

### Anmerkungen zu den Beschlüssen des BVerfG zur Kunstfreiheit (»Anachronistischer Zug«) und zur »strategischen Überwachung« gemäß § 3 G 10.

#### *I. Zwei Freiheiten, zwei Entscheidungen – zweierlei Maß?*

Es waren einmal zwei Freiheiten. Die eine sollte den Menschen Raum und Gelegenheit geben, sich schöpferisch zu entfalten. Sie wurde »Kunstfreiheit« genannt. Die andere sollte den Raum und die Gelegenheit von Menschen schützen, mit anderen über größere Entfernungen ganz privat Nachrichten auszutauschen. Sie wurde »Brief- und Fernmeldegeheimnis« oder kurz: »Postgeheimnis« genannt. Beide Freiheiten hatten eine bittere Geschichte zu erzählen. Die eine war verpönt gewesen. Ihre Werke wurden von den Machthabern als »entartet« verbannt oder verbrannt. Zur gleichen Zeit war die andere in großer Gefahr. Denn die Machthaber setzten alles daran, jede private Regung zu erfassen, zu bespitzeln und zu verfolgen. Nach zwölf Jahren war der Terror zu Ende. Die Verhältnisse änderten sich. Die Freiheiten wurden neben anderen in ein Grundgesetz eingeschrieben. Sie sollten künftig besonders geschützt sein. Über ihren Schutz wachte fortan in letzter Instanz das Bundesverfassungsgericht.

Im Oktober 1984 veröffentlichte dieses Gericht zwei Beschlüsse<sup>1</sup>, die sich mit der Kunstfreiheit und dem Postgeheimnis befaßten. In dem einen Beschluß schienen die Richter des Ersten Senats entschlossen, der Freiheit – nämlich der ästhetischen – eine Gasse ins Grundsätzliche zu bahnen. In dem anderen gaben die gleichen Richter der Freiheit, nicht staatlich kontrolliert von West nach Ost und Ost nach West fernmündlich oder brieflich zu kommunizieren, das Nachsehen gegenüber Erwägungen zugunsten der militärischen Sicherheit. Heißt das, daß diese Freiheiten von nun an – oder vielleicht gar seit einiger Zeit – getrennte Wege gehen? Oder sind nur die beiden »Fälle« ganz anders gelagert?

Einmal geht es um die Verfassungsbeschwerde einer Bundesbürgerin, die nach eigenen Angaben regelmäßig mit Personen in der DDR telefoniert und korrespondiert, und die sich durch die bestehende generelle Anordnung des Bundesministers der Verteidigung, diese ihre Kommunikation einer stichprobenartigen Kontrolle zu unterziehen, in ihren Grundrechten verletzt und zum bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert sieht. Die Verfassungsrichter halten diese Beschwerde für zulässig<sup>2</sup>, aber unbegründet. Die pauschale Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs von und nach den Ländern des Warschauer Paktes sei verfassungsmäßig.

1 Beschluß vom 17. Juli 1984 – 1 BvR 816/82: zur Tragweite der Gewährleistung der Kunstfreiheit für die strafrechtliche Beurteilung eines politischen Straßentheaters (»Der Anachronistische Zug«). Beschluß vom 20. Juni 1984 – 1 BvR 1494/78: zur Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs von und nach Ländern des Warschauer Paktes. (Im folgenden werden die Beschlüsse als I oder II mit Seitenangabe zitiert, z. B. I/24 f. = S. 24 f. des Beschl. v. 17. 7. 1984)

2 Hinsichtlich der Zulässigkeit ergab sich insofern ein Problem, als der Grundrechtseingriff nicht im einzelnen nachgewiesen wurde. Das Erfordernis, daß Beschwerdeführer selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen sein müssen (Art. 93 I Nr. 4 a GG iVm § 90 BVerfGG), wird allerdings in Ausnahmefällen

Allerdings dürfe sie, so das Gericht, nur dem strategischen Zweck dienen, rechtzeitig Erkenntnisse über die Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik zu erlangen.<sup>3</sup> Außerdem stehe sie unter dem Vorbehalt, daß sich diese Erkenntnisse, also Nachrichten im Sinne von § 3 G 10, nicht anderweitig und ausreichend, gleich wirksam und ohne Grundrechtseingriffe beschaffen lassen. Die Richter haben dabei insbesondere den Einsatz von Satelliten im Auge, welche nach neuesten Erkenntnissen Truppenbewegungen und sonstige militärische Aktionen exakter übermitteln als abgehörte oder aus Briefen herausgefilterte »Informationsbruchstücke«. Da die Überwachung durch Satelliten wohl heute denkbar sei, aber nicht im Jahre 1978, als die Verfassungsbeschwerde eingereicht wurde, sei die damals praktizierte Überwachung verhältnismäßig gewesen (I/19 ff). Des weiteren sei »die Wahrscheinlichkeit, von einer derartigen Kontrolle »getroffen« zu werden, für den einzelnen äußerst gering« zu veranschlagen.<sup>4</sup> Der »Grundrechtseingriff von geringer Intensität« werde mithin von der »zulässigen gesetzlichen Einschränkung des Postgeheimnisses« gedeckt (I/23). Im übrigen betonen die Richter, daß der Eingriff – immerhin in die *Substanz* eines Grundrechts (Art. 10 I GG) – wegen des Kontrollverfahrens hinnehmbar sei, »weil die Kontrolle der Maßnahmen der strategischen Überwachung durch unabhängige und an keine Weisungen gebundene staatliche Organe und Hilfsorgane . . . sichergestellt« sei (I/30).

In dem anderen Beschluß geht es um die Verfassungsbeschwerde eines Mitwirkenden an dem politischen Straßentheater »Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy«. Dieses zog während des Bundestagswahlkampfes 1980 durch die Bundesrepublik und aktualisierte auf mehreren Wagen das Gedicht gleichen Titels von Bertolt Brecht.<sup>5</sup> Was im Jahre 1947 vor einer Rückkehr und Rehabilitierung der NS-Eliten warnen sollte, fungierte 1980 – in erklärter politischer Gegnerschaft zum Kanzlerkandidaten und Bayerischen Ministerpräsidenten F. J. Strauß – als Dramatisierung gegenwärtiger Formen und Gefahren des Rechtsradikalismus. Der Beschwerdeführer hatte laut Regiebuch den Kanzlerkandidaten Strauß darzustellen. Zu diesem Zweck trug er eine weiße Maske mit dessen Gesichtszügen. Gemeinsam mit den »sechs Plagen« in Gestalt führender NS-Parteigenossen, mit denen er sich »auseinanderzusetzen« hatte, befand er sich auf dem »Plagenwagen« am Schluß des Zuges.<sup>6</sup> Unter anderem hielt er ein Schild hoch mit der Aufschrift »Hitler muß einmal tot sein« (II/7). Diesen Sachverhalt würdigte das AG Kempten (Allgäu) als Beleidigung des Bayerischen Ministerpräsidenten und Nebenklägers F. J. Strauß. Es verurteilte den Beschwerdeführer und die mitangeklagte Veranstalterin des Zuges zu Geldstrafen.<sup>7</sup> Deren auf Art. 5 III 1 GG gestützte Revision verwarf das Bayerische Oberste Landesgericht als offensichtlich unbegründet.<sup>8</sup> Offensichtlich zu Unrecht,

fallen gelockert, wenn auf Grund der Natur der angefochtenen Maßnahme das Betroffensein nicht erkennbar ist (I/13 f.; so schon BVerfGE 30,1/16 f.).

<sup>3</sup> § 3 G 10 erklärt Überwachungsmaßnahmen für zulässig »zur Sammlung von Nachrichten über Sachverhalte, deren Kenntnis notwendig ist, um die Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland rechtzeitig zu erkennen und einer solchen Gefahr zu begegnen«.

<sup>4</sup> Da von den rund 240 Millionen Briefen von und nach Ländern des Warschauer Paktes jährlich nur rund 1,6 Millionen kontrolliert werden (I/14, 23; vgl. Der Spiegel, Nr. 47/1978, 25).

<sup>5</sup> B. Brecht, Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy (1947), Ges. Werke 10, 1967, 943 ff.

<sup>6</sup> In dem vom BVerfG ausführlich zitierten Regiebuch heißt es dazu: »Der Charakter des Kampfs wie auch sein anzunehmender Ausgang (eine Politik, die die »Vorteile« des Hitlerfaschismus haben will, ohne seine Nachteile aufzuweisen, ist nicht möglich, sondern würde nur in eine noch größere Katastrophe führen) mag dadurch deutlich besonders deutlich werden, daß dieser Kampf stattfindet zwischen einem Menschen mit Strauß-Maske einerseits und sich mechanisch . . . bewegenden Figuren andererseits, also Figuren, von denen zu erwarten ist, daß sie immer wieder aufstehen werden . . .« (II/6).

<sup>7</sup> Urteil des AG Kempten (Allgäu) vom 30. 10. 1981 – Ls 20 Js 12 777/80.

<sup>8</sup> Beschluß des BayObLG vom 30. 4. 1982 – 5 St 91/82.

wie der Erste Senat des BVerfG nun entschied. Denn der »Anachronistische Zug« entspreche sehr wohl den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Erscheinungsbildern künstlerischer Tätigkeit. Das Amtsgericht, so die Verfassungsrichter, habe überdies verkannt, daß die Kunstfreiheit ihrerseits anderen wesentlichen Rechtsgütern der Verfassungsordnung des GG Grenzen ziehe, insbesondere auch dem durch Art. 2 I iVm 1 I GG geschützten Persönlichkeitsrecht. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung dieses Rechts sei zwar durch die Kunstfreiheit nicht gedeckt, ergebe sich aber (noch) nicht aus dem festgestellten Tatbestand und seiner Auslegung. Das BVerfG hob die Entscheidungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurück.

