

JULIAN STABEN

Der Abschreckungseffekt
auf die
Grundrechtsausübung

Internet und Gesellschaft

6

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

6



Julian Staben

Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung

Strukturen eines
verfassungsrechtlichen Arguments

Mohr Siebeck

Julian Staben, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School und der University of Cambridge; seit 2012 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft in Berlin; 2014 Visiting Scholar an der University of Virginia School of Law; 2016 Promotion; 2015–2017 Referendar am Kammergericht, Berlin.

ISBN 978-3-16-154838-3

ISSN 2199-0344 (Internet und Gesellschaft)



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung - Nicht-kommerziell - keine Bearbeitung 3.0 Deutschland“ (CC BY-NC-ND 3.0 DE). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Juli 2015 als Dissertation angenommen. Bis zu diesem Zeitpunkt veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung wurde umfassend berücksichtigt. Bis März 2016 veröffentlichte Publikationen wurden weitgehend ergänzend aufgenommen. Die vorliegende Veröffentlichung wurde dankenswerterweise durch einen Druckkostenzuschuss des Bundesministeriums des Innern ermöglicht.

Die Arbeit ist ab September 2012 am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft in Berlin entstanden. Sein inspirierendes Umfeld hat sich in den Ergebnissen und der Form der Arbeit auf vielfältige Weise niedergeschlagen. Professor Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice und der Geschäftsführerin des Instituts Dr. Karina Preiß und den Kollegen, die zugleich Mitarbeiter des Hans-Bredow-Instituts in Hamburg sind, gilt insoweit besonderer Dank.

In Professor Dr. Wolfgang Schulz habe ich einen hervorragenden Doktorvater und wissenschaftlichen Mentor gefunden, der den Forschungsprozess stets wohlwollend und kritisch begleitet und – wenn nötig – motivierend vorangetrieben hat. Seine Betreuung ist aus meiner Sicht nicht anders als vorbildlich zu nennen. Ihm gebührt daher tiefer Dank.

Professor Dr. Stefan Oeter danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei Professor Frederick Schauer bedanke ich mich für sehr inspirierende Gespräche, die meine kontinentaleuropäische Perspektive auf das Verfassungsrecht auf die Probe stellten. Er hat meinen Forschungsaufenthalt an der University of Virginia im Winter 2014 ermöglicht und begleitet. Nicht nur der rechtsvergleichende Teil der Arbeit wäre ohne diesen Aufenthalt nicht möglich gewesen. Die darüberhinaus gewonnenen Ideen und Erkenntnisse spiegeln sich naturgemäß nur unvollständig im Text der Arbeit.

Für Anmerkungen und Kritik am Manuskript bzw. für anregende Gespräche bedanke ich mich herzlich bei Francesco Findeisen, Dr. Max Helleberg, Professor Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Markus Oermann, Emma Peters und Hanna Soddit. Etwaige Fehler bleiben selbstverständlich meine eigenen.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern Heike und Peter Staben sowie meiner Schwester Katharina Staben und natürlich Lisa Ehrhardt. Auf ihre familiäre Unterstützung möchte ich nie verzichten. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>I. Untersuchungsgegenstand: Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung</i>	<i>3</i>
1. Mittelbare und nicht finale Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung	4
2. . . . vornehmlich staatlicher Maßnahmen	5
<i>II. Ziel, Methodik und Gang der Untersuchung</i>	<i>6</i>
Kapitel 1: Der Abschreckungseffekt in der verfassungsgerichtlichen Argumentation	14
<i>I. Der Abschreckungseffekt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i>	<i>14</i>
1. Abriss der geschichtlichen Entwicklung	14
2. Wiederkehrende Grundrechtskonstellationen	19
3. Prüfungskontexte	23
a) Schutzbereich	23
b) Eingriff	24
c) Gerichtliche Prüfungsdichte	24
d) Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit	25
e) Normenbestimmtheit bzw. Normenklarheit	26
f) Rechtfertigungsanforderungen von Ungleichbehandlungen	26
g) Folgenabwägung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes	26
h) Zwischenergebnis	27
4. Außerrechtliche Vorannahmen der Argumentation	28
a) BVerfGE 65, 1 – Volkszählung	29
b) BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung	30
c) BVerfGE 114, 339 – IM Stolpe	31
d) Zwischenergebnis	32
5. Verfassungsdogmatische Dimensionen des Arguments	33
a) Reaktion auf fehlgehende Steuerungswirkung von Recht	34

b) Indikator für Prüfungsdichte und Prüfungsmaßstab	35
c) Berücksichtigung subjektiver Vorbedingungen der Grundrechtsausübung	35
d) Generalisierung des Grundrechtsschutzes über den anhängigen Einzelfall hinaus, insbesondere auf gesellschaftliche Institutionen und Techniken	38
e) Konnex zwischen subjektiv-abwehrrechtlicher Dimension der Grundrechte und objektiver (Wert-)Ordnung	39
II. <i>Der chilling effect in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts im Vergleich</i>	42
1. Abriss der geschichtlichen Entwicklung	44
2. Verfassungsdoktrinen und Fallgruppen	50
a) Vorsatzanforderungen im Recht der Verleumdung und der üblen Nachrede	52
b) Verfassungswidrigkeit von Gesetzen wegen Vagheit („vagueness“) und Überbreite („overbreadth“)	53
c) Klage- bzw. Beschwerdebefugnis („standing“)	53
d) Verfassungsrechtliche Presseprivilegien	54
e) Folgenerwägungen im Rahmen des vierten Verfassungszusatzes	55
f) Beeinflussung der Ausübung von strafprozessualen Grundrechten	56
g) Weitere Verwendungen	57
h) Zwischenergebnis	57
3. Außerrechtliche Vorannahmen	58
a) Dombrowski v. Pfister	58
b) United States v. U.S. District Court („Keith case“)	59
c) Citizens United v. Federal Election Commission	60
d) Zwischenergebnis	62
4. Ergebnis des Vergleichs	62
III. <i>Zwischenergebnis</i>	67
 Kapitel 2: <i>Inhärente Gegenargumente</i>	 69
I. <i>Grenzenlose Ausweitung/Beliebigkeit</i>	69
II. <i>Gewinnung der Tatsachengrundlage von Abschreckungseffekten</i>	70
III. <i>Rückschluss von der Tatsachenebene auf die rechtliche Ebene</i>	71
IV. <i>Identifizierung unbeabsichtigter Nebenfolgen</i>	72
V. <i>Grundrechtsausübung als Trefferfeld</i>	72
VI. <i>Abgrenzung staatlicher und privater Abschreckung</i>	73
VII. <i>Abschreckungskumulationen und Abschreckungsdivergenzen</i>	74

Kapitel: 3 Methodischer und empirischer Ausbau der Argumentation	75
<i>I. Verfassungsmethodische und grundrechtstheoretische Prämissen</i>	<i>75</i>
1. Vorab: Verfassungsmethodik, Grundrechtstheorien und juristische Argumentation im Verfassungsrecht	76
2. Erste Prämisse: Relevanz der (prognostizierten) Grundrechtswirklichkeit für die Verfassungenauslegung	78
3. Zweite Prämisse: Zielzustände der Unbefangenheit	82
a) Zielzustand: Keine staatliche Abschreckung	83
b) Zielzustand: Keine tatsächliche Abschreckung	85
c) Zielzustand: Tatsächliche Grundrechtsausübung	87
<i>II. Folgenorientierung und Gesetzesfolgenabschätzung als Methoden zur Verarbeitung von Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht?</i>	<i>89</i>
1. Kontext und Ziele der Methoden	90
2. Verfassungsrechtliche Folgenorientierung im Bezug auf Abschreckungseffekte?	91
3. Ergänzung durch Elemente der Gesetzesfolgenabschätzung?	97
<i>III. Anforderungen an das Argumentieren mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht</i>	<i>98</i>
1. Anwendbarkeit des Abschreckungsarguments	99
2. Feststellung bzw. Prognose und Bewertung von Abschreckungseffekten	100
a) Beeinträchtigte Grundrechtsausübung	100
aa) Beschreibung des abgeschreckten Verhaltens und Zurechnung zu staatlichen Maßnahmen	101
bb) Einordnung des Verhaltens als Grundrechtsausübung	101
cc) Zu vermutende Rechtmäßigkeit der Grundrechtsausübung	102
dd) Verwirklichung objektiver Grundrechtsgehalte durch Grundrechtsausübung	103
ee) Zusätzliche Möglichkeit demokratischer Funktionalisierung	106
b) Abgestufte Anforderungen an die Tatsachengrundlage der Argumentation	108
aa) Gegenwärtige Tatsachen als Grundlage	108
bb) Prognostizierte Tatsachen als Grundlage	114
c) Verfassungsgerichtliche Einschätzungskontrolle in Bezug auf Abschreckungseffekte	115
d) Psychologische und sozialwissenschaftliche Forschung zu Abschreckungszusammenhängen	121
3. Abschreckungseffekte sind Nebeneffekte: Abgrenzung anhand von Telos, Finalität, Intention	124
4. Abgrenzung von staatlicher und privater Abschreckung	126
5. Zwischenergebnis	128

Kapitel 4: Operationalisierung der Abschreckung auf Ebene der Verfassungsdogmatik	130
I. <i>Abschreckung als Einwirkung auf subjektive und objektive Grundrechtsgehalte</i>	130
1. Abschreckung als Beeinträchtigung subjektiver Gehalte	131
2. Gefährdung objektiver Gehalte durch Abschreckung	137
II. <i>Abschreckung als absolute Grenze verfassungsmäßigen Handelns?</i>	140
III. <i>Herstellung von Unbefangenheit als verfassungsrechtliches Optimierungsgebot</i>	142
IV. <i>Abschreckung in einzelnen grundrechtsdogmatischen Kategorien</i>	143
1. Abschreckung bei der Konturierung von Schutzbereichen	144
2. Eingriff durch Abschreckung	146
3. Abschreckung als Aspekt der Verhältnismäßigkeit, insbesondere der Angemessenheit	147
4. Abschreckung in der Beschwerdebefugnis und bei der Auswahl von Verfassungsbeschwerden zur Annahme	148
5. Abschreckung als Kriterium der verfassungsrechtlichen Gebote der Normenklarheit und Normenbestimmtheit	150
6. Abschreckung als Kriterium bei der Entwicklung verfahrensrechtlicher Grundrechtsgehalte	151
 Kapitel 5: Anwendung des Arguments: Abschreckung und internetbasierte Grundrechtsverwirklichung	 153
I. <i>Problemkomplex: Online-gestützte Überwachung</i>	155
II. <i>Problemkomplex: Meinungsäußerung online</i>	164
III. <i>Zwischenergebnis</i>	170
 Kapitel 6: Zusammenfassung und Einordnung der Ergebnisse	 172
 English Summary	 184
 Literaturverzeichnis	 189
Sachregister	207

Abkürzungsverzeichnis

C.J.	Chief Justice
Inc.	Incorporated (Namenszusatz für eine amerikanische Kapitalgesellschaft)
J.	Justice, Judge
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
U.S.	United States (Reports)

Entscheidungen des US amerikanischen Supreme Courts werden in Anlehnung an die Zitierweise von BVerfGE wie folgt zitiert: „A v. B, U.S. Bd., Anfangsseite (Fundstelle) (Jahr)“.

Siehe im Übrigen: *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin, 7. Aufl. 2013.

Einleitung

Recht schreckt ab. Genauer betrachtet sind es Rechtsfolgen und ihre Durchsetzung, in deren Erwartung sich menschliches Verhalten verändert.¹ Recht beeinflusst das Handeln des Einzelnen und gestaltet so menschliches Zusammenleben insgesamt.² Wenn Recht an bestimmtes Verhalten Sanktionen knüpft, so wirkt es in seiner gesellschaftlichen Dimension durch Abschreckung.

Regelmäßig deckt sich die abschreckende Wirkung dabei mit der Intention des Gesetzgebers: wenn zum Beispiel Normen des Strafrechts Rechtsgüter vor schädigenden Handlungen schützen oder Videüberwachung Straftaten zumindest in einem bestimmten Gebiet verhindert. Tritt Abschreckung hingegen unbeabsichtigt auf, stellen sich Fragen nach rechtlicher Relevanz und Korrektur solcher kollateraler Nebenfolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Personen von grundrechtlich geschützten Handlungen abgeschreckt werden.

So entschied das Bundesverfassungsgericht am 24.5.2005 über die Verfassungsmäßigkeit der Nennung einer Zeitschrift in einem Landesverfassungsschutzbericht. Dabei führte es aus, dass zwar die Herstellung, der Vertrieb und der Druck bestimmter Artikel durch die Erwähnung im Verfassungsschutzbericht nicht verhindert würden. Trotzdem sei die Zeitung in ihren Wirkungsmöglichkeiten nachteilig beeinflusst.

„Potenzielle Leser können davon abgehalten werden, die Zeitung zu erwerben und zu lesen, und es ist nicht unwahrscheinlich, dass etwa Inserenten, Journalisten oder Leserbriefschreiber die Erwähnung im Verfassungsschutzbericht zum Anlass nehmen, sich von der Zeitung abzuwenden oder sie zu boykottieren.“³

Diese mittelbare Wirkung begründe eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit, die einer Rechtfertigung auf der Grundlage eines allgemeinen Gesetzes bedürfe.

Das Gericht argumentierte also damit, dass Personen von der Ausübung ihrer Grundrechte nicht nur durch direkten staatlichen Zwang, sondern auch durch mittelbare negative Verhaltensanreize abgehalten werden. Es erwog damit mögliche

¹ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 134 f.; zur Wirkweise von Sanktionen *Schwartz/Orleans*, *University of Chicago Law Review* 34 (1967), 274 (276 ff.).

² Luhmann, *Rechtssoziologie*, S. 267 ff., 294 ff.; *ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 154 f., 550 ff.; zur gesellschaftlichen Selbststeuerung durch reflexives Recht *Teubner/Willke*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5 (1984), 4 ff.

³ BVerfGE 113, 63 (78) – Junge Freiheit.

Abschreckungseffekte auf die Grundrechtsausübung als rechtliche Folgephänomene und zog daraus Schlüsse für die Auslegung und Anwendung des Rechts.

Diese Arbeit wurde von der Intuition angestoßen, dass Abschreckungseffekte im Bereich internetgestützter Grundrechtsausübung gesteigerte Relevanz entfalten. In diesem besonders dynamischen Feld der Grundrechtswirklichkeit, insbesondere dann, wenn die verstärkte Divergenz von Recht und Wirklichkeit zusätzliche Unsicherheiten schafft, können sich die Wirkungen dieser Phänomene potenzieren. Dem Bereich der internetgestützten Grundrechtsausübung ist daher besondere Aufmerksamkeit zu widmen.⁴ Seine Aufarbeitung bedarf jedoch umfassender analytischer und methodischer Vorleistungen.

Denkbare Konstellationen, in denen ein Abschreckungseffekt auftreten kann, sind ebenso wie seine Einsatzmöglichkeiten als Argument fast unbegrenzt. So ist es beispielsweise leicht vorstellbar, dass Personen von der Kundgabe ihrer Meinung Abstand nehmen, wenn sie negative Folgen wie eine strafrechtliche Verfolgung wegen Beleidigung⁵, übler Nachrede oder empfindliche Schmerzensgeldforderungen⁶ fürchten. Ebenso ist es denkbar, dass die Beteiligung an einer Versammlung verhalten ausfällt, wenn die potenziellen Teilnehmer damit rechnen müssen, flächendeckender erkennungsdienstlicher Behandlung oder Beobachtung ausgesetzt zu sein.⁷ Auch technisch vermittelte Individualkommunikation kann befängener erfolgen, wenn mit der Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme gerechnet wird.⁸ In diesen Beispielfällen wird die konkrete Meinungsäußerung nicht verboten und die Versammlung bzw. das vertrauliche Gespräch über bestimmte Inhalte nicht untersagt – mithin die grundrechtliche Betätigung nicht von staatlicher Seite zielgerichtet und unter Anwendung von unmittelbarem Zwang verhindert. Trotzdem wird davon ausgegangen, dass der Gebrauch dieser Grundrechte wohl in geringerem Maße oder auf andere Weise stattfindet als ohne die erwähnten Maßnahmen. Die Feststellung, dass grundrechtlich geschütztes Verhalten nicht nur durch unmittelbare rechtliche Ver- oder Gebote beeinflusst wird, sondern darüber hinaus durch rechtliche Nebenfolgen als sonstige Anreize bestimmt ist, welche vom Staat wie auch von Dritten ausgehen, ist zunächst ebenso trivial wie verfassungsrechtlich und praktisch relevant. Dieser Relevanz geht die vorliegende Arbeit nach. Ihr Ziel ist es, einen rationalen methodengeleiteten Umgang mit Abschreckungsphänomenen zu ermöglichen.

⁴ Im Einzelnen unten Kapitel 5.

⁵ Vgl. BVerfGE 93, 266 (292, 295, 300) – „Soldaten sind Mörder“.

⁶ Vgl. BVerfGE 86, 1 (10) – TITANIC/„geb. Mörder“.

⁷ Vgl. BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung; siehe auch jüngst BVerfG NVwZ 2016, 53 (54) – Identitätsfeststellung durch Polizei im Rahmen einer Versammlung.

⁸ Vgl. BVerfGE 125, 260 (320, 332, 335) – Vorratsdatenspeicherung; 121, 1 (21 f.) – Vorratsdatenspeicherung (einstweilige Anordnung); 120, 274 (323) – Online-Durchsuchungen; 100, 313 (358 f., 381) – Telekommunikationsüberwachung I.

I. Untersuchungsgegenstand: Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung

Abschreckung beschreibt bisher keine dogmatisch verfestigte Kategorie des Verfassungsrechts, sondern ein tatsächliches Phänomen, das in den Strukturen des Verfassungsrechts an verschiedenen Stellen berücksichtigt werden kann und muss.⁹ In der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung findet sich keine einheitliche Definition, sondern eine Vielzahl von Formulierungen, die das noch genauer zu beschreibende Phänomen meinen. Einerseits ist in Anlehnung an den US-amerikanischen Rechtskreis häufig metaphorisch von chilling effects¹⁰ die Rede. Daneben hat aber auch die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtsprechung eine Fülle eigener Bezeichnungen hervorgebracht: Einschüchterungseffekt¹¹ bzw. -wirkung¹², abkühlende Effekte¹³ sowie vereisende¹⁴, einfrierende¹⁵ oder einschnürende¹⁶ Wirkung. Diese Formulierungen bezeichnen manchmal mit abweichenden Bedeutungsnuancen oder aus unterschiedlicher Perspektive, aber häufig auch nahezu synonym, das, was in der vorliegenden Arbeit als Abschreckungseffekt untersucht werden soll. Auch finden sich für einige Grundrechte ausführlichere, aber oftmals auch unscharfe Umschreibungen der zugrundeliegenden Ursache-Wirkungs-Beziehung oder eines Ausschnitts von dieser. Dann ist etwa die Rede von einer „gelähmten oder eingeengten Diskussion“¹⁷, dem „Meinungsklima“¹⁸, der „Bereitschaft zur Grundrechtsausübung“¹⁹, der „Unbefangenheit der Kommunikation“²⁰, „Kommunikationsstörungen“²¹, „Verhaltensfreiheit“²², „Ent-

⁹ Insbesondere hat die Kategorie zunächst nichts mit der Frage nach dem Vorliegen eines Grundrechtseingriffs zu tun.

¹⁰ *Frowein*, AöR 105 (1980), 169 (186); *Herdegen*, WM 2009, 2202 (2205); *Zimmermann*, NJ 2011, 145 (151 Fn. 84); *Assion*, in: *Telemedicus e.V.* (Hrsg.), *Überwachung und Recht*, 31 ff.

¹¹ *Schwabenbauer*, *Heimliche Grundrechtseingriffe*, S. 140 ff.; *Papier*, BayVBl 2010, 225 (233); *Giegerich*, *RabelsZ* 63 (1999), 471 (477).

¹² *Schmitt Glaeser*, AöR 113 (1988), 52 (67).

¹³ *Heilmann*, *Anonymität für User-Generated Content?*, S. 207.

¹⁴ *Deiseroth*, *info also* 2008, 195 (199).

¹⁵ *Gorby/Ress*, in: *Bleckmann* (Hrsg.), *Demonstration und Straßenverkehr*, 171 (184).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 85, 1 (17) – *Kritische Bayer-Aktionäre*.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 54, 129 (139) – *Kunstkritik*; 60, 234 (241) – *Kredithaie*.

¹⁸ *Heilmann*, *Anonymität für User-Generated Content?*, S. 207; *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 83, 130 (145) – *Josephine Mutzenbacher*; 85, 1 (17) – *Kritische Bayer-Aktionäre*; 86, 1 (10) – *TITANIC/„geb. Mörder“*.

²⁰ Vgl. BVerfGE 34, 238 (246) – *Tonband*; 107, 299 (320, 328) – *Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten*; 120, 274 (323) – *Online-Durchsuchungen*; 121, 1 (21 f.) – *Vorratsdatenspeicherung (einstweilige Anordnung)*; 122, 342 (365) – *Bayrisches Versammlungsgesetz*.

²¹ BVerfGE 93, 181 (188) – *Rasterfahndung (einstweilige Anordnung)*; 100, 313 (381) – *Telekommunikationsüberwachung I*.

²² BVerfGE 118, 168 (184 f.) – *Kontostammdaten*; 120, 274 (311 f.) – *Online-Durchsuchungen*; 120, 378 (397 ff.) – *Automatisierte Kennzeichenerfassung*.

schließungsfreiheit“²³, „Auswirkungen auf das Geistesleben“²⁴ oder „Selbstzensur“²⁵.²⁶ Eine wirkliche Inhaltsbestimmung oder ein einheitlicher Sprachgebrauch hat sich jedenfalls bisher im deutschen Rechtsraum nicht etabliert.

Einen ersten Definitionsversuch in deutscher Sprache unternehmen *Ress* und *Ukrow*. Sie beschreiben den chilling effect als „indirekte Beschränkungen der Ausübung von Grundrechten, die durch staatliche Maßnahmen hervorgerufen werden und die auf Grund ihrer Intensität und objektiven Auswirkung Eingriffsqualität haben“²⁷. Ihre definitorische Beschränkung auf Maßnahmen mit grundrechtlicher Eingriffsqualität wird jedoch weder den umfassenden Wirkungsmöglichkeiten des Effekts gerecht noch seiner vielseitigen Berücksichtigung im Verfassungsrecht, die nicht nur auf Fragen des Grundrechtseingriffs durch Abschreckung begrenzt ist.²⁸ Im Gegenteil, wie sich zeigen wird, stellen diese Fälle zumindest in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eher die Ausnahme dar.

Gegenstand dieser Arbeit ist der verfassungsrechtliche Umgang mit mittelbaren und nicht finalen, überindividuellen Auswirkungen (1.) vornehmlich staatlichen Handelns (2.) auf die tatsächliche Grundrechtsausübung. Der zugrundeliegende Wirkungszusammenhang besteht darin, dass der Grundrechtsträger sein Verhalten anhand antizipierter potenzieller Sanktionen ausrichtet. Verfassungsrechtliche Relevanz gewinnt das Phänomen, wenn die Auswirkungen überindividuell sind und die mit dem jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereich korrespondierende gesellschaftliche Wirklichkeit prägen. Die Merkmale der Definition werden vorab zum besseren Verständnis des Untersuchungsgegenstandes kurz erläutert.

1. Mittelbare und nicht finale Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung

Abschreckungseffekte sind von unmittelbaren Entscheidungs- oder Gesetzesfolgen als Rechtsfolgen im eigentlichen Sinne zu unterscheiden. Abschreckungseffekte bezeichnen hier vielmehr die mittelbaren und nicht finalen, typischerweise überindividuellen Auswirkungen von Gesetzen und Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen. Diese Auswirkungen sind verfassungsrechtlich insoweit relevant, wie sie die mit den Schutzbereichen der einschlägigen Grundrechte korrespondierende gesellschaftliche Wirklichkeit betreffen. Entscheidend ist dabei, dass

²³ *Evers*, in: Pleyer/Klemens (Hrsg.), FS Reinhardt, 377 (386).

²⁴ Vgl. BVerfGE 33, 52 (72, 89) – Zensur.

²⁵ BVerfGE 73, 118 (183) – 4. Rundfunkentscheidung; 90, 60 (89) – 8. Rundfunkentscheidung.

²⁶ M. w. H. *Assion*, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.), Überwachung und Recht, 31 (39 f.).

²⁷ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Lfg. 52 Januar 2014, Art. 63 AEUV Rn. 168 Fn. 2; vgl. für eine allgemeinere Definition *Assion*, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.), Überwachung und Recht, 31 (38).

²⁸ Zu diesen Fällen ausführlich *Oermann/Staben*, Der Staat 52 (2013), 630 ff. Zur vielseitigen Berücksichtigung in der Verfassungsrechtsprechung sogleich Kapitel 1 unter I.

die grundrechtlichen Verhaltensbeeinträchtigungen in der auftretenden Form nicht Zweck der Maßnahme sind, sondern vielmehr unbeabsichtigt und mittelbar eintreten. Es ist theoretisch möglich, dass nur ein einzelner Grundrechtsträger durch eine staatliche Maßnahme in seinem Verhalten beeinflusst wird, praktisch geht es bei der Berücksichtigung von Abschreckungseffekten aber fast immer um Fälle überindividueller Auswirkungen.

Deutlich werden diese Merkmale in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wenn es festhält, dass Art. 10 GG „in seinem objektiv-rechtlichen Gehalt die Vertraulichkeit der Telekommunikation auch in ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung“²⁹ gewährleiste. Es gefährde „die Unbefangenheit der Nutzung der Telekommunikation und in der Folge die Qualität der Kommunikation einer Gesellschaft, wenn die Streubreite von Ermittlungsmaßnahmen dazu beiträgt, dass Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen.“³⁰

Die genannten Wirkungen für die Kommunikation einer Gesellschaft sind offensichtlich gerade nicht durch die Ermittlungsmaßnahmen beabsichtigt, sondern werden allenfalls als mittelbare Nebenfolge in Kauf genommen. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass Ermittlungsmaßnahmen und ihre gesetzlichen Grundlagen überindividuell Wirkung zeigen können.

2. ...vornehmlich staatlicher Maßnahmen

Die vorliegende Untersuchung befasst sich vor allem mit Abschreckungswirkungen, die durch staatliche Maßnahmen ausgelöst werden. Damit sind solche Handlungen gemeint, die einer der Staatsgewalten i. S. d. Art. 1 Abs. 3 GG zuzurechnen sind. Dazu zählen also Gesetze im materiellen Sinne ebenso wie Verwaltungshandeln und Gerichtsentscheidungen.

Freilich halten sich auch Private untereinander von der Grundrechtsausübung ab und es kann insoweit zu Abschreckung bzw. Einschüchterung durch antizipierte Sanktionen gesellschaftlicher Natur kommen.³¹ Diese Konstellation liegt aber aus drei Gründen nicht im Fokus dieser Untersuchung. Erstens stellt sie meistens einen Fall der grundrechtlichen Schutzpflichtenkonstellation dar. Diese Kategorie bleibt schon insgesamt aufgrund des weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers³² ein verfassungsgerichtlicher Sonderfall und von zumindest quantitativ geringer Bedeutung. Zweitens wird Abschreckung durch Private häufig nicht eine Intensität aufweisen, die konkrete grundrechtliche Schutzpflichten auslöst und hinsichtlich deren Erfüllung gegen das Untermaß-

²⁹ BVerfGE 107, 299 (328) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten.

³⁰ Ebd.

³¹ Siehe hierzu eingehend *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 49 ff., 178 ff.

