

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 686

Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte

Konzeption und Begründung
eines einheitlichen, formalen Freiheitsbegriffs,
dargestellt am Beispiel der Kunstfreiheit

Von

Axel Enderlein



Duncker & Humblot · Berlin

AXEL ENDERLEIN

**Der Begriff der Freiheit als
Tatbestandsmerkmal der Grundrechte**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 686

Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte

**Konzeption und Begründung
eines einheitlichen, formalen Freiheitsbegriffs,
dargestellt am Beispiel der Kunstfreiheit**

Von

Axel Enderlein



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Enderlein, Axel:

Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte : Konzeption und Begründung eines einheitlichen, formalen Freiheitsbegriffs, dargestellt am Beispiel der Kunstfreiheit / von Axel Enderlein. – Berlin : Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 686)

Zugl.: Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08456-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08456-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1992/93 an der juristischen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung sind bis zu diesem Zeitpunkt verarbeitet worden.

Mein Dank gilt an dieser Stelle dem Betreuer der Arbeit, Herrn Professor Karl Albrecht Schachtschneider, dessen Offenheit für rechtsphilosophische Fragestellungen es mir ermöglicht hat, mich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl mit diesem Thema zu beschäftigen. Ohne die ständigen Gespräche mit ihm wäre die Arbeit so nicht entstanden; er hat durch seine eigene wissenschaftliche Konzeption die hier zur Diskussion gestellte Lösung maßgeblich beeinflusst. Mein Dank gilt auch Professor Rolf Gröschner, der ebenfalls in häufigen Gesprächen dialogbereit war und mich für die Weiterarbeit an dem Thema motiviert hat. Ebenso gilt der Dank aber auch allen Mitarbeitern des Lehrstuhls für Öffentliches Recht in Nürnberg, die ein Umfeld geschaffen haben, in dem es möglich war, die Arbeit fertigzustellen, was bei einem derartigen Thema nicht selbstverständlich ist.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
------------------	---

1. Teil

Freiheitsbegriff und Kunstfreiheit in Rechtsprechung und Literatur

A. Aktuelle Konfliktlagen der Kunstfreiheit	4
I. Kunstfreiheit und politische Satire - Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 1990 (BVerfGE 81, 278 ff. und BVerfGE 81, 298 ff.)	4
1. Die Entscheidungen BVerfGE 81, 278 ff. („Bundesflagge“)	4
a) Die Schranken der Kunstfreiheit	5
b) Das der Kunstfreiheit widerstreitende Schutzgut	6
2. Die Entscheidung BVerfGE 81, 298 ff. („Nationalhymne“)	7
II. Kunstfreiheit und Pornographie - Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. November 1990 (BVerfGE 83, 130 ff. -„Josefine Mutzenbacher“)	8
1. Die verfassungsrechtliche Verankerung des Jugendschutzes	10
2. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesetzgeber	10
3. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Exekutive und die Fachgerichte	11
III. Kunstfreiheit und Straßenkunst	13
1. Der Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 7.1.1981 und der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.6.1981	14
2. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg vom 17.8.1988 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1989	15
a) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg vom 17.8.1988	16
b) Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1989	17
IV. Kunstfreiheit und Sacheigentum - Der „Sprayer von Zürich“ - Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.3.1984	19

V. Zusammenfassung	20
B. Das Tatbestandsmerkmal „frei“ des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG in Literatur und Rechtsprechung	21
I. Die in der Literatur vertretenen Auffassungen zur Bedeutung der Aussage „ist frei“	21
1. Günter Erbel	21
2. Hans-Rolf Ropertz	22
3. Wolfgang Knies	24
4. Friedrich Müller	28
5. Josef Hoffmann	30
6. Friedhelm Hufen	32
7. Rupert Scholz	34
8. Peter Häberle	35
II. Zusammenfassung und Kritik der Literatur	38
III. Das Tatbestandsmerkmal „frei“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den vorbehaltlosen Grundrechten	41