Der in Argument und Ergebnis divergierende Umgang mit grundrechtlichen Freiheiten könnte den Laien<sup>9</sup> vermuten lassen, hier handele es sich um ganz und gar verschiedene juristische Sachverhalte oder aber es werde mit zweierlei Maß gemessen. Im ersten Fall wäre dann alles in Ordnung und der vergleichende Kritiker läge schief. Im zweiten Fall wäre es um den verfassungsgerichtlichen Schutz von Freiheiten nicht sonderlich gut bestellt; weder auf die Freiheit noch auf das BVerfG noch auf die Verfassung selbst wäre dann Verlaß. Da im Recht alles anders sein könnte als in der laienhaft erfahrenen Wirklichkeit, zieht der Laie einen Juristen zu Rate. Natürlich, wird der sagen, liegt ein Vergleich der beiden Beschlüsse des BVerfG innerhalb der juristischen Weltsicht: Sowohl die ästhetische Freiheit als auch die Freiheit, unzensuriert Briefe zu schreiben und unkontrolliert zu telefonieren, sind *verfassungsrechtlich verbürgt*. Die *Schutzgüter*, erstens, des Art. 10 I GG, nämlich die »Unbefangtheit der nicht-öffentlichen Kommunikation« und die vor »staatlichen Indiskretionen« geschützte Privatsphäre<sup>10</sup>, und, zweitens, des Art. 5 III 1 GG, nämlich die Freiheit schöpferischer Entfaltung und Gestaltung gegenüber staatlichen Qualitätsdiktaten<sup>11</sup>, sind ferner als rechtliche Bedingungen je verschiedener Aspekte individueller Autonomie verwandt. Beide Verfassungsgarantien sollen schließlich primär den »status negativus« einhegen, also Ein- und Übergriffe der staatlichen Gewalt verhindern.<sup>12</sup> Und zwar vorbehaltlos in Art. 5 III 1, aber nur vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung (wie etwa G 10) in Art. 10 II GG. Allein aus dieser Differenz nun die unterschiedlichen Ergebnisse der beiden Beschlüsse zu erklären, ginge wohl selbst einem formalistischen Rechtspositivisten zu weit. Sollte doch mittlerweile rechtsdogmatisches Allgemeingut sein, daß im Reich der »immanenten Schranken« uneingeschränkt verbürgter Grundrechte, der »Wechselwirkungen« zwischen Grundrechten und grundrechtseinschränkenden Gesetzen, der »praktischen Konkordanz« und »Güterabwägungen« bei Grundrechtskollisionen *vorbehaltlose* Garantien hinfällig sind.<sup>13</sup> Auch ein Blick auf die einschlägigen Vor-Entscheidungen ergibt kein klares Erklärungsbild: Im Mephisto-Beschluß<sup>14</sup> ließ die

9 Wenn hier und im folgenden von »der Laie« oder »der Jurist« die Rede ist, so soll damit keine geschlechtsspezifische Präferenz zum Ausdruck kommen. Das maskuline Pronomen ist weder der Sache angemessen noch allein dem Zwang der sprachlichen Konvention geschuldet, sondern dadurch zu erklären, daß geschlechtliche Neutralität im sprachlichen Ausdruck zu bisweilen absurden stilistischen Verrenkungen führt (»der/die Laie/in« etc).

10 Vgl. BVerfGE 34, 238.

11 Vgl. BVerfGE 30, 173/188 f.

12 BVerfGE 35, 35; 2, 234; 30, 173/190. Vgl. Scholz, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3, Rz. 16 f. und BVerfGE 30, 173/187 ff. und 36, 321/331 f. für die Kunstfreiheit. Vgl. Badura, Bonner Komm., Art. 10, Rz. 28; Dürig, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 10, Rz. 21 ff. zum Postgeheimnis.

13 Vgl. dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. erg. Aufl., 1982, Rz. 308 u. 310 (immanente Grundrechtsgrenzen), 72 (Wechselwirkung), 317 ff. (praktische Konkordanz) und 72 (Güterabwägung) sowie die Beiträge in Dreier/Schwegmann (Hg.) Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976.

14 BVerfGE 30, 173.

»juristische Mehrheit« von drei Richtern im Ersten Senat das Persönlichkeitsrecht über die Kunstfreiheit triumphieren. Im Abhör-Urteil<sup>15</sup> erteilte die knappe Mehrheit von fünf Richtern des Zweiten Senats dem exekutivischen Sicherheitsdenken einen Freibrief zu Lasten des Brief- und Fernmeldegeheimnisses. In beiden Fällen hatten die abweichenden Voten ein argumentatives Gewicht, das bei künftigen Entscheidungen hätte erheblich werden können.<sup>16</sup> Wir müssen also unterhalb der Ebene von Grundrechtsdogmatik, Schrankenlehren und Präjudizienlogik graben, wenn wir uns einen Reim auf die beiden aktuellen Richtersprüche machen wollen.

Dazu schlage ich eine Lesart – genauer: zwei Lesarten vor, die sich, erstens, nicht in eine streng immanente Kritik der gerichtlichen Argumente, also die klassische Konsistenzprüfung »verstricken« lassen. Und, zweitens, davon absehen, die Entscheidungen sogleich nach Maßgabe der politischen Arithmetik (*cui bono?*) zu bewerten und zu etikettieren. Statt dessen sollen die Argumente der Richter zwar ernst, aber nicht für juristisch bare Münze genommen werden. Das bedeutet, Inkonsistenzen herauszuarbeiten, ist nicht das letzte Ziel der Kritik, sondern nur ein erster Schritt. In einem zweiten soll versucht werden, dem juristisch Widersinnigen oder Widersprüchlichen eine »Ordnung« abzugewinnen. Diese Ordnung liegt außerhalb des Horizonts juristischer Kategorien und Denkgesetze; sie enthält – chiffriert und verzerrt – die Wirklichkeit, die ein Betrachter aus juristischen Texten und Argumenten herauslesen *kann*. Der hier vorgeschlagene Kritikansatz beansprucht also nicht, *die einzige*, sondern nur *eine mögliche* Wahrheit zu suchen über die Art und Weise, wie gesellschaftliche Verhältnisse, politische Hoffnungen und Befürchtungen, Bedrohungsvorstellungen und Sicherheitsbedürfnisse Eingang finden in die juristische Argumentation. Die hier vorgeschlagenen Lesarten – einmal das Märchen, zum anderen die Betonung von Ambivalenzen – sind also nur Hilfsmittel, um jene Distanz herzustellen, aus der die Ordnung im methodisch-logischen Chaos und hinter dem begrifflichen Nebel erkennbar wird.

## II. Das Postgeheimnis – ein Lehrstück zur Ohnmacht guter Gründe

Wer reinen Glaubens an die Macht guter Gründe ist und wider alle Enttäuschungen stets aufs Neue der verfassungsrichterlichen Freiheitssicherung vertraut, wird vom »Überwachungsbeschluß« des Ersten Senats überrascht worden sein. Und Empörung wäre die naheliegende Reaktion, es sei denn, der Leser klammert sich an die Hoffnung, daß das staatliche Brieflesen und Telefonabhören vom BVerfG in seiner nächsten Entscheidung wegen der nun gerichtskundigen überlegenen und grundrechtsschonenderen Überwachungsleistungen von Satelliten unterbunden wird.<sup>17</sup> Ob diese Hoffnung berechtigt ist oder sich als Illusion erweist, bleibt abzuwarten. Nicht auszuschließen ist, daß in einem anderen Fall unter anderen Umständen andere Faktoren ins Gewicht fallen, etwa ein in Spannungszeiten erhöhter Sicherheitsbedarf oder die nachrichtendienstliche Notwendigkeit, auch die den Satelliten verborgene kriegspsychologische Stimmung in der Bevölkerung eines Warschauer-Pakt-Staates zu erfassen. Durch die strategische Überwachung »alter Art« versteht sich.

<sup>15</sup> BVerfGE 30, 1. Vgl. auch das Abhör-Urteil des EuGH NJW 1979, 1755 mit Anm. v. C. Arndt und Schwan, NJW 1980, 1992.

<sup>16</sup> BVerfGE 30, 173/200 ff. (Stein), 218 ff. (Rupp-v.Brünneck); BVerfGE 30, 1/33 ff. (Geller, Rupp, v. Schlabrendorff).

<sup>17</sup> Wie H. Schüler, Wer darf mitlesen?, in: Die Zeit v. 2. 11. 1984, S. 6. Vgl. auch Presseerkl. der Humanistischen Union vom 7. 11. 1984.