³² St. Rspr.; BVerfGE 85, 191 (212) – Nachtarbeitsverbot; 77, 120 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen; 46, 160 (164 f.) – Schleyer.

verbot³³ verstoßen wurde. Eingedenk dieser beiden Gründe wundert es nicht, dass mögliche grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber der mittelbaren bzw. unbeabsichtigten Abschreckung durch Private bisher, soweit ersichtlich, kaum einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts explizit zugrundeliegen.³⁴ Drittens ergeben sich bei der Verhaltensbeeinflussung durch Private keine oder kaum Unterschiede aus der (fehlenden) Intentionalität von Abschreckung. Diese Konstellationen lassen sich vielmehr im Rahmen der entwickelten Schutzpflichtendogmatik bewältigen. Daher fehlt es auch an einem dringenden Bedürfnis rechtswissenschaftlicher Aufarbeitung dieser eher hypothetischen Fälle. Aus alledem folgt ein natürlicher Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung auf staatlich verursachter Abschreckung, ohne dass durch Private verursachte Abschreckungsphänomene schon begrifflich ausgeschlossen werden.³⁵

II. Ziel, Methodik und Gang der Untersuchung

Die Berücksichtigung von Abschreckungsphänomenen findet sich verstreut in Rechtsprechung und verfassungsrechtlicher Literatur.³⁶ Bisher werden Abschreckungseffekte bei unterschiedlichsten Fragen des Verfassungsrechts dort zur Argumentation herangezogen, wo sich mit ihnen für ein Ergebnis streiten lässt, das dem Rechtsgefühl des jeweiligen Verfassungsrechtlers entspricht. Abschreckungseffekte sind als Argument schnell zur Hand und werden häufig entweder überhöht oder pauschal als Einbildung abgetan.³⁷ Ziel dieser Arbeit ist es, den verfassungsrechtlichen Umgang mit Abschreckungseffekten methodengeleiteter und damit rationaler zu gestalten.

Dieses Ziel wird mit verschiedenen methodischen Perspektiven verfolgt. Sie stehen methodentheoretisch nicht auf derselben Stufe und konkurrieren daher auch nicht direkt miteinander, sondern ergänzen sich im Sinne eines multi-methodalen Zugangs.³⁸ Es finden Ansätze der Argumentationstheorie, des Rechtsmethodenvergleichs und der juristischen Hermeneutik nebeneinander Anwendung.

³³ Siehe zu diesem z. B. BVerfGE 96, 409 (412) – Plenarvorlagen; 88, 203 (254 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II.

³⁴ Ansätze in BVerfGE 101, 361 (383) – Caroline von Monaco II.

³⁵ Der Abgrenzungsfrage staatlicher und privater Abschreckung wird in Kapitel 3 unter III.4. nachgegangen.

³⁶ Nachweise in Fn. 10–26. Eingehend zur Verfassungsrechtsprechung sogleich.

³⁷ Hinweise zu beiden Seiten bei *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 142 ff.; zu pauschal ablehnend *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, S. 249 ff.; auch *Bull*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 627 (643 f., 657 ff.). Im Einzelnen noch unten Kapitel 2 unter I.

³⁸ Die Vorteile eines solchen Vorgehens – bei empirischer Forschung häufig auch in Form der „Triangulation“ – sind aus den empirischen Sozialwissenschaften bekannt. Siehe z. B. *Jick*, Administrative Science Quarterly 24 (4) (1979), 602 (insb. 608 ff.).

Schon die Definition des Untersuchungsgegenstands „Abschreckungseffekte als Folgephänomene staatlichen Handelns“ legt ein topisch-problemorientiertes Vorgehen als Ausgangspunkt nahe. Der Umgang mit dem unmissenen Phänomen ist möglichst vollständig abzubilden, zu analysieren und schließlich methodisch zu reflektieren. Hieraus können Aussagen über das Verfassungsrecht und seine Dogmatik gewonnen werden, um den Umgang mit Abschreckungsphänomenen weniger willkürlich zu gestalten. Dafür reicht es nicht, fragmentarisch abzuarbeiten, wie das Verfassungsrecht mit einzelnen – mehr oder weniger willkürlich gewählten – Abschreckungskonstellationen umgeht oder umzugehen hat. Vielmehr ist zunächst danach zu fragen, wo sich das Phänomen „von sich aus“ im Verfassungsrecht zeigt. Ausgangspunkt der Untersuchung ist also seine Emergenz im verfassungsrechtlichen Diskurs und damit seine Verwendung als Argument. Abschreckung gespiegelt im Argument liegt dabei quer zu den Kategorien und Problemen des Verfassungsrechts. Die umfassende Behandlung des Phänomens verlangt daher im Hinblick auf den jeweiligen Kontext bewusste inhaltliche Beschränkungen.

Der Abschreckungseffekt wird also zunächst in seiner Form als Argument – oder geronnen: als Argumentationstopos³⁹ – verstanden. Argumente sind für den Zweck dieser Untersuchung schlicht Mittel zur Begründung einer juristischen Entscheidung.⁴⁰ Der weniger rhetorisch gewendete Terminus des Grundes ist ihm verwandt. Diese Argumentdefinition ist für viele juristische Argumentationstheorien anschlussfähig.⁴¹ Sie geben auch die Regeln der Argumentation vor, nach denen das Argument praktisch zu verarbeiten ist.

³⁹ Die Begriffe „Topos“ und „Topik“ haben eine lange und wechselhafte philosophische und juristische Geschichte. Sie sind in besonderer Weise in rechtsmethodische Vorverständnisse verstrickt. Als Begründer der modernen Topik gilt *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz (Erstauflage 1953); vgl. auch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 114 ff.; kritisch hierzu insbesondere im Hinblick auf die methodischen Bedürfnisse des Verfassungsrechts *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Rn. 112 ff.; allgemeine Kritik bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 145 ff.; klug nachgezeichnet und kontextualisiert wird die Debatte bei *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 177 ff.

Der Begriff Argumentationstopos soll für den Zweck dieser Untersuchung näher an der umgangssprachlichen Verwendung liegen, wonach sich Argumentationstopoi von Argumenten durch ihren höheren Grad der Verfestigung und Strukturierung unterscheiden lassen. Auch wenn grundrechtliche Abschreckungseffekte als Teil eines Topoikatalogs im Sinne der Topik durchaus denkbar sind, wird hier darauf verzichtet, sich Vorannahmen oder die Methode topischer Jurisprudenz zu eigen zu machen. Da die hier zu untersuchende Argumentationsfigur als verfestigt gelten darf, trifft insoweit auch die Bezeichnung Argumentationstopos. Die Begriffe Argument, Argumentationstopos und Argumentationsfigur werden im Weiteren synonym verwendet.

⁴⁰ Siehe *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 123 f.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 348 f., 366 f.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 276; formaler *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, S. 115.

⁴¹ Einige der wichtigsten juristischen Argumentationstheorien finden sich bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 259 ff.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 338 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 272 ff.

Die Argumentationstheorie wird zum Teil als Gegensatz zur herkömmlichen Methodenlehre verstanden. Dies ist wie folgt zu präzisieren: Beide juristische Perspektiven betrachten von unterschiedlichen Seiten und aus unterschiedlicher Entfernung die gleichen Gegenstände. Ein Aspekt, der sich für den Argumentierenden als Argument kleidet, ist für den herkömmlich hermeneutisch Arbeitenden meistens in ähnlicher Form Schritt seiner Erkenntnismethode.⁴² Beide Perspektiven sind dieser Arbeit gleichermaßen nützlich. Nach den Argumentationstheorien unterscheiden sich nämlich gute von weniger guten Gründen, gute von schlechten Argumenten, lediglich durch ihre Akzeptanz oder Zurückweisung im (juristischen) Diskurs.⁴³ Die praktische Akzeptanz von Gründen kann jedoch nicht allein Maßstab einer juristischen Arbeit sein. Der argumentationstheoretische Ausgangspunkt dieser Arbeit (Kapitel 1) wird daher um die Erkenntnismöglichkeiten der herkömmlichen Methodenlehre und Verfassungsdogmatik ergänzt. Aus dem Zusammenspiel mit diesen ergeben sich immanente Gegenargumente der Argumentationsfigur (Kapitel 2) und daraus wiederum konkrete Leitlinien für die Argumentation selbst (Kapitel 3).⁴⁴ In ihrer Kombination finden diese Methoden Möglichkeiten und stellen Ansprüche an die Einbeziehung der Wirklichkeit in die Rechtsfindung, wenn sie den Umgang mit Tatsachen, Prognosen und Wahrscheinlichkeiten anleiten, die bei Abschreckungseffekten eine besondere Rolle spielen. Aus Sicht der Argumentationstheorie ist die Methodenlehre und Verfassungsdogmatik daher in der Lage, die praktische Akzeptanz des Arguments vorherzusagen. Im Übrigen hält dies die Untersuchung für methodenkonservative Rechtsanwender anschlussfähig. Aus diesen methodischen Vorüberlegungen und dem genannten Erkenntnisinteresse ergibt sich der folgende Aufbau der Untersuchung.⁴⁵

Überblicke bei: *Struck*, Zur Theorie juristischer Argumentation; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre; *Hilgendorf*, Argumentation in der Jurisprudenz; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 152, Fn. 127; eine Übersicht für das common law bietet *Levi*, University of Chicago Law Review 15 (1948), 501 ff.

⁴² *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 153, stellt treffend fest: „Da es aber letzten Endes die gleichen Gesichtspunkte sind, deren sich der Argumentierende als Argument und der ‚methodisch‘ Vorgehende als eines unvermeidbaren Gedankenschrittes bedient, so handelt es sich, soweit es um mehr geht als nur um die formalen Regeln einer vernünftigen Diskussion, weithin doch nur um verschiedene Aspekte derselben Sache.“; hierauf bezugnehmend *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, S. 3 f.; *Tugendhat*, ARSP Beiheft 14 (1980), 1 (4f.) deutet weitere Parallelen an.

⁴³ „Die ‚Richtigkeit‘ juristischer Argumentationsfiguren lässt sich nicht objektiv messen, nur intersubjektiv an ihrer Akzeptanz.“; *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation, 15 (30); ähnlich *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 277 ff.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 338.

⁴⁴ Dogmatik und herkömmliche Methodenlehre sind damit zugleich Bedingungen bzw. Argumentationsformen des juristischen Diskurses, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 34; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 153 f.

⁴⁵ Soweit erforderlich, sind weitere methodische Anmerkungen dem jeweiligen Abschnitt vorangestellt.

Das Herantreten an den Abschreckungseffekt vom Argument her verlangt als Ausgangspunkt der Untersuchung die Analyse des Umgangs mit diesen Effekten durch das Bundesverfassungsgericht (Kapitel 1 unter I.). Dies gilt umso mehr, als es an rechtsmethodisch reflektierender Forschung zu diesem Thema in Deutschland bisher weitgehend mangelt.⁴⁶ Zwar argumentiert auch die rechtswissenschaftliche Literatur mit Abschreckungseffekten. Ihre Beschreibungen des Phänomens reagieren aber meist lediglich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und sind insgesamt eher kursorisch bis oberflächlich.⁴⁷ Durchgreifender Grund für die Beschränkung der Analyse auf Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen ist aber, dass das Gericht als „Letztinterpret“⁴⁸ der Verfassung die herausragende Stellung im verfassungsrechtlichen Diskurs inne hat. Seine Verfassungsinterpretationen besitzen faktisch Rechtsgeltung.⁴⁹ Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind im Übrigen als eigene Textgattung mit speziellen Her- und Darstellungsregeln und als in weiten Teilen selbstreferentieller Spruchkorpus gegenüber den Produkten der Rechtswissenschaft als Gegenstand für eine selbstständige Argumentationsanalyse besonders geeignet.

Die Analyse der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen erlaubt es, Inhalte von Abschreckungsargumenten und ihre ungefähre Wirkungsmacht in der Verfassungsrechtsprechung, wenn nicht sogar für das Verfassungsrecht insgesamt, zu verstehen. Auf diese Weise entgehen der Untersuchung keine praktisch bedeuten- den verfassungsrechtlichen Bereiche, die sich mit diesem Phänomen befassen.

Die Auswahl der berücksichtigten Entscheidungen erfolgte anhand der in deutscher Sprache spärlichen Literatur zu dem Thema, außerdem durch Volltextsuchen anhand verschiedener Formulierungsmöglichkeiten des Phänomens⁵⁰ und entlang von Verweisungsketten. Ergänzend wurde aber auch stichprobenartig vorgegangen und in Fallkonstellationen gesucht, die Abschreckungsargumentationen nahelegen. Dieses Vorgehen führte für das deutsche Recht zur Berücksichtigung von mehr als hundert Verfassungsgerichtsentscheidungen.

⁴⁶ Detaillierter zum deutschen verfassungsrechtlichen Umgang mit diesem Phänomen, soweit ersichtlich nur: *Rath*, KJ Beiheft 2009 (1), 65 ff.; *Oermann/Staben*, Der Staat 52 (2013), 630 ff.; *Assion*, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.), Überwachung und Recht, 31 ff.

⁴⁷ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 10–25.

⁴⁸ Vgl. z. B. *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 67 f.

⁴⁹ „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt“ *Smend*, in: Bundesverfassungsgericht (Hrsg.): Das Bundesverfassungsgericht 1951–1971, 15 (16).

Nichts anderes meint das amerikanische verfassungsrechtliche Sprichwort: „The constitution is what the judges say it is.“

⁵⁰ Schlagworte und Bruchstücke waren unter anderem: *schreck*, *kühl*, *schüch*, *klima*, *vereis*, *hemm*, *schnür*, *lähm*, ver-/beeng*, *befang*, unbeschwert*, verunsicher*, Verhaltensfreiheit, Wahrnehm*, Geistesleben, Kommunikationsstör*, Verhaltensanpass*, Grundrechtsverwirkl*.

Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass den Methoden dieser Untersuchung nur die *Darstellung* gerichtlicher Entscheidungen zugänglich ist. Diese ist von der *Herstellung* einer (richterlichen) Entscheidung grundsätzlich zu unterscheiden.⁵¹ Herstellung bezeichnet die Erlangung eines Entscheidungsergebnisses; Darstellung ist ihre kommunikative Vermittlung durch den Entscheider durch Angabe von Gründen.⁵² Es ist alles andere als selbstverständlich, dass die auf die Herstellung der Entscheidung wirkenden subjektiven Urteilsgründe immer Eingang in die Entscheidungsbegründung gefunden haben. Dies ist für die Legitimierung der Entscheidungen auch nicht erforderlich, solange Gründe angeführt werden, die sich in den Bahnen der juristischen Methodik bewegen bzw. den Regeln des juristischen Diskurses folgen und dadurch vertretbar bzw. nachvollziehbar sind.⁵³ Innerhalb dieses Rahmens gilt für Urteile als juristische Begründungsentscheidungen grundsätzlich nicht unbedingt anderes als für Wert- oder Geschmacksurteile generell: Sie sind ihrem Wesen gemäß vom Urteilenden abhängig und damit weitgehend subjektiv. Ein gutes Urteil besticht folglich weniger durch seine Wahrheit oder irgendwie geartete abstrakte Richtigkeit als durch seine Nachvollziehbarkeit.⁵⁴ In unterschiedlichem Ausmaß wird daher die Offenlegung der Herstellung von (gerichtlichen) Entscheidungen und „wahrer“ Gründe zur Befriedigung eines verbleibenden Kontrollinteresses gefordert.⁵⁵ Für diese Untersuchung soll es zunächst bei dem Hinweis bleiben, dass die gebotene Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung von Entscheidungen die Validität jeder Aussage über die Steuerung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungsergebnissen durch Abschreckungseffekte einschränkt.

An einigen Stellen der Arbeit finden sich auch – außerhalb von Argumentationstheorie und Grundrechtsdogmatik als methodischen Zugängen – auf einer praxisbezogenen, dritten Ebene vorsichtige Hinweise zum verfassungsrichter-

⁵¹ *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, S. 50 ff.; soziologisch-empirisch zu dieser Unterscheidung *Lautmann*, *Justiz – die stille Gewalt*, S. 175 ff.; siehe auch *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 115 f.; *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 9 (20 ff.); *Neumann*, *Juristische Argumentationslehre*, S. 4 ff.; *Schroth*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 270 (296).

⁵² *Koch*, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 39 (53 f.) unterscheidet ähnlich zwischen Entdeckung und Rechtfertigung einer Entscheidung.

⁵³ *Schroth*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 270 (288 f.); vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 9 (22).

⁵⁴ Diese ergibt sich im (sprachlich vermittelten) Diskurs. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 277: „Richtigkeit‘ bedeutet rationale, durch gute Gründe gestützte Akzeptabilität.“

⁵⁵ „Wo die Objektivität des Beweises nicht zu erreichen ist, kommt der Wahrhaftigkeit des Argumentierenden eine besondere Bedeutung zu.“; *Neumann*, *Juristische Argumentationslehre*, S. 5. Siehe auch *Brügemann*, *Die richterliche Begründungspflicht*, S. 70 ff., 84 ff.; *Haverkate*, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, S. 138 f., 168, 231; *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 9 (23 f., 51 f.).

lichen Umgang mit Abschreckungseffekten bei der *Herstellung* einer Entscheidung. Diese sollen dem Leser praktischen Kontext für die rechtswissenschaftlichen Ausführungen bieten. Der Inhalt der Hinweise ist der Aufklärung und den Vorgaben durch juristische Methoden freilich verschlossen und bleibt Gegenstand der richterlichen Entscheidungspsychologie und -soziologie.

Ziel und Methode dieser Untersuchung lassen sich zusätzlich auch mit einer systemtheoretischen Perspektive auf das Recht vereinen. *Luhmann* unterscheidet in Bezug auf das System des Rechts zwischen Beobachtern *erster*, *zweiter* und *dritter Ordnung*.⁵⁶

Während der Beobachter *erster Ordnung* nur den Gesetzes- bzw. Entscheidungstext lese und in seinem unmittelbaren Wortsinn versteht und anwendet,⁵⁷ fragt ein Beobachter *zweiter Ordnung* methodengeleitet, wie der Text zu verstehen ist und welche Argumente für oder gegen ein Textverständnis sprechen⁵⁸. Der Beobachter *dritter Ordnung* befasst sich dann mit der Funktion der Argumentation und der Rolle des Beobachters *zweiter Ordnung*.⁵⁹ Aus Sicht des Beobachters *dritter Ordnung* besitzt Argumentation für das System des Rechts lediglich die Funktion, Redundanz herzustellen und damit Berechenbarkeit zu schaffen. Hierfür kommt es auf die Qualität der Argumente nicht an.⁶⁰

Eine differenzierte Qualitätsbewertung können auch die modernen argumentationstheoretischen Zugänge zum Recht nicht liefern: Sie vermögen zwar, Argumentformen und -voraussetzungen zu identifizieren, müssen aber, wie bereits erwähnt, die Wahl der jeweils durchschlagenden Argumente dem praktischen juristischen Diskurs überlassen.⁶¹ Auf dieser Ebene kann diese Arbeit als rechtswissenschaftliche, wie gesagt, naturgemäß nicht stehenbleiben. Sie muss daher auch die Perspektive des Beobachters *zweiter Ordnung* einnehmen, also methodengeleitet vorgehen und sich an der Grundrechtsdogmatik orientieren.

Diese Einordnung kann zusätzlich dem Hintergrundverständnis des Lesers dienen. Durch sie werden aber keine weiteren methodischen Prämissen aufgestellt, die für das Verständnis der Arbeit unverzichtbar sind. Hierfür ist die Akzeptanz von Argumentationstheorie, klassisch-hermeneutischer Methode und Rechtsvergleich als juristische Methoden hinreichend. Am Ende der Untersuchung soll knapp auf diese systemtheoretische Perspektive rekurriert werden, um eine entsprechende Einordnung der Ergebnisse der Arbeit anzubieten.⁶²

⁵⁶ Zum Folgenden *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 19 (27 f.); *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S. 339 ff., 372 f.

⁵⁷ Interpretation besteht dann in der bloßen „Nachrationalisierung des Textes“, *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 340.

⁵⁸ *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 19 (22 f.).

⁵⁹ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 372 f.

⁶⁰ *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, S. 35 ff.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S. 372 f.

⁶¹ Siehe schon oben Fn. 43 und zugehöriger Haupttext.

⁶² Unten Fn. 769–778 und zugehöriger Haupttext.

Die Ergebnisse der Analyse der Abschreckungsargumentation des Bundesverfassungsgerichts (Kapitel 1 unter I.) werden mit der chilling effects Argumentation des US-amerikanischen Supreme Courts verglichen (Kapitel 1 unter II.). Dabei geht es weniger um einen Rechtsvergleich, der Grundrechte auf materiell-rechtlicher Ebene gegenüberstellt. Im Vordergrund steht vielmehr ein Argumentationsvergleich als Unterkategorie des Methodikvergleichs. Die amerikanische Verfassungsrechtsprechung hat über Jahrzehnte wertvolle Erfahrungen in der Verarbeitung von Abschreckungserwägungen gesammelt. Der Argumentationsvergleich kann also helfen, den Umgang des deutschen Verfassungsrechts mit Abschreckungseffekten zu reflektieren und bestehende argumentative Möglichkeiten zu erweitern⁶³, also Interpretationsreserven zu erschließen⁶⁴ und fremde Erfahrungen zu nutzen⁶⁵. Der Nutzen des Vergleichs besteht dementsprechend vornehmlich in der Überwindung der Beschränktheit des eigenen Erkennens in Bezug auf das eigene Recht und die eigene Methode.⁶⁶

Die Maxime des Vergleichs ist demnach der diesbezügliche Erkenntnisgewinn des Autors und des Lesers – nicht eine etwaige Bewertung des gerichtlichen Vorgehens als besser oder schlechter, richtig oder falsch. Das hierfür erforderliche Vorgehen bewegt sich jenseits klassischer Pfade der Rechtsvergleichung. Schon die Methode der Rechtsvergleichung ist indes wenig entwickelt und verfestigt.⁶⁷ Dies gilt verstärkt für den grundrechtlichen Teil von Verfassungen und wiederum nochmals gesteigert für den Methodikvergleich in diesem Bereich abseits des materiellen Verfassungsrechts. Nur exploratives, problemorientiertes Vorgehen verspricht hier Erkenntnisse im oben genannten Sinne.⁶⁸ Problem und Gegenstand dieser Untersuchung ist die staatliche Abschreckung von grundrechtlich geschütztem Verhalten und dessen verfassungsrechtliche Funktionalisierung als Argument. Diese Argumentationsfigur ist zugleich gemeinsames Element (tertium comparationis) der betreffenden Verfassungsrechtsprechungen als Vergleichsobjekte. Die Rechtsprechung zu diesem Phänomen weist trotz unterschiedlicher Ausgestaltung der Grundrechtsordnung und abweichender Rollen der Gerichte in ihren Verfassungsordnungen eine für den Vergleich hinreichende Strukturähn-

⁶³ *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 15 Rn. 32.

⁶⁴ *Herdegen*, JZ 2004, 873 (878 f.).

⁶⁵ *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (222 f., 238 f.); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 2 I f. S. 14 ff.; *Sommermann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 16 Rn. 47.

⁶⁶ Vgl. *Sommermann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 16 Rn. 69. Es geht also darum, die der Innenperspektive geschuldete Bedingtheit der Reflektion des eigenen Umgangs mit Abschreckungseffekten zumindest teilweise zu überwinden.

⁶⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3 I S. 31 f.

⁶⁸ Argumentationsvergleich als Methodenvergleich muss, mehr noch als materieller Rechtsvergleich, den rechtlichen, aber vor allem auch den kulturellen Kontext berücksichtigen. Dazu *Häberle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 7 Rn. 28 f.

lichkeit⁶⁹ auf. Diese Aussage ist Hypothese und Prämisse der Methode zugleich. Je nachdem, ob die Ergebnisse des Vergleichs das Verständnis und Reflexionsvermögen in Bezug auf die eigene Rechtsordnung fördern, glückt er oder scheitert er.⁷⁰ Naturgemäß finden nicht alle Schritte dieses kaum darstellbaren subjektiven Erkenntnisprozesses des Argumentationsvergleichs explizit Eingang in diese Arbeit. Ihre Gestaltung orientiert sich vielmehr daran, was vernünftigerweise nachvollziehbar und darstellbar ist. Dabei finden sich außer den methodischen Erkenntnissen dieses Abschnitts einige beachtenswerte materiell-rechtliche Nebenergebnisse.

Die weiteren Kapitel der Arbeit widmen sich wieder dem deutschen Verfassungsrecht, wobei an ausgewählten Stellen auf den US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskurs zurückgegriffen wird.

Die Ergebnisse der Analyse der Verfassungsrechtsprechung erfahren eine kritische Würdigung, die in Kapitel 2 zugespitzt wird. Aus argumentationstheoretischer Sicht stellen sie inhärente Gegenargumente dar. Auf diese findet der rechtsmethodische und empirische Ausbau der Argumentation in Kapitel 3 eine Antwort. Aus Argumentationstheorie, Methodenlehre, Strukturen des Verfassungsrechts, seinen Institutionen und den Möglichkeiten empirischer Forschung ergeben sich die allgemeinen Leitlinien für die Verwendung des Arguments. Da sich der verfassungsrechtliche Diskurs aber maßgeblich anhand der Strukturen der Grundrechtsdogmatik ordnet, werden diese Leitlinien für die Zwecke der praktischen verfassungsrechtlichen Operationalisierung von Abschreckung in Kapitel 4 konkretisiert. Dabei werden die zuvor anhand von Abschreckung *als Argument* gewonnenen Erkenntnisse soweit wie möglich wieder aufgegriffen. Die Kategorien der Grundrechtsdogmatik bilden also Schnittstellen für die argumentative Berücksichtigung von Abschreckungseffekten im juristischen Begriffssystem und der praktischen Rechtsfindung. Zugleich können veränderte Abschreckungsdynamiken die Modifikation verfassungsrechtlicher Anforderungen erforderlich machen. Solchen potenziellen Modifikationen wird anhand zweier Problemkomplexe aus dem Bereich der internetbasierten Grundrechtsausübung in Kapitel 5 nachgegangen. Sie sind gleichzeitig praktische Anwendungsbeispiele für die Verwendung des Abschreckungsarguments. Die Untersuchung schließt damit, die gewonnenen Erkenntnisse zusammenzufassen und ihre Implikationen für das System des Rechts einzuordnen (Kapitel 6).

⁶⁹ Vgl. zu dieser Voraussetzung *Sommermann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 16 Rn. 54 f.

⁷⁰ Diese Beurteilung ist dem Leser überlassen.

Kapitel 1

Der Abschreckungseffekt in der verfassungsgerichtlichen Argumentation

In den Entscheidungen von Bundesverfassungsgericht und Supreme Court finden sich mit großer Regelmäßigkeit Abschreckungserwägungen. Beide Gerichte haben über lange Zeiträume ihre jeweilige Verfassungsrechtsordnung maßgeblich gestaltet⁷¹ und sich dabei auch gegenseitig über Jahrzehnte beeinflusst⁷².

Der Umgang mit dem Abschreckungseffekt durch das Bundesverfassungsgericht wird zunächst dargestellt und analysiert (I.) und dann im Vorgehen des Supreme Courts gespiegelt (II.). Die Darstellung und Analyse der deutschen Verfassungsrechtsprechung besitzt dabei folgende Struktur:

Es werden eingangs einige historische Meilensteine der Rechtsprechung in diesem Bereich vorgestellt (I.1.), um eine erste praktische Einordnung zu erlauben und einen Eindruck vom Einfluss der Argumentation auf die Rechtsfindung der vergangenen Jahrzehnte zu gewinnen. Sodann wird das Argument im Hinblick auf wiederkehrende Grundrechtskonstellationen (I.2.) und jeweilige Prüfungsschritte (I.3.) kontextualisiert. Dem folgt ein Blick auf die Gewinnung außerrechtlicher Vorannahmen (I.4.) und schließlich die Offenlegung der verfassungsdogmatischen Dimensionen des Arguments (I.5.). Der dann folgende Abschnitt zur Rechtsprechung des Supreme Courts orientiert sich an dieser Struktur, verlangt aber einige Modifikationen.

I. Der Abschreckungseffekt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

I. Abriss der geschichtlichen Entwicklung

Bevor die besonderen Einsatzkontexte des Arguments eingehender betrachtet werden, sind kurz einige Meilensteine der argumentativen Verwendung des Abschreckungseffekts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu

⁷¹ Siehe bereits Fn. 49.

⁷² *Häberle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 7 Rn. 16; *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (228 ff.); vgl. auch *Gelinsky*, Rechtsvergleich auf oberster Ebene: Karlsruhe und der Supreme Court, FAZ.net vom 23.11.2012, abrufbar unter: <http://www.faz.net/-gso-74ha8>.

umreißen. Die Verbreitung geht dabei von der Meinungs- bzw. Pressefreiheit aus und setzt sich von hier aus über die Jahrzehnte in anderen grundrechtlichen Bereiche fort.