2. Teil

Freiheitskonzepte im Verhältnis zum Gesetz

A. Rechtsphilosophische Modelle der Freiheit durch Gesetzlichkeit	43
I. Die Lehre Jean-Jacques Rousseaus	44
1. Rousseaus Unterscheidung von natürlicher Freiheit und bürgerlicher Freiheit	44
2. Rousseaus Staatsbegriff und sein Begriff der bürgerlichen Freiheit	46
3. Die Schaffung des Rechts in Rousseaus Staatskonzeption - der Gemeinwille	50
4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rousseauschen Konzeption politischer Freiheit zum Grundgesetz	53
II. Die Lehre Immanuel Kants	57
1. Zur Herleitung des Begriffs der Freiheit bei Kant	57
2. Kants Begriff des Rechts und seine Begründung des Zwangs	60
3. Kants Staatsbegriff und die Leitfunktion des Rechtsprinzips und des Menschenrechts für den Gesetzgeber	66
a) Die Leitfunktion des Rechtsbegriffs für den Gesetzgeber	66

b) Die Leitfunktion des Menschenrechts für den Gesetzgeber	69
aa) Das „Recht der Menschheit“ als Selbstbegrenzung aus dem „Zweck der Menschheit“	70
bb) Die Würde des Menschen, das Recht der Menschheit, das angeborene Recht und das Recht der Menschen	73
cc) Der Inhalt des Rechts der Menschheit im äußeren Gebrauch	77
dd) Kants Formulierung des Begriffs der Freiheit in der Schrift „Zum ewigen Frieden“	81
ee) Die Kantischen Rechtsprinzipien - von den apriorischen Freiheitsprinzipien	
2. Ordnung zu den staatsbürgerlichen Grundrechten	84
B. Die liberale, bürgerlich-rechtsstaatliche Deutung der Freiheit als Freiheit vom Staat	90
I. John Locke als der Lehrer liberaler Freiheit	90
1. Der Naturzustand in Lockes Freiheitslehre	91
2. Der politische Zustand in Lockes Lehre	92
II. Die Grundthesen der liberalen Freiheitsauffassung in der gegenwärtigen Staatsrechtslehre	96
1. Der Schutz des einzelnen Individuums	96
2. Der Eigenwert individueller Freiheit	97
3. Die „Vorstaatlichkeit“ der Freiheit als individuelle Freiheitssphäre	97
4. Die Unterscheidung von Freiheit und Freiheitsrecht	98
a) Die Freiheit als Beliebigkeit des Verhaltenkönnens (Jürgen Schwabe)	99
b) Die Freiheit als Beliebigkeit und ihre Qualifikation als bloß dogmatische Kategorie (Bernhard Schlink, Gertrude Lübbe-Wolff)	101
5. Die Grenzen der Freiheitsrechte und die Begriffe „Eingriff“, „Schranke“ und „Grundrecht“	104
a) Die systematische Begründung der Grenzen der Freiheitsrechte nach Roman Schnur	104
b) Die Grenzen der Freiheitsrechte und die Unterscheidung von Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranke	107
6. Kritik der Grundthesen des liberalen Freiheitsverständnisses	109
a) Die Betonung des Individualismus und der Begriff der Freiheitssphäre	109
b) Die Anerkennung der Rechtsordnung als bloßes Abstraktum und die Fiktion der ursprünglichen Unbegrenztheit	110
c) Der Begriff der Freiheit als Beliebigkeit des Verhaltenkönnens und die Lehren zu den Freiheitsgrenzen	112

III. Die Voraussetzungen der bürgerlich-rechtsstaatlichen Freiheitslehre und die damit verbundenen Konsequenzen	118
1. Der Antagonismus von grundrechtlicher und demokratischer Freiheitsidee	118
2. Die Bestimmung des Staates als Herrschaftsordnung und die Begrenzung der Freiheitsrechte durch staatliche Herrschaft	121
3. Die Funktion der Freiheitsrechte als staatsabwehrende Rechte und ihr Verständnis als Reaktion auf historische Gefährdungslagen	127

3. Teil

Die grundrechtsdogmatische Konsequenz einer Freiheit durch Gesetzlichkeit, erprobt an Art. 5 Abs. 3 GG

A. Zur Kritik des Freiheitsbegriffs des Grundgesetzes	134
I. Freiheit als institutionell bedingte Freiheit (Peter Häberle)	134
II. Freiheit als Instrumentalisierungsmöglichkeit anderer Menschen (Dieter Suhr)	138
III. Freiheit als soziale Entfaltungschance der menschlichen Persönlichkeit (Eberhard Grabitz)	141
IV. Der formale republikanische Freiheitsbegriff - Freiheit als Gesetzlichkeit (Karl Albrecht Schachtschneider)	147
1. Der Begriff der Freiheit als Zuordnung von innerer und äußerer Freiheit	147
2. Die Rechtswirkungen der ethischen Grundnorm des Grundgesetzes	152
3. Die Lehre von den Grundrechten als politischen Leitentscheidungen	154
B. Kritik der Neubestimmung des Freiheitsbegriffs und Versuch der Dogmatik eines formalen Freiheitsbegriffs am Beispiel der Kunstfreiheitsgarantie	157
I. Übereinstimmungen und Divergenzen in den Neubestimmungen des Freiheitsbegriffs ..	157
II. Freiheit als Gesetzlichkeit am Beispiel der Kunstfreiheitsgarantie	160
1. Die Kunstfreiheitsgarantie als offener Rechtssatz	160
a) Die Feststellung definitiver Rechte und die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	162
b) Der Prinzipien- und Regelcharakter der Kunstfreiheit	164