Im Lichte der Spruchpraxis des BVerfG kommt die Entscheidung nicht ganz unerwartet. Zunächst: das Abhör-Urteil stellte für das Postgeheimnis verhängnisvolle Weichen, als es der Novellierung des Art. 10 GG und dessen Ergänzung durch das G 10 zwar nicht pauschal, aber doch im wesentlichen den höchstrichterlichen Segen erteilte.<sup>18</sup> Zu erinnern ist an die juristisch haarsträubende Weise, in der die fünf Richter des Zweiten Senats Verfassungsnormen dem sie verändernden Gesetz entgegenbogen: In einem ersten Schritt übertrugen sie die ohnehin methodisch umstrittene »verfassungskonforme Auslegung« vom einfachen Gesetzesrecht auf die Prüfung *verfassungsändernder* Gesetze.<sup>19</sup> Statt das legislative Produkt, also Art. 10 II GG und das G 10, am Grundgesetz zu messen, wie es der angehende Jurist im Studium lernt und bei Strafe des Scheiterns im Examen zu exerzieren hat, wurde es einer »Vorwäsche« unterzogen und – kontrafaktisch – so verstanden, wie es ein grundgesetztreuer Normgeber gewollt haben würde. Der wirklichen, in Texten aufweisbaren Entstehungsgeschichte und legislativen Entscheidung wurde eine fiktive, verfassungsrichterlich erdachte Wirklichkeit über die Ohren gezogen. Wo der Wortlaut des neuen Art. 10 II 2 GG diese fiktive Hülle durchstieß, brachte ihn die Richtermehrheit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur erwünschten Räson.<sup>20</sup> Sodann ersannen die Richter die »systemimmanente Modifizierbarkeit« veränderungsfester Verfassungsgrundsätze. Art. 79 III GG mußte »modifiziert« werden, um den bei Abhörmaßnahmen vorgesehenen Ausschluß des Rechtsweges am Rechtsstaatsprinzip, insbesondere an der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG, vorbeizulavieren.<sup>21</sup> Da das Schiff verfassungsjuristischer Methodik und Logik nun schon einmal schlingerte, wurde gleich auch das Prinzip der Gewaltenteilung gelockert und die im G 10 enthaltene »politische Kontrolle« von Abhörmaßnahmen als Ersatz der richterlichen Kontrolle exekutiver Akte für zulässig befunden.<sup>22</sup> An einem so laxen Umgang mit den Regeln juristischer Auslegungskunst konnte selbst der keine Freude haben, der das Ergebnis billigte. Denn allzu deutlich, das Recht und seine Anwender delegitimierend, ragte das exekutivische Denken in die Denkgesetze der dritten Gewalt hinein. In seltener Einmütigkeit schlossen sich deshalb die Verfassungslehrer den dissentierenden Richtern an<sup>23</sup> und verliehen dem Abhörurteil gar das Attribut »verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung«.<sup>24</sup> Man sollte meinen, allein die Zahl der Kritiker und die einhellige Urteilsschelte müßten ein später in verwandter Sache entscheidendes Gericht beeindrucken, zur Vorsicht mahnen und veranlassen, die kritischen Argumente<sup>25</sup> wenigstens zu erwä-

18 Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I, 709) und Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses – Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10) – vom 13. August 1968 (BGBl. I, 949), geändert durch Gesetz vom 13. 9. 1978 (BGBl. I, 1546).

19 BVerfGE 30, 1/17 ff. Zur Kritik vgl. Simon, Die verfassungskonforme Auslegung, EuGRZ 1974, 85 ff.

20 BVerfGE 30, 1 (Ls. 2 und 3). Vgl. Schuppert, AK-GG, Art. 10, Rz. 27.

21 BVerfGE 30, 1 (Ls. 5 u. S. 24 ff.).

22 BVerfGE 30, 1/28.

23 Alberts, Auflösung der Verfassung? – Noch einmal BVerfGE 30, 1, JuS 1972, 319 f.; Dürig, a. a. O. (Anm. 16), Rz. 37 ff.; Dürig-Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, 1969; Erichsen, Entscheidungsanmerkung, VerwArch 1971, 291 ff.; Häberle, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970, JZ 1971, 145 ff.; Hall, Abhörentscheidung und Grundgesetz – BVerfGE 30, 1, JuS 1972, 132 f.; Rupp, Entscheidungsanmerkung, NJW 1971, 275 f.; Schlink, Das Abhör-Urteil des BVerfG, Der Staat 1973, 85 ff.

24 Häberle, a. a. O. (Schlußsatz).

25 Zum Beispiel die folgenden: »Die Auslegung, die Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG im Urteil findet, gibt dem Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG einen anderen Sinn. Sie engt ihn ein und verändert seinen normativen Inhalt. Dies zu tun, ist aber ausschließlich Sache des Gesetzgebers.« (diss. Richter, a. a. O., S. 38 unter Verweis auf BVerfGE 8, 71/78 f.; 9, 83/87) – »(D)er Schritt vom verfassungsfremden Zustand der Postkontrolle durch Dienststellen fremder Mächte (d. h. der Alliierten – G. F.) zu einer verfassungswidrigen Regelung (führt) keinen Schritt näher an das Grundgesetz (heran).« (diss. Richter, a. a. O., S. 44 unter Bezug-

gen. Um dem Leser sogleich jede unverhältnismäßige Spannung zu nehmen: Im »Überwachungsbeschuß« des Ersten Senats kommt die Kritik am Abhörurteil nicht vor. Letzteres steht fest:

»Der Gesetzesvorbehalt (Art. 10 II 2 GG – G. F.) . . . deckt . . . insbesondere ein Gesetz, das aus Gründen des Staatsschutzes Einschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses zur Abwehr von Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und des Bestandes des Staates vorsieht.« (I/16 f.)

An der »systemimmanenten Modifizierung« veränderungsfester Verfassungsnormen ist also nicht mehr zu rütteln. Weniger kritikfest erscheinen demgegenüber die im Abhörurteil mobilisierten Gründe, die staatliche Kontrolleingriffe in den Bereich privater Kommunikation (»Privatsphäre«) gestatten und sogleich der richterlichen Nachprüfung entziehen. Denn das Volkszählungsurteil des Jahres 1983<sup>26</sup> gab der Hoffnung neue Nahrung, das BVerfG – jedenfalls sein Erster Senat – sei entschlossen, das Abhörurteil wenn auch nicht formal, so doch in der Sache zu revidieren und die staatliche Informationsgewinnung ganz erheblich einzuschränken, wenn sie aus dem privaten Austausch von Nachrichten schöpfen will. Hoffnungen konnten insbesondere auf der Anerkennung und Begründung des Rechts auf »informationelle Selbstbestimmung« beruhen.<sup>27</sup> Eine Schlüsselpassage dieses Urteils hätte gerade im »Überwachungsbeschuß« einen Ehrenplatz finden können:

»Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.«<sup>28</sup>

Ist das BVerfG nun inkonsequent oder waren Hoffnungen gar nicht berechtigt, weil die strategische Überwachung gem. § 3 G 10 die informationelle Selbstbestimmung nicht tangiert? Oder aber ist der »Datenanfall« im Bereich der Nachrichtendienste ein Aliud gegenüber der Gewinnung und Speicherung von Daten durch andere staatliche Behörden? Gestützt auf die offizielle Entstehungsgeschichte des G 10 und auf den nicht sehr präzise angegebenen Zweck seines § 3, könnte man sagen, daß die »strategische Kontrolle« *grundsätzlich* keine personenbezogenen Daten zutage fördern *soll*. Das Volkszählungsurteil wäre also – *grundsätzlich* – nicht einschlägig. Der Hoffende verkannte die Rechtslage. So könnte es sein, wenn wir uns zu sehr an die Texte der beiden Entscheidungen zur Volkszählung und zur strategischen Überwachung sowie an den Wortlaut (oder eigentlich: die offiziellen Erläuterungen<sup>29</sup>) zum

nahme auf BVerfGE 4, 157/169) – ». . . nimmt die Regelung des Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG den betroffenen Bürger gar nicht zur Kenntnis. Sie eröffnet ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte nach, . . . die Möglichkeit, den Bürger auf Grund rein politischer Erwägungen . . . zum Objekt staatlichen Geschehens zu machen, indem sie noch nicht einmal die nachträgliche Benachrichtigung zur Pflicht macht.« (Erichsen, a. a. O., zit. bei Dürig, a. a. O., Rz. 38) – »Was ist eigentlich »modifizieren« anderes als »berühren«, was Art. 79 III gerade verbietet? . . . Die in Art. 79 III aufgeführten Unantastbarkeiten sollten unter keinem irgendwie gearteten Gesichtspunkt und mit keiner mehr oder minder sachgerechten Begründung berührt (modifiziert, geändert) oder gar aufgehoben werden. Das war ja gerade das Neue, was Art. 79 III bringen sollte und nur so hatte die Unantastbarkeit einen überzeugenden Sinn.« (Dürig, a. a. O., Rz. 39)

<sup>26</sup> BVerfGE 65, 1 ff. Vgl. dazu die Analyse von Mückenberger, Datenschutz als Verfassungsgebot. Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1/1984, 1 ff.

<sup>27</sup> Siehe dazu BVerfGE 65, 1 ff. und Mückenberger, a. a. O., bes. Kap. III, IV.

<sup>28</sup> BVerfGE 65, 1/42 f. Vgl. auch Podlech, Individualdatenschutz – Systemdatenschutz, in FS Hans Günther, 1982, 451 ff., 455.

<sup>29</sup> Vgl. dazu die Ausführungen von einem der »Architekten« des G 10, C. Arndt, Zum Begriff »Post- und Fernmeldebeziehungen« in § 3 G 10, in: Recht und Politik 1980, 42 ff. Weitere Literaturnachw. bei Schuppert, AK-GG, Art. 10.