Als Argument wird der Abschreckungseffekt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohl zum ersten Mal⁷³ 1958 im Lüth-Urteil verwendet, wenn es um die Schranke der allgemeinen Gesetze des Grundrechts der Meinungsfreiheit geht:

„Der Beschwerdeführer befürchtet, daß durch Beschränkung der Redefreiheit einem einzelnen gegenüber die Gefahr heraufgeführt werden könnte, der Bürger werde in der Möglichkeit, durch seine Meinung in der Öffentlichkeit zu wirken, allzusehr beengt und die unerläßliche Freiheit der öffentlichen Erörterung gemeinschaftswichtiger Fragen sei nicht mehr gewährleistet. Diese Gefahr besteht in der Tat [...]“⁷⁴

Hier geht es um die Möglichkeit der Einschränkung der Meinungsfreiheit durch bürgerliches Recht. Auch wenn in dieser Argumentation der Abschreckungseffekt noch nicht als solcher bezeichnet wird, macht die Formulierung mit ihrem repräsentativen Singular („der Bürger“) deutlich, dass überindividuelle, unbeabsichtigte Auswirkungen auf den Gebrauch der Meinungsfreiheit seitens des Gerichts für möglich gehalten werden. Das Gericht erweitert damit seine Perspektive vom konkreten Fall auf die gesellschaftliche Grundrechtswirklichkeit. Ergebnisrelevant wird diese Erkenntnis für die Entscheidung jedoch freilich nicht, weil ein Ausschluss des bürgerlichen Rechts aus der grundrechtlichen Schranke der „allgemeinen Gesetze“ nicht für erforderlich gehalten wird, um der genannten Gefahr zu begegnen.

Deutlicher wird der Abschreckungseffekt dann in den Sondervoten der SPIEGEL- und Deutschland-Magazin-Entscheidungen. In dem Abschnitt des SPIEGEL-Urteils vom 5.8.1966, welcher faktisch die Rolle eines Sondervotums⁷⁵ der vier Verfassungsrichter einnimmt, die eine Grundrechtsverletzung in diesem Fall annehmen, heißt es zur Angemessenheit der Durchsuchung in den Redaktionsräumen des SPIEGEL:

„Ein solcher Eingriff berührte nicht nur die freie publizistische Tätigkeit der Bf., sondern konnte nicht ohne Rückwirkung auf die übrige Presse der Bundesrepublik und ihre Mitarbeiter bleiben; insbesondere konnten Presseorgane sich behindert fühlen, Fragen der

⁷³ *Frowein* sieht die Gefahr eines Abschreckungseffekts wohl erst klar in der abweichenden Meinung von Bundesverfassungsrichterin *Rupp-von Brünneck* formuliert in BVerfGE 42, 143 (154 ff.) – Deutschland-Magazin, *Frowein*, AöR 105 (1980), 169 (186 f.); *ders.*, EuGRZ 2008, 117 (118). Wie hier hingegen *Rath*, KJ Beiheft 2009 (1), 65 (66).

⁷⁴ BVerfG 7, 198 (211) – Lüth.

⁷⁵ Die Möglichkeit von Sondervoten besteht für Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen erst seit Einführung von § 30 Abs. 2 BVerfGG durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 21. Dezember 1970, BGBl. 1970 I, 1765 ff. Die inhaltlich einem Sondervotum entsprechenden Ausführungen finden sich daher verteilt im Urteilstext.

Landesverteidigung in dem im öffentlichen Interesse gebotenen Umfang freimütig zu erörtern.“⁷⁶

Eine besondere Rolle spielten mögliche Abschreckungswirkungen auch bei der Konturierung des Zensurverbots aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG als absolute Eingriffsschranke. Schon die Existenz eines Zensurverfahrens, so befürchtete das Bundesverfassungsgericht, „lähmt das Geistesleben“⁷⁷. Um einer solchen typischen Gefahr von Präventivkontrollen zu begegnen, gelte das Verbot der Vorzensur absolut. Zwar könnten auch repressive Strafregelungen präventive Wirkung entfalten, aber diese verhinderten im Unterschied zur Vorzensur nicht die Möglichkeit, dass sich eine gewisse Risikobereitschaft überhaupt herausbilden könne⁷⁸. Der Vorzensur wurde hier also ein größeres Abschreckungspotenzial bescheinigt als der sanktionierenden nachträglichen Zensur durch Strafregelungen.

Mit ihrem Sondervotum im Deutschland-Magazin-Beschluss vom 11.5.1976 trat die Bundesverfassungsrichterin *Rupp-von Brünneck* der Einschätzung der Gerichtsmehrheit entgegen, der anhängige Streit sei aufgrund mangelnder straf- und zivilrechtlicher Sanktionen im Unterschied zu anderen Verfahren „jetzt für beide Seiten kaum mehr als eine Prestigeangelegenheit“⁷⁹. Die von der Gerichtsmehrheit vorgenommene Unterscheidung zwischen Inhalt und Form der Äußerung führe zur „Verunsicherung der Betroffenen“⁸⁰ und habe im Ergebnis eine „generalpräventive Wirkung“⁸¹ auf Presseorgane. Insgesamt mahnte *Rupp-von Brünneck* an, sich bei der Bestimmung der Intensität von Eingriffen nicht auf den einzelnen Betroffenen zu beschränken, sondern auch die von einem Eingriff „ausgehenden negativen Wirkungen für die *generelle* Ausübung dieses Grundrechts“⁸² zu berücksichtigen. Auf das Sondervotum und seine Argumentation wurde in späteren Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht in wichtigen Punkten Bezug genommen.⁸³

Hieran schlossen sich in den frühen 1980er Jahren einige Entscheidungen an, welche ebenfalls vor allem grundrechtliche Kollisionen von Meinungs- bzw. Pressefreiheit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und insbesondere dem Ehrschutz zum Gegenstand hatten. Mit dem Abschreckungsargument wurde hier vornehmlich die Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt und der Schutzbereich von Grundrechten bestimmt.⁸⁴ Auch nach der Jahrtausend-

⁷⁶ BVerfGE 20, 162 (200 f.) – SPIEGEL.

⁷⁷ BVerfGE 33, 52 (72) – Zensur.

⁷⁸ BVerfGE 33, 52 (73) – Zensur.

⁷⁹ BVerfGE 42, 143 (151) – Deutschland-Magazin.

⁸⁰ BVerfGE 42, 143 (Sondervotum *Rupp-von Brünneck*, 159) – Deutschland-Magazin.

⁸¹ BVerfGE 42, 143 (Sondervotum *Rupp-von Brünneck*, 159) – Deutschland-Magazin.

⁸² BVerfGE 42, 143 (Sondervotum *Rupp-von Brünneck*, 156; Hervorhebung im Original) – Deutschland-Magazin.

⁸³ BVerfGE 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt; deutlich auch BVerfGE 81, 278 (290) – Bundesflagge.

⁸⁴ BVerfGE 54, 129 (136, 139) – Kunstkritik; 60, 234 (241, 243) – Kredithaie; 61, 1 (6, 8, 11) –

wende finden sich Entscheidungen, welche die grundrechtlichen Gehalte des Art. 5 Abs. 1 GG mit Abschreckungseffekten in Verbindung bringen, wenn es um die Durchsuchung der Räumlichkeiten von Presse und Rundfunk geht.⁸⁵ In diesen Fällen wurde eine Einschränkung der Grundrechte aber im Interesse von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr versucht.

Einer der wohl prominentesten Einsätze der Argumentationsfigur ist im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 zu finden, als das Bundesverfassungsgericht das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung konturierte:

„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. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“⁸⁶

In den darauffolgenden Jahren kam es dann auch zur Verwendung des Arguments in Entscheidungen, welche die Kunst-⁸⁷ und die Versammlungsfreiheit⁸⁸ betrafen. In den die Kunstfreiheit betreffenden Fällen kollidierte diese vor allem mit Belangen des Ehr- bzw. Jugendschutzes. Das Abschreckungsargument gab hier die hohe Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts⁸⁹ vor:

„Angesichts der einschüchternden Wirkung, die staatliche Eingriffe hier haben können, muß eine besonders wirksame verfassungsrechtliche Kontrolle Platz greifen, soll die Freiheit dieser Lebensäußerungen nicht in ihrer Substanz getroffen werden [...]“⁹⁰

Wahlkampf/„CSU: NPD Europas“. Vgl. auch BVerfGE 54, 208 (219 f.) – Böll, wo ein etwaiger Abschreckungseffekt durch das Erfordernis, richtig zu zitieren, gerade nicht festgestellt wurde.

⁸⁵ BVerfGE 117, 244 (259, 272) – CICERO; ZUM-RD 2011, 205 (206 f.) – Staatliches Publikationsverbot; BVerfG NJW 2011, 1859 (1860, 1862) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders; BVerfG NJW 2011, 1863 (1864) – Polizeiliche Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen einer Rundfunkredaktion.

⁸⁶ BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählung. Eine aktualisierte Form dieser Argumentation in Bezug auf den Einsatz von Video-Drohnen auf Versammlungen bei *Roggan*, NVwZ 2011, 590 (592).

⁸⁷ BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; 81, 278 (290) – Bundesflagge; 83, 130 (145 f., 155) – Josephine Mutzenbacher.

⁸⁸ BVerfGE 69, 315 (349, 358) – Brokdorf.

⁸⁹ Zur Prüfungsdichte noch sogleich 3.c) und 5.b).

⁹⁰ BVerfGE 81, 278 (290) – Bundesflagge; ähnlich auch BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; 83, 130 (145 f.) – Josephine Mutzenbacher.

Im Brokdorf-Beschluss zur Versammlungsfreiheit wurden unter Bezugnahme auf die eben zitierte Stelle im Volkszählungsurteil⁹¹ die Schranken der Versammlungsfreiheit mit Hilfe des Abschreckungsarguments hergeleitet.⁹²

Ab Mitte der Neunziger Jahre begann schließlich eine die Telekommunikationsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht betreffende Serie von Entscheidungen, die häufig Überwachungskonstellationen zum Gegenstand hatten und Abschreckungseffekte vielfach argumentativ einsetzten.⁹³ Als exemplarisch kann hier das Urteil zum Lauschangriff vom 3.3.2004 gelten:

„Die heimliche Überwachung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen betrifft nicht nur den Einzelnen, sondern kann sich auch auf die Kommunikation der Gesellschaft insgesamt auswirken. Von der Möglichkeit zur akustischen Wohnraumüberwachung können Einschüchterungseffekte ausgehen, denen insbesondere auch der Unverdächtige ausgesetzt ist, weil auch er nach den gesetzlichen Regelungen jederzeit und ohne sein Wissen von der Ermittlungsmaßnahme betroffen werden kann.“⁹⁴

Hiermit wurde die Schwere des Eingriffs im Rahmen der Angemessenheitsprüfung begründet und eine restriktive Auslegung der zu prüfenden Normen verfassungsrechtlich eingefordert.

Das Urteil zum Antiterrordateigesetz vom 24.4.2013 führt diese Reihe bis in die Gegenwart fort. Dort stellte das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit des personenbezogenen Kriteriums des „Befürwortens von Gewalt“ in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG für eine Aufnahme in die Datei fest:

„Das Anknüpfen an ein solches Kriterium, das unmittelbar auf das forum internum abstellt und damit auf den unverfügbaren Innenbereich des Individuums zugreift, ist besonders geeignet, einschüchternde Wirkung auch für die Wahrnehmung der Freiheitsrechte wie insbesondere der Glaubens- und Meinungsfreiheit zu entfalten. Das Gesetz macht hier die subjektive Überzeugung als solche zum Maßstab und legt damit Kriterien zugrunde, die vom Einzelnen nur begrenzt beherrscht und durch rechtstreues Verhalten nicht beeinflusst werden können.“⁹⁵

Dieses Kriterium wurde unter anderem mit dieser Begründung für verfassungswidrig erklärt.

Festzuhalten ist, dass über die Jahrzehnte eine Vielzahl grundrechtlicher Konstellationen und verfassungsrechtlicher Fragestellungen auszumachen ist, bei denen der Abschreckungseffekt argumentativ Wirkung entfaltete. Insgesamt hat dabei die Tendenz zur Argumentation mit Abschreckungseffekten langfristig

⁹¹ Vgl. Fn. 86.

⁹² BVerfGE 69, 315 (349, 358) – Brokdorf.

⁹³ Beginnend 1995 mit BVerfGE 93, 181 (188 ff.) – Rasterfahndung (einstweilige Anordnung) folgen dann BVerfGE 100, 313 (358 f., 381) – Telekommunikationsüberwachung I; 107, 299 (310, 313, 320, 328, 330 f.) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 110, 33 (53 f., 64) – Zollkriminalamt – usw.

⁹⁴ BVerfGE 109, 279 (354) – Lauschangriffe.

⁹⁵ BVerfGE 133, 277 (348) – Antiterrordateigesetz.

eher zugenommen. Die Argumentationsfigur hat in Entscheidungen zu Meinungs- und Pressefreiheit ihren Anfang genommen.⁹⁶ Später hat sie auch in vielen anderen Konstellationen Verwendung gefunden, darunter auch in einigen der wichtigsten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen der Geschichte der Bundesrepublik. Ob Abschreckungseffekte Entscheidungsergebnisse sowie die Auslegung von Verfassungsrecht stets determiniert haben, lässt sich durch Untersuchung der Darstellung der Entscheidungen nicht ergründen. Die gerichtlichen Begründungen weisen vielmehr darauf hin, dass ihre Bedeutung von Fall zu Fall abweicht. Abschreckungserwägungen ist daher ein variierendes Wirkungspotenzial auf die Rechtsfindung zuzusprechen. Dieses befindet sich zwischen allgegenwärtigem Unterstützungsargument und entscheidungsleitender rechtstatsächlicher Feststellung.

2. Wiederkehrende Grundrechtskonstellationen

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind, wie bereits angedeutet, einige typische grundrechtliche Konstellationen auszumachen, in denen das Abschreckungsargument besonders prominent verwendet wird. Diese Konstellationen bilden den verfassungsprozessualen Hintergrund und aus ihrer Gruppierung ergibt sich eine kategorielle Einteilung von Abschreckungseffekten. *Kommunikationsgrundrechtliche* Konstellationen auf der einen Seite und *persönlichkeitsgrundrechtliche* Konstellationen auf der anderen Seite bilden nämlich, wie nun dargelegt wird, zwei gefestigte Hauptlinien der Rechtsprechung zu Abschreckungserwägungen. Diese Einteilung ergibt sich aus der besonderen Häufung der entsprechenden Grundrechte in der einschlägigen Verfassungsrechtsprechung sowie den spezifischen Schutzkonzepten der jeweiligen Grundrechtsgruppen in Bezug auf Abschreckungsphänomene. Im Übrigen spiegelt sich diese Einteilung in entsprechenden Verweisungsketten in den Entscheidungen wider. Sie trägt als Grundstruktur auch im Fortgang der Untersuchung zur Kategorisierung und damit zum systematischen Verständnis bei.

Betrachtet man die Gesamtheit der Entscheidungen mit Abschreckungsargumentationen zunächst nach einschlägigen Grundrechten, ist die große Zahl an Fällen auffallend, die eine behauptete Verletzung von Meinungs- und Pressefreiheit zum Gegenstand haben.⁹⁷ Diese stellten, wie bereits dargelegt, die ersten Entscheidungen dar, in denen Abschreckungsargumentationen prominent verwendet

⁹⁶ BVerfGE 7, 198 (211 f.) – Lüth; 20, 162 (189 f., 200 f.) – Spiegel; 33, 52 (72 f., 89) – Zensur.

⁹⁷ Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198 (211 f.) – Lüth; 20, 162 (180 f., 200 f.) – Spiegel; 33, 52 (72 f.; 89) – Zensur; 34, 269 (284) – Soraya; 42, 143 (151, 156, 159 f.) – Deutschland-Magazin; 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt; 54, 129 (136, 139) – Kunstkritik; 93, 266 (292, 295, 300) – „Soldaten sind Mörder“; 117, 244 (259, 272) – CICERO. Siehe zusätzlich zur Rundfunkfreiheit BVerfGE 73, 118 (183) – 4. Rundfunkentscheidung; 90, 60 (89) – 8. Rundfunkentscheidung.

wurden. Insgesamt machen die Kommunikationsgrundrechte⁹⁸ einen Großteil der Entscheidungen aus, in denen mit Abschreckungseffekten auf die Grundrechtsausübung argumentiert wurde. Eine weitere große Gruppe umfasst diejenigen Entscheidungen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen betreffen.⁹⁹ Die Reihe der Entscheidungen mit diesem Gegenstand beginnt mit der Tonband-Entscheidung 1973¹⁰⁰ und setzt sich bis in die Gegenwart fort¹⁰¹.

Die Meinungs- und Pressefreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht stehen in diesen Entscheidungslinien häufig Interessen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr gegenüber.¹⁰² Nicht selten kollidiert die Presse- und Meinungsfreiheit auch mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dabei insbesondere mit dem Ehrschutz¹⁰³. Mitunter sind auch Konflikte der Presse- und Meinungsfreiheit mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit von Unternehmen bzw. ihrem Ansehen zu finden.¹⁰⁴ In Entscheidungen zum Fernmeldegeheimnis, in denen Abschreckungseffekte argumentativ eingesetzt werden, gerät die betroffene Telekommunikationsfreiheit typischerweise mit Strafverfolgung und Gefahrenabwehr in Konflikt.¹⁰⁵

Hinsichtlich einzelner Grundrechte sind dabei Entscheidungsketten erkennbar, bei denen wiederholt und teilweise fast wortgleich das Argument an sich entsprechenden Stellen im Prüfungsaufbau verwendet und auf vergangene Entscheidungen verwiesen wird.¹⁰⁶ Diese Reihenbildung kann als Charakteristikum höch-

⁹⁸ Der Begriff der Kommunikationsgrundrechte umfasst zumindest alle in Art. 5 Abs. 1 GG enthaltenen Grundrechte, sowie die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG und die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, detailliert *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, § 38 Rn. 11 ff.; ohne die Vereinigungsfreiheit *Hoffmann-Riem*, *Kommunikationsfreiheiten*, S. 29 ff.; zur Versammlungsfreiheit z. B. deutlich BVerfGE 122, 342 (365 ff., 369, 370 f., 372 f.) – Bayrisches Versammlungsgesetz.

⁹⁹ Vgl. z. B. BVerfGE 54, 208 (219 f.) – Böll; 65, 1 (42 f.) – Volkszählung; 113, 29 (46 f.) – Anwaltsdaten; BVerfG NJW 2006, 976 (979) – Wohnungsdurchsuchung zur Ermittlung von Kommunikationsdaten; BVerfGE 115, 320 (342, 354 f., 371 f., 375 f.) – Rasterfahndung; BVerfG NVwZ 2007, 688 (690) – Videoüberwachung öffentlicher Plätze; BVerfGE 118, 168 (184 f., 203) – Kontostammdaten; 120, 274 (312, 323) – Online-Durchsuchungen.

¹⁰⁰ BVerfGE 34, 238 (246 f.) – Tonband.

¹⁰¹ Z. B. BVerfGE 120, 274 (312, 323) – Online-Durchsuchungen.

¹⁰² Zur Strafverfolgung z. B. BVerfGE 20, 162 (180 f., 200 f.) – Spiegel; 34, 238 (246 f.) – Tonband; 44, 353 (376) – Durchsuchung Drogenberatungsstelle; 117, 244 (259, 272) – CICERO.

Zur Gefahrenabwehr z. B. BVerfGE 120, 274 (312, 323) – Online-Durchsuchungen; BVerfG NJW 2010, 433 (435) – Schadensersatz nach Unterbringungsgefahr; BVerfG ZUM-RD 2011, 205 (206 f.) – Staatliches Publikationsverbot.

¹⁰³ So in BVerfGE 7, 198 (211 f.) – Lüth; 34, 269 (284) – Soraya; 42, 143 (151, 156, 159 f.) – Deutschland Magazin; 86, 1 (10) – TITANIC „geb. Mörder“.

¹⁰⁴ BVerfGE 60, 234 (241, 243) – Kredithaie; 85, 1 (17, 21 f.) – Kritische Bayer-Aktionäre.

¹⁰⁵ BVerfGE 100, 313 (358 f., 381) – Telekommunikationsüberwachung I; 107, 299 (310, 313, 320, 328) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 113, 348 (365, 375 f., 382 f.) – Präventive Telekommunikationsüberwachung; 121, 1 (20, 21 f.) – Vorratsdatenspeicherung (einstweilige Anordnung); 125, 260 (320, 332, 335, 366, 368 f., 380 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁰⁶ Vgl. z. B. zu Telos und Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

strichterlicher Rechtsprechung gelten. Sie ist Indiz für eine gewisse Konsistenz der Rechtsprechung und unterstützt die Erfüllung der rechtsschöpferischen Aufgabe der Judikative.

Was die Formulierung vom Bundesverfassungsgericht erwogener Abschreckungseffekte betrifft, sind über diese bloßen Verweisungsketten hinaus aber keine grundrechtsspezifischen terminologischen Besonderheiten festzustellen. Die Verwendung insbesondere der Begriffe „Einschüchterungseffekt“ und „Abschreckungseffekt“ erfolgt anscheinend unsystematisch und eher intuitiv.

Auffallend ist, dass wenige Grundrechte auszumachen sind, bei denen der Argumentationstopos in den zu ihnen ergangenen Entscheidungen bis heute überhaupt keine Rolle gespielt hat. Soweit ersichtlich, ist dies bisher überhaupt nur bei den in Art. 2 Abs. 2, 4, 9, 11, 14, 16a und 17 GG garantierten Grundrechten der Fall.¹⁰⁷ Indes wurde aber abstrakt auf einen möglichen Abschreckungseffekt auf die Ausübung der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG¹⁰⁸ und der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG¹⁰⁹ in Entscheidungen Bezug genommen, welche die Verletzung anderer Grundrechte betreffen. Es kann nämlich grundsätzlich unterschieden werden zwischen der grundrechtlichen Position, deren Verletzung geprüft wird, und dem Grundrecht, von dessen Wahrnehmung abgeschreckt wird. Diese werden häufig identisch sein, können aber insbesondere bei Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auseinanderfallen. Diese Argumentation „über Bande“ ist angesichts der Verschränkung bzw. des Ineinandergreifens der Grundrechte, die der Maxime einer lückenlosen verfassungsrechtlichen Schutzgewährung folgt, naheliegend: Ein einheitlicher Lebenssachverhalt kann verschiedene grundrechtliche Schutzbereiche ansprechen und ihre Abgrenzung erfordern. Insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht verfolgt das Schutzkonzept, bestimmten späteren Gefährdungen von Freiheitsgrundrechten frühzeitig auf der Stufe der subjektiven Entscheidungsfreiheit zu begegnen, bevor speziellere grundrechtliche Gewährleistungen des Ausführungs- bzw. Handlungsstadiums greifen (in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts insbesondere: Kommunikationsgrundrechte).¹¹⁰ Dies ist ursächlich für die be-

BVerfGE 113, 29 (46) – Anwaltsdaten; BVerfG NJW 2006, 976 (979) – Wohnungsdurchsuchung zur Ermittlung von Kommunikationsdaten; BVerfGE 115, 320 (342) – Rasterfahndung; 120, 378 (397 ff., 402) – Automatisierte Kennzeichenerfassung; viele der jüngeren Entscheidungen verweisen auf mehrere der älteren. Alle Entscheidungen nehmen Bezug auf BVerfGE 65, 1 (42 bzw. 43) – Volkszählung.

Zur verfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte in die Kunstfreiheit betreffenden Fällen BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; 81, 278 (290) – Bundesflagge; 83, 130 (145 f.) – Josephine Mutzenbacher.

¹⁰⁷ Vgl. hingegen z. B. auch zum Recht auf ein faires Verfahren BVerfGE 113, 29 (47) – Anwaltsdaten; zur Berufsfreiheit BVerfGE 113, 29 (49) und 117, 163 (194 f.) – Anwaltliche Erfolgshonorare; zum Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz BVerfGE 117, 244 (272) – CICERO.

¹⁰⁸ In BVerfGE 133, 277 (347 f.) – Antiterrordateigesetz.

¹⁰⁹ In BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung.

¹¹⁰ Ebd. Siehe hierzu auch noch unten Kapitel 4 unter I.1.

schriebene argumentative Spaltung. Ein solches Vorfeldschutzkonzept (hierzu sogleich 5.c) liegt unter anderem auch den anderen Persönlichkeitsrechten des Grundgesetzes zugrunde. Zu diesen sind dabei neben dem allgemeinen ungeschriebenen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, laut Bundesverfassungsgericht auch Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG als besondere persönlichkeitserschützende grundrechtliche Gewährleistungen zu zählen.¹¹¹ Das Bundesverfassungsgericht nimmt dementsprechend häufig bei der Konturierung der Schutzbereiche dieser Grundrechte auf Abschreckungserwägungen Bezug.¹¹²

Anhand des Einsatzes von Abschreckungsargumentationen in der Verfassungsrechtsprechung zeigen sich also verschiedene grundrechtliche Schutzkonzepte. Dies legt in Bezug auf Abschreckungsphänomene die Unterscheidung zwischen Persönlichkeitsgrundrechten auf der einen Seite und übrigen Freiheitsgrundrechten, mit praktischem Schwerpunkt im Bereich der Kommunikationsgrundrechte, auf der anderen Seite nahe. Die Grundrechtsgruppen bilden in ihrer jeweiligen Gesamtheit zwei Hauptlinien, welche die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Abschreckungsphänomenen charakterisieren.¹¹³ Die Unterteilung in diese zwei Hauptlinien spiegelt sich auch bei Verweisen auf Abschreckungsargumentationen in vorherigen Urteilen wider: Sie finden entlang der beschriebenen Hauptlinien statt,¹¹⁴ sind zwischen ihnen jedoch nicht vorhanden.

In ihrer Gesamtheit erfassen die Hauptlinien – trotz der schon erwähnten grundrechtlichen Diversität insgesamt – praktisch einen Großteil der Entscheidungen, die sich mit Abschreckungseffekten befassen. Die Entscheidungen zu anderen Grundrechten treten in Bezug auf Fallzahl und Prominenz der Verwendung des Arguments jedenfalls im Vergleich deutlich in den Hintergrund.

Der Einsatz des Abschreckungsarguments im Rahmen von Art. 3 GG stellt eine grundrechtliche Sonderkonstellation dar. Die Rechtfertigungsanforderungen an Ungleichbehandlungen werden vom Bundesverfassungsgericht desto strenger gehandhabt, je stärker sich eine Regelung als nachteilig für die Wahrnehmung von Grundrechten auswirkt.¹¹⁵ Immer dann, wenn von einer an Art. 3 GG zu messen-

¹¹¹ BVerfGE 115, 320 (347 f.) – Rasterfahndung; 109, 279 (325 f.) – Lauschangriffe. Vgl. auch BVerfGE 110, 33 (53) – Zollkriminalamt – zur grundsätzlichen Übertragbarkeit von verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze, die in diese Grundrechte eingreifen.

¹¹² Siehe z. B. BVerfGE 34, 238 (246 f.) – Tonband; 65, 1 (42 f.) – Volkszählung; 100, 313 (358 f.) – Telekommunikationsüberwachung I; 113, 29 (46 f.) – Anwaltsdaten; 118, 168 (184 f.) – Kontostammdaten; 120, 274 (312) – Online-Durchsuchungen.

¹¹³ Zu einer ähnlichen Unterscheidung für „Einschüchterungseffekte“ gelangt *Schwabebauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 143. Für ihn geht die Berücksichtigung von Einschüchterungseffekten im Rahmen der Meinungsfreiheit aber im Wesentlichen in den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots auf.

¹¹⁴ Vgl. schon Fn. 106. Siehe insbesondere auch BVerfGE 115, 320 (347 f.) – Rasterfahndung.

¹¹⁵ BVerfGE 88, 87 (96 f.) – Transsexuelle II; 92, 53 (69) – Sozialversicherungsbeiträge für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt; 95, 267 (317) – Altschulden; 106, 166 (176) – Zählkindervorteil; 126, 400 (418) – Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften. Unge-

den Regelung eine besondere Abschreckungswirkung ausgeht, sind die Anforderungen an die Einstufung einer Ungleichbehandlung als verfassungsgemäß demnach besonders hoch. Statt einer bloßen Willkürprüfung erfolgt dann die Untersuchung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.¹¹⁶ Vor dem Hintergrund dieser Grundrechtskonstellationen ist nun dem argumentativen Einsatz im jeweiligen Prüfungskontext nachzugehen.