c) Exkurs - Der abwehrrechtliche Charakter der Grundrechte als ihr vermeintlicher Regelgehalt	166
2. Der Begriff der Freiheit im Tatbestand der Kunstfreiheitsgarantie	169
a) Grundrechte in einer nach der Lehre Rousseaus und Kants entwickelten Republik	169
b) Der Begriff der rechtlichen Freiheit als allgemeine Gesetzlichkeit	170
3. Ein Modell der Grundrechtskonkretisierung	176
a) Das Recht zur Willkür des Grundrechtsberechtigten als Recht zur moralischen Autonomie	176
b) Die gesetzliche Ausgestaltung des Grundrechts	180
c) Die verfassungsgerichtliche Entscheidung im Grundrechtsbereich	184
4. Abschließende Beurteilung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit	194
a) Die Entscheidungen „Bundesflagge“ und „Nationalhymne“	194
b) Die Entscheidung „Josefine Mutzenbacher“	197
c) Die Entscheidungen zur „Straßenkunst“ und zum „Sprayer von Zürich“	203
Schlußbemerkung	207
Literaturverzeichnis	211

Einleitung

Der Begriff der Freiheit ist ein sowohl in der deutschen Rechts- und Staatsphilosophie als auch in der Staatsrechtslehre und der Grundrechtsdogmatik immer wieder erörtertes Thema, das auch nicht annähernd zu einem Abschluß gekommen ist. Im Rahmen dieser Arbeit soll der Begriff auf der einen Seite sehr grundsätzlich, nämlich unter Rückgriff auf das kantische und rousseausche Freiheitsverständnis, auf der anderen Seite aber auch praktisch und konkret, nämlich am Beispiel der Judikatur und Literatur zum Freiheitsgrundrecht der Kunstfreiheit erörtert werden. In der Regel finden Erörterungen zu den speziellen Freiheitsrechten ohne eine Problematisierung des allgemeinen Freiheitsbegriffs statt. Beleg für diese These wird im Fortgang der Arbeit die Darstellung umfassender literarischer Stellungnahmen zur Kunstfreiheitsgarantie sein. Die Arbeit will im Gegensatz dazu zeigen, daß auch bei der Erörterung der speziellen Freiheitsgrundrechte eine Erinnerung des allgemeinen Freiheitsbegriffs notwendig ist. Nur aus einer Systematik des allgemeinen Freiheitsbegriffs lassen sich Begründungen für die Judikatur und Auslegung der besonderen Freiheitsgrundrechte erreichen, die ohne Rückgriff auf diesen allgemeinen Freiheitsbegriff nicht möglich sind. Dabei sollen im Rahmen dieser Arbeit keine neuen Ergebnisse zu Fragestellungen der Kunstfreiheitsgarantie gefunden werden, es soll aber im Rahmen eines konkreten Freiheitsgrundrechts gezeigt werden, daß der Schwerpunkt der Auseinandersetzung über die Auslegung und die Anwendung eines Freiheitsgrundrechts stärker von der Erörterung und dem Streit über die Definition des jeweiligen Sachbereichs, hier also dem Kunstbegriff, auf den Begriff der Freiheit und seine Konkretisierung zu konzentrieren ist.

Als Beispiel und Einstieg in die Problematik sollen hier folgende, in der Tagespresse erörterte krasse Fälle zur Kunst- und Meinungsfreiheit dienen:

„Erstmals wird sich ein Geschworenengericht in den USA damit auseinandersetzen, ob Gewalt propagierende Rap-Musik zum Mord an einem Polizisten beigetragen hat. Das Verfahren könnte zu einem Musterfall in dem Streit werden, ob auch solche Songs vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung geschützt sind. Bei dem Prozeß geht es um den Mord an einem Polizisten, der von einem Autodieb bei einer Routinekontrolle erschossen worden war. Im Auto des Täters fand sich eine Kasette mit gewalttätigen Liedern. Die Witwe des Opfers, die eine Band und den Musikverlag verklagt hat, argumentiert, derartige Musik wirke wie Alkohol.“¹

¹ Süddeutsche Zeitung vom 18./19. September 1992, S. 12.