G 10 klammern. Distanz zum Gesollten und Gesagten könnte eine andere Perspektive und andere Einsichten ermöglichen. Im Recht könnte alles anders sein, als Gesetzestexte und juristische Logik es haben wollen. Das in tatsächlicher Hinsicht blinde Vertrauen auf die je unterschiedliche rechtliche »Natur der Sache« – nachrichtendienstliche Informationsgewinnung hier, sonstiger behördlicher Datenanfall dort –, aber auch die Enttäuschung über mögliche Inkonsistenzen in der verfassungsrichterlichen Argumentation könnten das ganz »Andere« gerade verfehlen. Deshalb schlage ich vor, den Beschluß zur »strategischen Überwachung« einmal anders zu lesen. Als Märchen.

### III. Der anachronistische Zug im »Überwachungsbeschluß«

Es war einmal ein Grundrecht. Das hieß Artikel 10. Es hatte, so sagten die Richter, »einen hohen Rang« und »hohe Bedeutung« (I/15, 30). Viel sollte es gewährleisten: »die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor den Augen der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Nachrichten, Gedanken und Meinungen (Informationen)«, den Schutz des »brieflichen Verkehrs der Einzelnen untereinander gegen Kenntnisnahme der öffentlichen Gewalt von dem Inhalt der Briefe«, den Schutz »für den postvermittelten Verkehr gegenüber der Post und . . . insbesondere der postfremden Exekutive«, den Schutz des »privaten und geschäftlichen Fernmeldeverkehrs vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt« (I/15 f.). Nichts weniger als die »Würde des denkenden und freiheitlich handelnden Menschen« hatte das Grundrecht zu wahren.<sup>30</sup> Kein Wunder also, daß Einschränkungen jeder Art sich am »hohen Rang« des Postgeheimnisses messen lassen mußten:

»Prüfungsmaßstab ist ausschließlich Art. 10 GG.« (I/15)

Hier ist das Märchen erst einmal zu Ende. Die »Verhältnisse« treten auf den Plan und neben das Grundrecht:

»An dieser Grundrechtsnorm ist unter Berücksichtigung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* zu prüfen, ob die angegriffenen Maßnahmen des Bundesministers der Verteidigung verfassungsmäßig sind.« (I/15 – Hervorh. nicht im Orig.)

So richtig ausschließlich herrscht das Grundrecht also nicht, wenn es bei solchen Maßnahmen doch nicht streng grundrechtlich, sondern nur verhältnismäßig zugehen soll. Wieder ganz märchenhaft vermählt sich bald das Postgeheimnis mit dem Sicherheitsbedürfnis der postfremden Exekutive. Und bis an das Ende ihrer Tage und des verfassungsrichterlichen Beschlusses leben sie glücklich und in Wechselwirkung<sup>31</sup> zusammen – nicht im Haus der Verfassung, sondern im Labyrinth der »Verhältnisse«. Diese »Verhältnisse« stellen die Elle bereit, an der Freiheiten gemessen und – je nachdem – gestutzt werden. In der Wirklichkeit sind die »Verhältnisse« Beziehungen zwischen Menschen – die Bedingungen, unter denen sie leben, arbeiten, Bedürfnisse und Interessen geltend machen, ihren eigenen Weg gehen, aber auch

<sup>30</sup> Dürig, a. a. O., Rz. 1 (zit. nach I/15 f.).

<sup>31</sup> »Die Beziehung zwischen den grundrechtseinschränkenden Gesetzen – hier des Gesetzes zu Art. 10 – und den Grundrechten aus Art. 10 Abs. 1 GG ist dabei nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft der Grundrechte auszulegen; vielmehr ist das grundrechtseinschränkende Gesetz seinerseits aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieser Grundrechte auszulegen und so in seiner grundrechtsbegrenzenden Wirkung selbst wieder im Lichte dieser Grundrechte einzuschränken (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]) . . .« (I/17). Nicht die Grundrechte, sondern etwas ganz Anderes begrenzt und richtet dann aber den Lichtkegel: »Die Begrenzung muß *within* verhältnismäßig sein . . .« (I/17 – Hervorh. nicht im Orig.)

mit anderen auskommen wollen. Im Recht sind die »Verhältnisse« das mysteriöse Reich des Tauglichen, Erforderlichen und Zumutbaren. Geheimnisvoll verbünden sich diese drei mit dem, was von Verfassungen wegen sein soll. Steigen wir also hinab aus der Welt der menschlichen Beziehungen und Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens in die Unterwelt der Zweck-Mittel-Relationen, wo nur der *Erfolg* zählen soll.

Nach kurzer Wanderung liegt der »Geist« des Grundgesetzes hinter uns. Wir halten Ausschau nach dem Erfolg, der der heimlichen Überwachung heimlicher Briefe und Telefonate beschieden sein könnte. Uns leuchtet ein: wenn im Ost-West-West-Ost-Verkehr *alle* Briefe nachrichtendienstlich gelesen und *alle* Ferngespräche ebenso dienstlich abgehört und ausgewertet würden, dann könnte die strategische Überwachung von Erfolg gekrönt sein. Viele fleißige Hände, Augen, Ohren und Computer würden ein »Mosaik der Lage im Gefahrengebiet« zusammenleimen. Vorausgesetzt noch, daß in den Briefen und Telefonaten etwas zu dieser Lage gesagt wird. Freilich: § 1 G 10 verbietet gerade eine solch globale Überwachung. Und der Bundesminister der Verteidigung steht nicht an, uns zu versichern, daß sie auch nicht praktiziert wird. Beschränkt werden, bestätigen die Verfassungsrichter, nur »bestimmte Post- und Fernmeldebeziehungen«, die sich allerdings »gegen eine unbestimmte Vielzahl von Post- und Fernmeldevorgängen« (I/18) richten. Dieses Bestimmt-Unbestimmte sind Postsäcke aus einem bestimmten geographischen Raum oder ein »grenzüberschreitendes Sammelkabel zwischen zwei Fernsprechknotenämtern«.<sup>32</sup>

Kann diese Überwachungspraxis den angepeilten Erfolg haben? Das ist fraglich; aber im Märchen ist nichts Unmöglich. Stellen wir uns vor, drei Monate lang (und auf Antrag auch länger, siehe § 5 III G 10) werden etwa alle Postsäcke und Telefongespräche etwa aus dem Raum Karl-Marx-Stadt strategisch überwacht. Wie erfährt der Bundesnachrichtendienst dabei etwas über Truppenbewegungen etwa in Rostock? Die Überwacher selbst hüten sich, darüber Auskunft zu geben. Und auch die Hüter der Verfassung, die jene rechtlich überwachen sollen, weichen aus:

»Es handelt sich um einen sicherheitssensiblen Bereich, was verständlicherweise ausschließt, in diesem Zusammenhang auf alle Einzelheiten einzugehen« (I/22).

Wie im Märchen dürfen wir daher phantasieren, daß der Briefeschreiber aus Karl-Marx-Stadt über Truppenbewegungen zwar nichts aus den Nachrichten des DDR-Fernsehens erfährt, aber von seiner Tante aus Rostock ins Bild gesetzt wird – und dieses Bild alsdann in den Westen übermittelt. Die strategische Überwachung gerade dieses Briefes wäre also tauglich im Sinne des G 10 und soweit verhältnismäßig. Warum aber nun auch noch den Antwortbrief aus dem Westen öffnen und auswerten? Könnte hier nicht die Verhältnismäßigkeit fehlen? Welchen Nachrichtenwert hat schon ein Brief, der etwa von Oldenburg nach Karl-Marx-Stadt aufgegeben wird? Daß da ein Problem steckt, sehen sowohl der Bundesminister der Verteidigung als auch die Richter des Ersten Senats. West-Ost-Post ist weniger ergiebig. Wegen der räumlichen Ferne zu den Truppen des Warschauer Paktes. Gleichwohl kommt Differenzieren nicht in Frage, weil manch »ausgehender Brief auf Mitteilungen, die der Schreiber erhalten hat, eingeht und damit eine Nachricht über einen Sachverhalt im Sinne des § 3 I G 10 liefert« (I/20). Beispielsweise: »Lieber A., hab' vielen Dank für Deinen Brief. Was Deine Tante Dir von den Truppenbewegungen bei Rostock berichtet hat, ist wirklich toll . . .«

So weit, so verhältnismäßig. Doch die Verfassungsrichter geben uns mit dem Diffe-

<sup>32</sup> Vgl. Der Spiegel v. 20. 11. 1978 und der stern v. 26. 11. 1978. Vgl. ferner Schuppert, AK-GG, Art. 10, Rz. 40, 40a m. w. Nachw.

renzierungsverbot noch ein Rätsel auf. Die Kontrolle »ausgehender Briefe« soll »für sich gesehen« geeignet sein, »zu dem gesetzgeberisch gewünschten Erfolg beizutragen« (I/21). Das will dem nachrichtendienstlich Unkundigen nicht in den Kopf, in dem er sich gerade noch die Verhältnismäßigkeit bezüglich Brief *und* Antwortbrief, also ost-westlich-west-östlich zurechtgelegt hat. Im Märchen löst sich jedes Rätsel auf. Auch der isolierte Brief aus Oldenburg fügt sich in das »militärpolitische Mosaik der Lage im Gefahrengebiet«, denn: »die *abstrakte Möglichkeit* der Zweckerreichung« genügt (I/19 f. – Hervorh. nicht im Orig.). Wir müssen uns also von der naiven Vorstellung trennen, der bezweckte Erfolg heilige, wenn er einträte, die eingreifenden Mittel. Und abstrakt ist natürlich auch bei der Durchsicht konkreter Postsäcke alles möglich. Abstrakt kann jeder Zweck möglicherweise erreicht werden, wenn man nur sagt, daß man es will. Und wir haben damit gelernt, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Reich der unbegrenzten Möglichkeiten umzäunt.