3. Prüfungskontexte

Die Kontexte der Argumentationsfigur im verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramm unterscheiden sich stark. Liegt zunächst die Vermutung nahe, dass etwaige Abschreckungseffekte vor allem im Rahmen des Eingriffs und der Angemessenheit erwogen werden, so werden sie tatsächlich bei verschiedenen verfassungsrechtlichen Fragen und auf fast jeder Stufe der verfassungsrechtlichen Prüfung genutzt. Gerade bei Betrachtung der Entscheidungen der letzten drei Jahrzehnte, in denen die Grundrechtsdogmatik stärker ausdifferenziert wurde, offenbart sich ein genaueres Bild des Einsatzes des Abschreckungsarguments im Einzelfall.

a) Schutzbereich

Zunächst ist festzustellen, dass auf mögliche Abschreckungseffekte immer wieder zur Bestimmung von grundrechtlichen Schutzbereichen auch unter Verweis auf den Zweck und die Funktion des jeweiligen Grundrechts innerhalb des Verfassungsgefüges zurückgegriffen wurde.¹¹⁷ Deutlich wird dies z.B. bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Pressefreiheit:

„Für die Bestimmung des Schutzbereichs der Pressefreiheit kommt es hiernach wesentlich darauf an, was notwendige Bedingung der Funktion einer freien Presse ist. Zu diesen Bedingungen gehört die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit. [...] Wo deren Vertraulichkeit nicht mehr gesichert ist, wird es spontane, ‚ins Unreine‘ gesprochene, möglicherweise verfehlte, gleichwohl die Diskussion fördernde Äußerungen kaum noch geben; eine Zeitungs-

nauer zunächst die Formulierung „Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten“, BVerfGE 82, 126 (146) – Kündigungsfristen für Arbeiter.

Der Maßstab wird außerdem verschärft, wenn nach personenbezogenen Merkmalen differenziert wird. Dieses Kriterium ist praktisch deutlich relevanter als das hier vorgestellte der (abschreckenden) Beeinträchtigung der Ausübung von Freiheitsausübung. Letzteres bleibt auch rechtswissenschaftlich, soweit ersichtlich, unentwickelt.

¹¹⁶ BVerfGE 88, 87 (96 f.) – Transsexuelle II.

¹¹⁷ Vgl. z. B. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht BVerfGE 34, 238 (246 f.) – Tonband; zur Meinungsfreiheit BVerfGE 54, 208 (219 f.) – Böll; zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung; zur Telekommunikationsfreiheit BVerfGE 100, 313 (358 f.) – Telekommunikationsüberwachung I; zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme BVerfGE 120, 274 (312) – Online-Durchsuchungen.

oder Zeitschriftenredaktion, in der es keine freie Rede gibt, wird aber schwerlich das leisten, was sie leisten soll.¹¹⁸

Ein grundrechtlicher Schutz vor möglichen Abschreckungswirkungen in diesem Bereich sei also geboten, um der Presse die Wahrnehmung ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabe zu ermöglichen. Das Redaktionsgeheimnis wurde mit diesen Ausführungen ausdrücklich dem Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zugeordnet.

b) Eingriff

Auch das Vorliegen eines Eingriffs wird unter Verweis auf einen Einschüchterungseffekt begründet, wenn das Bundesverfassungsgericht knapp festhält: „Eine Durchsuchung in Redaktionsräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der Redaktionstätigkeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar.“¹¹⁹ Maßgeblich ist hier die durch den Abschreckungseffekt gesteigerte Intensität und die durch diesen gemittelte Streuwirkung einer staatlichen Maßnahme.¹²⁰ Entsprechendes gilt auch für den Abschreckungseffekt durch offene Videoüberwachung: „Die offene Videoüberwachung eines öffentlichen Ortes kann und soll zugleich abschreckend wirken und insofern das Verhalten der Betroffenen lenken.“¹²¹ Unter anderem die verhaltensbeeinflussende Wirkung der Maßnahme verleiht der Videoüberwachung hier Eingriffsqualität.

c) Gerichtliche Prüfungsdichte

Ein weiterer häufiger Anwendungsfall für das Abschreckungsargument ist auch die Festlegung der Prüfungsdichte durch das Bundesverfassungsgericht, die in seinen Entscheidungen meist im Rahmen der Beschwerdebefugnis oder am Anfang der Begründetheit zu finden ist. Die Frage nach der Prüfungsdichte ergibt sich aus der Tatsache, dass dem Bundesverfassungsgericht lediglich die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts obliegt¹²². Seine detailliertere Prüfung im Flugblattbeschluss rechtfertigte das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

¹¹⁸ BVerfGE 66, 116 (134 f.) – Springer/Wallraff.

¹¹⁹ BVerfG NJW 2005, 965 (965) – Durchsuchung von Redaktionsräumen in einem Strafverfahren; siehe auch jüngst BVerfG ZUM-RD 2016, 153 (154 f.) – Durchsuchung von Redaktionsräumen eines Presseverlages und Beschlagnahme von Beweismitteln.

¹²⁰ So auch bei der Eingriffsprüfung in BVerfGE 117, 244 (259) – CICERO; BVerfG NJW 2011, 1859 (1860) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders; BVerfG NJW 2011, 1863 (1864) – Polizeiliche Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen einer Rundfunkredaktion.

¹²¹ BVerfG NVwZ 2007, 688 (690) – Videoüberwachung öffentlicher Plätze.

¹²² Grundlegend BVerfGE 18, 85 (92 f.) – Spezifisches Verfassungsrecht. Keine „Superrevisions“-Instanz“, BVerfGE 7, 198 (207) – Lüth.

„Über die Beeinträchtigung der individuellen Meinungsfreiheit des Bf. hinaus würden die negativen Wirkungen auf die generelle Ausübung des Grundrechts der Meinungsfreiheit von erheblicher Tragweite sein. Denn ein solches Vorgehen staatlicher Gewalt würde, nicht zuletzt wegen seiner einschüchternden Wirkung, freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen. Infolgedessen kann es hier nicht bei der Frage bewenden, ob die angefochtenen Entscheidungen Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen. Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr auch im einzelnen zu prüfen, ob jene Entscheidungen bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsfreiheit verletzt haben.“¹²³

Diese Verwendung des Abschreckungsarguments zur Rechtfertigung einer strengeren Prüfung wegen der Streubreite und Intensität des Abschreckungseffekts findet sich in einigen Entscheidungen.¹²⁴

d) *Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit*

Schließlich wird auch die Schwere des Eingriffs auf der Stufe der Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mithilfe von möglichen Abschreckungseffekten begründet. Dies wird z. B. bei der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von Online-Durchsuchungen deutlich:

„Soweit Daten erhoben werden, die Aufschluss über die Kommunikation des Betroffenen mit Dritten geben, wird die Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch weiter erhöht, dass die – auch im Allgemeinwohl liegende – Möglichkeit der Bürger beschränkt wird, an einer unbeobachteten Fernkommunikation teilzunehmen. Eine Erhebung solcher Daten beeinträchtigt mittelbar die Freiheit der Bürger, weil die Furcht vor Überwachung, auch wenn diese erst nachträglich einsetzt, eine unbefangene Individualkommunikation verhindern kann.“¹²⁵

Hier leitete das Bundesverfassungsgericht also wie in vielen weiteren Entscheidungen¹²⁶ die Eingriffsintensität unter anderem aus dem mittelbaren Abschreckungseffekt mit Breitenwirkung des Grundrechtseingriffs her.

¹²³ BVerfGE 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 54, 129 (136) – Kunstkritik; 61, 1 (6) – Wahlkampf/„CSU: NPD Europas“; 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; 81, 278 (290) – Bundesflagge; 83, 130 (145 f.) – Josephine Mutzenbacher; 86, 1 (10) – TITANIC/„geb. Mörder“; BVerfG ZUM-RD 2011, 205 (206) – Staatliches Publikationsverbot.

¹²⁵ BVerfGE 120, 274 (323) – Online-Durchsuchungen.

¹²⁶ BVerfGE 44, 353 (376) – Durchsuchung Drogenberatungsstelle; 100, 313 (381) – Telekommunikationsüberwachung I; 107, 299 (320, 328) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe; 113, 348 (382 f.) – Präventive Telekommunikationsüberwachung; 117, 163 (194 ff.) – Anwaltliche Erfolgshonorare.

e) Normenbestimmtheit bzw. Normenklarheit

Darüber hinaus nimmt das Bundesverfassungsgericht auch bei der Prüfung des Gebots der Normenbestimmtheit bzw. Normenklarheit auf mögliche Abschreckungseffekte Bezug: „Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage wie hier die Betätigung von Grundrechten erschwert [...]“¹²⁷. So muss beispielsweise der Einzelne bei staatlichen Leistungen die ineinandergreifenden Voraussetzungen ihrer Gewährung verstehen können¹²⁸ und gesetzliche Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen müssen eine Einschätzung erlauben, durch welches Verhalten ein Überwachungsrisiko gesetzt wird¹²⁹.

f) Rechtfertigungsanforderungen von Ungleichbehandlungen

Im Rahmen der Prüfung von Art. 3 GG nutzt das Bundesverfassungsgericht wie bereits dargelegt¹³⁰ das Vorliegen von Abschreckungseffekten zur Bestimmung der Rechtfertigungsanforderungen bei Ungleichbehandlungen. Schreckt eine Regelung von der grundrechtlichen Freiheitsausübung ab, so muss sie sich an einem strengeren Prüfungsmaßstab messen lassen.

g) Folgenabwägung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes

Wird das Bundesverfassungsgericht gemäß § 32 BVerfGG um einstweiligen Rechtsschutz ersucht, nimmt es eine Folgenabwägung vor, solange sich aus der summarischen Prüfung der prozessualen und materiellen Rechtslage nicht eindeutig die Unzulässigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit der Hauptsache ergibt. Dabei hat das Gericht die möglichen eintretenden Folgen, wenn eine einstweilige Anordnung unterbliebe, aber die Hauptsache Erfolg hätte, mit den Folgen abzuwägen, wenn eine einstweilige Anordnung erginge, das Hauptverfahren aber erfolglos wäre.¹³¹ Diese Abwägung erfordert eine Folgenprognose und -bewertung, welche sich regelmäßig auch auf mögliche Abschreckungseffekte erstreckt.¹³² Besonders sichtbar wird dies in der Begründung der einstweiligen An-

¹²⁷ BVerfGE 108, 52 (75) – Kindesunterhalt; sehr ähnlich in BVerfGE 110, 33 (53) – Zollkriminalamt; 113, 348 (375 f.) – Präventive Telekommunikationsüberwachung.

¹²⁸ BVerfGE 108, 52 (75) – Kindesunterhalt.

¹²⁹ BVerfGE 113, 348 (376) – Präventive Telekommunikationsüberwachung.

¹³⁰ Oben Fn. 115 f. und zugehöriger Haupttext.

¹³¹ St. Rspr., BVerfGE 117, 126 (135) – Hufbeschlaggesetz; 89, 109 (110 f.) – Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet; 105, 365 (370 f.) – Beschlagnahme bei Berufsgeheimnisträgern.

¹³² BVerfGE 122, 342 (365 ff.) – Bayerisches Versammlungsgesetz; 121, 1 (20 ff.) – Vorratsdatenspeicherung (einstweilige Anordnung); 93, 181 (188–193) – Rasterfahndung (einstweilige Anordnung).

ordnung zum bayrischen Versammlungsgesetz, wenn es um die Folgen von versammlungsrechtlichen Bußgeldvorschriften geht:

„Verbindet sich die Wahrnehmung des Versammlungsrechts in dieser Weise mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, drohte dies der Inanspruchnahme eines elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts die Unbefangenheit zu nehmen. Damit verbundene Einschüchterungseffekte wiegen auch für die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung schwer.“¹³³

Das Bundesverfassungsgericht setzte unter anderem mit dieser Begründung einige Bußgeldtatbestände des Gesetzes außer Kraft.¹³⁴

Der besondere Prüfungsmaßstab dieses Verfahrens führt also dazu, dass das Bundesverfassungsgericht die Folgen einer staatlichen Maßnahme verstärkt zu untersuchen hat und seine Aufmerksamkeit dadurch fast unvermeidlich auf mögliche Abschreckungszusammenhänge gelenkt wird, die es in die Abwägung miteinstellt. Dies ist aufgrund des unterschiedlichen Maßstabs in Hauptsacheentscheidungen, der Folgenerwägungen nur als untergeordnete Aspekte der materiell-rechtliche Prüfung kennt, naturgemäß weniger der Fall.

h) Zwischenergebnis

Der Blick auf die unterschiedlichen Prüfungskontexte offenbart, dass das Bundesverfassungsgericht Abschreckungszusammenhänge nicht nur im Rahmen von Fragen nach etwaigen Grundrechtsbeeinträchtigungen beachtet, sondern auch zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Schutzbedürftigkeit von Verhalten fruchtbar macht. Ebenso dienen sie dem Bundesverfassungsgericht als Kriterium für seine Prüfungsdichte bzw. als Indiz für Rechtfertigungsanforderungen sowie der Beurteilung der Folgen von staatlichen Maßnahmen insgesamt.

Diese unterschiedlichen Prüfungskontexte enthüllen den vielseitigen Einsatz von Abschreckungseffekten in der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts. Die Konstellationen zeigen Einsatzmöglichkeiten des Arguments auf und vermitteln wiederum einen Eindruck seines Wirkungspotenzials. Dies legt zunächst einmal mehr den Bedarf nach wissenschaftlicher Aufarbeitung der Argumentationsfigur offen und ist zugleich Indiz für ein verfassungsrechtliches Interesse an ihrer Fundierung. Teil davon ist neben ihrer rechtlichen auch ihre tatsächliche Seite: Die Argumentation baut auf umfangreichen Annahmen über gesellschaftliche Wirkungszusammenhänge und menschliches Verhalten auf, welche den Bereich des Rechts und des konkreten Falles verlassen. Diesen verfassungsrichterlichen Vorannahmen soll nun nachgegangen werden.

¹³³ BVerfGE 122, 342 (365) – Bayrisches Versammlungsgesetz.

¹³⁴ BVerfGE 122, 342 (362) – Bayrisches Versammlungsgesetz.

4. Außerrechtliche Vorannahmen der Argumentation

Die besagten Abschreckungszusammenhänge stellen tatsächliche Phänomene außerhalb des Rechts dar. Zugleich wirken sie aber, wie gezeigt, als rechtliche Folgephänomene auf das Recht und vor allem seine Auslegung zurück. Sie entziehen sich als überindividuelle bzw. generelle Rechtstatsachen der Erkenntnis durch klassische rechtswissenschaftliche Methoden und bleiben damit wissenschaftlich der Erforschung bzw. Prognose durch andere Disziplinen vorbehalten.¹³⁵ Diese vermögen das, was außerrechtliche Prämisse besagter Rechtsprechung ist, theoretisch zu beschreiben und empirisch, also auf Grundlage gesammelter Daten, zu überprüfen. Da es sich bei Abschreckungszusammenhängen in der Praxis zum großen Teil um komplizierte Prognosen menschlichen Verhaltens sowie Annahmen über die subjektive Bewertung von rechtlichen Risiken durch Betroffene handelt, ist insoweit der Blick darauf lohnend, wie das Bundesverfassungsgericht bei ihrer nicht nur für Gerichte schwierigen Erhebung vorgeht.¹³⁶

Diese verfassungsgerichtlichen außerrechtlichen Vorannahmen offenzulegen, die den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinen Entscheidungen mit diesem Argumentationstopos zugrunde liegen, fällt indes schwer. Selten werden Kausalitätsannahmen explizit. Häufig finden sich die Ausführungen zu Abschreckungseffekten abgemildert im Konjunktiv¹³⁷ oder ihr Vorliegen wird offengelassen¹³⁸. Sozialtheoretisch fundierte Annahmen oder empirische Erhebungen, etwa in Form von Statistiken, werden in diesem Zusammenhang, soweit ersichtlich, nicht explizit bemüht. Dass sie bei der Herstellung der Entscheidungen keine Rolle gespielt haben, ist daraus allein freilich nicht zu schließen. Es mögen vielmehr gewisse Gründe gegen ihre Darstellung im Entscheidungstext gesprochen haben.¹³⁹ In vielen Entscheidungsbegründungen sind die Formulierungen zu Abschreckungszusammenhängen jedenfalls derart kurz oder vage gehalten, dass sich kaum Erkenntnisse darüber gewinnen lassen, von welchen Effekten auf das grundrechtlich geschützte Verhalten das Bundesverfassungsgericht genau aus-

¹³⁵ Es kann zwischen Einzeltatsachen und generellen Tatsachen, um welche es sich bei Abschreckungseffekten meist handelt, unterschieden werden. Letztere lassen sich auch funktional zugleich als „legislative facts“ begreifen. Nur Einzeltatsachen können ohne Weiteres durch die üblichen Beweiserhebungsmöglichkeiten des Gerichts etabliert werden. Zu diesem Thema *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 6 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation, 15 (26). Eingehend unten Kapitel 3 unter III.2.b).

¹³⁶ Zur Konkurrenz mit Tatsachenerhebungen und -einschätzungen des Gesetzgebers unten Kapitel 3 unter III.2.c).

¹³⁷ So z. B. BVerfGE 54, 208 (220) – Böll; 61, 1 (11) – Wahlkampf/„CSU: NPD Europas“; 66, 116 (137) – Springer/Wallraff.

¹³⁸ Siehe *Rath*, KJ Beiheft 2009 (1), 65 (70).

¹³⁹ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation, 15 (19); *Hoffmann-Riem*, in: Scherzberg/Betsch/Blanke/Walgenbach/Waschkuhn/Wegner (Hrsg.), Kluges Entscheiden, 3 (19).

geht und vor allem wie und wodurch diese Effekte im Einzelnen ausgelöst worden sein sollen.

Nur einige Entscheidungen mit ausführlicheren Begründungen in Bezug auf Abschreckungseffekte¹⁴⁰ lassen ausnahmsweise Vermutungen über bestimmte Kausalzusammenhänge erkennen bzw. thematisieren das Problem implizit¹⁴¹. Im Folgenden wird auf drei dieser Entscheidungen, die nicht repräsentativ sind, eingegangen.

a) BVerfGE 65, 1 – Volkszählung

Im Volkszählungsurteil widmet das Bundesverfassungsgericht Abschreckungseffekten einen längeren Absatz, um mit ihrer Hilfe das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu konturieren.¹⁴² Es strebt dabei die tatsächliche Sicherung von Entscheidungsfreiheit durch die Gewährleistung von Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen an. Diese Freiheit sieht das Gericht dadurch bedroht, dass der Grundrechtsträger nicht weiß, welche Informationen generell und speziell bei seinen Kommunikationspartnern über ihn vorliegen. Insbesondere „abweichende Verhaltensweisen“¹⁴³ könnten deswegen unterbleiben, weil er nicht sicher sein könne, wer von diesen Kenntnis erlangte. Behördliche Kenntnisnahme könnte dazu führen, dass auf die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit verzichtet würde. Dabei schließt das Gericht auch private Kenntnisnahme und dementsprechend gesellschaftliche Sanktionen nicht ausdrücklich aus. Diesen Gefahren für die Entscheidungsfreiheit sei durch die Möglichkeit zur informationellen Selbstbestimmung zu begegnen.

Das Bundesverfassungsgericht geht also davon aus, dass die subjektive Unsicherheit über das Vorhandensein von Informationen bei Dritten (hier am Beispiel der behördlichen Erfassung der Teilnahme an einer Versammlung oder Bürgerinitiative) zu einer persönlichen Verunsicherung bezüglich des eigenen Verhaltens führt. Davon können auch grundrechtlich geschützte Handlungen (hier die Ausübung von Art. 8 und 9 GG) betroffen sein. Das Bundesverfassungsgericht liefert dafür keine wissenschaftlichen Belege, postuliert aber eine konkrete psychologische Hypothese, die einer weiteren theoretischen Fundierung und empirischen Überprüfung zugänglich wäre.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ausführlicher z. B. auch BVerfGE 42, 143 (Sondervotum *Rupp-von Brünneck*, 159 f.) – Deutschland Magazin; 44, 353 (376) – Durchsuchung Drogenberatungsstelle; 66, 116 (134 f., 137) – Springer/Wallraff; 100, 313 (358 f., 381) – Telekommunikationsüberwachung I; 113, 29 (47) – Anwaltsdaten; 122, 342 (365 f., 366 f., 369 ff., 372 f.) – Bayrisches Versammlungsgesetz; BVerfG NJW 2011, 1859 (1862) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders.

¹⁴¹ So BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung.

¹⁴² BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung. Diese Passage zählt zugleich zu den wohl meist zitierten Stellen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

¹⁴³ BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählung.

¹⁴⁴ In dem jüngeren Beschluss BVerfG NVwZ 2007, 688 (690) – Videoüberwachung öffent-

Die hier herausgestellten tatsächlichen Annahmen bestimmen die verfassungsgerichtliche Rechtsfortbildung. Indem das Gericht dem Grundrechtsträger die Kontrolle über die Information seines Verhaltens in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung an die Hand gibt, sucht es ihn mit den Mitteln des Rechts in die Lage zu versetzen, die Verbreitung von Informationen so zu kontrollieren, wie es ihm zur Absicherung vor sanktionierenden Reaktionen Dritter nötig erscheint. Durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll der Einzelne im Vorfeld die Kontrolle über die notwendigen Bedingungen staatlicher wie privater Reaktionen erhalten.

b) BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung

Im Rasterfahndungsbeschluss wurde unter Bezugnahme auf die genannten Abschreckungserwägungen im Volkszählungsurteil sowie Entscheidungen zur Telekommunikations- und Wohnraumüberwachung die besondere Schwere des Eingriffs auf Stufe der Angemessenheit begründet.¹⁴⁵ Die besondere Streubreite von Maßnahmen wie der Rasterfahndung verursachten Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens, welches die Unbefangenheit des Verhaltens gefährde.¹⁴⁶ Dieses Gefühl des Überwachtwerdens nehme dem Verhalten dann die Unbefangenheit. Das Bundesverfassungsgericht rechnet also mit einer verstärkten Überprüfung von geplanten Handlungen und Verhaltenshemmungen beim Grundrechtsträger. Durch diese Argumentationsfigur unterscheidet sich die Entscheidung noch nicht erheblich von anderen.

Außergewöhnlich ist vielmehr, dass die Verfassungsrichterin *Haas* nicht nur den rechtlichen Erwägungen der Mehrheitsmeinung entgegentrat, sondern auch den tatsächlichen Annahmen der Entscheidung widersprach: „Verhaltenssteuernde oder -hemmende Bedeutung kommt entgegen der Meinung der Senatsmehrheit dem sekundenschnellen Datenabgleich nicht zu. Die Betroffenen werden ihr Verhalten deswegen nicht ändern.“¹⁴⁷ Sie stellt damit zwar nicht unbedingt in Frage, dass ein „Gefühl des Überwachtwerdens“ entstehen kann, bezweifelt aber jedenfalls dessen Auswirkung auf das Verhalten von Grundrechtsträgern.¹⁴⁸

Vielmehr behauptet sie:

„Eingeschüchtert hingegen und in seinem Verhalten beeinflusst wird der Einzelne durch die Furcht, die durch die Bedrohung von weltweit agierenden Terroristen verursacht wird

licher Plätze – nahm das Bundesverfassungsgericht auch auf den Abschnitt einer juristischen Monographie Bezug, der sich mit sozio-psychologischen Bedingungen von Überwachung befasst: *Geiger*, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, S. 52 ff.

¹⁴⁵ BVerfGE 115, 320 (354 f., vgl. auch 342) – Rasterfahndung.

¹⁴⁶ BVerfGE 115, 320 (355) – Rasterfahndung.

¹⁴⁷ BVerfGE 115, 320 (Sondervotum *Haas*, 375) – Rasterfahndung.

¹⁴⁸ Ähnlich wie in diesem Fall – wenn auch weniger konfrontativ – BVerfGE 125, 260 (Sondervotum *Eichberger*, 380 f.; Sondervotum *Schluckebier*, 366) – Vorratsdatenspeicherung.

und die auch ernst zu nehmen ist. Drohungen, denen auch Taten mit Folgen von nie zuvor erlebtem Ausmaß (New York, London, Madrid) gefolgt sind und weiter folgen können. Die Furcht vor derartigem Terror, derartigen Grausamkeiten wird den Einzelnen veranlassen, künftig Menschenansammlungen, Lokale, öffentliche Verkehrsmittel zu meiden. Diese Bedrohungslage wird es sein, die zur Verhaltensänderung führt.¹⁴⁹

Die Uneinigkeit zwischen Mehrheitsmeinung und Sondervotum scheint hier maßgeblich auch durch eine unterschiedliche Einschätzung von Tatsachen determiniert, nehmen doch beide Seiten für sich in Anspruch, die tatsächliche subjektive Sicherung grundrechtlicher Freiheitsausübung anzustreben. Außerrechtliche Vorannahmen kollidieren. Es besteht nämlich Unklarheit darüber, welche Bedrohungslage bei den Grundrechtsträgern zu tatsächlichen Verhaltensänderungen führt. Beide Seiten legen die ihrer Ansicht nach entscheidenden Kausalzusammenhänge in dieser Frage dar, ohne aber empirische Untersuchungen anführen zu können. Dabei bleibt es bei sich teilweise widersprechenden Behauptungen: Verfassungsrichterin *Haas* stellt die Annahmen der Mehrheitsmeinung in Abrede, teilt aber auch eigene Annahmen über andere Wirkungszusammenhänge mit. Es ist dabei denkbar, dass von beiden dargestellten Bedrohungslagen Abschreckungseffekte auf bestimmte Personen und spezielle Verhaltensweisen ausgehen. Insoweit widersprechen sich Mehrheitsmeinung und Sondervotum nicht zwingend. Die Uneinigkeit besteht vielmehr darüber, welcher Effekt sich für die Masse der Menschen handlungsleitend auswirkt. Die jeweils aufgestellten Behauptungen ließen sich mit den Methoden der Sozialpsychologie erhellen.

c) *BVerfGE 114, 339 – IM Stolpe*

Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Umgang mit nach Art. 5 Abs. 1 GG geschützten mehrdeutigen Tatsachen- und Meinungsäußerungen enthält bestimmte konkrete Annahmen zu Abschreckungskausalitäten, die sich durch die Judikate dieses Bereichs ziehen.¹⁵⁰ In einer Entscheidung, die sich mit Unterlassungsansprüchen im Hinblick auf Äußerungen zur inoffiziellen Mitarbeit eines Politikers beim Ministerium für Staatssicherheit befasst, komprimiert das Bundesverfassungsgericht seine diesbezügliche ratio auf folgende Formel: Nachträglich an eine Äußerung anknüpfende rechtliche Folgen, welche sanktionierenden Charakter entfalten könnten (dazu zählen z. B. Strafe, Verurteilung zu Widerruf, Schadensersatz, Geldentschädigung oder Richtigstellung), kommen nur dann

¹⁴⁹ BVerfGE 115, 320 (Sondervotum *Haas*, 376) – Rasterfahndung.

¹⁵⁰ Zunächst zu Meinungsäußerungen BVerfGE 114, 339 (349 ff.) – IM Stolpe; dann die Erweiterung auf Tatsachenäußerungen in BVerfG NJW 2006, 3769 (3773) – „Babycast“; Übersicht bei *Specht/Müller-Riemenschneider*, NJW 2015, 727 ff. Siehe auch BVerfGE 94, 1 (9) – DGHS; 93, 266 (295 f.) – „Soldaten sind Mörder“; 85, 1 (17 f.) – Kritische Bayer-Aktionäre; 82, 43 (52 f.) – Beleidigung durch Transparenzaufschrift; 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt; ähnliche Erwägungen finden sich zur Zensur BVerfGE 33, 52 (73; auch Sondervotum *Rupp-von Brünneck/Simon*, 89) – Zensur.

in Betracht, wenn für den Äußernden günstigere Deutungsmöglichkeiten hinreichend ausgeschlossen werden können. Bei zukunftsgerichteten Unterlassungsansprüchen hingegen, sind alle nicht fernliegenden Deutungsmöglichkeiten auf persönlichkeitsrechtsverletzende Gehalte zu überprüfen und dem Äußernden ist die Gelegenheit zur Klarstellung¹⁵¹ zu geben. Diese Unterscheidung liegt darin begründet, dass in zuerst genannten Fällen aufgrund ihres faktisch sanktionsartigen Charakters ein besonderes Schutzbedürfnis vor Einschüchterungseffekten bestehe¹⁵². Allein mit dieser Erwägung wird der divergierende rechtliche Maßstab begründet.¹⁵³ Das Bundesverfassungsgericht stellt also die Hypothese auf, dass von Strafen, Schadensersatz und Widerruf von Äußerungen – nicht aber von bloßen zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen – Abschreckungseffekte auf die Meinungsfreiheit ausgehen können.¹⁵⁴ Die These, dass diese Art von Ansprüchen und ihre Durchsetzung als nicht oder weniger¹⁵⁵ sanktionierend wahrgenommen würde, ist empirisch-wissenschaftlicher Überprüfung zugänglich.

d) Zwischenergebnis

In allen drei genannten Beispielen werden Abschreckungszusammenhänge im Vergleich zur restlichen Verfassungsrechtsprechung genauer erörtert und sich um die Darlegung zugrundeliegender Kausalitäten bemüht. Dabei gerät das Bundesverfassungsgericht sogar mitunter intern in Konflikt. Im Ergebnis ist aber festzuhalten, dass soziologische oder psychologische Forschung zu Abschreckungsproblematiken – soweit diese schon vorhanden war bzw. ist – ihren Weg nie explizit in die Verfassungsrechtsprechung gefunden hat und wahrscheinlich auch eher

¹⁵¹ Zur dieser Klarstellung als Obliegenheit und der Vermeidung von Abschreckungseffekten durch diese BVerfG NJW 2008, 1654 (1656) – Anspruch auf Gegendarstellung bei verdeckten Aussagen und Pressefreiheit.

