonale Ehre verfügen. Das soll der Fall sein, wenn die Personenmehrheit eine rechtlich anerkannte soziale Funktion erfüllt, einen einheitlichen Willen bilden kann und vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist. Als Beispiele werden genannt: Parteien, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, Kapitalgesellschaften, Fakultäten, das Rote Kreuz.¹⁸

¹² Vgl.: BVerfG, NJW 1994, S.2943(2944).

¹³ KG, JW 1933, S.972.

¹⁴ BGHSt 36, S.83(87).

¹⁵ BGH, NJW 1989, S.1365(1366).

¹⁶ S. Lenckner in: Schönke/Schröder: §185 Rn.8.

¹⁷ S. BGHSt 36, S.88.

¹⁸ Vgl. Lenckner in: Schönke/Schröder: Vor §§185ff. Rn.3.

Gegen die Erstreckung des Ehrenschatzes auf Personenverbände bestehen erhebliche Bedenken. So wird darauf verwiesen, dass es sich bei der Ehre um ein personales Rechtsgut des Individuums handelt. Andererseits gilt auch für Personenvereinigungen, dass sie nur dann in der Gesellschaft wirken können, wenn ihre Tätigkeit nicht diskreditiert wird. Die Berufung auf den Begriff der Ehre gerät immer in die Gefahr eines Zirkelschlusses, da der Umfang des Ehrenschatzes davon abhängt, wie zuvor das Rechtsgut bestimmt worden ist. Gegen die herrschende Lehre sprechen aber zwei weitere Argumente. Die Regeln des § 194 Abs. 3 und 4 lassen sich auch als prozessuale Vorschriften über die Stellung des Strafantrags verstehen, die lediglich an einen aus der Individuallehre abgeleiteten Ehrenschatz anknüpfen. Die Ausdehnung dieser gesetzlichen Anordnung auf alle Personenverbände ist demnach eine unzulässige Analogie.¹⁹ Zudem lassen sich Grenzen kaum überzeugend begründen: Wieso etwa sollen Vereine, in denen lediglich private Hobbys gepflegt werden, nicht beleidigungsfähig sein? Gilt das für den Deutschen Alpenverein (Bergsteigen als privates Hobby) ebenso wie für den Verein der Brieftaubenzüchter oder wie für einen Stammtisch? Schließlich spricht gegen die Kollektivbeleidigung, dass die bereits dargestellte Strafbarkeit der "Sammelbeleidigung" zum Schutz der Mitglieder des Verbands völlig ausreicht. Die Rechtsfigur ist somit überflüssig.

3.2 Die Kundgabe der Missachtung – Tatsachenbehauptung oder Werturteil

Eines dürfte nach den bisherigen Ausführungen bereits klar geworden sein: Im Zentrum der Beleidigungsdelikte steht die Frage, wie die betreffende Äußerung zu verstehen, juristisch: auszulegen ist. *Wer* soll mit dem Satz "Soldaten sind Mörder" getroffen werden? Im Folgenden geht es darum, *was* mit dieser Äußerung gemeint ist.

Die §§ 185 ff. unterscheiden zwischen zwei verschiedenen Inhalten einer ehrverletzenden Äußerung: der Behauptung von Tatsachen und der Äußerung eines Werturteils. So ahnden die §§ 186, 187 die Kundgabe ehrenrühriger Tatsachen gegenüber Dritten. Während diese Vorschriften die Ermöglichung fremder Missachtung betreffen, wendet sich § 185 gegen die Kundgabe eigener Missachtung, vornehmlich durch ein Werturteil. Der Unterschied zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ist nicht marginal, sondern zieht praktische Konsequenzen nach sich. Während die Höchststrafe nach § 185 zwei Jahre beträgt, wird eine qualifizierte Tatsachenbehauptung nach §§ 187 2. Halbsatz, 188 mit einer höheren Strafe bedroht. Der Grund hierfür dürfte vor allem darin liegen, dass Tatsachenbehauptungen gegenüber Werturteilen eine höhere Dignität auszeichnet: Werturteile sind persönliche Stellungnahmen, denen man sich anschließen mag oder nicht. Die Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen dagegen ist objektiv nachprüfbar, einem Beweis zugänglich. Konkret: Welche Äußerung dürfte dem Betroffenen wohl mehr schaden – wenn A zu seinem Nachbarn sagt: "S ist ein mieses kleines Dreckschwein", oder wenn er sagt: "S hat sieben Jahre lang als Informant der Stasi seine Nachbarn und Arbeitskollegen ausgehorcht"?