Wo alles Mögliche möglich ist, ist auch der »Mißbrauch« nicht ausgeschlossen. Mißbrauch wollen aber auch die Richter verhindern. Sie vertrauen dabei auf die Morgensternsche Logik: Es *kann* einfach nicht sein, was nicht sein *darf*. Und sie erklären uns, wie die Überwachung ins Werk gesetzt und jeder Mißbrauch ausgeschlossen wird. Das ist ganz einfach: Der Gesetzgeber schreibt vor, was getan werden soll und darf – G 10. Der Bundesminister der Verteidigung kennt die Vorschriften, wenn er den Antrag des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes überprüft (§§ 3 I, 5 I G 10), und erlaubt die strategische Kontrolle nur, wenn die Vorschriften erfüllt sind. Und im übrigen kontrollieren unabhängige Parlamentarier das gesamte Verfahren der strategischen Überwachung (§§ 5 I, 9 G 10). Also kein »Orwellsches Experiment«, wie der Kommentator Dürig zürnt<sup>33</sup>, sondern ganz verhältnismäßige, weil auch mißbrauchsfreie Grundrechtseinschränkungen?

Man ahnt, aus dem Labyrinth der Verhältnisse, kommen wir so schnell nicht heraus. Der § 3 G 10 ist nicht, was man eine klare Sache nennen könnte. Welche Kenntnis von »Sachverhalten« wäre nicht »notwendig«, »um die Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik rechtzeitig zu erkennen und einer solchen Gefahr zu begegnen« (§ 3 G 10)? Zumal wenn auf Entspannungspolitik und ruhige Zeiten kein Verlaß ist?

»Um die in § 3 G 10 beschriebenen Gefahren eines bewaffneten Angriffs von außen erkennen zu können, kann die strategische Kontrolle nicht erst einsetzen, wenn die Gefahr bereits eingetreten ist. Um ihr rechtzeitig mit *politischen* Mitteln begegnen zu können, muß es möglich sein, die Überwachungsmaßnahmen nicht erst in Spannungszeiten, sondern bereits in relativ ruhigen Zeiten zu treffen.« (I/24)

Das leuchtet ein – nicht in der Wirklichkeit, aber im Märchen, das grausam ist. Und doch bleiben dem unverbesserlichen Realisten einige Zweifel, ob Mißbräuche *wirklich* ausgeschlossen sind. Denn einerseits stimmt es doch wohl, daß ganz konkrete Personen korrespondieren und telefonieren; andererseits soll der Überwachung aber eine »konkrete Beziehung zu den betroffenen Einzelpersonen« abgehen. Diese, so das BVerfG, bleiben »in aller Regel« anonym (I/18, 25). Und das Gericht versichert dem Zweifler:

»Es sind keine Anzeichen dafür erkennbar, daß die strategische Kontrolle zu sachfremden Zwecken mißbraucht wird, etwa zur Einzelüberwachung von Personen.« (I/25)

<sup>33</sup> A. a. O., Rz. 37. Schuppert, a. a. O., entwickelt alternative Gefühle gegenüber dem Abhör-Urteil. Ob dieses die scharfe Schelte verdient, »bedarf genauerer Prüfung« (Rz. 29). Deshalb sorgt er sich auch mehr um die rechtsdogmatische Einordnung des Kontrollverfahrens.

So soll es sein. Freilich sieht auch das BVerfG, daß bei der Postkontrolle Absender und Empfänger »*theoretisch*« registriert werden können, hält jedoch einen derartigen Mißbrauch »durch die Automatisierung des Telefonverkehrs und den Massenverkehr im Postbereich aus technischen Gründen (für) weitgehend *praktisch* ausgeschlossen«. <sup>34</sup> Auch »Zufallserkenntnisse«, die »auf bestimmte Personen bezogen sind«, sollen vorkommen können (I/25, 27 f.). Sie *dürfen* aber nicht zum Nachteil der betreffenden Personen verwertet werden; *es sei denn* gegen diese Person ist eine Überwachung gem. § 2 G 10 angeordnet oder es bestehen »tatsächliche Anhaltspunkte« für den »Verdacht«, »daß jemand eine der in § 2 dieses Gesetzes oder eine andere in § 138 des Strafgesetzbuches genannte Handlung plant, begeht oder begangen hat.« (§ 3 II G 10) Hier öffnet sich ein weites Feld, auf dem ein sicherheitsempfindlicher Wind bläst. Die Schäden, die er anrichten könnte, sollen dem Bürger jedoch verborgen bleiben. Eine Benachrichtigung über strategische Kontrollen findet nicht statt – und zwar weder vorher, das ist klar, noch nachher, was eigentlich nicht so klar ist:

»Selbst wenn ausnahmsweise technisch keine Hindernisse bestehen wie bei Postsendungen, so würde der Zweck, der mit der strategischen Überwachung erreicht werden soll, durch eine Benachrichtigung vereitelt oder doch gefährdet. Auch die nachträgliche Offenlegung und Erörterung einer strategischen Kontrollmaßnahme kann Anhaltspunkte für die Arbeitsweise sowie den konkreten Beobachtungsbereich des Bundesnachrichtendienstes bieten und dadurch deren Wirksamkeit in hohem Maße beeinträchtigen. Die Befugnis, den von einer strategischen Überwachungsmaßnahme Betroffenen nicht in Kenntnis zu setzen, dient der Effektivität der Arbeit des Bundesnachrichtendienstes und macht die strategische Überwachung, das Abhören von Telefongesprächen und das Öffnen von Briefen, erst sinnvoll.« (I/30)

Nun ist es klar: der BND muß effektiv arbeiten können. Wo bleibt da noch das unverletzliche Postgeheimnis, wo der Rechtsschutz im Rechtsstaat und wo das Recht auf informationelle Selbstbestimmung? Wie soll man mit einer so starken, d. h. weit gefaßten Überwachungsbefugnis, mit der Heimlichkeit dieser Überwachung und den schwachen Verwertungsverboten für »Zufallserkenntnisse« grundrechtlich leben können? Das BVerfG hält am Ende einen knappen Trost bereit:

»Verfassungsrechtlich hingenommen werden kann dies bei der hohen Bedeutung der Grundrechte sowohl als Abwehrrechte des Einzelnen als auch als objektive Prinzipien der gesamten Rechtsordnung nur deshalb, weil die Kontrolle der Maßnahmen der strategischen Überwachung durch unabhängige und keine Weisung gebundene staatliche Organe und Hilfsorgane (Kontrollkommission [§ 9 Abs. 4 G 10] und Datenschutzbeauftragte) sichergestellt ist« (I/30).

Somit wäre alles in Ordnung? Weit gefehlt. In Ordnung ist nur das Märchen von der Verhältnismäßigkeit. Hier sollen begriffliche Verschiebungen von der bestimmten zur unbestimmten Überwachung, vom konkreten zum abstrakten Erfolg dieser Überwachung logische Inkonsistenzen einebenen. Und wo die Fiktion von der Wirklichkeit gestört werden könnte, wird letztere einfach nicht zur Kenntnis genommen. Beispielsweise gehen die Richter nicht darauf ein, welche »Mosaiksteine« der BND bei seinen strategischen Kontrollen sammelt. <sup>35</sup> Auch versagen sie sich jede Bemerkung zum Sinn und Zweck einer Postkontrolle im Westen, der eine perfektionierte Postkontrolle im Osten vorausliegt, deren allgemeine Bekanntheit

<sup>34</sup> I/26 unter Bezugnahme auf C. Arndt, a. a. O., 43.

<sup>35</sup> *Der stern*, a. a. O., berichtete etwa folgende Mosaiksteine, die Briefen entnommen worden waren: »... die Versorgung ist bei uns seit einiger Zeit zufriedenstellend, wenn auch natürlich nicht so gut wie in der Hauptstadt; dort braucht man natürlich dreimal soviel, weil den ausländischen Diplomaten Weltniveau demonstriert werden muß und die Bonzen auch leben müssen...« Oder: »... die Russen haben beim letzten Manöver wieder gehaust wie die Schweine, Kartoffeln geklaut und so weiter; aber die Genossen behaupten ja immer, die Iwans seien unsere besten Freunde...«

und Effektivität dafür sorgt, daß Briefeschreiber in der DDR nicht über Truppenbewegungen berichten.<sup>36</sup> Die Richter übernehmen ferner vom Bundesverteidigungsminister die Behauptung, strategische Kontrollen seien unverzichtbar, weil sinnvoll. Von ihren Kollegen im Zweiten Senat, die sich mit der Stationierung von Atomraketen beschäftigen, aber auch von jedem Bundesbürger könnten sie sich darüber belehren lassen, daß die größte Gefahr für den Bestand der Bundesrepublik von Raketen ausgeht, die in Minutenschnelle ihr Ziel treffen. Die Richter lassen den Einwand unbeantwortet, die parlamentarischen Kontrolleure der nachrichtendienstlichen Überwachung seien doch »fast ausschließlich auf die Mitteilungen derjenigen Exekutive angewiesen, die sie gerade überwachen soll(en)«<sup>37</sup>, von einer unabhängigen und neutralen Ermittlung des Sachverhalts könne also keine Rede sein. Schließlich erwähnen die Richter am Ende ihres Beschlusses und in Klammern noch den Datenschutzbeauftragten als letzten rechtsstaatlichen Anker. Sie zitieren aus dessen Zweitem Tätigkeitsbericht, daß »sich . . . die Weitergabe personenbezogener Angaben, die bei Überwachungsmaßnahmen nach § 3 Abs. 2 G 10 zufällig gewonnen worden sind, streng im Rahmen des § 3 Abs. 2 G 10« hält.<sup>38</sup> Sie verschweigen die Feststellung des Bundesdatenschutzbeauftragten aus dem folgenden Jahr:

»Die Prüfung der Telefonkontrolle mußte ich bei meinem ersten Besuch aus Zeitmangel leider aufschieben. Bei meinem zweiten Besuch wurde sie mir wegen der Intervention der G-10-Kommission verweigert. (. . .)