¹⁵² BVerfGE 114, 339 (349 ff.) – IM Stolpe; BVerfG NJW 2006, 3769 (3773) – „Babycaust“.

¹⁵³ *Specht/Müller-Riemenschneider*, NJW 2015, 727 (728 f.) argumentieren, das Bundesverfassungsgericht unterscheide nicht zwischen sanktionierenden und nicht sanktionierenden Ansprüchen, sondern zwischen die ursprüngliche Äußerung rückwirkend berührenden und nicht berührenden Ansprüchen. Ausweislich des Wortlauts von BVerfGE 114, 339 (350 f.) – IM Stolpe – geht diese Unterscheidung aber in der Differenzierung zwischen abschreckenden und nicht abschreckenden Ansprüchen auf. Wohl wie hier *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 140 Fn. 64 und *Helle*, AfP 2006, 110 (114).

¹⁵⁴ Kritisch daher *Teubel*, AfP 2006, 20 (21 f.); *Helle*, AfP 2006, 110 (114 f.); *Gas*, AfP 2006, 428 (430); m. w. N. *Meskouris*, Der Staat 48 (2009), 355 (361 f.).

¹⁵⁵ *Specht/Müller-Riemenschneider*, NJW 2015, 727 (729) gehen davon aus, dieses „Weniger“ sei als Unterscheidung hinreichend. Das Bundesverfassungsgericht behauptet jedoch explizit: „Anders als bei straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen, die nachträglich an eine schon gefallene Äußerung anknüpfen, ist ein den Prozess freier Meinungsäußerung und -bildung beeinträchtigender Einschüchterungseffekt durch diese Anforderungen an den sich Äußernden nicht zu erwarten. [Hervorhebung durch d. Verf.]“, BVerfGE 114, 339 (351 ff.) – IM Stolpe. Kritisch gerade auch aus rechtsvergleichender Perspektive *Meskouris*, Der Staat 48 (2009), 355 (377, 381, 384).

selten rezipiert und ausgewertet wurde.¹⁵⁶ Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich z. B. in den Voten der Berichterstatter noch ausführlichere Auseinandersetzungen mit der nicht rechtswissenschaftlichen Literatur finden.¹⁵⁷ In der Darstellung der Entscheidung im Urteilstext ist jedenfalls eine intuitive, wohl an eigenen und fremden Erfahrungen orientierte, Gewinnung von generellen Rechtstatsachen dominierend.¹⁵⁸

Es ist festzuhalten, dass sich das Bundesverfassungsgericht, wenn es um Abschreckungseffekte geht, regelmäßig mit Plausibilitätsannahmen begnügt. Damit ist freilich noch nichts über ihre Berechtigung und mögliche Alternativen der Gewinnung dieses Teils des Tatsachenfundaments der Verfassungsrechtsprechung gesagt.¹⁵⁹

5. Verfassungsdogmatische Dimensionen des Arguments

Insbesondere die Untersuchung der Grundrechtskonstellationen, in denen sich Abschreckungszusammenhänge finden, sowie die unterschiedlichen Kontexte in der verfassungsgerichtlichen Prüfung haben verdeutlicht, wie vielseitig die Argumentationsfigur vom Bundesverfassungsgericht verwendet wird. Schon ihre jahrzehntelange Allgegenwart in der Verfassungsrechtsprechung und ihre Wandelbarkeit legen nahe, dass sie nicht nur *eine* bestimmte Dimension in Bezug auf Verfassungsdogmatik und Entscheidungspraxis besetzt. Die Argumentations-

¹⁵⁶ Auch zu den Gutachtern des Bundesverfassungsgerichts zählten zum Beispiel von 1969 bis 1979 so gut wie keine Soziologen oder Psychologen, *Blankenburg/Treiber*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, 9 (17 f.).

¹⁵⁷ Die Voten können eine Länge von mehr als hundert Seiten erreichen und enthalten z. B. häufig neben juristischer auch nicht juristische Fachliteratur, die eher selten den Weg in den Urteilstext findet, berichtet *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, S. 92, 443.

¹⁵⁸ *Rath*, *KJ Beiheft* 2009 (1), 65 (70) spricht vom „Verzicht auf jede Empirie“; *H. A. Hesse*, *DVBl* 1976, 657 (658 ff.) kommt für Teile der Rechtsprechung zu Art. 12 GG zu einem ähnlichen Ergebnis; den generellen Eindruck teilt auch *Grimm*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, 39 (51).

Für die spärliche explizite Bezugnahme auf nicht rechtswissenschaftliche Forschung sind verschiedene praktische Erklärungen denkbar, ohne dass diese Frage hier geklärt werden kann: Mangelndes Vertrautsein mit fremden Forschungsgebieten, die einer eigenen disziplinären Logik folgen, kommt ebenso in Betracht wie Zweifel an der Übertragbarkeit der gefundenen Ergebnisse – gerade bei empirischer Forschung. Auch das Risiko, die in Bezug genommenen Theorien könnten sich später als falsch oder zumindest obsolet oder unvollständig herausstellen und die damit verbundene Sorge, das Entscheidungsergebnis und gefundenes Recht würden in Frage gestellt, mag das Bundesverfassungsgericht bewogen haben. Denkbar ist freilich auch, dass sich im Verzicht auf nicht juristische wissenschaftliche Ergebnisse eine Einschätzung des Gerichts widerspiegelt, Abschreckungsprobleme seien verfassungsrechtliche Nebenschauplätze oder in vielen Fällen nur unterstützende Hilfsargumente. Schließlich ist auch vorstellbar, dass gefundene Ergebnisse nicht zur Intuition des Gerichts passten oder aber einschlägige Forschung schlicht nicht vorhanden oder nicht auffindbar war.

¹⁵⁹ Dazu unten Kapitel 3 unter III.2.b) und c).

figur besitzt vielmehr eine Mehrzahl an Dimensionen. Zwar wird nicht jede dieser Dimensionen in der jeweiligen Verwendungskonstellation vollständig erkennbar, doch es zeigen sich in den meisten Fällen mehrere.

a) *Reaktion auf fehlgehende Steuerungswirkung von Recht*

Zunächst wird das Abschreckungsargument verwendet, um Fehlwirkungen des einfachen Rechts, insbesondere aufgrund von rechtlicher Unschärfe, auf grundrechtsdogmatischem Wege zu begegnen.¹⁶⁰

Die Steuerung von Verhalten ist als klassische Funktion von Recht anerkannt.¹⁶¹ Eine solche Steuerung kann aber auch fehlgehen, wenn Ziel und Wirkung einer Norm auseinanderfallen. Hier sind bei dem Ziel negativer Verhaltensbeeinflussung grundsätzlich zwei Konstellationen des Steuerungsversagens denkbar: Das Recht ist entweder nicht in der Lage, gemäß des Ziels einer Norm unerwünschtes Verhalten zu unterbinden oder aber es verhindert – gewissermaßen „versehentlich“ – eigentlich erwünschtes Verhalten. Die letztere Konstellation einer überschießenden Steuerungswirkung tritt in vielen Entscheidungskonstellationen des Bundesverfassungsgerichts zu Abschreckungseffekten auf. Es handelt sich dabei vor allem um Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht die Gefahr sah, dass gesetzliche Unschärfe, Unbestimmtheit bzw. Vagheit die Grundrechtsausübung hinderte. Unklare rechtliche Regelungen, so die zugrundeliegende Annahme, vermögen die Genauigkeit der verhaltenslenkenden Wirkung des Rechts negativ zu beeinflussen und eigentlich erwünschte Grundrechtsverwirklichung zu unterbinden. Im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit wurden so die Anforderungen an die Präzision gesetzlicher Bestimmungen erhöht. Als Beispiel hierfür kann BVerfGE 113, 348 (375 f.) – vorbeugende Telekommunikationsüberwachung – dienen:

„Anhand der gesetzlichen Regelung muss der Betroffene die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert [...]“.

Diesen Anforderungen wurde durch § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen SOG zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nicht Genüge getan und die Norm aus diesen Gründen für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt.¹⁶² Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die dargelegte Funktion des Arguments darin besteht, eine bestimmte Art des Steuerungsversagens von Recht zu korrigieren.

¹⁶⁰ Diese Idee findet sich auch bei *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (688).

¹⁶¹ Siehe z. B. differenzierend *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, S. 73 ff.

¹⁶² So die Entscheidungsformel BVerfGE 113, 348 (349, auch 392) – Präventive Telekommunikationsüberwachung.

b) Indikator für Prüfungsdichte und Prüfungsmaßstab

Daneben können Abschreckungseffekte auch als Indikator für die Prüfungsdichte und den Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts dienen.

Das Bundesverfassungsgericht prüft nach dem eigenen Verständnis seiner Aufgabe im Verfassungs- und Gerichtsgefüge nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts¹⁶³ und nicht etwa, ob eine Entscheidung lediglich objektiv rechtlich fehlerhaft war. Es dispensiert jedoch von diesem Grundsatz, wenn es über den Einzelfall hinausgehende negative Wirkungen in Bezug auf den Gebrauch von Grundrechten vermutet.¹⁶⁴ In diesen Fällen unterzieht das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtliche Entscheidung einer besonders gründlichen, kleinteiligen Prüfung und erstreckt seine Tätigkeit auf „Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts“¹⁶⁵.

In Entsprechung dieser Verdichtung der verfassungsgerichtlichen Prüfung können sich Abschreckungseffekte auch auf den dabei angelegten Maßstab auswirken. Anschaulich wird dies im Rahmen der Maßstabsverschiebung bei Art. 3 GG, wo die mögliche Verursachung von Abschreckungseffekten zur Folge hat, dass Ungleichbehandlungen dann nicht nur nicht willkürlich sein dürfen, sondern auch verhältnismäßig sein müssen.¹⁶⁶

Im Anschluss an die oben unter 3. identifizierten Verwendungen des Abschreckungsarguments auf bestimmten Stufen des Prüfungsaufbaus, zeigt sein Einsatz als Indikator für die Prüfungsdichte und Prüfungsmaßstab also eine weitere wichtige grundrechtsdogmatische Dimension auf.

c) Berücksichtigung subjektiver Vorbedingungen der Grundrechtsausübung

Zugleich bedeutet die Bezugnahme auf Abschreckungseffekte eine Erweiterung der verfassungsrechtlichen Perspektive um die subjektiven Vorbedingungen von Grundrechtswahrnehmung. Diese Erweiterung zeigt sich insbesondere dann, wenn die Frage nach der Rechtmäßigkeit von Verhalten mit besonderer Unsicher-

¹⁶³ Vgl. hierzu bereits oben Fn. 122 und zugehörigen Haupttext.

¹⁶⁴ So in Bezug auf die Ausübung der Kunstfreiheit BVerfGE 83, 130 (145 f.) – Josephine Mutzenbacher: „Ein nachhaltiger Eingriff, der zu einer intensiveren verfassungsrechtlichen Prüfung führt, liegt nicht allein bei einer strafgerichtlichen Ahndung von Verhalten vor, das unter dem Schutze des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG steht. Ein solcher Eingriff ist vielmehr auch bei anderen Entscheidungen von Staatsorganen anzunehmen, wenn diese geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkungen zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen [...]“

¹⁶⁵ BVerfGE 43, 130 (136, Grundsatz auf 135) – Politisches Flugblatt.

¹⁶⁶ BVerfGE 126, 400 (417 f.) – Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnern: „Dabei kommt es hinsichtlich der Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann [...]“. Vgl. auch schon Fn. 115 f.

heit behaftet ist und daher dem Grundrechtsträger eine schwierige Risikoabschätzung abverlangt wird.¹⁶⁷ Pointiert kommt dies auch in der abweichenden Meinung der Richterin *Rupp-von Brünneck* in BVerfGE 42, 143 – Deutschland-Magazin – zum Ausdruck, wenn es um die Form möglicher Meinungsäußerungen geht:

„Die unmittelbare Folge [der gerichtlichen Unterlassungsverfügung, d. Verf.] ist eine entsprechende Verunsicherung der Betroffenen, die im Zweifel von der Äußerung des bestimmten Gedankeninhalts lieber ganz absehen werden, als sich dem Risiko erneuter und diesmal womöglich härterer Sanktionen auszusetzen.“¹⁶⁸

Richterin *Rupp-von Brünneck* vermutete also, dass eine persönliche, subjektive Unsicherheit über rechtliche Folgen entstände, die dazu führte, dass auch erlaubtes Verhalten nicht mehr oder nicht in gleicher Weise erfolgen würde wie zuvor.

Im Kontrast dazu stehen die Maßstäbe der klassischen verfassungsgerichtlichen Prüfung, die nicht auf die subjektive Motivationslage, Risikoneigung und innere Gedankenwelt der Grundrechtsträger Bezug nehmen. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befassen sich in der Regel nicht mit der subjektiven Motivationslage, welche mit den Entscheidungen zur grundrechtlichen Betätigung korrespondiert oder ihr vorausgeht, sondern lediglich mit dem (verfassungs)rechtlichen Dürfen oder Nichtdürfen von Handlungen, die der einfachen Sinneswahrnehmung zugänglich sind. Die mit diesen Handlungen korrespondierende äußerliche grundrechtliche Handlungsfreiheit lässt sich auch als *forum externum* bezeichnen. Ihre Einschränkung bildet meist den Gegenstand verfassungsgerichtlicher Prüfung. Staatliches oder privates Einwirken *allein* auf die subjektive Seite von Grundrechten (*forum internum*) wird regelmäßig nicht rechtlich angegriffen.¹⁶⁹

Beachtenswert ist nun, dass durch die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten die Einwirkung auf die Handlungsintention, die der Grundrechtsausübung vorausliegt, verfassungsrechtliche Relevanz erhält. Eine ähnliche Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes mittels Internalisierung erfolgt auch durch die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1

¹⁶⁷ Deutlich in BVerfGE 54, 129 (136) – Kunstkritik; 54, 208 (220) – Böll; 69, 315 (358) – Brokdorf; 122, 342 (365) – Bayrisches Versammlungsgesetz.

¹⁶⁸ BVerfGE 42, 143 (159) – Deutschland-Magazin; später macht sich auch die Senatsmehrheit die Argumentation dieser abweichenden Meinung zu eigen in BVerfGE 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt; 81, 278 (156) – Bundesflagge.

¹⁶⁹ Häufig wird das *forum internum* – als (z. T. religiöse) Gedankenfreiheit verstanden – dem grundrechtlichen Kernbereich zugeordnet und damit sein absoluter Schutz festgestellt, vgl. z. B. *Vogelsang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, S. 90 f.

Zschoch, Die präventiv-polizeiliche Rasterfahndung, S. 155 f. lehnt einen Eingriff durch Rasterfahndung in das *forum internum* als religiöse Gedankenfreiheit ab, weil diese Maßnahme „keine Auswirkung auf die Gedankenwelt“ habe. Der Verdacht liegt nahe, dass diese Ansicht auch auf dem bisherigen Mangel an denkbaren Eingriffskonstellationen beruht und der postulierte absolute normative Schutz vielmehr durch die Begrenztheit tatsächlicher Möglichkeiten begründet ist als durch einen etwaigen echten Status rechtlicher Absolutheit. Die Kategorie bleibt bisher inhaltsarmes Chiffre.

Abs. 1 GG und insbesondere seiner spezifischen Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁷⁰ Diese Grundrechte lassen sich als verfassungsrechtlicher Vorfeldschutz begreifen¹⁷¹, welcher die Wahrnehmung insbesondere auch der Kommunikationsgrundrechte ermöglichen soll. Im Rahmen des subjektiven Vorfeldschutzes durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht findet die Schutzausweitung aber allein auf Schutzbereichsebene statt.¹⁷² Auf Abschreckungseffekte kann aber grundsätzlich auf fast allen Stufen der Grundrechtsprüfung Bezug genommen werden.

Diese Berücksichtigung der mit der Grundrechtsausübung verbundenen Willensentschließungsfreiheit stellt damit eine grundrechtsdogmatische Schutzerweiterung dar. Ihr Schutz ist bisher explizit nur fragmentarisch erfolgt.¹⁷³ Die Willensentschließungsfreiheit findet meistens lediglich akzessorisch bei Einwirkungen auf die klassischen grundrechtlich geschützten Verhaltensfreiheiten (forum externum) Erwähnung. Schon aus der Einwirkung auf das äußere Verhalten allein ergibt sich in Eingriffskonstellationen in der Regel die Überschreitung der Eingriffsschwelle; Abschreckungseffekte als Einwirkungen auf die Willensentschließungsfreiheit werden lediglich unterstützend herangezogen.¹⁷⁴

¹⁷⁰ „Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit, indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen lässt. Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter entstehen, so insbesondere wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden, die der Betroffene weder überschauen noch beherrschen kann. Vor allem mittels elektronischer Datenverarbeitung können aus solchen Informationen weitere Informationen erzeugt und so Schlüsse gezogen werden, die sowohl die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit mit sich bringen können [...]“; BVerfGE 118, 168 (184 f.) – Kontostammdaten; mitunter fast wortgleich BVerfGE 120, 274 (311 f.) – Online-Durchsuchungen; 120 378 (397) – Automatisierte Kennzeichenerfassung.

¹⁷¹ *Schulz*, in: *Altmeppen/Donges/Künzler/Puppis/Röttger/Wessler* (Hrsg.), *Soziale Ordnung durch Kommunikation?*, 89 (93 f.); *Hermstrüwer*, *Informationelle Selbstgefährdung*, S. 35 f.; *Held*, *Intelligente Videoüberwachung*, S. 98, charakterisiert das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung insoweit als „Meta-Grundrecht“, siehe auch a. a. O. S. 94 f. in Bezug auf Art. 10 GG.

¹⁷² Sie vertypt damit bereits auf dieser Stufe Fragen der staatlichen Verhaltensbeeinflussung, die sich sonst in vielen Fällen als Problem des Eingriffs in die Willensentschließungsfreiheit eines speziellen Freiheitsgrundrechts darstellen würden. Hierzu noch unter II.4.

¹⁷³ Ein klassisches Beispiel für die Anerkennung von einem grundrechtlich geschützten forum internum findet sich bei der Religionsfreiheit, *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), GG, Lfg. 27 1988, Art. 4 Rn. 66. Auch BVerfGE 133, 277 (348) – Antiterrordateigesetz – jüngst ausdrücklich: „Das Anknüpfen an ein solches Kriterium [das Befürworten von Gewalt, d. Verf.], das unmittelbar auf das forum internum abstellt und damit auf den unverfügbaren Innenbereich des Individuums zugreift, ist besonders geeignet, einschüchternde Wirkung auch für die Wahrnehmung der Freiheitsrechte wie insbesondere der Glaubens- und Meinungsfreiheit zu entfalten.“

¹⁷⁴ Vgl. z. B. BVerfG NJW 2005, 965 – Durchsuchung von Redaktionsräumen in einem Strafverfahren; BVerfGE 117, 244 (259) – CICERO. Inwieweit eine staatliche Einwirkung auf Grundrechtsträger aber auch *allein* durch Abschreckung einen mittelbaren Eingriff bzw. eine Beeinträchtigung darstellt, ist noch nicht abschließend verfassungsgerichtlich geklärt. Erkennt man den Eingriffscharakter von Abschreckungseffekten unter bestimmten Umständen an,

Im Ergebnis leistet die Bezugnahme auf Abschreckungseffekte also die Anerkennung subjektiver Vorbedingungen von grundrechtlicher Betätigung. Dies bedeutet zugleich die Berücksichtigung menschlicher Konstitution bei der Verfassungsrechtsfindung.

d) Generalisierung des Grundrechtsschutzes über den anhängigen Einzelfall hinaus, insbesondere auf gesellschaftliche Institutionen und Techniken

Des Weiteren erlaubt die Anerkennung von Abschreckungseffekten als verfassungsrechtlich relevant dem Bundesverfassungsgericht, den Prüfungsgegenstand bestimmter Verfahrensarten zu erweitern. Dies lässt sich etwa am Beispiel der Verfassungsbeschwerde aufzeigen: Ihr Gegenstand beschränkt sich nach ihrer traditionellen Konzeption als außerordentlicher Individualrechtsbehelf zunächst *personell* auf den einzelnen Beschwerdeführer und *materiell* auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Hoheitsaktes und dessen gesetzlicher Grundlage. Doch schon durch die Prüfung von letzterem gewinnt die Verfassungsbeschwerde eine gewisse Breitenwirkung, welche über den Einzelfall hinausgeht. Dies allein ließe sich noch als bloßer Reflex von Entscheidungsfolgen abtun. Doch der erweiterte Blickwinkel findet sich auch in § 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG, wonach eine Verfassungsbeschwerde bei grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung zur Entscheidung anzunehmen ist. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn an der Klärung der zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Frage ein „über den Einzelfall hinausgehendes Interesse“¹⁷⁵ besteht.¹⁷⁶

übertreten diese damit die Schwelle zur verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit und sind dadurch umfassend justiziabel. Dazu im Einzelnen unten Kapitel 4 unter IV.2. Dafür dass ein Eingriff durch Abschreckung möglich sein muss, spricht vor allem die Erkenntnis, dass die realen Verwirklichungsbedingungen von grundrechtlichen Handlungsfreiheiten zu maßgeblichen Anteilen subjektiver Natur sind und sich Einflussnahmen auf diese ebenso schwer auswirken können wie rein externe Einwirkungen. Vgl. auch zu den Fällen sogenannter Gefährdungsanschriften OVG Lüneburg NJW 2006, 391 (392).

¹⁷⁵ BVerfGE 90, 22 (25) – Annahmegründe: „Das kann etwa dann der Fall sein, wenn sie für eine nicht unerhebliche Anzahl von Streitigkeiten bedeutsam ist oder ein Problem von einigem Gewicht betrifft, das in künftigen Fällen erneut Bedeutung erlangen kann.“ Ihrer Funktion nach wird die Verfassungsbeschwerde daher auch als „spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts“ bezeichnet, BVerfGE 33, 247 (259) – Klagestop Kriegsfolgen. Mit direktem Bezug auf Abschreckungseffekte: BVerfGE 81, 278 (290) – Bundesflagge.

Zur Annahmepaxis bei Verfassungsbeschwerden und Abgrenzung zum US-amerikanischen Zugriffsverfahren anschaulich *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S. 105 ff., 504 und *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 423 ff.

¹⁷⁶ Das Bundesverfassungsgericht konstatiert selbst: „Auch da, wo [das Bundesverfassungsgericht] über verletzte Rechte oder behauptete Pflichten entscheidet, steht es weniger im Dienste subjektiver Rechtsverfolgung als im Dienste objektiver Bewahrung des Verfassungsrechts.“, BVerfGE 6, 79 (86) – Plenargutachten Heuß.

Die Abschreckungsargumentation erlaubt es nun, diese gelockerte prozessuale Perspektive auch im Rahmen der materiellen Prüfung durch generalisierende Erwägungen umzusetzen bzw. weiter zu ergänzen. Dies geschieht hier durch die Prognose überindividuelle Effekte mit grundrechtlicher Relevanz. Diese meist vermuteten Wirkungszusammenhänge können in Bezug auf beeinflusstes Verhalten und Personen sehr unterschiedlich ausfallen. Meist sind sie unspezifisch¹⁷⁷, mitunter aber auch inhaltlich¹⁷⁸ oder personell¹⁷⁹ begrenzt. Auffällig ist dabei, dass häufig die Funktionsweise von bzw. das Vertrauen in eine spezielle Institution oder Technik von gesellschaftlicher Bedeutung besonders geschützt wird. Klassische Beispiele sind die Funktionsfähigkeit der Presse¹⁸⁰ bzw. des Rundfunks¹⁸¹ oder die gesellschaftliche Bedeutung der Vertraulichkeit von Individualkommunikation¹⁸².¹⁸³ Dem geht implizit die Anerkennung der besonderen verfassungsrechtlichen Schutzbedürftigkeit und -fähigkeit der korrespondierenden gesellschaftlichen Institutionen oder Techniken voraus.

Abschreckungseffekte erlauben insoweit die Berücksichtigung und den Schutz von über den einzelnen Fall hinausgehenden gesellschaftlichen Wirklichkeiten in der Verfassungsrechtsprechung. Sie helfen insbesondere dabei, das tatsächliche Funktionieren bestimmter gesellschaftlicher Institutionen oder Techniken im staatlichen und gesellschaftlichen Gefüge mit verfassungsrechtlichen Mitteln zu sichern.

e) Konnex zwischen subjektiv-abwehrrechtlicher Dimension der Grundrechte und objektiver (Wert-)Ordnung

Schließlich können Abschreckungsargumentationen eine Verbindung zwischen den verschiedenen Struktureigenschaften von Grundrechten herstellen.¹⁸⁴ Das

¹⁷⁷ „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.“; BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; ähnlich BVerfGE 83 130 (145 f.) – Josephine Mutzenbacher; 86, 1 (10) – TITANIC/„geb. Mörder“.

¹⁷⁸ Z. B. auf die Erörterung von Fragen der Landesverteidigung in BVerfGE 20, 162 (180 f., 200 f.) – SPIEGEL.

¹⁷⁹ Durch Kostenrisiken abgeschreckte Rechtsuchende BVerfGE 117, 163 (194 f., 196 f.) – Anwaltliche Erfolgshonorare; Pressorgane und Publizisten BVerfGE 42, 143 (Sondervotum Rupp-von Brünneck, 159) – Deutschland-Magazin.

¹⁸⁰ BVerfGE 20, 162 („Sondervotum“, 200 f.) – SPIEGEL; 66, 116 (134 f., 137) – Springer/Wallraff; 85, 1 (22) – Kritische Bayer-Aktionäre; 117, 244 (259, 272) – CICERO.

¹⁸¹ BVerfGE 107, 299 (310) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; BVerfG NJW 2011, 1859 (1862) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders.

¹⁸² BVerfGE 93, 181 (188) – Rasterfahndung (einstweilige Anordnung); 100, 313 (358 f., 381) – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe; 125, 260 (320) – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁸³ Dies geschieht häufig zugleich unter Bezugnahme auf die objektive (Wert-)Dimension der Grundrechte. Dazu jetzt e).

¹⁸⁴ Die Einzelheiten der strukturellen Beschaffenheit von Grundrechten sind sehr umstrit-

Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass Grundrechte in erster Linie darauf gerichtet sind, dem Einzelnen individuelle Ansprüche gegen den Staat auf Achtung seiner Freiheitssphäre zu verleihen.¹⁸⁵ Indem der Bürger sich auf Grundrechte beruft, kann er staatliche Handlungen abwehren, die in geschützte Bereiche eindringen. Nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts sind Grundrechte daneben jedoch auch objektive Normen, die auf die Schaffung bestimmter gesellschaftlicher Zustände hinwirken und insoweit eine Ordnung vorgeben.¹⁸⁶ Im Hinblick auf diese Dimension sprach das Bundesverfassungsgericht, wenn es um die Grundrechte in ihrer Gesamtheit ging, zunächst häufig von einer „objektiven Wertordnung“¹⁸⁷. Inzwischen wird der Wertbegriff gemieden und die Begriffe des „objektiven Gehalts“¹⁸⁸ und der „objektiven Ordnung“¹⁸⁹ dominieren.¹⁹⁰ *Praktisch* dienen objektive grundrechtliche Gehalte in erster Linie dazu, den Grundrechten über die bloße Abwehr staatlicher Handlungen hinausgehende Funktionen wie Schutzpflichten, Leistungspflichten oder Ausstrahlungswirkungen zu entnehmen.¹⁹¹ Durch diese kann der Gefährdung von grundrechtlichen Verwirklichungsbedingungen durch Umweltereignisse oder durch Dritte – Private oder auch fremde Staatsgewalten – begegnet werden. Bei klassischen Eingriffskonstellationen ist die Bedeutung objektiver Gehalte naturgemäß gering, weil für die verfassungsrechtliche Prüfung die subjektiv-abwehrrechtliche Dimension des

ten. Häufig konkurrieren die Begriffe der Funktion und Dimension, die hier als Struktureigenschaften zusammengefasst werden. Siehe zu den Begriffen Funktion und Dimension *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 38 Rn. 1 f.