Zu den §§ 186, 187 noch einige kurze Bemerkungen: § 187 bestraft die Behauptung oder Verbreitung einer Lüge. Die wissentliche Äußerung einer Unwahrheit unterfällt schon von vornherein nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit. Ob das für alle Tatsachenbehauptungen schlechthin gilt²⁰, soll hier dahinstehen. Im Gegensatz hierzu betrifft § 186 die Behauptung oder Verbreitung eines ehrenrührigen Sachverhalts, an deren Richtigkeit der Äußernde selbst glaubt, deren Richtigkeit er indes nicht beweisen kann. Es liegt auf der Hand, dass nicht jede Tatsachenbehauptung bei unsicherer Quellenlage verboten sein kann, insbesondere wenn man sich

¹⁹ Gounalakis: NJW 1996, S.481(483f.); krit. auch Arzt, JZ 1989, S.647.

²⁰ S. BVerfGE 61, S.1 (8); Bethge in: Sachs (Hrsg.): GG-Kommentar, 2.Aufl./1999, Art.5 Rn.28.

die Bedeutung der Pressefreiheit als Wesenselement eines freiheitlichen Staates²¹ vor Augen hält. Die Anforderungen an eine sorgfältige Berichterstattung sollen später bei der Frage einer Rechtfertigung ehrenrühriger Behauptungen noch kurz gestreift werden.

§ 185 bestraft den Angriff auf die Ehre durch die Kundgabe der eigenen Missachtung. Die Vorschrift ist nicht gerade ein Musterbeispiel für größtmögliche Bestimmtheit eines Strafgesetzes. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verneint. Für die Bestimmtheit der Norm soll es genügen, wenn die Voraussetzungen der Strafbarkeit durch die gefestigte Rechtsprechung der Strafgerichte konkretisiert würden.²² Dabei kann man sich jedoch fragen, ob die Verfassungsrichter nicht den Adressaten des Bestimmtheitsgrundsatzes verwechselt haben. Er richtet sich nämlich keinesfalls an die Gerichte, sondern an den Gesetzgeber. Seine Aufgabe ist es, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so bestimmt wie möglich den Gerichten vorzugeben.

Mehrere Modalitäten werden bei § 185 unterschieden: die Äußerung eines beleidigenden Werturteils gegenüber dem Betroffenen oder gegenüber Dritten, die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen gegenüber dem Betroffenen sowie symbolische Handlungen, die so genannte "tätliche Beleidigung", die ebenfalls den Schutzbereich des Art. 5 GG nicht berührt.

Nach diesem Streifzug durch die Systematik der Beleidigungsdelikte zurück zu der Frage nach dem Inhalt der Äußerung: "Soldaten sind Mörder". Im Wege der Auslegung ist der objektive Sinngehalt zu ermitteln, wie er von dem angesprochenen Adressaten verstanden werden muss, wobei nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Kontext und der gesamte Kommunikationszusammenhang zu berücksichtigen sind.²³ Zunächst lässt die indikativische Formulierung auf eine Tatsachenbehauptung schließen. Unter einer Tatsache versteht man üblicherweise einen konkreten Vorgang oder Zustand der Vergangenheit oder Gegenwart, der sinnlich wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist.²⁴ Zum damaligen Zeitpunkt der Äußerungen – seit dem Kosovokrieg ist das anders – gab es keinen militärischen Einsatz der Bundeswehr, bei dem andere Menschen getötet worden waren. Das sollte durch die Äußerung auch nicht behauptet werden. Vielmehr geht es um die moralische Bewertung der Tötung von Menschen im Krieg, die nach pazifistischem Verständnis ebenso wenig gerechtfertigt ist wie eine gewöhnliche Tötung. Daran zeigt sich, dass für die Abgrenzung zwischen einem Werturteil und einer Tatsachenbehauptung die sprachliche Form der Äußerung irrelevant ist. Die Gleichstellung von Soldaten mit Mördern enthält, auch wenn sie nur umgangssprachlich zu verstehen ist, eine Kränkung. Die Unterstellung, zu schwer wiegenden Straftaten fähig zu sein, spricht den Betroffenen ihre moralische Integrität ab und verletzt dadurch ihren Achtungsanspruch.