Beide Dienste (BND und MAD – G. F.) haben meine Kontrollkompetenz bestritten, weil der Gesetzgeber eine eigene, quasi-richterliche Funktion ausübende Kontrollinstanz mit der G-10-Kommission geschaffen habe (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. m. § 9 Abs. 2–4 G 10), die ausschließlich für die Kontrolle der G-10-Tätigkeit zuständig sei. Dennoch wurde mir die Prüfung zunächst im jeweils gewünschten Umfang gestattet. (. . .)

Inzwischen hat aber der BMI . . . ebenfalls Zweifel an meiner Kontrollkompetenz im G-10-Bereich geäußert. Erste Konsequenzen zeigten sich bei meinem zweiten Prüfungsbesuch beim BND im vergangenen Jahr: dort wurde mir unter Hinweis auf die noch nicht geklärte Kompetenzfrage die datenschutzrechtliche Prüfung der strategischen Telefonkontrolle nach § 3 G 10 verweigert.«<sup>39</sup>

Es scheint, daß solche Einwände und Fragen – ganz ähnlich wie die Überwachungsleistungen von Satelliten – im Jahre 1978 bei Einreichung der Verfassungsbeschwerde nicht gerichtskundig waren. Oder daß sie am »Orwell«-Beschuß von 1984 vorbei- und zu sehr ins Tatsächliche zielen, das im Märchen einfach keinen Platz hat. Wer von Märchen nichts hält, wird zugeben, daß das Bild der Richter von den Mitteln zur Abwehr der Gefahren, die der Bundesrepublik aus dem Osten drohen, einen anachronistischen Zug hat.

#### IV. Zur Kunst, eine politische Meinung zu demonstrieren

Der Erste Senat hat, das sei die erste Lesart seines Beschlusses zur Kunstfreiheit, eine erfreuliche Entscheidung gefällt. Ohne in auffälliger Weise von den im Mephisto-Beschluß entwickelten Grundsätzen abzuweichen, setzen die Richter in Sachen »Anachronistischer Zug gegen Strauß« argumentative Akzente, die ein *besseres Ver-*

<sup>36</sup> Vgl. Reissenberger, Im Zweifel für die Schnüffler?, Deutsches Allg. Sonntagsblatt v. 4. 11. 1984, S. 3.

<sup>37</sup> Vgl. Gusy, Der Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG, NJW 1981, 1581 ff.

<sup>38</sup> I/28; vgl. Zweiter Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz vom 18. Januar 1980 [BT-Drucks. 8/3570], S. 50.

<sup>39</sup> Dritter Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz vom 9. Januar 1981 [BT-Drucks. 9/93], S. 47 ff.

ständnis und *größere* Toleranz gegenüber der ästhetischen Freiheit erkennen lassen als etwa der Mephisto-Beschluß. Auf den Komparativ kommt es an.

Geradezu lapidar argumentiert der Erste Senat an den untergerichtlichen Vor-Urteilen vorbei, die den »künstlerischen Aufzug« wegen der »im Vordergrund stehenden Prägung der Veranstaltungen« durch politische Ziele aus dem Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG haben »herausfallen« lassen.<sup>40</sup> Während im Mephisto-Beschluß die »engagierte Kunst« nur am Rande erwähnt wird, heißt es nun ausdrücklich, daß »auch die vordergründige und eindeutige politische Absicht« der Kunst keinen Abbruch tut:

»Verbindliche Regeln und Wertungen für die künstlerische Tätigkeit lassen sich auch dort nicht aufstellen, wo sich der Künstler mit aktuellem Geschehen auseinandersetzt . . .« (II/20)

Die Besonderheit und eigene Wirklichkeit von Kunst, die sich etwa in der Distanz des Zuschauers zum »Theater« manifestiert, läßt sich also nicht im Durchgriff auf die politischen Motive des Künstlers aufheben und verrechtlichen.

Der weisen Zurückhaltung und liberalen Toleranz gegenüber politischer Kunst entspricht ein »weiter Kunstbegriff«: Der »fehlende Konsens« in der Kunsttheorie über objektive Maßstäbe und das Programm der »Avantgarde«, die Grenzen der Kunst zu erweitern sowie »ein weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind und bereits darauf hindeuten, daß nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann« (II/16). Damit ist der Ausgangspunkt einer liberalen grundrechtsdogmatischen Konstruktion für Art. 5 III 1 GG bezeichnet. Diese Konstruktion rettet das vorbehaltlos verbürgte Grundrecht jedenfalls vor haltlosen »Abwägungen« durch eine Lehre, die gerade noch das Übermaßverbot als Grenze staatlicher Eingriffe in die künstlerische Freiheit anerkennt.<sup>41</sup> Demgegenüber stellt das BVerfG nochmals klar, daß weder die Schrankentrias des Art. 2 I GG noch die Schranken der Meinungsfreiheit (Art. 5 II) unmittelbar oder analog in Art. 5 III 1 GG hineingelesen werden dürfen.<sup>42</sup> Ebenso wenig gehe es an, die ästhetische Freiheit durch eine »Bereichsdogmatik« zu zähmen: Als Grundsatznorm regele Art. 5 III 1 das Verhältnis des Lebensbereichs Kunst zum Staat und gewähre ein individuelles Freiheitsrecht; »sie betrifft in gleicher Weise den »Werkbereich« des künstlerischen Schaffens als auch den »Wirkbereich« der Darbietung und Verbreitung eines Kunstwerks, in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird.«<sup>43</sup> Kunst ist unteilbar, weder ihre Schöpfung noch ihre Veröffentlichung muß dem Wohle der Allgemeinheit dienen oder staatlichen Qualitätsnormen entsprechen.

Die Kunstfreiheit ist freilich nicht unantastbar. Wenn auch nicht als gleiche gegen gleich (ge)wichtige Verfassungsgüter abwägbar, und wenn auch nicht in einem Bereich absolut und in dem anderen relativ geschützt, so liegt sie doch nicht außerhalb des Kosmos rechtlich geschützter Werte und Interessen. Für Kollisionen schlägt das BVerfG implizit den Grundsatz »praktischer Konkordanz« zusammen mit »dem Gedanken des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs«<sup>44</sup> vor, der

<sup>40</sup> Vgl. auch BayVGh NJW 1981, 2428 und die kritische Anm. von Ott, NJW 1981, 2397 sowie die Kritik von Ladeur, AK-GG, Art. 5 Abs. 3 II, Rz. 20 und Berkemann, NVwZ 1982, 85.

<sup>41</sup> Vgl. Scholz, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 5 III, Rz. 57.

<sup>42</sup> II/21; vgl. auch BVerfGE 30, 173/191 f.

<sup>43</sup> II/15; vgl. auch BVerfGE 30, 173/180. Zur »Bereichsdogmatik« vgl. F. Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, 100 ff. und die Kritik von Ladeur, a. a. O., Rz. 12.

<sup>44</sup> Vgl. Hesse, a. a. O., Rz. 72 (zur »praktischen Konkordanz«) und Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 125 (zum »schonenden Ausgleich«). Vgl. auch Zechlin, Gerichtliche Verbote zeitkritischer Kunst, KJ 3/1982, 248 ff., der für die »praktische Konkordanz« plädiert.

der Besonderheit der Kunst und dem besonderen Rang ihrer verfassungsrechtlichen Verbürgung Rechnung tragen, also ihre »Wechselwirkung« auf Einschränkungen berücksichtigen soll (II/20 f.). Dieses Vorgehen entbehrt zwar der methodischen Präzision, leistet aber im Zweifel mehr zugunsten der ästhetischen Freiheit als die nivellierende Abwägung. Denn immerhin kommt das Persönlichkeitsrecht nicht als gleichrangiger Wert ins Ausgleichsspiel:

»Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen. Um diese im konkreten Fall zu bestimmen, genügt es mithin im gerichtlichen Verfahren nicht, ohne Berücksichtigung der Kunstfreiheit eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts – hier in der Form der Beleidigung – festzustellen: Es bedarf der Klärung, ob diese Beeinträchtigung derart *schwerwiegend* ist, daß die Freiheit der Kunst zurückzutreten hat; eine geringfügige Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung reichen hierzu angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nicht aus.« (II/21; Hervorh. nicht im Orig.)

Zu Lasten des Romans »Mephisto« las sich das noch anders: Der »soziale Wert- und Achtungsanspruch des Einzelnen« und das »Recht auf Kunstfreiheit« standen sich auf gleicher Ebene gegenüber. Und »kunspezifische Gesichtspunkte«, wie die Distanz zwischen »Urbild« und »Abbild« sowie das Verhältnis von Verfremdung und Verfälschung, gaben den Ausschlag zugunsten des durch Art. 1 I GG geschützten Achtungsanspruchs.<sup>45</sup> Zweifel sei gestattet, ob die verfremdende Distanz zwischen dem »Urbild« Gustav Gründgens und seinem »Abbild« Hendrik Höfgen im Roman Klaus Manns *wirklich* geringer zu veranschlagen ist als die zwischen dem »Urbild« F. J. Strauß und seiner anachronistisch ziehenden Maske.