Im Folgenden wird das verfassungsgerichtliche Verständnis der grundrechtlichen Struktureigenschaften zu Grunde gelegt. Im Einzelnen dann noch unten Kapitel 3 unter III.2. a)dd) und Kapitel 4 unter I.

¹⁸⁵ Siehe nur BVerfGE 7, 198 (204 f.) – Lüth.

¹⁸⁶ BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth; 81, 242 (254 f.) – Handelsvertreter; 98, 365 (395) – Versorgungsanwartschaften.

Am deutlichsten wird diese Wirkung der Grundrechte sicherlich bei den Ansätzen, die dem Wertbegriff folgen, so insbesondere *Dolderer*, *Objektive Grundrechtsgehalte*, S. 117 ff., der hieraus eine „Grundrechtsverwirklichungspflicht“ herleitet. Grundlegend *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 71 ff., 117 ff., 125 ff., der Grundrechte als Prinzipien und Werte charakterisiert. Als Werte bestimmten Grundrechte eine tatsächliche oder rechtliche Realität als gut bzw. richtig und legten damit allgemeine „Soll-Zustände“ fest.

¹⁸⁷ Z. B. BVerfGE 34, 269 (280) – Soraya; 35, 79 (113) – Hochschul-Urteil; aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2004, 2008 (2009) – Einschränkung der Eheschließungsfreiheit durch Ebenbürtigkeitsklausel im Erbvertrag.

¹⁸⁸ Beispielsweise BVerfGE 85, 191 (212) – Nachtarbeitsverbot; 98, 365 (395) – Versorgungsanwartschaften.

¹⁸⁹ Beispielsweise BVerfGE 73, 261 (269) – Sozialplan; 98, 365 (395) – Versorgungsanwartschaften.

¹⁹⁰ M. w. N. *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 38 Rn. 8; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 69 S. 899 ff..

¹⁹¹ *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 38 Rn. 7 ff.; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 69 S. 922 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Kommunikationsfreiheiten*, S. 32 ff.

Grundrechts als Maßstab ausreicht. Doch auch in diesen Konstellationen kann ein allgemeiner Soll-Zustand als Ausdruck des objektiven Grundrechtsgehalts Orientierung bieten. Die Bezugnahme auf Abschreckungseffekte in klassisch abwehrrechtlichen Konstellationen führt nämlich dazu, dass die Gefährdung von objektiven Gehalten auch in Eingriffskonstellationen stärker explizit in die Entscheidungsbegründung eingeht. Die Verwirklichung der objektiven Grundrechtsordnung erscheint dann nicht mehr nur als Wirkungsreflex des Einzelfalls.¹⁹² Vielmehr wird anlässlich eines bestimmten Verfahrens die Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte in den Blick genommen. So begründete das Bundesverfassungsgericht die besondere Schwere von Abhörmaßnahmen in Wohnungen auch unter Rückgriff auf eine solche Gefährdung:

„Art. 13 GG schützt den Einzelnen vor staatlichen Eingriffen in die räumliche Privatsphäre und gewährleistet damit in seinem *objektivrechtlichen Gehalt* die Vertraulichkeit der Kommunikation auch in ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung. Die zum Schutze des einzelnen Grundrechtsträgers geschaffenen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorkehrungen kommen auch dem Vertrauen der Allgemeinheit in eine grundrechtsschonende Überwachungspraxis zugute [...; Hervorhebung durch d. Verf.]“¹⁹³.

Damit löst sich das Bundesverfassungsgericht argumentativ von der individuell-abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte und dem konkreten Fall¹⁹⁴ und wendet sich der objektiven Grundrechtsdimension zu. Hier geht es nicht mehr nur um den Schutz von vertraulicher Kommunikation des Einzelnen oder bestimmter Gruppen, sondern um die Gewährleistung der Intimität von Kommunikation in privaten Räumen in ihrer Bedeutung für die durch das Grundgesetz verfasste Gesellschaft schlechthin.

Abschreckungsargumentationen können folglich eine Verbindung zwischen der subjektiv-abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte und objektiven Grundrechtsgehalten herstellen. Sie bilden größeren gesellschaftlichen Wirklichkeiten in Form von objektiven Grundrechtsgehalten eine Gasse, wenn es vorgeblich um den Einzelfall geht.¹⁹⁵

¹⁹² So oben in Fn. 175.

¹⁹³ BVerfGE 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe. Vergleichbare Argumentationen finden sich in BVerfGE 107, 299 (328) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 113, 29 (49) – Anwaltsdaten.

¹⁹⁴ Dies hat die hier identifizierte Funktion mit der soeben unter d) identifizierten gemein. Sie unterscheidet sich jedoch von dieser, weil es nicht nur um überindividuelle Erwägungen mit Rückwirkungen auf den Einzelfall geht, sondern eine andere grundrechtliche Dimension explizit angesprochen ist. Das beschriebene Phänomen des Überindividuellen wird insoweit grundrechtsstrukturell gespiegelt. Die Abgrenzung bleibt natürlich im Einzelnen problematisch und die Unterscheidung soll hier vornehmlich dem Verständnis des untersuchten Arguments dienen.

¹⁹⁵ Siehe auch *Assion*, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.), Überwachung und Recht, 31 (46 f., 59); Ansätze bei *Rath*, KJ Beiheft 2009 (1), 65 (70); ähnlich in Bezug auf die Online-Durchsuchung schon *Lorenz*, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza/Kloepfer/Jarras/Degenhart/Lepsius (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 17 (27 f.); als „Interaktion der Grundrechtsdimensionen“

II. Der chilling effect in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts im Vergleich

Das US-amerikanische Schwesterphänomen des Abschreckungseffekts, das metaphorisch chilling effect genannt wird, hat in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts und in der entsprechenden amerikanischen rechtswissenschaftlichen Literatur eine deutlich prominentere Rolle eingenommen als sein Gegenstück im deutschen Rechtsdiskurs. Daher ist ein Blick auf den chilling effect lohnend, auch um bei Kritik und Ausbau der Argumentationsfigur für das deutsche Verfassungsrecht hierauf an geeigneter Stelle zugreifen zu können.¹⁹⁶ Stärker als der Teil zu Abschreckungseffekten in der deutschen Verfassungsrechtsprechung orientiert sich dieser Abschnitt daher auch an der ungleich reichhaltigeren rechtswissenschaftlichen Literatur. Im Vordergrund der folgenden Analyse steht entsprechend den Zielen des Vergleichs weniger die vollständige Erfassung US-amerikanischer Rechtsprechung zum chilling effect als eine Auswahl von bedeutenden Urteilen, die sich dieser Argumentationsfigur bedienen, sowie ihre wissenschaftliche Einordnung. In jedem Abschnitt werden Rechtsprechung und Methodik des Bundesverfassungsgerichts dem Vorgehen des Supreme Courts kurz gegenübergestellt. Um sprachliche Verwirrungen und Fehlschlüsse zu vermeiden, bleiben Abschreckungserwägungen des Supreme Courts mit dem Ausdruck „chilling effect“ bezeichnet, während beim Bundesverfassungsgericht weiter von Abschreckungseffekten gesprochen wird.

Nach einer frühen Definition *Schauers* ist dann von einem chilling effect auszugehen,

„wenn Individuen, die einer nach dem ersten Verfassungszusatz geschützten Aktivität nachgehen wollen, hiervon durch staatliche Regelung abgehalten werden, die sich nicht speziell gegen diese geschützte Aktivität richtet“¹⁹⁷.

Diese definitorische Beschränkung der Argumentation auf den ersten Verfassungszusatz¹⁹⁸ wird jedoch vom Supreme Court nicht durchgehalten, auch wenn

bei *Klement*, AöR 134 (2009), 36 (46 f.); als „objektiv-rechtlicher Begründungsstrang“ für die Intensität von Grundrechtseingriffen bei *Württemberg/Tanneberger*, in: Fischer/Masala (Hrsg.), Innere Sicherheit nach 9/11, 35 (48 f.).

¹⁹⁶ Dieser Methodenvergleich soll also die Erfahrungen einer fremden Rechtsordnung nutzbar machen und Anhaltspunkte für die Evaluation des vorgestellten argumentativen Einsatzes des Phänomens im deutschen Verfassungsrecht geben. Siehe bereits oben in der Einleitung unter II.

¹⁹⁷ „A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from so doing by governmental regulation not specifically directed at that protected activity“, *Schauber*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (693).

¹⁹⁸ Im Wortlaut: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“

hier ein Verwendungsschwerpunkt der Argumentationsfigur liegt.¹⁹⁹ Auch die Beschränkung auf Staatshandeln, welches sich als Regelung qualifizieren lässt, besitzt begrenzte Unterscheidungskraft und ist im Ergebnis zu eng, weil der Regelungscharakter entweder – faktisch verstanden – schon aus der Tatsache einer abschreckenden Wirkung folgte oder – formell verstanden – entscheidende Fälle der Abschreckung außen vor ließe.²⁰⁰ Daher werden hier unter Erweiterung der Definition von *Schauer* alle solchen Phänomene unter dem Begriff chilling effect erfasst, bei denen es darum geht, dass Individuen von einer durch die US-Verfassung geschützten Aktivität durch staatliches Handeln, das sich nicht final gegen diese richtet, abgehalten werden.

Diese Definition unterscheidet sich von der oben für das deutsche Verfassungsrecht entwickelten Begriffsbestimmung (zur Erinnerung: mittelbare und nicht finale, überindividuelle Auswirkungen vornehmlich staatlichen Handelns auf die tatsächliche Grundrechtsausübung²⁰¹) in zwei wesentlichen Punkten:

Während Abschreckungseffekte grundsätzlich von staatlichem *oder* privatem Handeln ausgehen können, sind chilling effects nur Folgen *staatlicher* Handlungen. Dies ist der strengen state action Doktrin des Supreme Courts geschuldet. Ihr zufolge ist die Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzpositionen – vergleichbar der deutschen traditionellen abwehrrechtlichen Dimension von Grundrechten – grundsätzlich nur durch den Staat möglich.²⁰² Schutzpflichten werden nur in

¹⁹⁹ Vgl. z. B. zum fünften Verfassungszusatz *Swidler & Berlin v. United States*, U.S. 524, 399 (402, 407) (1998); zum fünften und sechsten Verfassungszusatz *United States v. Jackson*, U.S. 390, 570 (581 f.) (1968).

Schauer selbst stellt klar: „Yet despite the common association of the chilling effect with freedom of expression, the phenomenon exists throughout the sanction-applying domains of the law.“, *Schauer*, in: *Ashworth/Zedner/Tomlin* (Hrsg.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 10 (17). Besonders weit fasst den chilling effect auch *Youn*, *Vanderbilt Law Review* 66 (2013), 1471 (1481): „A chilling effect occurs where one is deterred from undertaking a certain action X as a result of some possible consequence Y. Additionally, a chilling effect is an indirect effect: it occurs when the deterrence does not stem from the direct restriction, but as an indirect consequence of the restriction’s application.“ Ähnlich *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1649): „overdeterrence of benign conduct that occurs incidentally to a law’s legitimate purpose or scope“.

²⁰⁰ Bei *Schauer* ist die definitorische Beschränkung auf Regelungen dem Fokus auf den Einsatz als Doktrin in Fällen der Normenkontrolle geschuldet. Daher definiert *Garner* (Hrsg.), *Black’s Law Dictionary*, den chilling effect im verfassungsrechtlichen Kontext weiter als „The result of a law or practice that seriously discourages the exercise of a constitutional right, such as the right to appeal or the right of free speech.“ *Adler*, *Yale Law Journal* 105 (1996), 1093 (1112) stellt ab auf „government practice that constricts First Amendment freedoms through, the present or future exercise or threatened exercise of coercive power [unter Bezugnahme auf *Black’s Law Dictionary*, 6th edition 1990]“.

²⁰¹ Oben in der Einleitung unter I.1. und 2. und unmittelbar davor.

²⁰² St. Rspr., vgl. z. B. *DeShaney v. Winnebago County*, U.S. 489, 189 ff.

BeVier/Harrison, *Virginia Law Review* 96 (2010), 1767 ff.; *Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, S. 30 ff.; *ders.*, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, S. 96 ff.; *Lange*, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, S. 416 ff., 431 f.

besonders engen Ausnahmekonstellationen anerkannt²⁰³, denen in der Regel staatliches Vorverhalten und damit Ingerenzerwägungen zugrunde liegen.

Zum anderen ist nach der US-amerikanischem Verfassungsrechtsterminologie eine Handlung entweder von der Verfassung geschützt – in den Worten *Schauers* „protected by the first amendment“²⁰⁴ – oder es existiert von vornherein kein einschlägiges Grundrecht bzw. eine Ausnahme²⁰⁵, sodass der Schutz entfällt. Im deutschen Verfassungsrecht bedeutet der Begriff „Grundrechtsausübung“ hingegen zunächst nur, dass eine Handlung in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt. Eine Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit ihrer Beeinträchtigung oder der Rechtmäßigkeit der Handlung geht damit freilich noch nicht einher. Diese beiden Unterschiede sind für das Verständnis dieses Abschnitts wichtig.

1. Abriss der geschichtlichen Entwicklung

Die Metapher der „Abkühlung“ von verfassungsrechtlich geschütztem Verhalten findet sich zum ersten Mal im zustimmenden Sondervotum („concurring opinion“) des Richters *Frankfurter* in der Entscheidung *Wiemann v. Updegraff*, U.S. 344, 183 (1952).²⁰⁶ In diesem Fall ging es um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zur Einführung eines Treueeids, den der Bundesstaat Oklahoma seinen Bediensteten abverlangte. Dabei musste u. a. die gegenwärtige oder vergangene Beteiligung an oder Unterstützung von kommunistischen oder subversiven Gruppen verneint werden. Der Supreme Court erklärte das Gesetz in seiner konkreten Auslegung für unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip („due process clause“) des vierzehnten Verfassungszusatzes, weil die etwaige Kenntnis des Betroffenen von den Zielen einer Gruppe, der er angehörte oder die er unterstützte, nach der maßgeblichen Auslegung unerheblich war. *Frankfurter* schloss sich dieser Mehrheitsmeinung an. Er ergänzte aber neben einigen Ausführungen insbesondere zur Schlüsselfunktion von Lehrern und Professoren für die Demokratie²⁰⁷, dass eine solche Regelung „unweigerlich die Tendenz habe, das freie Spiel des Geistes abzukühlen, welches alle Lehrer besonders zu kultivieren und auszuüben“²⁰⁸ hätten.

²⁰³ *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 19 Rn. 37; *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 418 ff., 431 f.

²⁰⁴ *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (693).

²⁰⁵ Die Ausnahme kann auch Ausdruck eines anerkannten Interesses sein, welches dann anhand eines Stufensystems mit dem Grundrecht ins Verhältnis gesetzt wird, siehe *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 319 ff.

²⁰⁶ Zu dieser Metapher und ihrem Wert *Bosmajian*, Metaphor and Reason in Judicial Opinions, S. 95 ff., insb. 116 f.

²⁰⁷ „To regard teachers – in our entire educational system, from the primary grades to the university – as the priests of our democracy is therefore not to indulge in hyperbole.“, *Wiemann v. Updegraff*, U.S. 344, 183 (zustimmendes Sondervotum *Frankfurter*, 196) (1952).

²⁰⁸ „Such unwarranted inhibition upon the free spirit of teachers affects not only those who, like the appellants, are immediately before the Court. It has an unmistakable [sic] tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought especially to cultivate and practice; it

Schon zuvor hatte der Supreme Court in der Entscheidung *American Communications Association v. Douds*, U.S. 339, 382 (1950), der ein Gesetz zugrunde lag, welches das Führungspersonal von Gewerkschaften zu einem anti-kommunistischen Eid bewegen sollte, die Effekte einer solchen Regelung auf die Ausübung von Meinungs- und Versammlungsfreiheit erwogen.²⁰⁹ Dabei wurde jedoch nicht von der Abkühlungsmetapher Gebrauch gemacht²¹⁰. Im Ergebnis bewertete der Supreme Court diese Erwägungen jedoch gegenüber dem Belang der Verhinderung politischer Streiks nicht als durchschlagend und damit die Regelung als verfassungsgemäß. Die Berücksichtigung von einschüchternden Effekten gleichartiger Regelungen auf die Ausübung der Vereinigungsfreiheit findet sich später regelmäßig in Entscheidungen mit vergleichbar gelagerten Sachverhalten.²¹¹

Umfassende Bekanntheit erlangte der chilling effect dann durch den Einsatz in der Entscheidung in dem Fall *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (1964). Diese Grundsatzentscheidung im Bereich des ersten Verfassungszusatzes, welcher insbesondere auch die Meinungsfreiheit garantiert, ordnete das amerikanische Recht im Bereich von Verleumdung bzw. übler Nachrede neu und erhielt auch in den folgenden Jahrzehnten erhebliche Aufmerksamkeit.²¹²

makes for caution and timidity in their associations by potential teachers.“, *Wiemann v. Updegraff*, U.S. 344, 183 (zustimmendes Sondervotum *Frankfurter*, 195) (1952).

²⁰⁹ *American Communications Association v. Douds*, U.S. 339, 382 (402) (1950): „The statute does not prevent or punish by criminal sanctions the making of a speech, the affiliation with any organization, or the holding of any belief. But, as we have noted, the fact that no direct restraint or punishment is imposed upon speech or assembly does not determine the free speech question. Under some circumstances, indirect ‚discouragements‘ undoubtedly have the same coercive effect upon the exercise of First Amendment rights as imprisonment, fines, injunctions or taxes.“

Erste Anzeichen der argumentativen Verwendung von Abschreckungsproblematiken zeigten sich schon zwei Jahre zuvor in *Winters v. New York*, U.S. 333, 507 (518 ff.) (1948), siehe *Schauer*, *Boston University Law Review* 58 (1978), 685 (693 Fn. 40).

²¹⁰ Dies geschah dann zum ersten Mal in einer *Mehrheitsmeinung* in der Entscheidung *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, U.S. 372, 539 (555 ff.) (1963), in welcher die Unvereinbarkeit der zwangsweisen Herausgabe einer Mitgliedschaftsliste einer vermeintlich kommunistischen Vereinigung mit dem ersten Verfassungszusatz festgestellt wurde: „The strong associational interest in maintaining the privacy of membership lists of groups engaged in the constitutionally protected free trade in ideas and beliefs may not be substantially infringed upon such a slender showing as here made by the respondent. While, of course, all legitimate organizations are the beneficiaries of these protections, they are all the more essential here, where the challenged privacy is that of persons espousing beliefs already unpopular with their neighbors, and the deterrent and „chilling“ effect on the free exercise of constitutionally enshrined rights of free speech, expression, and association is consequently the more immediate and substantial. [Hervorhebung durch d. Verf.]“; *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1636 Fn. 7).

²¹¹ Vgl. z. B. *Speiser v. Randall*, U.S. 357, 513 (526) (1958); *NAACP v. Button*, U.S. 371, 415 (432 f.) (1963); *Keyishian v. Board of Regents*, U.S. 385, 589 (603 f.) (1967).

²¹² Eine umfassende rechtshistorische und zeitgeschichtliche Einordnung liefern *Hall/Urofsky*, *New York Times v. Sullivan: Civil Rights, Libel Law, and the Free Press*. Vgl. auch *Kalven*, *The Supreme Court Review* 1964, 191 ff.; *Lewis*, *Columbia Law Review* 83 (1983), 603 ff.; *Epstein*, *University of Chicago Law Review* 53 (1986), 782 ff.; *Lewis*, *Make No Law: The Sullivan*

Der Entscheidung lag die Verurteilung der New York Times Company und einiger Bürgerrechtler wegen Verleumdung eines gewählten Amtsträgers im Rahmen einer in der New York Times geschalteten Anzeige zugrunde. In dieser Anzeige wurden fälschlicherweise Festnahmen von Bürgerrechtlern durch Polizeikräfte behauptet, welche der Aufsicht des Amtsträgers unterstanden. Obwohl dieser nicht namentlich in der Anzeige genannt wurde, bestand kein Zweifel, dass sich die Aussagen der Anzeige auf ihn bezogen. In unterer Instanz wurde ihm insgesamt USD 500.000 als Schadensersatz zugesprochen.²¹³

Der Supreme Court gab verfassungsrechtlichen Erwägung in diesem Bereich besonderen Raum. Es befand, dass der Anspruchsteller für die Annahme einer Verleumdung zulasten eines in der Öffentlichkeit stehenden Amtsträgers die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Autors bzw. Verlegers von der Unrichtigkeit der Aussage zu beweisen hat.²¹⁴ Anderenfalls werde „eine Wolke von Angst und Einschüchterung um jene gelegt, welche der öffentlichen Kritik eine Stimme geben“. Dies schaffe „eine Atmosphäre, in der die Freiheiten des ersten Verfassungszusatzes nicht überleben können.“²¹⁵ Unter Rückgriff auf frühere Entscheidungen wurden die Auswirkungen der in Frage stehenden Regelungen eingehend erwogen und daraus die beschriebenen Anspruchsvoraussetzungen und die Verteilung der Beweislast hergeleitet.²¹⁶ Diese Beweislastverteilung, welche anfangs nur auf gewählte Amtsträger anwendbar war, wurde dann in folgenden Jahren durch das Gericht sukzessive verfeinert und auf andere Fallkonstellationen übertragen.²¹⁷

Ein Jahr später griff Richter *Brennan*, der schon das Urteil in *New York Times Co. v. Sullivan* verfasst hatte, in der Entscheidung *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (1965) auf diese Argumentationsfigur zurück. Es ging in diesem Fall um den rechtsmissbräuchlichen Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen gegen Bürgerrechtsorganisationen in den US-amerikanischen Südstaaten. Unabhängig von den geringen Erfolgsaussichten der Ermittlungen ergebe sich durch diese ein chilling

Case and the First Amendment; *Schauer*, in: Ignatieff (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 29 (39 ff.).

²¹³ *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (256 f.) (1964).

²¹⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (280) (1964): „[...] with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.“

²¹⁵ „[...] the pall of fear and timidity imposed upon those who would give voice to public criticism is an atmosphere in which the First Amendment freedoms cannot survive.“, *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (278) (1964).

²¹⁶ *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (279 ff.) (1964). Die Beschreibung der Auswirkungen als chilling effect in diesem Zusammenhang findet sich dann im zustimmenden Sondervotum des Richters *Goldberg*, *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (Sondervotum *Goldberg*, 300 f.) (1964).

²¹⁷ Vgl. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, U.S. 388, 130 (1967); *Monitor Patriot Co. v. Roy*, U.S. 401, 265 (1971); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, U.S. 418, 323 (1974); vgl. *Schauer*, in: Ignatieff (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 29 (40).

effect für die Ausübung der im ersten Verfassungszusatz garantierten Rechte.²¹⁸ Der Supreme Court sah unter anderem auf dieser Grundlage keine andere Möglichkeit, als den Klägern ausnahmsweise einen Anspruch auf Unterlassung zuzusprechen und eine gesetzliche Bestimmung für verfassungswidrig zu erklären, welche die Unterstützung einer subversiven Organisation unter Strafe stellte.²¹⁹ In *Younger v. Harris*, U.S. 401, 37 (1971) stellte das Gericht später allerdings klar, dass die Existenz eines chilling effects einer Regelung allein für eine Unterlassungsverfügung nicht ausreiche.²²⁰ Dadurch wurde der Anwendungsbereich von *Dombrowski v. Pfister* als Präzedenzfall wiederum wesentlich verkleinert.²²¹

In *United States v. Jackson*, U.S. 390, 570 (1968) fanden Erwägungen zum chilling effect erstmals im Bereich des fünften und sechsten Verfassungszusatzes Anwendung. Das am 25. Juni 1948 in Kraft getretene Bundesentführungsgesetz („Federal Kidnapping Act“) erlaubte es Beschuldigten bestimmter Straftaten durch Ablegung eines Geständnisses oder durch Verzicht auf eine Verhandlung vor einem Geschworenengericht („trial by jury“) einer drohenden Bestrafung mit dem Tode mit Sicherheit zu entkommen. Diese Konstellation führte dazu, dass die Ausübung der verfassungsrechtlich verbrieften Ansprüche, sich nicht selbst belasten zu müssen (fünfter Verfassungszusatz) und den Prozess vor einem Geschworenengericht zu führen (sechster Verfassungszusatz), faktisch mit dem Risiko der Todesstrafe belegt wurden. Da andere Regelungen denkbar seien, wie z. B. dass die Entscheidung zwischen lebenslänglicher Strafe und Todesstrafe stets von Geschworenen gefällt werde, sei die durch das Gesetz geschaffene Lage vermeidbar.²²² Gestaltungsmöglichkeiten, die von der Ausübung von Grundrechten weniger abhalten würde, verdienten daher Vorrang.

Laird v. Tatum, U.S. 408, 1 (1972) führte den Supreme Court wieder zurück in den Bereich des ersten Verfassungszusatzes. Es war zu entscheiden, ob die Existenz eines innerstaatlichen Überwachungssystems der Armee ausreiche, um eine Verletzung der Rechte des ersten Verfassungszusatzes inhaltlich zu prüfen.²²³ Die Beschwerdeführer behaupteten einen chilling effect auf ihre Tätigkeiten durch die Überwachung.²²⁴ Die Mehrheit der Richter sah aber in der bloßen Existenz eines

²¹⁸ „The chilling effect upon the exercise of First Amendment rights may derive from the fact of the prosecution, unaffected by the prospects of its success or failure.“, *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (487, vgl. auch 494) (1965).

²¹⁹ *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (480 ff., 492 ff.) (1965).

²²⁰ *Younger v. Harris*, U.S. 401, 37 (51) (1971): „Where a statute does not directly abridge free speech, but – while regulating a subject within the State’s power – tends to have the incidental effect of inhibiting First Amendment rights, it is well settled that the statute can be upheld if the effect on speech is minor in relation to the need for control of the conduct and the lack of alternative means for doing so.“

²²¹ *Sedler*, *Wisconsin Law Review* 1972, 1 ff.; *Fiss*, *Yale Law Journal* 86 (1978), 1103 ff.; m. w. N. *Schauer*, *Boston University Law Review* 58 (1978), 685 (686 Fn. 8).

²²² *United States v. Jackson*, U.S. 390, 570 (581 f.) (1968).

²²³ So die Zuspitzung der Mehrheitsmeinung, *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (3) (1972).

²²⁴ *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (10 f.) (1972).

Überwachungssystems keine hinreichende Betroffenheit der Beschwerdeführer begründet; der Fall wurde daher wegen mangelnder Reife („ripeness“)²²⁵ unter der sogenannten Kontroversen-Regel („case of controversy“, Art. III der US-Verfassung) nicht materiell entschieden.²²⁶ Sehr ähnliche Fragen waren auch im 2013 entschiedenen Fall *Clapper v. Amnesty International*, U.S. 568, ___ (2013) zu klären. Hier ging es um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zur Überwachung der Auslandskommunikation durch US-amerikanische Geheimdienste. Anders als in *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (1972) stand dabei eine Verletzung des vierten und nicht des ersten Verfassungszusatzes im Vordergrund. Dieser schützt unter anderem vor willkürlichen Durchsuchungen und Beschlagnahmen und wird entsprechend seinem Wortlaut²²⁷ vornehmlich als strafprozessuales Grundrecht verstanden. Auch hier wurde die Verletzung von Grundrechten der Kläger durch mögliche Überwachung unter Verweis auf *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (1972) aber für hypothetisch und damit nicht ausreichend gehalten.²²⁸ Die Klage wurde aufgrund mangelnder Klagebefugnis („standing“) nach Art. III der US-Verfassung abgewiesen.²²⁹

Auch in jüngerer Zeit lässt sich der chilling effect als entscheidungstragendes Argument in der Rechtsprechung des Supreme Courts verstärkt finden. Die Entscheidung *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (2010) betraf § 203 des Parteiübergreifenden Wahlkampfreformgesetzes („Bipartisan Campaign Reform Act“). Diese Regelung enthielt ein strafbewehrtes Verbot für Unternehmen und Organisationen, im zeitlichen Umfeld von Wahlen oder Vorwahlen auf eigene Kosten Sendungen zu veröffentlichen, welche die Wahl eines bestimmten Kandidaten befürworteten oder ablehnten. Der Supreme Court erklärte die Regelung für verfassungswidrig. Dabei nutzte er den chilling effect nicht nur als Argument für eine Verletzung der Meinungsfreiheit durch die um-

²²⁵ Dies entspricht funktional in etwa dem Erfordernis der Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit der Betroffenheit im Rahmen der Beschwerdebefugnis bei einer Verfassungsbeschwerde.