Unabhängig von unserem Beispiel soll noch kurz auf zwei Problembereiche eingegangen werden. Negative Werturteile sind dann keine Beleidigungen, wenn sie sich auf ein tatsächliches Verhalten des Betroffenen beziehen und in dem Sinne angemessen sind, dass sie durch den zu Grunde liegenden Sachverhalt getragen werden.²⁵ Dies entspricht dem normativen Ehrbegriff. Beispiel: Die Bezeichnung eines Leserbriefs, der abwegige Vorwürfe erhebt, als dumm und infantil. Ebenso kann auch die Behauptung eines wahren Sachverhalts keine Beleidigung sein, sofern sich eine Beeinträchtigung der Ehre nicht aus der Form der Äußerung oder besonderen

²¹ Vgl.: BVerfGE 20, S.162(174); 35, S.202(221).

²² BVerfGE 93, S.266(290).

²³ S. BVerfG, NJW 1995, S.3303(3305).

²⁴ Lenckner in: Schönke/Schröder: §186 Rn.3.

²⁵ Vgl. Lenckner in: Schönke/Schröder: §185 Rn.7.

Umständen ergibt. Unter die so genannte Formalbeleidigung nach § 192 fallen wahre Behauptungen dann, wenn durch die Begleitumstände eine selbstständige, durch die Tatsachen nicht mehr gedeckte beleidigende Wertung ausgedrückt wird, etwa wenn der Betroffene schimpflich an den Pranger gestellt werden soll. Im Gegensatz zu § 186 trägt der Behauptende nicht die Beweislast für die Richtigkeit seiner Äußerung. § 186 formuliert kein Grundprinzip des strafrechtlichen Ehrenschatzes schlechthin. Seine analoge Anwendung wäre verfassungswidrig.²⁶ Im Zivilrecht gelten freilich andere Beweislastregeln: So muss bei einer Klage auf Widerruf der Kläger die Unwahrheit der Behauptung beweisen. Bei der Klage auf Unterlassen der umstrittenen Äußerung ist dagegen der Beklagte für ihre Richtigkeit beweispflichtig.

Das zweite Problem betrifft Äußerungen im privaten Kreis. Hier ist eine beleidigungsfreie Sphäre anzuerkennen, da bei vertraulichen Äußerungen weniger die Meinungskundgabe und die damit angestrebte Einwirkung auf die Meinungsbildung anderer im Vordergrund steht. Vielmehr geht es vorrangig um Selbstentfaltung. Für eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz ist hier deshalb kein Platz. Bereits tatbestandlich liegt keine Beleidigung vor. Dies gilt aber nur, soweit auch tatsächlich zwischen den Beteiligten Vertraulichkeit gewährleistet ist.²⁷

4. Einschränkungen des Schutzes durch die Meinungsfreiheit

Nicht jede tatbestandsmäßige Beleidigung ist auch (straf-)rechtswidrig. § 193 enthält die Befugnis, zur Wahrnehmung berechtigter Interessen die Ehre anderer Menschen zu verletzen.