Die Wende von »Mephisto« zum »Anachronistischen Zug« sollte man in der Freude über das kunstfreiheitsfreundlichere Ergebnis nicht überschätzen. Keine prinzipiell andere Problemsicht oder Argumentation stellt die Weichen, sondern eine nicht unanfechtbare und vielleicht nicht dauerhafte Wertung. Der Erste Senat geht davon aus:

»Je nachhaltiger ... eine Verurteilung im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Verurteilten (also des Künstlers – G. F.) trifft, desto strengere Anforderungen sind an die Begründung dieses Eingriffs zu stellen und desto weiter reichen die Nachprüfungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts.«<sup>46</sup>

Diese Gleichung hat die Logik für sich. Problematisch wird nun die Konkretisierung:

»Eine strafrechtliche Verurteilung ist als Sanktion kriminellen Unrechts schon für sich allein betrachtet von größerer Intensität als eine zivilrechtliche Verurteilung zu Unterlassung, Widerruf oder Schadensersatz ... Bei der strafrechtlichen Sanktion einer Handlung, für welche die Garantie der Kunstfreiheit in Frage steht, kommt die Gefahr hinzu, daß die negativen Auswirkungen für die Ausübung dieser wegen ihrer besonderen Bedeutung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Freiheit über den konkreten Fall hinausgehen.« (II/14)

Künstler, denen hohe Schadensersatzleistungen auferlegt wurden,<sup>47</sup> werden diese Wertung kaum nachvollziehen. Nicht nur ein Strafurteil stigmatisiert den Betroffenen; auch ein Zivilurteil setzt ins Unrecht. Überdies können zivilrechtliche Sanktionen ebenso wie strafrechtliche die künstlerische Existenz untergraben. Gleichwohl gilt seit der Entscheidung zum »Anachronistischen Zug« und bis auf weiteres: Erstens, die Kunst ist frei. Zweitens, an ihre Bestrafung sind verhältnismäßig hohe Anforderungen zu stellen.

<sup>45</sup> BVerfGE 30, 173/195 ff.

<sup>46</sup> II/14 unter Verweis auf BVerfGE 42, 143/148 f.

<sup>47</sup> Nachw. bei Zechlin, a. a. O.

In zweiter Lesart, die die Ambivalenzen betont und nach einer Ordnung sucht, die in oder hinter den juristischen Argumenten liegt, ist die Entscheidung zur Kunstfreiheit zunächst einmal weder erfreulich noch ärgerlich, sondern (das überrascht nicht) typisch juristisch: Sie arbeitet sich an einem Phänomen ab, das sich eigentlich juristischer Begrifflichkeit und Logik entzieht, aber dennoch juristisch begriffen werden soll. Am Anfang steht eine zutreffende und an sich folgenreiche Einsicht:

»Der Lebensbereich ›Kunst‹ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen.« (II/19 f.) Und diese Einsicht scheint Folgen zu haben für die Kunstfreiheit: »Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht, und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben.« (II/16)

Die Richter sind mit dem Verzicht auf einen »allgemeinen Begriff« auf dem richtigen Wege, aber auch in Schwierigkeiten. Wie ist das Phänomen »Kunst« ohne allgemeinen Begriff überhaupt juristisch zu begreifen? Nur konkret von Fall zu Fall? Wie aber weiß der Richter konkret, was »Kunst« ist, wenn objektive oder genauer: verallgemeinerbare Maßstäbe fehlen? Entzieht sich Kunst nicht allgemein *und* konkret dem Zugriff der juristischen Rationalität? Das ist möglich, darf aber nicht sein. Der Jurist trennt die Welten. In der ästhetischen Welt und ihrer Wirklichkeit gibt es keine *objektive* Definition und auch keine *statische* Bestimmung von »Kunst«. Das jedenfalls sagt ihre kritische Theorie:

»Kunst (spottet) der Verbaldefinition . . . Kunstwerke synthetisieren unvereinbare, unidentische, aneinander sich reibende Momente . . . Kunstwerke sind nur in actu.«<sup>48</sup>

Das BVerfG kommt Adornos kritischer Theorie der Kunst sehr nahe, als es die *allgemeine* begriffliche Fixierung verwirft. Dann aber kehrt das Gericht ihr ebenso überraschend den Rücken und hofft, nun wieder in der Welt des Rechts, daß ein »weiter Kunstbegriff« hier zu »angemessenen Lösungen« führt (II/16). Man fürchtet, wiederum mit Adorno, daß auch der weite Begriff verstellen könnte, was überhaupt erst zu begreifen wäre. Der logische Sprung folgt sogleich:

»Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indessen nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegen.« (II/16)

Die verfassungsrechtliche Pflicht führt von der kurzen theoretischen Einsicht zum operativen Denken. Die Verfassung will es so, könnte man sagen; denn der Richter muß nun einmal entscheiden – eben ob Art. 5 III 1 GG vorliegt oder nicht. Man könnte versucht sein, die »Natur der Sache« zu bemühen. Nur haben wir es mit zwei solcher »Naturen« zu tun: der Kunst und der richterlichen Entscheidung über dieselbe. Mit einer Definitionspflicht kommt man so schnell an dem Dilemma, etwas an sich objektiv und von außen Unbegreifliches nun doch objektiv und von außen begrifflich fassen zu müssen, nicht vorbei. Die »Lösung« dieses Dilemmas scheinen die Richter darin zu sehen, statt das Nichtdefinierbare zu definieren, wenigstens »Gesichtspunkte« zusammenzutragen, die »in ihrer Gesamtheit« (also doch eine Art »Allgemeinheit«?) »im konkreten Fall eine Entscheidung ermöglichen« (II/17). Nach kurzem Flirt ist das die endgültige Absage an die kritische Theorie. Das Unbehagen, sich in Widersprüche zu verwickeln, bleibt den Richtern und findet

<sup>48</sup> T. W. Adorno, *Ästhetische Theorie*, 1973, 262 f.

darin Ausdruck, daß alle neueren, aber dennoch unzulänglichen Definitionsversuche liberal und pluralistisch zu ihrem »Recht« kommen. Der »Anachronistische Zug« kann nun in jeder rechtlichen Hinsicht als »Kunst« gelten: Erstens entspricht sein Erscheinungsbild den *materialen, wertbezogenen* Umschreibungen, in denen »die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden«, das Wesen von Kunst ausmacht.<sup>49</sup> Zweitens veröhnt das BVerfG auch die *formale, typologische* Betrachtung mit dem politischen Straßentheater, die konkretistisch nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse »etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens« anknüpft.<sup>50</sup> Drittens entspricht der »Anachronistische Zug« auch der Vorstellung, die in einer künstlerischen Äußerung eine Kette von vieldeutigen Aussagen, fortgesetzten Interpretationen hin zu einer unerschöpflich vielstufigen Informationsvermittlung erkennt.<sup>51</sup> Operativ gedacht, geht begrifflich so ziemlich alles, was hilft, die *konkrete* künstlerische Betätigung aus der Wirklichkeit der Kunst in die des Rechts umzubürgern. Hier wird dann mit der Gemengelage von »Intuition, Phantasie und Kunstverstand«, von »Mitteilung«, »Ausdruck« und »Kreativität« sowie mit dem »Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen«<sup>52</sup> aufgeräumt. Das anarchische Moment wird geordnet. Rationales und Nicht-Rationales werden unterschiedslos juristisch rationalisiert zu einem »Recht« auf (rechtlich nicht unbegrenzte) Kreativität. Ästhetische Freiheit erscheint als »Ding«, das sich an anderen »Rechten« stoßen kann, etwa dem Recht nicht beleidigt zu werden. Bei diesem Zusammenprall ist, wie gesagt, die »Wechselwirkung« dem »Übermaßverbot« vorzuziehen, weil erstere wenigstens tendenziell Einschränkungen der Kunstfreiheit an *dieser* mißt und partiell zurückdrängt.

Gleichwohl verkennt jede auf abstrakte Rechtsbegriffe fixierte, verdinglichende Rede von Kunstfreiheit die scharfe Konkurrenz und tiefe Gegnerschaft zwischen Kunst und Recht. Künstlerische Tätigkeit zielt (auch) darauf ab, mit den Mitteln und in den Formen der Ästhetik die »wirkliche Wirklichkeit« und deren Normen umzugestalten. Wie Recht ist Kunst Formung der Realität und dabei *auch* Rechtskritik. Und zwar in einem radikaleren Sinne als es der eingreifenden, »engagierten« Kunst vielleicht zugestanden werden mag. Die anarchischen, prozeßhaften, expressiven Momente von Kunst entwerfen eine Welt, in der sich die Antagonismen von Subjektivität und Objektivität, von Verstand und Gefühl, von Intuition und Disziplin geformt und doch kreativ ausleben. Hier zeigt sich die Gegenwelt zur formalistisch-rationalistischen Lebenswelt der Juristen. Die verfassungsrechtlich verbürgte Kunstfreiheit könnte also zur Einbruchsstelle kreativer Phantasie, ästhetischer Intuition und sinnlicher Expressivität in das dogmatische, objektivierende und ganz und gar unsinnliche juristische Argumentieren werden. Die »Drittwirkung« der Kunstfreiheit könnte dazu beflügeln, die juristische Kunstfertigkeit einmal aus anderer Perspektive in den Blick zu nehmen. Am Ende wäre ästhetische Wirklichkeit wirklicher als die juristische! Das darf nicht sein.