²²⁶ „Allegations of a subjective ‚chill‘ are not an adequate substitute for a claim of specific present objective harm or a threat of specific future harm.“ *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (13 f., insb. auch Fn. 7) (1972). Das Urteil löste aufgrund seines Inhalts und Zustandekommens erhebliche Diskussionen in der amerikanischen Rechtswissenschaft aus. Dies beginnt bei den Sondervoten des Urteils selbst *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (Sondervotum *Douglas*, 16, insb. 25 ff.; Sondervotum *Brennan*, 38 ff.); ebenfalls kritisch *Stein*, *Hofstra Law Review* 1 (1973), 244 ff.; aus späterer Sicht *Solove*, *New York University Law Review* 82 (2007), 112 (143 ff.).

²²⁷ „The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.“

²²⁸ *Clapper v. Amnesty International*, U.S. 568, ___ (Opinion of the Court S. 8 ff., insb. S. 18 ff., 23 f.) (2013).

²²⁹ „[...] the plaintiffs in *Laird* – and respondents here – lack standing“, *Clapper v. Amnesty International*, U.S. 568, ___ (Opinion of the Court S. 19) (2013).

strittene Norm,²³⁰ sondern auch als Begründung für den Umfang der Urteilsfolgen und warum bei dieser juristischen Frage für eine langwierigere case-by-case Herangehensweise kein Platz sei: „archetypische politische Meinungsäußerungen würden in der Zwischenzeit abgeschreckt.“²³¹ Im Interesse einer klaren Rechtslage wurden hier also besonders weitreichende Rechts- bzw. Urteilsfolgen gewählt. Das heißt im Interesse der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von möglichen Abschreckungseffekten wurde die Verfassungswidrigkeit der Norm schlechthin („facially invalid“) einer Korrektur durch verfassungskonforme Auslegung – hier in Form einer verfassungskonformen Reduktion – vorgezogen.²³² Ein noch weitergehendes Urteil hielt Richter *Thomas* unter Berufung auf den chilling effect für gerechtfertigt: Er wähnt auch die in §§ 201 und 311 des Parteiübergreifenden Wahlkampfreformgesetzes statuierten Offenlegungspflichten zur Herstellung von Herkunftstransparenz von besagten Meinungsbeiträgen verfassungswidrig, weil sie Personen zwingen, sich entweder bewusst Anfeindungen aufgrund ihrer Meinung auszusetzen oder aber auf die Grundrechtsausübung zu verzichten.²³³

Der chilling effect war in der Rechtsprechung des Supreme Court über die vergangenen Jahrzehnte stets eng mit dem ersten Verfassungszusatz verknüpft.²³⁴ Die McCarthy-Ära und die Angst vor kommunistischen Umtrieben zeigten auch im amerikanischen Recht und seiner Durchsetzung deutliche Spuren, so dass sich der Supreme Court dazu veranlasst sah, zumindest teilweise korrigierend einzugreifen.²³⁵ Dabei berief sich das Gericht auch auf überschießende Abschreckungswirkungen auf die Wahrnehmung der Meinungsfreiheit und der weiteren Gehalte des ersten Verfassungszusatzes. Diese starke Assoziation hält bis heute an und lässt sich unter anderem auf die hervorgehobene Stellung dieses Verfassungszusatzes im amerikanischen Verfassungsrecht zurückführen.²³⁶ Sie geht eng mit

²³⁰ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 17 ff., 41; Syllabus S. 2 f.) (2010). Ablehnend noch zuvor *McConnell v. Federal Election Commission*, U.S. 540, 93 (insb. Opinion of the Court S. 114 ff.) (2003).

²³¹ „[...] this standard would thus require case-by-case determinations. But archetypical political speech would be chilled in the meantime. [...] As the foregoing analysis confirms, the Court cannot resolve this case on a narrower ground without chilling political speech, speech that is central to the meaning and purpose of the First Amendment.“ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 12; vgl. auch S. 7, 16 f., Syllabus S. 2 f.) (2010).

²³² *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 6 f., 9) (2010).

²³³ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of *Thomas* S. 5 f.) (2010). Zu einem weiteren Sondervotum in diesem Fall sogleich 3.e).

²³⁴ Vgl. oben Fn. 197–199 und zugehöriger Haupttext.

²³⁵ Hierzu *Lichtman*, *The Supreme Court and McCarthy-Era Repression: One Hundred Decisions*, insb. S. 120 ff.; mit eher historischen Beiträgen zur Reagan-Ära *Curry* (Hrsg.), *Freedom at Risk*; siehe auch *Youn*, *Vanderbilt Law Review* 66 (2013), 1471 (1486 ff.).

²³⁶ Grundlegend dazu *Schauer*, in: *Ignatieff* (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 29 ff.

dem Anliegen der Erhaltung der tatsächlichen Funktionsfähigkeit der Meinungsfreiheit einher.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der chilling effect vom Supreme Court in seinen Entscheidungen argumentativ auch prominent verwendet wird. Wenn Abschreckungszusammenhänge Erwägung finden, bestimmen sie meist – wie z. B. in *New York Times Co. v. Sullivan*²³⁷ oder *Citizens United v. Federal Election Commission* – den Diskurs im Richterkollegium²³⁸ und damit die Rechtsfindung bzw. Rechtsfortbildung. Zu dieser gegenüber der deutschen Verfassungsrechtsprechung hervorgehobenen Bedeutung mag zum einen die zumindest im Englischen griffige Metapher der Abkühlung beigetragen haben.²³⁹ Zum anderen ist aufgrund der stärker rechtsschöpfenden Rolle des Richters im US-amerikanischen common law dort eine nicht unerhebliche Tendenz zur (expliziten) Folgenabschätzung durch den Richter zu erkennen.²⁴⁰ Während in Rechtskreisen, welche vornehmlich durch gesetzliches Recht geprägt sind, die tatsächlichen Folgen einer Regelung typischerweise im Rahmen der parlamentarischen Gesetzesfolgenabschätzung Erwägung finden, liegt dies im common law stärker in den Händen des erkennenden Richters. Beide Unterschiede können dazu geführt haben, dass die Argumentationsfigur frühzeitig im US-amerikanischen Recht entwickelt wurde und sich alsbald auch als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung²⁴¹ wiederfand.

2. *Verfassungsdoktrinen und Fallgruppen*

Die Kategorisierung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die auf den Abschreckungseffekt eingingen, anhand von Grundrechtskonstellationen und Prüfungskontexten stellte sich als erster Zugriff als zweckdienlich dar. Sie konnte zur Systematisierung der Rechtsprechung in diesem Bereich beitragen und zeigen, wie Abschreckungsargumente auf die Rechtsfindung einwirken. Die Rechtsprechung des Supreme Courts entzieht sich jedoch einer Einordnung anhand derselben Kategorien.

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt in praktisch allen Entscheidungen das einschlägige Grundrecht genau und stellt ihm dasjenige Interesse explizit gegenüber, welches mit der in Rede stehenden staatlichen Beeinträchtigung verfolgt

²³⁷ So auch *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1648 ff.).

²³⁸ Vgl. noch unten 3.c).

²³⁹ *Posner*, *The Problems of Jurisprudence*, S. 395, gibt treffend zu bedenken: „Science, not to mention everyday thought, is influenced by metaphors. Why shouldn't law be?“

²⁴⁰ *Cserne*, in: Mathis (Hrsg.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, 31 (41 ff.). Am Beispiel der Law and Economics Bewegung *Grechenig/Gelter*, *Hastings International and Comparative Law Review* 31 (2008), 295 ff.

²⁴¹ Frühe (Versuche der) Systematisierung: *Note*, *Rutgers Law Review* 21 (1967), 679 ff.; *Note*, *Columbia Law Review* 69 (1969), 808 ff. Grundlegend dann *Schauer*, *Boston University Law Review* 58 (1978), 685 ff.

wird. Die materielle Prüfung folgt dann einem spezifischen und einfach erkennbaren Schema, welches das für das Gericht und seine Urteile charakteristische Entscheidungsprogramm anleitet. Der Supreme Court ist demgegenüber Verfassungsgericht im funktionalen Sinne und daneben – oder vielmehr: dabei – zuvörderst höchste Revisionsinstanz der USA. Er bezieht sich daher nur dann und in derjenigen Präzision auf die US-Verfassung, welche die Entscheidung des Falles erfordert.²⁴² Dies führt dazu, dass das Gericht die anhängigen Fälle bisweilen nicht bestimmten Grundrechten zuordnet, sondern es bei der Benennung des einschlägigen Verfassungszusatzes belässt. Die Verfassungszusätze vereinen jedoch mitunter zahlreiche grundrechtliche Gehalte.²⁴³ Ebenso findet gelegentlich keine explizite Identifizierung des mit einer grundrechtsrelevanten Maßnahme verfolgten Interesses statt. Auch auf eine Einordnung der angenommenen Fälle in ein (einheitliches) Prüfungsschema wird in der Tradition des common law verzichtet.²⁴⁴

Die benannten Eigenheiten des Rechtssystems, die verfassungstatsächliche Rolle des Gerichts und die gepflegte Verfassungsdogmatik erfordern also eine eigene Kategorienbildung für die mit chilling effects operierende Rechtsprechung des Supreme Courts. Die Analyse soll auch hier dem Erkenntnisinteresse dienen, die Rechtsprechung anhand des Argumentationstopos als Bauteil einer juristischen Erkenntnismethode zu systematisieren und zu zeigen, wie der chilling effect auf die Rechtsfindung einwirkt. Es bietet sich zu diesem Zwecke an, sich an Doktrinen als für das common law typische gewachsene und verfestigte Sammlungen aufeinander bezogener Regeln, Konzepte und Prinzipien zu orientieren.²⁴⁵ Die richterrechtlichen Regeln des common law kristallisieren an wiederkehrenden Interessenkollisionen und Entscheidungskontexten und verfestigten sich unter bestimmten Umständen zur Doktrin. Für das amerikanische Verfassungsrecht gilt insoweit nichts anderes.

In den Bereichen, in denen sich Regelungen noch nicht zu einer (zumindest auch) auf chilling effects basierenden Doktrin verdichtet haben oder in denen der Supreme Court chilling effects zwar erwägt, ihnen aber keine rechtliche Relevanz zuspricht, werden im folgenden Abschnitt hingegen Fallgruppen anhand wieder-

²⁴² Die zurückhaltende Konstitutionalisierung des einfachen Rechts kann als Folge dieser schon konstruktiv erweiterten Prüfungskompetenz gedeutet werden. Es bestünde keine Notwendigkeit, die eigene Prüfungsmacht durch die Konstitutionalisierung von Rechtsproblemen auszudehnen, befindet *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 19 Rn. 37.

²⁴³ Beispielsweise umfasst der erste Verfassungszusatz die Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit, die Petitionsfreiheit und zumindest in Verbindung mit dem vierzehnten Verfassungszusatz auch die Vereinigungsfreiheit, vgl. z.B. *NAACP v. Patterson*, U.S. 357, 449 (460 f.) (1958).

²⁴⁴ Fallmethode und Verfassungsverständnis ist ein hoher Grad an Systematisierung und innerer Konsistenz fremd, so *Brugger*, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, S. 92 f.; *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 19 Rn. 37.

²⁴⁵ Zum Begriff und Wert der Doktrin *Tiller/Cross*, *Northwestern University Law Review* 100 (2006), 517 ff.

kehrender Konstellationen gebildet. Die folgende Auswahl an Doktrinen und Fallgruppen ist dabei abnehmend nach ihrem Grad rechtlicher Verfestigung und der Bedeutung von chilling effects für die jeweilige Doktrin geordnet.

a) *Vorsatzanforderungen im Recht der Verleumdung und der üblen Nachrede*

Im bereits erwähnten Fall *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (1964) wurden die Beweisanforderungen für Fälle der Verleumdung und üblen Nachrede etabliert.²⁴⁶ Im Kern geht es darum, die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des sich Äußernden in Bezug auf den fehlenden Wahrheitsgehalt seiner Äußerung zu beweisen.²⁴⁷ Diese Anforderungen ergeben sich allein²⁴⁸ aus der Annahme, dass sich so Einschüchterungseffekte verhindern bzw. ganz erheblich reduzieren ließen.²⁴⁹ Falschen Tatsachenbehauptungen sei zwar grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher Wert zuzuerkennen, aber ihr Mitschutz sei erforderlich, um allen solchen Äußerungen sicheren Schutz zu gewähren, die verfassungsrechtliche Bedeutung haben.²⁵⁰ Freiraum für Fehler besteht dabei insoweit, wie der Sprecher hinsichtlich der Wahrheit seiner Aussage gutgläubig war und sein durfte. Die Vermeidung von chilling effects determiniert damit den Kern dieser Doktrin.²⁵¹ *Schauer* hat umfassend dargelegt, wie sich Umfang und Funktionsweise dieser Spielraum-Doktrin aus dem chilling effect ergeben.²⁵²

²⁴⁶ Sie wurden später erweitert und verfeinert, siehe bereits oben Fn. 217.

²⁴⁷ „[...] clear and convincing proof that the defamatory falsehood was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard for the truth.“, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, U.S. 418, 323 (342) (1974); ähnlich *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (279 ff.) (1964).

²⁴⁸ Herleitung und weitere Nachweise bei *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (insb. 1636 f., 1684 f.).

²⁴⁹ „A rule compelling the critic of official conduct to guarantee the truth of all his factual assertions – and to do so on pain of libel judgments virtually unlimited in amount – leads to a comparable ‚self-censorship.‘ [...] Under such a rule, would-be critics of official conduct may be deterred from voicing their criticism, even though it is believed to be true and even though it is, in fact, true, because of doubt whether it can be proved in court or fear of the expense of having to do so. They tend to make only statements which ‚steer far wider of the unlawful zone.‘“ *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (279 f.) (1964) und *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, U.S. 418, 323 (334 ff.) (1974).

²⁵⁰ „But there is no constitutional value in false statements of fact. [...] Although the erroneous statement of fact is not worthy of constitutional protection, it is nevertheless inevitable in free debate.“, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, U.S. 418, 323 (340) (1974); „The First Amendment requires that we protect some falsehood in order to protect speech that matters.“ (a. a. O. 341); „strategic protection“ (a. a. O. 342); siehe auch *New York Times Co. v. Sullivan*, U.S. 376, 254 (271 ff.) (1964). Jüngst auch zu drohenden Äußerungen, *Elonis v. United States*, U.S. 575, ____ (Opinion of *Alito* S. 7 f.) (2015).

²⁵¹ Zur Bedeutung von chilling effects in Bezug auf weitere Einschränkungen des ersten Verfassungszusatzes und ihre subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1648 f.); siehe auch *Youn*, *Vanderbilt Law Review* 66 (2013), 1471 (1493).

²⁵² *Schauer*, *Boston University Law Review* 58 (1978), 685 (insb. 705 ff.).

b) *Verfassungswidrigkeit von Gesetzen wegen Vagheit („vagueness“) und Überbreite („overbreadth“)*

Spiegelbildlich zu den Geboten der Normenklarheit und Normenbestimmtheit des Grundgesetzes kennt das US-Verfassungsrecht die selbstständigen Verbote vager und zu weit gefasster Gesetze. Das Verbot zu weit gefasster Gesetze formuliert dabei eine eigene verfassungsrechtliche Regel vornehmlich für Gesetze im Bereich des ersten Verfassungszusatzes²⁵³, während das Verbot von Gesetzen aufgrund von Vagheit als allgemeiner Ausfluss des Rechtsstaatsgebots („due process clause“) gilt²⁵⁴. Das Verbot zu weit gefasster Gesetze versagt es dem Gesetzgeber, eine so weite Regelung zu treffen, dass verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäußerungen²⁵⁵ in einem beträchtlichen Umfang belastet oder verboten werden.²⁵⁶ Die void-for-vagueness Doktrin schreibt z. B. für Strafgesetze vor, dass sie so hinreichend bestimmt sein müssen, „dass ein normaler Bürger verstehen kann, welches Verhalten verboten ist, und dass willkürliche und diskriminierende Rechtsdurchsetzung nicht ermutigt wird“²⁵⁷. Beide Doktrinen werden maßgeblich auch auf Grundlage von chilling effects gerechtfertigt.²⁵⁸

c) *Klage- bzw. Beschwerdebefugnis („standing“)*

Nach der Kontroversenregel („case of controversy“) des Art. III Section 2 der US-Verfassung ist es erforderlich, dass Kläger bzw. Beschwerdeführer eine konkrete und spezifizierbare Verletzung ihrer Rechte darlegen, um klage- bzw. beschwerdebefugt zu sein. Inwieweit ein chilling effect allein für das Vorliegen der Klage- bzw. Beschwerdebefugnis („standing“) ausreicht, ist vom Supreme Court

²⁵³ Kritisch hierzu und zur Unterscheidung der Doktrinen *Decker*, *New Mexico Law Review* 34 (2004), 53 ff.

²⁵⁴ *Connally v. General Construction Co.*, U.S. 269, 385 (391) (1926).

²⁵⁵ An dieser Stelle sei an den vom deutschen Verfassungsrecht abweichenden Sprachgebrauch und grundrechtsdogmatische Strukturen erinnert: Fällt ein Verhalten in den Anwendungsbereich des ersten Verfassungszusatzes und besteht keine Ausnahme, kann es grundsätzlich nicht durch einfaches Recht angetastet werden (Fn. 204 f. und zugehöriger Haupttext).

²⁵⁶ Im Einzelnen *Chen*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 38 (2003), 31 (39 f.). Die overbreadth Doktrin führt auch, wie sogleich gezeigt wird, zur Erweiterung der Beschwerdebefugnis („standing“), *New York v. Ferber*, U.S. 458, 747 (767 ff.) (1982); *Broadrick v. Oklahoma*, U.S. 413, 601 (612 ff.) (1973).

²⁵⁷ „As generally stated, the void-for-vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement.“, *Kolender v. Lawson*, U.S. 461, 352 (357) (1983).

²⁵⁸ Zu overbreadth: *Massachusetts v. Oakes*, U.S. 491, 576 (576) (1989): „The overbreadth doctrine [...] is designed to prevent the chilling of protected expression“; auch *Broadrick v. Oklahoma*, U.S. 413, 601 (612) (1973); zu vagueness: *Grayned v. City of Rockford*, U.S. 408, 104 (108 f.) (1972); siehe auch *Farber*, *Harvard Law Review* 105 (1991), 554 (570); *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1652 f.).

äußerst fallbezogen entschieden worden und bis heute umstritten.²⁵⁹ Im bereits erwähnten Fall *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (1972) reichten militärische Überwachungsmaßnahmen nicht aus, um eine unmittelbar bevorstehende oder tatsächliche unmittelbare Verletzung anzunehmen.²⁶⁰ Hingegen genügte es in *Meese v. Keene*, U.S. 481, 465 (1987), dass Filme als „politische Propaganda“ gekennzeichnet wurden, die ein Senator öffentlich zeigen wollte, da sich hieraus ein Ansehensverlust ergebe, der seine Chancen auf Wiederwahl schmälere.²⁶¹

Zumindest für die Anstrengung einer Normenkontrolle aufgrund von Vagheit oder Überbreite wird jedenfalls auch aufgrund von Abschreckungseffekten eine erweiterte Klage- bzw. Beschwerdebefugnis anerkannt. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass das Verhalten des Klägers, welches durch ein Gesetz beschränkt wird, unzweifelhaft den Schutz des ersten Verfassungszusatzes genießt, um das Gesetz aufgrund seiner Weite verfassungsrechtlich anzugreifen.²⁶² Vielmehr reicht es aus, die Betroffenheit durch das Gesetz und seine besondere Weite darzulegen.

Festzuhalten ist, dass der Supreme Court insbesondere in Überwachungskonstellationen nur in seltenen Fällen die Kläger allein auf der Grundlage von chilling effects für klagebefugt hält.²⁶³ In der bereits erwähnten Entscheidung *Clapper v. Amnesty International*, U.S. 568, ____ (2013), sah das Gericht die Folgen von Überwachung als selbst zugefügte Verletzungen an, die nicht auf Staatshandeln zurückzuführen seien; bloße subjektive Befürchtungen reichten für die Klagebefugnis nicht aus.²⁶⁴

d) *Verfassungsrechtliche Presseprivilegien*

Auch im Rahmen möglicher Fallgruppen von verfassungsrechtlichen Presseprivilegien in Form von Zeugnisverweigerungsrechten vor Gericht erkannte der Supreme Court chilling effects kein maßgebliches verfassungsrechtliches Gewicht zu bzw. zweifelte an ihrem tatsächlichen Ausmaß. In Bezug auf das Recht von Journalisten, ihre Aussage vor Gericht unter Berufung auf Quellenschutz zu verwei-

²⁵⁹ Siehe insbesondere *Siegel*, *Yale Law Journal* 98 (1989), 905 ff.; *Calabrese*, *Washington & Lee Law Review* 68 (2011), 1445 ff.

²⁶⁰ *Laird v. Tatum*, U.S. 408, 1 (11 ff.) (1972); siehe bereits oben Fn. 223–226 und zugehöriger Haupttext.

²⁶¹ *Meese v. Keene*, U.S. 481, 465 (472 ff.) (1987); der Nachweis des Ansehensverlusts erfolgte durch Umfragen (a. a. O. 473 Fn. 7), die Verringerung der Chance auf Wiederwahl ergab sich aus dem Gutachten eines politischen Analysten (a. a. O. 474 Fn. 8).

²⁶² *Grayned v. City of Rockford*, U.S. 408, 104 (114) (1972); *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (486 f.) (1965). Siehe auch *Siegel*, *Yale Law Journal* 98 (1989), 905 (918 ff.) und oben Fn. 256.

²⁶³ Ausführlicher hierzu *Michelman*, *UCLA Law Review* 57 (2009), 71 (89 ff.).

²⁶⁴ „For the reasons discussed above, respondents’ self-inflicted injuries are not fairly traceable to the Government’s purported activities [...] and their subjective fear of surveillance does not give rise to standing.“, *Clapper v. Amnesty International*, U.S. 568, ____ (Opinion of the Court S. 19) (2013). Siehe bereits Fn. 228 f. und zugehöriger Haupttext.

gern („reporter privilege“), hielt die Mehrheit der Richter die möglichen Auswirkungen auf Pressearbeit und freien Informationsfluss für zu gering und spekulativ.²⁶⁵ Ebenso wurde kein vom ersten Verfassungszusatz garantiertes Redaktionsgeheimnis („editorial privilege“) anerkannt, weil eine übermäßige Zurückhaltung der Presse nicht zu befürchten sei.²⁶⁶ Das Erfordernis, über die interne Kommunikation einer Redaktion Beweis zu erheben, ergibt sich dabei unter anderem als Folge der in *New York Times Co. v. Sullivan* etablierten subjektiven Voraussetzungen des Verleumdungstatbestandes.²⁶⁷ Trotzdem wurden Zeugnisverweigerungsrechte später zum Teil durch untere Gerichte oder Gesetze der Bundesstaaten geschaffen und haben zu entsprechenden Gesetzesentwürfen auf Bundesebene geführt, die allerdings nicht erfolgreich verabschiedet wurden.²⁶⁸

e) *Folgenerwägungen im Rahmen des vierten Verfassungszusatzes*

Der vierte Verfassungszusatz schützt vor willkürlichen Durchsuchungen und Beschlagnahmen und umfasst damit teilweise Gehalte, die nach deutschem Verfassungsverständnis den besonderen (Art. 10 und 13 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zuzuordnen sind. Wenn es um die Konturierung der Gehalte dieses Verfassungszusatzes geht, berücksichtigt der Supreme Court mitunter auch abschreckende Wirkungen als Folgen von staatlichen Maßnahmen. So ging die Argumentation des Supreme Court in *United States v. U.S. District Court*, U.S. 407, 297 (1972) – zu dieser Entscheidung sogleich noch im Detail unter 3.b) – davon aus, dass die Ermittlungsmaßnahmen auch besondere Risiken für die Ausübung der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit bedeuten.²⁶⁹ Für die konkrete Entscheidung und die verfas-

²⁶⁵ *Branzburg v. Hayes*, U.S. 408, 665 (693 f.) (1972): „[...] but the evidence fails to demonstrate that there would be a significant constriction of the flow of news to the public if this Court reaffirms the prior common law and constitutional rule regarding the testimonial obligations of newsmen. Estimates of the inhibiting effect of such subpoenas on the willingness of informants to make disclosures to newsmen are widely divergent and to a great extent speculative.“ Dabei wurde auf vorgebrachte anekdotische Evidenz Bezug genommen (siehe S. 693 f. Fn. 31–33 des Urteils).

²⁶⁶ Detaillierte Ausführungen hierzu in *Herbert v. Lando*, U.S. 441, 153 (169 ff.) (1979).

²⁶⁷ *Herbert v. Lando*, U.S. 441, 153 (170) (1979): „In the first place, it is plain enough that the suggested privilege for the editorial process would constitute a substantial interference with the ability of a defamation plaintiff to establish the ingredients of malice as required by *New York Times*. As respondents would have it, the defendant’s reckless disregard of the truth, a critical element, could not be shown by direct evidence through inquiry into the thoughts, opinions, and conclusions of the publisher, but could be proved only by objective evidence from which the ultimate fact could be inferred. [Hervorhebung im Original]“

²⁶⁸ Nachweise bei *Peters*, *Federal Communications Law Journal* 63 (2011), 667 (671 ff.).

²⁶⁹ *United States v. United States District Court*, U.S. 407, 297 (313) (1972): „National security cases, moreover, often reflect a convergence of First and Fourth Amendment values not present in cases of ‘ordinary’ crime. Though the investigative duty of the executive may be stronger in such cases, so also is there greater jeopardy to constitutionally protected speech.“

sungsrechtlichen Vorgaben blieb diese Erkenntnis jedoch wohl folgenlos. Im Übrigen besteht in der Rechtswissenschaft Uneinigkeit darüber, ob und wieweit eine Anreicherung von Fragen im Bereich des vierten Verfassungszusatzes um Aspekte des ersten Verfassungszusatzes geboten bzw. zweckmäßig ist.²⁷⁰

f) *Beeinflussung der Ausübung von strafprozessualen Grundrechten*

Daneben finden sich auch einige Fälle, in denen es um die Abschreckung der Ausübung strafprozessualer Grundrechte ging.²⁷¹ So sah der Supreme Court in *Griffin v. California*, U.S. 380, 609 (1965) das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) des fünften Verfassungszusatzes dadurch verletzt, dass Staatsanwalt und Richter das Schweigen des Angeklagten gegenüber den Geschworenen kommentierten.²⁷² In *North Carolina v. Pearce*, U.S. 395, 711 (1969) ging es um einen möglichen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*; „double jeopardy“) dadurch, dass infolge der Berufung des Angeklagten eine höhere Strafe als im Ausgangsprozess verhängt wurde. Um Abschreckungseffekte auf die Ausübung des Berufungsrechts zu vermeiden, ist die Verhängung einer höheren Strafe dem Supreme Court zufolge nur dann zulässig, wenn explizit neue Gründe für das höhere Strafmaß dargelegt werden.²⁷³ Ebenfalls entscheidend waren Abschreckungseffekte für das Recht des Angeklagten, eine Verhandlung vor Geschworenen zu verlangen, wenn durch Verzicht auf dieses Recht die Todesstrafe vermieden werden konnte.²⁷⁴ In Bezug auf das Recht auf anwaltliche Beratung („right to counsel“) entschied das Gericht hingegen, dass von einem Gesetz keine relevante Abschreckung ausging, welches vorsah, dass ein Angeklagter zunächst vom Staat übernommene Verteidigungskosten zurückzahlen habe, falls er dazu später in der Lage sein sollte.²⁷⁵

Häufig war im Rahmen dieser Fälle die Ausübung des jeweiligen strafprozessualen Grundrechts nicht direkt mit unmittelbar greifbaren Nachteilen versehen. Vielmehr wurde die Entscheidung des Grundrechtsträgers zur Ausübung seiner

²⁷⁰ Jeweils m. w. H. dagegen *Harper*, *American University Law Review* 57 (2008), 1381 (1393 ff.); dafür *Solove*, *New York University Law Review* 82 (2007), 112 ff.