4.1 Die Wechselwirkungstheorie des Bundesverfassungsgerichts

Vom Bundesverfassungsgericht wird § 193 schlechthin als Ausprägung des in Art. 5 GG normierten Grundrechts der freien Meinungsäußerung gedeutet. Die Grenze zwischen erlaubter und nicht erlaubter Ehrverletzung zieht das Gericht als Ergebnis einer umfassenden Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz. Nach der erstmalig im "Lüth-Urteil" formulierten Wechselwirkungstheorie müssen die Schranken des Grundrechts selbst im Lichte der Bedeutung des Grundrechts gesehen werden.²⁸ Ziel der vom Bundesverfassungsgericht geforderten umfassenden Abwägung ist die praktische Konkordanz von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, verstanden als möglichst optimale Verwirklichung beider Rechtspositionen nebeneinander. Kritiker bewerten die Praxis des Gerichts als eine weit gehende Vernachlässigung des Ehrenschatzes zu Gunsten der "Vermutung für die Zulässigkeit freier Rede".²⁹ Besonders heftigen Widerspruch haben in diesem Zusammenhang die verschiedenen "Soldaten-Urteile" des Bundesverfassungsgerichts hervorgerufen, in denen ehrverletzende Angriffe auf die Bundeswehr und ihre Soldaten als Wahrnehmung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt wurden.³⁰

Abstrahiert man zunächst von den konkreten Entscheidungen, über die man streiten mag, so unterliegt der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts grundlegenden dogmatischen Einwänden.

²⁶ Lenckner in: Schönke/Schröder, §185 Rn.6.

²⁷ Näher dazu Wessels/Hettinger, Strafrecht. BT-1, 24.Aufl./2000, Rn.481ff.

²⁸ BVerfGE 7, S.198(207).

²⁹ BVerfGE 61, S.12; kritisch Tröndle/Fischer: §193 Rn.14i m. zahlr. Nachw.

³⁰ BVerfGE 86, S.1ff.; 93, S.266ff.; NJW 1994, S.2943ff.

Bei einer wörtlichen Auslegung von Art. 5 Abs. 2 GG lässt sich in keinem Fall ein Eingriff in die Ehre rechtfertigen, denn gerade hierin findet die Meinungsfreiheit ihre Schranke. Die Bestimmung des Ehrenschatzes im Lichte der Meinungsfreiheit läuft zwar nicht auf einen unzulässigen Zirkelschluss hinaus, wie verschiedentlich moniert wird.³¹ Vielmehr könnte man die Wechselwirkungstheorie auch im Sinne eines zulässigen heuristischen Zirkels deuten, als Stimmig-Machen einer Abgrenzung, oder wie es in einer berühmten Formulierung von *Englisch* heißt: als "Hin- und Herwandern des Blicks"³², hier: zwischen Ehrenschatz und Meinungsfreiheit. Da man dann aber die Meinungsfreiheit ihrerseits im Lichte der Ehre, ebenfalls einer grundrechtlich geschützten Rechtsposition, betrachten müsste, erweist sich die Abwägungsformel als inhaltsleer. Ferner verkennt das Bundesverfassungsgericht, dass aus dem Freiheitsgrundrecht des einen kein Eingriffsrecht in das Freiheitsrecht eines anderen abgeleitet werden kann. Das ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 GG. Wo die Ehre bereits verletzt ist, kann ihr keine optimale Wirkung mehr verliehen werden, sodass die Formel von der praktischen Konkordanz ebenfalls ins Leere läuft.³³ In Wirklichkeit geht es um zwei grundverschiedene Freiheitssphären, deren Begrifflichkeit unabhängig voneinander bestimmt werden muss. Zusätzlich wird der Ehrenschatz einerseits dadurch ausgehöhlt, dass das Bundesverfassungsgericht bei mehrdeutigen Äußerungen regelmäßig die unverfänglichste Interpretation zugrundelegt, wobei die Intention des Äußernden selbst ausdrücklich nicht berücksichtigt wird.³⁴ Bedenklich ist auch die Tendenz, unwahre Tatsachenbehauptungen in weitem Umfang zu Werturteilen umzustilisieren. So wurde im "Bayer-Urteil" aus der Behauptung, missliebige Kritiker würden von der Bayer-AG bespitzelt und unterdrückt, die bloße Negativbewertung des Umgangs des Unternehmens mit Kritikern gesehen – unabhängig von einem bestimmten Sachverhalt.³⁵ Faktisch ist durch diese Praxis die Auslegung des Beleidigungsrechts in weitem Umfang auf das Bundesverfassungsgericht übergegangen. Dass neben § 193 auf diese Weise auch die einzelnen Beleidigungstatbestände ihre Konturen verlieren, sei nur am Rande vermerkt.