Dieser Beispielfall ist wahrscheinlich nach den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht mittlerweile zur Kunst- und Meinungsäußerungsfreiheit aufgestellt hat, ohne weiteres zu lösen. Die in diesem Fall in Rede stehenden Musikstücke wären gesetzlich mit dem Hinweis auf die Schranken der Kunstfreiheit, die sich unter anderem aus der grundgesetzlichen Wertordnung und damit aus der Menschenwürdegarantie ergeben, zu verbieten.

Die Arbeit will aber einen anderen Akzent setzen. Die Musikband beruft sich zur Rechtfertigung und Verteidigung ihrer Songs auf die Freiheit der Kunst und der Meinungsäußerung. Dahinter steht ein bestimmtes Verständnis von Freiheit, daß nämlich Freiheit Beliebigkeit des Verhaltenkönnens und des Verhaltendürfens sei und jede dem entgegenstehende gesetzliche Regelung unfreiheitlich, zumindest unter dem Gesichtspunkt der Kunst- und Meinungsäußerungsfreiheit, sei. Freiheit wird danach gleichgesetzt mit Willkürfreiheit. Dieses Verständnis des Freiheitsbegriffs soll in dieser Arbeit kritisiert werden. Es wird hier, unter Zugrundelegung der kantischen Rechts- und Moralphilosophie, ein Freiheitsbegriff vorgeschlagen, der Freiheit - als Gesetzeterminus in Individualgrundrechten - als allgemeine Freiheit, also Gesetzlichkeit im Gegensatz zur Willkürfreiheit versteht.

Dieser Begriff wird in der Arbeit in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Literatur zum Freiheitsbegriff und zur Kunstfreiheitsgarantie erfolgen. Im ersten Teil der Arbeit wird die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheitsgarantie unter Herausarbeitung der leitenden Entscheidungsgesichtspunkte dargestellt. Im folgenden Teil wird im Rahmen der Erörterung der von Rousseau und Kant entwickelten Freiheitslehren ein rechtsphilosophisch begründeter Freiheitsbegriff entwickelt. Dabei wird aus dem kantischen Begriff der Freiheit eine systematische Begründung der Menschenrechte erfolgen, die den besonderen Bezug der Menschenrechte und damit der grundgesetzlichen Freiheitsrechte zur Gesetzgebung aufweist.

Dieser Freiheitsbegriff soll der bislang herrschenden grundgesetzlichen Freiheitsbegrifflichkeit gegenübergestellt werden, dem Begriff der Freiheit als Beliebigkeit des Verhaltenkönnens. Es werden die Grundlinien dieses Freiheitsverständnisses nachgezeichnet, unter anderem im Rückgriff auf die Lehre Lockes, um dann im einzelnen dieses Freiheitsverständnis zu kritisieren. Dabei wird eine Zweiteilung der Darstellung und Kritik vorgenommen: in einem ersten Schritt werden die Grundthesen des sogenannten liberalen Freiheitsverständnisses nach der Definition der jeweiligen Autoren vorgestellt und kritisiert; daran anschließend werden begriffliche Voraussetzungen dieses Freiheitsverständnisses erörtert, die nicht spezifisch der liberalen Lehre zugerechnet, sondern eher als Allgemeingut der Staatsrechtslehre betrachtet werden, auf denen der Begriff der Freiheit als Beliebigkeit aber notwendigerweise basiert. Es sind dies die

Begriffe der staatlichen Herrschaftsordnung, der Funktion der Grundrechte als staatsabwehrende Rechte und der Antagonismus zwischen grundrechtlicher und demokratischer Freiheitsidee.

Im letzten Teil der Arbeit, der das Freiheitsproblem aus der staatsrechtlichen Perspektive beleuchtet, werden zu Beginn die kritischen Stellungnahmen vier staatsrechtlicher Autoren zum liberalen Begriff der Willkürfreiheit referiert und erörtert, nämlich die Arbeiten von Peter Häberle, Dieter Suhr, Eberhard Grabitz und Karl-Albrecht Schachtschneider. Der vorab entwickelte Freiheitsbegriff, der Freiheit als Gesetzlichkeit, als allgemeine Freiheit im Gegensatz zur besonderen Freiheit versteht, wird dann am Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erprobt. Die allgemeine Freiheitsbegrifflichkeit wird auf den Begriff „frei“ im Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG angewendet. Es wird sich zeigen, daß diese Freiheitsbegrifflichkeit im Grundsatz der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nicht widerspricht, daß damit aber eine genauere Analyse der Funktion des Bundesverfassungsgerichts für die Freiheitsrechte möglich wird.