Wie kann der Jurist, wie kann insbesondere der Richter mit dem Phänomen »Kunst« und dieser Form von Rechtskritik angemessen umgehen? Scheint nicht in der Tat der Durchgriff auf Definitionen irgendwelcher Art unumgänglich oder gar berufsnot-

49 BVerfGE 30, 173/188; vgl. Scholz, a. a. O., Rz. 24 und Scheuner, Die Bundesrepublik als Kulturstaat, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1977–78, 113 ff./126.

50 Müller, a. a. O., 41 f.; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, 219.

51 Von Noorden, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz [Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG] und die Strafbarkeit der Verbreitung unzüchtiger Darstellungen [§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB], Diss. Köln 1969, 82 ff.

52 BVerfGE 30, 173/189; I/18.

wendig? Theoretisch und auch grundrechtsdogmatisch halte ich einen derartigen Durchgriff nicht für zwingend geboten. Zunächst könnte der Blick auf die Gegenwart zum Recht dem Juristen wenn auch vielleicht nichts Anderes als zunächst nur Vorsicht und Toleranz abnötigen. Das wäre ein eher therapeutischer Ratschlag für die Durchbrechung von Argumentations- und Entscheidungsroutrinen. Die Konfrontation – nur zugelassen muß sie werden – zwischen der Lebenswelt der Juristen und der Lebenswelt der Künstler könnte den Juristen zu der Einsicht führen, daß die schrankenlose Gewährleistung der Kunstfreiheit in Art. 5 III 1 GG gerade dem anarchischen Moment von Kunst entspricht, daß das, was juristisch nicht machbar, nicht denkbar erscheint, nämlich eine schrankenlose Freiheit, gerade den Sinn hat, die nicht-rationale Gestalt von Kunst in Schutz zu nehmen. Das hätte entscheidungspraktisch zur Folge, daß andere verfassungsrechtlich geschützte Güter auch nicht »wechselwirkend« oder gar nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegen die Kunstfreiheit in Anschlag zu bringen sind. Auch die vage Rede von »schwerwiegenden Beeinträchtigungen« des Persönlichkeitsrechts (II/21) würde sich verbieten. Hätte das BVerfG die Konfrontation von Kunst und Recht wenigstens gedanklich für einen Moment zugelassen, dann hätte es zumindest noch betonen müssen, daß der unabdingbare Schutz gerade der symbolischen Expressivität von Kunst Ehrverletzungen durch Kunst in die Nähe des nur theoretisch Denkbaren rückt. Oder aber das BVerfG hätte eine äußerste Grenze der Kunstfreiheit andeuten können, wie etwa den Schutz der physischen und psychischen Integrität der von Kunst Betroffenen.

Überlegungen dieser Art, die das oben skizzierte Dilemma nicht lösen, sondern zunächst einmal zum Problem machen wollen, kommen im Beschluß zum »Anachronistischen Zug« nicht vor. Hier geht die Kunst im Recht »in Ordnung«. Sie wird am Ende »rein juristisch« und »objektiv« betrachtet. Gleichsam als spürten die Richter den rechtskritischen Stachel des Ästhetischen, führen sie diese objektivierende Betrachtung nicht selbst durch, sondern ziehen sich, fiktiv versteht sich, hinter einen gedachten Beobachter zurück. Das Reichsgericht bemühte den unbefangenen »Normalmenschen« und erspähte mit dessen Hilfe das »Unzüchtige«. <sup>53</sup> Das Amtsgericht Kempten versetzte sich in die Beobachtungslage »eines unvoreingenommenen, besonnenen Straßenpassanten«, der dann dem »Anachronistischen Zug« bereits vor der eigentlichen Aufführung die Beleidigung des Bayerischen Ministerpräsidenten abschaute (II/8). Differenzierter kommt der Erste Senat des BVerfG zu seinem »dritten Mann«:

*»Ein in künstlerischen Erscheinungsformen völlig Unbewandelter kann sicher keine Maßstäbe setzen, wenn es um das Verständnis von Kunst geht; andererseits kann aber auch nicht auf den umfassend künstlerisch Gebildeten abgehoben werden, jedenfalls dann nicht, wenn sich – wie hier – die Äußerung auf offener Straße an ein beliebig zusammengesetztes Publikum richtet. Hier genügt es zu fragen, wie ein Passant, der bereit war, den gesamten Zug und die Aufführung des Gedichts mit zu berücksichtigen, die Darstellung des »Plagenwagens« auffassen konnte.« (II/23 – Hervorh. nicht im Orig.)*

Ganz zwanglos tut dieser, was Art. 5 III 1 GG (gemäß der Rechtsprechung des BVerfG) verlangt: er führt eine »Gesamtbetrachtung« durch (II/21 ff.).

Erleichtert, daß der Passant aus dem Allgäu nicht in Karlsruhe urteilt (erste Lesart des Beschlusses), sollten wir nicht übersehen, daß auch das BVerfG von der scheinhaften Objektivität nicht lassen kann und das Kunstprodukt einem fiktiven Betrachter vorlegt.

Erleichtert, daß nicht der Verfassungsrechtler Scholz mit »Abwägung« und »Über-

<sup>53</sup> RGSt 64, 121.

maßverbot« beim Kunstschutz zum Zuge kommt, sondern die Lehre von der »Wechselwirkung« (erste Lesart), sollten wir nicht verkennen, daß auch die kunstgeneigtere Dogmatik zu Art. 5 III 1 GG die oben erwähnte »Einbruchstelle« für die Gegenwart zum Recht, nämlich Art. 5 III 1 GG, juristisch schließt. Das konkretistische Von-Fall-zu-Fall-Definieren und Wechselwirkungen-Feststellen hält die Kunstfreiheit als Objekt juristischer Logik und Methodik in unsicherer Schwebe. Denn trotz des »hohen Rangs« und der »Wechselwirkung« der ästhetischen Freiheit läßt sich etwa das Persönlichkeitsrecht, je nach Lage der Dinge, in diese Freiheit hineinkonkretisieren. Wenn die falsche juristische Konkretheit als »zweifelsfrei festgestellte, schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts« in die Kunstfreiheit einbricht, fällt die doppelte Realität von Kunst als Wirklichkeit und Fiktion, als »wirklichere Wirklichkeit«<sup>54</sup> und ästhetische Realität in sich zusammen. Und die symbolisch-zeichenhafte Bedeutung einer Figur der Zeitgeschichte kann in den Mantel der beleidigten Person hineinschrumpfen. Die rechtliche »Verfremdung« der Kunst bringt diese auf den Boden justiziabler Tatsachen zurück. Der »Anachronistische Zug« ist noch einmal davongekommen.

#### *VI. Für sich und insgesamt gesehen*

»Für sich gesehen« und in einer »Gesamtbetrachtung« der beiden Beschlüsse werden eine Konsequenz und eine Ordnung sichtbar. Beide hängen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zusammen (der hier in keiner Weise erschöpfend analysiert worden ist). Die vielleicht nicht gewollte Folge dieses gewiß nicht unvermeidlichen Grund-Satzes ist, daß die verfassungsmäßigen Freiheitsverbürgungen noch konturenloser und unbestimmter werden, als sie es ohnehin sind. Und richterliche Urteile über den Inhalt und die Grenzen eines Grundrechts können so oder so ausfallen. Wenn diese Einschätzung zutrifft, entsteht auf Seiten der staatlichen Gewalten ein Anreiz, von Fall zu Fall auszutesten, wie weit die verfassungsrechtlich umhegte Freiheitssphäre der Bürger reicht. Und die Bürger können die Erwartung hegen, das BVerfG werde – wie zuvor oder gerade anders als zuvor – einen staatlichen Übergriff in die Freiheit zurückweisen. Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Dreh- und Angelpunkt der Konkretisierung von Grundrechten produziert das BVerfG also zwangsläufig seine eigene Überlastung.

Gleichzeitig stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das Individuum – für sich gesehen und in der Gemeinsamkeit mit den Anderen – in eine Ordnung, die es in doppelter Hinsicht entlastet. Entlastet wird der Einzelne in nicht unerheblichem Ausmaße von der Aufgabe, eine freiheitliche und demokratische Ordnung herzustellen, in der sich Individualität und Kollektivität frei entfalten können. Individuelle Autonomie, verstanden als die verantwortungsbewußte Selbstdefinition und Artikulation von Interessen, sowie kollektive Autonomie, verstanden als gemeinschaftlicher demokratischer, aber konfliktreicher und deshalb riskanter Prozeß der Verständigung über diese Interessen, werden von den »Verhältnissen« juristisch überformt. Was auch immer sich die Individuen, für sich und in Gemeinschaft, unter einer guten und gerechten Ordnung vorstellen mögen, und ganz gleich was sie dafür zu tun bereit sind, stets finden sie bereits die juristisch ersonnene Ordnung der »Verhältnisse« vor. Wie in der Fabel der Hase den Igel.

*Günter Frankenberg*

<sup>54</sup> Vgl. dazu das abw. Votum des Verfassungsrichters Stein zum Mephisto-Beschluß, BVerfGE 30, 173/200 ff.