Die Frage nach der Rechtfertigung ehrenrühriger Äußerungen muss direkt an § 193 ansetzen, der die Kollision zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und dem Ehrenschatz regelt. § 193 bezweckt keineswegs, dass sich einer Luft verschafft und über die Ehre des anderen hinwegsetzt. Vielmehr muss der Gegenstand der Äußerung so beschaffen sein, dass dem Verletzten auf Grund des sachlichen Anliegens des anderen die persönliche Beeinträchtigung zugemutet werden kann.³⁶ Es geht somit gerade nicht nur um eine Abwägung der Güter Persönlichkeitsrecht und Meinungsäußerungsfreiheit. Mehr noch: Die Meinungsfreiheit als solche ist von vornherein kein berechtigtes Interesse im Sinne des § 193, da sie lediglich die Kommunikation konstituiert. Es kommt allein auf den Gegenstand der Äußerung an. Er macht das berechtigte Interesse aus. Hier liegt der zutreffende Kern der "Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede": Eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage besitzt in aller Regel ein größeres Gewicht als ein Problem des privaten Bereichs, in dem auch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dem Ehrenschatz grundsätzlich der Vorrang gebührt.

³¹ Vgl.: Zaczyk: Festschrift für Hirsch, 1999, S.819(823f.).

³² Englisch: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3.Aufl./1963, S.15, 216 Fn.54.

³³ Zaczyk: Festschrift für Hirsch, S.824f.

³⁴ Vgl.: BVerfGE 82, S.52, 280; 85, S.14; NJW 1994, S.2943; 1995, S.3305.

³⁵ BVerfGE 85, S.1ff.

³⁶ Vgl.: Zaczyk: Festschrift für Hirsch, S.827ff.

4.2 Die Voraussetzungen des § 193

Nun zu den einzelnen Voraussetzungen des § 193.³⁷ Der Äußernde muss zunächst berechnete Interessen verfolgen. Diese Interessen müssen den Täter selbst angehen, was bei Interessen der Allgemeinheit zu bejahen ist. Im Ausgangsbeispiel geht es um die Frage, ob der Einsatz militärischer Gewalt zur Verteidigung ethisch zu rechtfertigen ist, eine ebenso umstrittene wie wichtige Frage. Deshalb verfolgt ein berechtigtes Interesse, wer für Gewaltlosigkeit eintritt.

Die Äußerung muss ferner nach dem Grundsatz des relativ mildesten Mittels angemessen sein. Für den politischen Meinungskampf haben sich folgende Grundsätze herausgebildet: Im politischen Meinungskampf sind polemische Überzeichnungen und vereinfachende Verkürzungen nicht wörtlich zu nehmen. Ein "robusterer Sprachgebrauch" ist zulässig, da jeder, der sich am öffentlichen Meinungsbildungsprozess beteiligt, grundsätzlich Einschränkungen seines Ehrenschutzes hinnehmen muss. Solange es dem Äußernden nur darum geht, dem eigenen Standpunkt Nachdruck zu verschaffen, ist er nicht auf das schonendste Mittel beschränkt. Dabei kommt es auch darauf an, auf welche Meinungsäußerung mit der scharfen Formulierung reagiert wird. So ist das Recht auf einen Gegenschlag nach dem Motto "Wer austellt, muss auch einstecken können" anerkannt. Rechtswidrig sind Wertungsexzesse, die ausschließlich der persönlichen Herabsetzung des Gegners dienen und gemessen an dessen Verhalten eine inadäquate Reaktion darstellen. Eine derartige Schmähkritik soll indes nach der Meinung des Bundesverfassungsgerichts bei einer die Öffentlichkeit berührenden Frage nur im Ausnahmefall vorliegen.³⁸

So kann die Gleichsetzung von Soldaten der Bundeswehr mit KZ-Schergen des Dritten Reichs³⁹ sicher nicht mehr als lediglich in der Form überzogene Stellungnahme zur Auseinandersetzung zwischen Wehrbereitschaft und Pazifismus verstanden werden. Entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁰ gilt das auch für die Titulierung eines namentlich genannten Reservisten als geborenem Mörder in einem Satiremagazin. Hier steht nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund, indem sie perverser oder sadistischer Wesenszüge beschuldigt wird. Dagegen halte ich die Äußerung "Jeder Soldat ist ein potenzieller Mörder, und Sie auch, Herr W.!"⁴¹ im Rahmen einer hitzigen Diskussion über die Wehrpflicht nicht für eine strafwürdige Beleidigung. Aus der Sicht des Pazifisten ist sie folgerichtig. Dass Angehörige der Bundeswehr aus niedrigen Beweggründen handeln würden, wird damit nicht unterstellt. Dem Diskussionsgegner bleibt die Möglichkeit, dieser überspitzten Polemik den eigenen Standpunkt entgegenzusetzen, sind doch nach Rousseau Beleidigungen "die Argumente derer, die unrecht haben". Die Grenze zur strafwürdigen Beleidigung ist dann dort zu ziehen, wo der Äußernde seinem Verhalten nach nicht an einer offenen Diskussion interessiert ist. Man kann das sicher auch anders sehen. Andererseits ist keine Entscheidung bekannt, in der die Herabsetzung von Zivildienstleistenden als "Feiglinge" und "Drückeberger" strafrechtlich als Beleidigung gewürdigt worden wäre. Derartige Äußerungen setzen den Zivildienst zwar nicht mit rechtswidrigem Verhalten gleich. Sie sprechen den Zivildienstleistenden aber Aufrichtigkeit und ehrbare Motive ab und sind deshalb nicht weniger eine Diffamierung dieser Personen. Oder ist die Ehre von Soldaten schutzwürdiger?

³⁷ Zu den Einzelheiten s. Tröndle/Fischer: §193 Rn.9ff.

³⁸ BVerfG, NJW 1995, S.3303.

³⁹ S. BGHSt 36, S.83ff.; OLG Frankfurt, NJW 1989, S.1365; LG Baden, NJW 1985, S.2431.

⁴⁰ BVerfGE 86, S.1.

⁴¹ LG Frankfurt, NJW 1988, S.2683.

Für die Berichterstattung in den Medien gilt⁴²: Bis zum Beweis des Gegenteils dürfen ehrenrührige Tatsachen behauptet werden, wenn die Sachlage objektiv sorgfaltsgemäß geprüft wurde. Der Umfang der Prüfungs- und Informationspflicht bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Falls. Abwägungskriterien sind die Möglichkeit weiterer Aufklärung, das Gewicht der für die Wahrheit der aufgestellten Behauptung sprechenden Umstände, die Schwere des erhobenen Vorwurfs sowie die möglichen Auswirkungen auf den Betroffenen. Leichtfertige Behauptungen, haltlose Vermutungen oder Beschuldigungen unter Verletzung der Nachforschungspflicht sind demnach nicht von § 193 gedeckt. Eine Verdachtsberichterstattung darf nicht den Eindruck erwecken, als wären die Fakten bereits bewiesen. Schließlich muss sich die Information auf das Notwendige beschränken. Danach widerspricht es dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, wenn wie jüngst in England in einer großen Tageszeitung Kinderschänder mit Namen und Bild genannt werden.

5. Abschluss

Der Beitrag soll beschlossen werden, wie er begonnen wurde: mit einer kleinen Geschichte. Ich kann mich noch gut daran erinnern, wie uns im Schulunterricht eine Kassette vorgespielt wurde mit Redebeiträgen aus dem Bundestag, die ausnahmslos in Beschimpfungen des politischen Gegners bestanden. Wir waren damals völlig überrascht und auch fasziniert davon, dass Erwachsene so miteinander und übereinander sprechen durften.

Wenn das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit starker Formulierungen mit der heutigen Reizüberflutung aller Art begründet⁴³, so wirft man ihm zurecht vor, dass diese Auffassung den Anfang einer Spirale ohne Ende bedeutet.⁴⁴ Aber wäre es nicht zuletzt auch die Aufgabe der Politik, den Vorbildcharakter des Umgangs miteinander wahrzunehmen und der Spirale der wechselseitigen Herabsetzung durch höflichere Umgangsformen zu begegnen?

⁴² Näher dazu Lenckner in: Schönke/Schröder: §193 Rn.15.

⁴³ BVerfGE 24, S.278(286).

⁴⁴ Stark: JuS 1995, S.689(690).

Autorenverzeichnis

Fliegau, Harald, Prof., Dr.

Ltd. Oberlandesanwalt a.D., Karlsruhe

Geis, Max-Emanuel, Prof., Dr.

Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz

Jestaedt, Matthias, PD, Dr.

Institut für Deutsches und Europäisches Wissenschaftsrecht der Universität Köln

Renzikowski, Joachim, PD, Dr.

Juristische Fakultät der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg

Rill, Bernd

Referent für Recht, Staat, Europäische Integration in der Akademie für Politik und Zeitgeschehen der Hanns-Seidel-Stiftung, München

Rummel, Carsten

Rechtsanwalt, Deutsches Jugendinstitut, München

Württemberg, Thomas, Prof., Dr.

Institut für Öffentliches Recht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Verantwortlich:

Dr. Reinhard C. Meier-Walser
Leiter der Akademie für Politik und Zeitgeschehen
der Hanns-Seidel-Stiftung

Herausgeber:

Bernd Rill
Referent für Recht, Staat, Europäische Integration
in der Akademie für Politik und Zeitgeschehen

"Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen"

bisher erschienen:

- Nr. 1 Berufsvorbereitende Programme für Studierende an deutschen Universitäten (vergriffen)
- Nr. 2 Zukunft sichern: Teilhabegesellschaft durch Vermögensbildung
- Nr. 3 Start in die Zukunft – Das Future-Board (vergriffen)
- Nr. 4 Die Bundeswehr – Grundlagen, Rollen, Aufgaben
- Nr. 5 "Stille Allianz"? Die deutsch-britischen Beziehungen im neuen Europa
- Nr. 6 Neue Herausforderungen für die Sicherheit Europas (vergriffen)
- Nr. 7 Aspekte der Erweiterung und Vertiefung der Europäischen Union (vergriffen)
- Nr. 8 Möglichkeiten und Wege der Zusammenarbeit der Museen in Mittel- und Osteuropa
- Nr. 9 Sicherheit in Zentral- und Südasien – Determinanten eines Krisenherdes
- Nr. 10 Die gestaltende Rolle der Frau im 21. Jahrhundert
- Nr. 11 Griechenland: Politik und Perspektiven
- Nr. 12 Russland und der Westen (vergriffen)
- Nr. 13 Die neue Familie: Familienleitbilder – Familienrealitäten (vergriffen)
- Nr. 14 Kommunistische und postkommunistische Parteien in Osteuropa
Ausgewählte Fallstudien
- Nr. 15 Doppelqualifikation: Berufsausbildung und Studienberechtigung
Leistungsfähige in der beruflichen Erstausbildung
- Nr. 16 Qualitätssteigerung im Bildungswesen: Innere Schulreform - Auftrag für
Schulleitungen und Kollegien
- Nr. 17 Die Beziehungen der Volksrepublik China zu Westeuropa – Bilanz und
Ausblick am Beginn des 21. Jahrhunderts
- Nr. 18 Auf der ewigen Suche nach dem Frieden – Neue und alte Bedingungen
für die Friedenssicherung (vergriffen)
- Nr. 19 Die islamischen Staaten und ihr Verhältnis zur westlichen Welt –
Ausgewählte Aspekte

- Nr. 20 Die PDS: Zustand und Entwicklungsperspektiven
- Nr. 21 Deutschland und Frankreich: Gemeinsame Zukunftsfragen
- Nr. 22 Bessere Justiz durch dreigliedrigen Justizaufbau?
- Nr. 23 Konservative Parteien in der Opposition – Ausgewählte Fallbeispiele
- Nr. 24 Gesellschaftliche Herausforderungen aus westlicher und östlicher Perspektive - Ein deutsch-koreanischer Dialog
- Nr. 25 Chinas Rolle in der Weltpolitik
- Nr. 26 Lernmodelle der Zukunft am Beispiel der Medizin
- Nr. 27 Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung

in Vorbereitung:

Gegen Völkermord und Vertreibung – Die Überwindung des zwanzigsten Jahrhunderts

Elternverantwortung und Generationenkonflikt in einer freiheitlichen Gesellschaft