²⁷¹ Zu diesen chilling effects im Hinblick auf die Rechte des Angeklagten im Strafprozess *Schlesinger/Large*, *Cumberland Law Review* 10 (1979), 1 ff.; siehe auch *Note*, *Columbia Law Review* 69 (1969), 808 (834 ff.).

²⁷² „It is a penalty imposed by courts for exercising a constitutional privilege. It cuts down on the privilege by making its assertion costly.“, *Griffin v. California*, U.S. 380, 609 (614) (1965).

²⁷³ „And since the fear of such vindictiveness may unconstitutionally deter a defendant’s exercise of the right to appeal or collaterally attack his first conviction, due process also requires that a defendant be freed of apprehension of such a retaliatory motivation on the part of the sentencing judge. In order to assure the absence of such a motivation, we have concluded that, whenever a judge imposes a more severe sentence upon a defendant after a new trial, the reasons for his doing so must affirmatively appear.“, *North Carolina v. Pearce*, U.S. 395, 711 (725 f.) (1969).

²⁷⁴ Siehe bereits Fn. 222 und zugehöriger Haupttext.

²⁷⁵ *Fuller v. Oregon*, U.S. 417, 40 (insb. 54) (1974).

strafprozessualen Rechte mit Risiken belegt, die zu einer gesteigerten Unsicherheit über die Folgen der Entscheidung führen mussten und auf diese Weise Anreize zur Nichtausübung setzten.

g) *Weitere Verwendungen*

Über die genannten Doktrinen und Fallgruppen hinaus zeigt der chilling effect als Argument noch in einer ganzen Reihe verfassungsrechtlicher Fragen Wirkung: bei der Konturierung der innerstaatlichen Reisefreiheit²⁷⁶, bei Gebrauch des Wahlrechts durch Minderheiten²⁷⁷, bei den Einschränkungen des Rechts auf Abtreibung²⁷⁸, bei der Einschränkung eines Rechts auf eigenhändige Gegendarstellung („right to reply“) in Bezug auf Zeitungsartikel²⁷⁹, bei der Entwicklung verfassungsrechtlicher Anforderungen an die Regulierung der Wahlkampffinanzierung²⁸⁰, um nur eine Auswahl zu nennen²⁸¹.

h) *Zwischenergebnis*

Die Analyse der auf dem chilling effect fußenden Verfassungsdoktrinen und der wichtigsten Fallgruppen, die sich mit chilling effects befassen, offenbart, wie maßgeblich Abschreckungserwägungen Teile des US-amerikanischen Verfassungsrechts steuern (vor allem soeben a) und b)).²⁸² Für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind lediglich die unterschiedlichen Deutungsanforderungen für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche²⁸³ zu nennen, welche im engeren Sinne durch prognostizierte Abschreckungseffekte *determiniert* sind. Ob Abschreckungswirkungen in Qualität bzw. Intensität ausreichen, um eine Grundrechtsverletzung zu behaupten, ist im US-amerikanischen Verfassungsrecht wiederkehrende Streitfrage auf prozessualer (c) wie materiell-rechtlicher Ebene (e).

Einige der erwähnten Fälle liefern zugleich Anhaltspunkte dafür, wie sich das US-amerikanische Verfassungsrecht am ersten Verfassungszusatz als Fluchtpunkt ausrichtet. Maßnahmen, die zum Beispiel die strafprozessualen Grundrechte des vierten bis sechsten Verfassungszusatzes verletzen könnten, werden

²⁷⁶ *Shapiro v. Thompson*, U.S. 394, 618 (623, 631) (1969).

²⁷⁷ *Louisiana v. United States*, U.S. 380, 145 (150) (1965).

²⁷⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, U.S. 505, 833 (894, 897; vgl. auch Sondervotum *Scalia*, 992) (1992).

²⁷⁹ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, U.S. 418, 241 (257) (1974).

²⁸⁰ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (2010); siehe oben Fn. 230–233 und zugehöriger Haupttext.

²⁸¹ M. w. H. *Note*, *Columbia Law Review* 69 (1969), 808 (832 ff.).

²⁸² *Youn*, *Vanderbilt Law Review* 66 (2013), 1471 (1483): „[...] chilling effect-based reasoning is the common denominator among a number of procedural, categorical, and substantive doctrines [...]“

²⁸³ Dazu oben I.4.c).

teilweise durch Erwägungen zu den Auswirkungen dieser Maßnahmen auf den ersten Verfassungszusatz ergänzt.²⁸⁴ Weiterhin werden staatliche Handlungen, die in ihrer unmittelbaren Zielrichtung eigentlich vor allem Fragen des vierten bis sechsten Verfassungszusatzes berühren, durch ihre konkrete Anwendung und Ausgestaltung zu Problemen des ersten Verfassungszusatzes.²⁸⁵

3. *Außerrechtliche Vorannahmen*

Ebenso wie das Bundesverfassungsgericht steht auch der Supreme Court vor der Herausforderung, Abschreckungszusammenhänge als rechtliche Folgephänomene und Tatsachengrundlage seiner Entscheidungen zu erheben. Den zugrundeliegenden Rechtstatsachen sowie ihrer Gewinnung wird im amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskurs und innerhalb des Supreme Courts eine nicht unerhebliche Aufmerksamkeit zuteil. Dies kann teilweise darin begründet liegen, dass aus den Annahmen über Abschreckungszusammenhänge ungleich häufiger als im deutschen Verfassungsrecht spezifische rechtliche Vorgaben abgeleitet werden. Wie bereits bei der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Gewinnung außerrechtlicher Vorannahmen der Rechtsprechung anhand von drei ausgewählten Fällen untersucht.

a) *Dombrowski v. Pfister*

In dem bereits erwähnten²⁸⁶ Fall *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (1965) befasste sich der Supreme Court unter anderem mit der abschreckenden Wirkung rechtsmissbräuchlich eingesetzter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen auf die Ausübung der Meinungsfreiheit. Für den konkreten Fall wurde das Vorbringen der Kläger für eine Unterlassungsverfügung als ausreichend erachtet,²⁸⁷ wobei die Maßnahmen der Behörden auch offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Natur und auf die Einstellung grundrechtlich geschützter Aktivitäten der Kläger gerichtet waren. Es ging dabei um die Verhaftung von Organisationsmitgliedern, Durchsuchungen und Beschlagnahme von Dokumenten und schließlich die Androhung der Fortsetzung dieser Maßnahmen trotz Entscheidungen von Instanzgerichten, welche die bisherigen Maßnahmen für rechtswidrig erklärten.²⁸⁸ Der Supreme Court nahm an, dass sogar das sichere Scheitern der Ermittlungen die ab-

²⁸⁴ Vgl. oben Fn. 269 und zugehöriger Haupttext und sogleich 3.b). In diese Richtung weiter *Solove*, *New York University Law Review* 82 (2007), 112 (143 ff.).

²⁸⁵ Siehe z. B. *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (1965). Hierzu weiter sogleich.

²⁸⁶ Oben Fn. 218 f. und zugehöriger Haupttext.

²⁸⁷ „Appellants’ allegations and offers of proof outline the chilling effect on free expression of prosecutions initiated and threatened in this case.“, *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (487) (1965).

²⁸⁸ „These events, together with repeated announcements by appellees that the appellant organization is a subversive or Communist front organization, whose members must register or be

schreckende Wirkung auf die Ausübung der Meinungsfreiheit nicht zerstreuen würden.²⁸⁹ Aus diesen Gründen und weil der Straftatbestand der Unterstützung einer „subversiven Vereinigung“ eine „Gefahrenzone“ schaffe, in der eigentlich geschützte Meinungsäußerungen gehemmt werden könnten, sei dieser Tatbestand als Grundlage für Ermittlungsmaßnahmen aufgrund seiner Unbestimmtheit verfassungswidrig.²⁹⁰ Der Supreme Court stützt die Tatsachengrundlage von Abschreckungszusammenhängen in diesem Urteil also zum einen auf das Vorbringen der betroffenen Kläger und zum Teil auf eigene Vermutungen über die Wirkung bestimmter Straftatbestände.

b) *United States v. U.S. District Court („Keith case“)*

In *United States v. U.S. District Court*, U.S. 407, 297 (1972), der im amerikanischen Rechtsdiskurs auch häufig nach dem mit dem Fall zuerst befassten Richter *Damon Keith* als „Keith case“ bezeichnet wird, ging es um die Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen durch den US-Generalanwalt in Vertretung des Präsidenten zum Schutze der inneren Sicherheit ohne richterlichen Beschluss. Seine Erwägungen zum vierten Verfassungszusatz reicherte der Supreme Court dabei mit Überlegungen zum ersten Verfassungszusatz an und funktionalisierte den vierten Verfassungszusatz dabei in vorsichtigen Formulierungen zu einer Art Schutz privater Kommunikation²⁹¹. Hierbei verwies er zum einen pauschal auf eine Monographie²⁹², welche sich mit den Gefahren von Überwachung und der Wichtigkeit von Privatheit für die Demokratie befasst. Zum anderen stellte er unter Verweis auf die Geschichte eine Tendenz von Regierungen fest, gerade diejenigen unter Verdacht zu stellen und zu überwachen, welche die Regierungspolitik hinterfragen und besonders unorthodoxe Ansichten vertreten.²⁹³

prosecuted under the Louisiana statutes, have appellants allege, frightened off potential members and contributors.“, *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (488) (1965).

²⁸⁹ „The chilling effect upon the exercise of First Amendment rights may derive from the fact of the prosecution, unaffected by the prospects of its success or failure.“, *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (494, ähnlich 487) (1965).

²⁹⁰ „This overly broad statute also creates a ‚danger zone‘ within which protected expression may be inhibited. [...] So long as the statute remains available to the State, the threat of prosecutions of protected expression is a real and substantial one. Even the prospect of ultimate failure of such prosecutions by no means dispels their chilling effect on protected expression.“, *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479 (494) (1965).

²⁹¹ „[The Fourth Amendment’s] broader spirit now shields private speech from unreasonable surveillance“, *United States v. U.S. District Court*, U.S. 407, 297 (313) (1972).

²⁹² *United States v. U.S. District Court*, U.S. 407, 297 (312 Fn. 13) (1972) verweist auf *Westin*, *Privacy and Freedom*.

²⁹³ „History abundantly documents the tendency of Government – however benevolent and benign its motive – to view with suspicion those who most fervently dispute its policies. Fourth Amendment protections become the more necessary when the targets of official surveillance may be those suspected of unorthodoxy in their political beliefs. The danger to political dissent is acute where the Government attempts to act under so vague a concept as the power to protect

Die Tatsachenannahmen des Supreme Court fußten also in dieser Entscheidung im Wesentlichen auf dem Allgemeinwissens der Richter. Dabei versucht er durch den Verweis auf – im Ergebnis recht unbestimmte – geschichtliche Erfahrungen, die Plausibilität seiner Ausführungen zu erhöhen.

c) *Citizens United v. Federal Election Commission*

Der bereits vorgestellten²⁹⁴ Entscheidung *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (2010), die sich mit dem Verbot der Finanzierung von Wahlwerbung durch Unternehmen und Organisationen befasste, liegen besonders detaillierte Annahmen über die chilling effects der angegriffenen Bestimmungen zugrunde. Sie steuern auch die Folgen des Urteils eng. Zunächst wurde unter differenzierter Darlegung der durch die Regulierung aufgebürdeten Last für die Grundrechtsausübung ihre Wirkung beschrieben²⁹⁵, die auch durch die Beschwerdeführer und die amici des Gerichts²⁹⁶ glaubhaft gemacht wurde²⁹⁷. Wie oben be-

„domestic security.“ Given the difficulty of defining the domestic security interest, the danger of abuse in acting to protect that interest becomes apparent.“, *United States v. U.S. District Court*, U.S. 407, 297 (314) (1972).

²⁹⁴ Oben Fn. 230–233 und zugehöriger Haupttext.

²⁹⁵ „The First Amendment does not permit laws that force speakers to retain a campaign finance attorney, conduct demographic marketing research, or seek declaratory rulings before discussing the most salient political issues of our day. Prolix laws chill speech for the same reason that vague laws chill speech: People, of common intelligence must necessarily guess at [the law’s] meaning and differ as to its application.“ [Verweis ausgelassen; d. Verf.], *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 7) (2010). „As a practical matter, however, given the complexity of the regulations and the deference courts show to administrative determinations, a speaker who wants to avoid threats of criminal liability and the heavy costs of defending against FEC [Federal Election Commission; d. Verf.] enforcement must ask a governmental agency for prior permission to speak. [...] These onerous restrictions thus function as the equivalent of prior restraint by giving the FEC power analogous to licensing laws implemented in 16th- and 17th-century England, laws and governmental practices of the sort that the First Amendment was drawn to prohibit.“, *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 18) (2010). Vgl. detailliert auch sogleich Fn. 297.

²⁹⁶ *Amicus curiae* („Freund des Gerichts“) bezeichnet eine Person, die nicht selbst Partei der anhängigen Streitigkeit ist, dem Gericht aber einen sogenannten *amicus brief* übergeben darf. Siehe zu den Verfahren und Voraussetzungen Regel 37 der Rules of the Supreme Court of the United States, abrufbar unter: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>.

²⁹⁷ „Campaign finance regulations now impose ‚unique and complex rules‘ on ‚71 distinct entities.‘ Brief for Seven Former Chairmen of FEC et al. as *Amici Curiae* 11–12 [Brief *Amici Curiae* of Seven Former Chairmen and One Former Commissioner of the Federal Election Commission Supporting Appellant on Supplemental Question; abrufbar unter: http://www.fec.gov/law/litigation/citizens_united_sc_08_formercomm_supp_brief_amici.pdf; zuletzt abgerufen am 13.6.2016; d. Verf.]. These entities are subject to separate rules for 33 different types of political speech. *Id.*, at 14–15, n. 10. The FEC has adopted 568 pages of regulations, 1278 pages of explanations and justifications for those regulations, and 1771 advisory opinions since 1975. See *id.*, at 6, n. 7. In fact, after this Court in *WRTL* [gemeint ist: *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, U.S. 551, 449 (2007); d. Verf.] adopted an objective ‚appeal to vote‘ test for determining whether a communication was the functional equivalent of express

reits angesprochen, schloss die Mehrheitsmeinung darüber hinaus die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Regelungen mit Blick auf die lähmende Rechtsunsicherheit bis zur sukzessiven Klärung der Rechtslage aus.²⁹⁸ Durch die zeitliche Begrenztheit des Wahlkampfes bei gleichzeitiger Dauer der zur Klärung erforderlichen Gerichtsverfahren würden sonst im Ergebnis viele wertvolle Möglichkeiten zur Meinungsäußerung ungenutzt verstreichen.²⁹⁹ Als einzigen Ausweg sah die Gerichtsmehrheit, die gesetzliche Bestimmung als solche für schlechthin verfassungswidrig zu erklären. Ein chilling effect durch ebenfalls angeordnete Transparenz- und Offenlegungspflichten wurde hingegen nicht angenommen und diese Regelungen daher als verfassungsgemäß aufrechterhalten.³⁰⁰

Der Mehrheitsmeinung trat Richter *Stevens* in seinem ausführlichen Sondervotum, dem sich die Richter *Ginsburg*, *Breyer* und *Sotomayor* anschlossen, unter anderem auch deswegen mit deutlichen Worten gegenüber, weil er deren zugrundeliegenden tatsächlichen Vorannahmen nicht teilte:

„Das Gericht vereitelt jetzt die Bemühungen des Kongresses ohne den Schnipsel eines Nachweises darüber, wie § 203 oder die entsprechenden Normen auf Ebene der Bundesstaaten irgendeine andere Vereinigung als Citizens United beeinträchtigt haben. Angesichts dieser klaffenden empirischen Lücke wirft die Senatsmehrheit ihre Hände in die Höhe.“³⁰¹

Seinerseits befürchtete *Stevens* einen chilling effect auf die Meinungsfreiheit von gewählten Amtsträgern durch den Einfluss von Unterstützerorganisationen.³⁰²

advocacy, 551 U.S., at 470 (opinion of Roberts, C.J.), the FEC adopted a two-part, 11-factor balancing test to implement WRTL's ruling.“, *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 17 f.) (2010).

²⁹⁸ „The interpretive process itself would create an inevitable, pervasive, and serious risk of chilling protected speech pending the drawing of fine distinctions that, in the end, would themselves be questionable.“ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 9 f.; ähnlich S. 12, 16 ff.) (2010). Siehe bereits oben Fn. 237 f. und zugehöriger Haupttext.

²⁹⁹ „A speaker's ability to engage in political speech that could have a chance of persuading voters is stifled if the speaker must first commence a protracted lawsuit. By the time the lawsuit concludes, the election will be over and the litigants in most cases will have neither the incentive nor, perhaps, the resources to carry on [...]“ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 17) (2010).

³⁰⁰ *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of the Court S. 55 f.) (2010). Richter *Thomas* nahm einen chilling effect in seinem Sondervotum an, vgl. schon oben Fn. 233.

³⁰¹ „The Court now negates Congress' efforts without a shred of evidence on how §203 or its state-law counterparts have been affecting any entity other than Citizens United.“, *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of *Stevens* S. 8, vgl. auch Fn. 5 auf derselben Seite; S. 10; S. 11 Fn. 8) (2010).

³⁰² „To the extent that corporations are allowed to exert undue influence in electoral races, the speech of the eventual winners of those races may also be chilled. Politicians who fear that a certain corporation can make or break their reelection chances may be cowed into silence about that corporation.“, *Citizens United v. Federal Election Commission*, U.S. 558, 310 (Opinion of *Stevens* S. 81) (2010).

Der Konflikt über die relevanten Rechtsstatsachen und ihre Bedeutung für die Rechtsfindung spitzt sich in diesem Urteil besonders stark zu. Um einen Einzelfall handelt es sich dabei allerdings nicht.³⁰³

d) Zwischenergebnis

Der Supreme Court geht bei der Gewinnung der Abschreckungszusammenhängen unterliegenden Tatsachen nicht grundsätzlich anders vor als das Bundesverfassungsgericht. Bei beiden Gerichten dominiert eine Mischung aus drei verschiedenen Erkenntnisquellen: Zunächst bildet häufig das Vorbringen der Kläger bzw. Beschwerdeführer über die Wirkung von Maßnahmen auf die eigene Grundrechtsausübung den Ausgangspunkt – beim Supreme Court können amici curiae briefs hinzutreten. Des Weiteren wird mitunter, aber sehr spärlich oder indirekt auf einschlägige wissenschaftliche Literatur verwiesen. Am stärksten scheinen aber Alltagstheorien und das Allgemeinwissen der Richter die Ausführungen zu Abschreckungszusammenhängen zu prägen.

Die Detailliertheit der Ausführungen zu den vermuteten Kausalitäten variiert zwischen den Entscheidungen deutlich. Tendenziell werden Ursachen, Wirkweise und Intensität von Abschreckungseffekten detaillierter bei kommunikationsgrundrechtlichen Entscheidungen beschrieben als bei solchen im Bereich anderer Grundrechte.³⁰⁴

Dabei treten Konflikte hinsichtlich der Tatsachengrundlage von Abschreckungseffekten beim Supreme Court offensichtlicher zutage. Dies kann zum einen daran liegen, dass die tatsächlichen Annahmen die Rechtsfindung stärker determinieren. Zum anderen vereint das Entscheidungsverfahren weniger beratende, sondern mehr Elemente von Mehrheitsentscheidungsverfahren in sich. Demgegenüber ist das Bundesverfassungsgericht stärker auf Konsens bedacht.³⁰⁵ Durch die rechtskulturellbedingt vermehrt auftretenden Sondervoten geraten Konflikte über die Tatsachengrundlage einer Entscheidung daher ungleich schneller auch in ihre Darstellung.

4. Ergebnis des Vergleichs

Aufgrund der divergierenden Binnenstrukturen der Verfassungsrechtsordnungen und der verschiedenen juristischen Methoden der Rechtskreise sind der Ver-

³⁰³ Siehe z. B. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, U.S. 418, 323 (333 ff. v. Sondervotum *White*, 389 ff.) (1974); *James v. Illinois*, U.S. 493, 307 (314 ff. v. Sondervotum *Kennedy*, 325) (1990); weitere Nachweise bei *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1656 f., insb. Fn. 114–116).

³⁰⁴ Den Befund der Abwesenheit sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse teilt auch von *Brünneck*, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, S. 44.

³⁰⁵ Vgl. *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, S. 94 f., 193 ff., 505.

gleichbarkeit des Umgangs der Gerichte mit Abschreckungseffekten Grenzen gesetzt. Dies zeigt sich schon in dem Erfordernis, die Rechtsprechung anhand unterschiedlicher Kategorien zu analysieren³⁰⁶. Auch lassen sich in Ermangelung einer entwickelten US-amerikanischen Verfassungsdogmatik keine vergleichbaren grundrechtsdogmatischen Dimensionen des Abschreckungsarguments (oben I.5.) bestimmen. Lediglich *Schauers* Funktionalisierung des chilling effects zur Konturierung einer umfassenden „Spielraum“-Doktrin³⁰⁷, welche aufgrund der empiristischen Ungenauigkeit von Recht und der überragenden Wichtigkeit der Rechte und Werte des ersten Verfassungszusatzes geboten ist, findet in den unter I.5.a) und I.5.c) identifizierten Dimensionen des Arguments im deutschen Verfassungsrecht gewisse Parallelen. Gerade Anhaltspunkte für solche Spielraum-Überlegungen selbst – als Resultat von Abschreckung – finden sich in Bezug auf die Meinungsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht jedoch kaum.

Trotzdem ergeben sich hinreichende Gemeinsamkeiten für einen sinnvollen Vergleich, so dass sich aus diesem für die jeweilige Rechtsordnung bestimmte Erkenntnisse ziehen lassen. Der Untersuchungsabschnitt zeigt zunächst die sich früh entwickelnde und im Vergleich zum deutschen Verfassungsrecht hervorgehobene Stellung von chilling effects im US-amerikanischen Verfassungsrecht. Es ist eher unwahrscheinlich, dass die Überlegungen des Supreme Courts zum chilling effect direkt in das deutsche Verfassungsrecht migrierten, also von dort entlehnt wurden. Zumindest finden sich keine expliziten Bezugnahmen, sodass diese Frage hier offen bleibt. Es ist wohl von einer von verschiedenen Faktoren (Struktur und Inhalt der Verfassung, Grundrechts- und Staatsverständnis) begünstigten und insoweit unabhängigen, parallelen Emergenz auszugehen.³⁰⁸ In ihren Methoden der Gewinnung der tatsächlichen Vorannahmen ähneln sich die Gerichte dennoch stark (oben 3.d).

Auch konturieren beide Gerichte mit Hilfe von Abschreckungseffekten maßgeblich den tatsächlichen Schutz durch die jeweils in den Verfassungen verbrieften Kommunikationsgrundrechte. Dass dabei der Supreme Court Abschreckungseffekte umfassend thematisiert, kann zunächst damit zusammenhängen, dass er sich schlicht mit stärkeren Abschreckungswirkungen konfrontiert sah. Zu verweisen ist dabei zuvörderst auf die insbesondere in *New York Times Co. v. Sullivan*

³⁰⁶ Vgl. I.2. und 3. gegenüber II.2.

³⁰⁷ *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (insb. 705 ff.).

³⁰⁸ Einen Anhaltspunkt für eine implizite Bezugnahme bietet Bundesverfassungsrichter *Hoffmann-Riem*, der die Bedeutung der besonders mit chilling effects befassten Entscheidung *New York Times Co. v. Sullivan* hervorhebt: „The *New York Times v. Sullivan* (1964) decision has likewise been a model for the Court’s [Bundesverfassungsgericht, d. Verf.] interpretation of the freedom of communication in the field of political speech.“, *Hoffmann-Riem*, International Journal of Constitutional Law 2005, 556 (559).

Dass im Rahmen der vorbereitenden Voten von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf Supreme Court Entscheidungen Bezug genommen wurde, ist denkbar, *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S. 92.

von den Instanzgerichten zugesprochenen horrenden (Straf-)Schadensersatzsummen³⁰⁹, die nur bedingt eine Ausnahme darstellten³¹⁰. Solche Summen sind dem deutschen Recht zu Schadensersatz- und Schmerzensgeld insbesondere im Bereich der Ehr- und Persönlichkeitsverletzung bis heute fremd.³¹¹ Auch sehen sich Beklagte in den USA nach wie vor mit – im Vergleich zu Kontinentaleuropa – erheblichen Prozesskosten konfrontiert.³¹² Die sogenannte „American rule“³¹³, wonach grundsätzlich unabhängig vom Prozessausgang jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat, führt dazu, dass für die vermögendere Partei Anreize gesetzt werden, einen Gerichtsprozess anzustrengen, um der anderen Partei zu schaden. In Einzelfällen³¹⁴ ist auch eine bis an die Grenze zum Rechtsmissbrauch reichende politisierte Rechtsdurchsetzung hinzugetreten, wenn politische Gegner mithilfe polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen absichtlich eingeschüchtert wurden.³¹⁵ Verfassungsrechtlich bedenkliche Abschreckungsdynamiken können sich also für den Supreme Court früher und deutlicher als für das Bundesverfassungsgericht abgezeichnet haben. Im Übrigen weist das amerikanische Rechtsdenken im Vergleich zum deutschen einen stärkeren Hang zum empirischen, pragmatischen Argument auf, so dass es sich stärker Folgenerwägungen und damit auch Abschreckungseffekten öffnet.³¹⁶ Auch könnte sich das Bundesverfassungsge-

³⁰⁹ Die USD 500.000, die in *New York Times Co. v. Sullivan* zunächst als Schadensersatzsumme zugesprochen wurden, entsprächen USD 3,6 Millionen im Jahre 2011, *Hall/Urofsky, New York Times v. Sullivan: Civil Rights, Libel Law, and the Free Press*, S. 69.

³¹⁰ *Forer, A Chilling Effect*, S. 29 ff., S. 107 ff.

³¹¹ Sie liegen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in schweren Fällen wohl meist maximal bei niedrigen fünfstelligen Eurobeträgen, vgl. z. B. KG Berlin ZUM-RD 2012, 27; OLG Karlsruhe NJW 1994, 1963; zur Bemessung grundsätzlich BGH NJW 2014, 2029 (insb. 2035). In besonderen Ausnahmefällen können die Beträge auch knapp den sechsstelligen Bereich erreichen, *Soehring*, *Presserecht*, § 32 Rn. 35a ff. Siehe auch jüngst die erstinstanzliche Entscheidungen im Fall „Kachelmann“ LG Köln GRUR-Prax 2015, 441 ff.

³¹² Vgl. *Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Washington*, Merkblatt: Rechtsberatung und Rechtsverfolgung in Zivil- und Handelssachen in den USA, Juni 2013, abrufbar unter: http://www.germany.info/contentblob/3268694/Daten/3324257/Rechtsverfolgung_Merkblatt_PDF.pdf; *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, *International Comparisons of Litigation Costs: Canada, Europe, Japan, and the United States*, 14.6.2013, abrufbar unter: http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf.

Ob sich dies gerade durch den aufgrund seiner subjektiven Natur beweisintensiven „actual malice standard“ geändert hat, wird in der amerikanischen Literatur bezweifelt *Anderson*, *University of Pennsylvania Law Review* 140 (1991), 487 (511 ff., 535 f.); *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1667 ff.).

³¹³ Siehe nur *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, U.S. 421, 240 ff. (1975).

³¹⁴ Siehe insbesondere *Dombrowski v. Pfister*, U.S. 380, 479.

³¹⁵ Immerhin könnte BVerfGE 20, 162 – SPIEGEL – ein Sachverhalt mit in Ansätzen vergleichbarer politisierter Rechtsdurchsetzung zugrunde gelegen haben.

³¹⁶ Vgl. z. B. *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 102 ff.; *Cserne*, *Humanitas Journal of European Studies* 3 (2009), 9 (16 ff.).

Für das Common Law stellt *Schauer*, *Supreme Court Review* 2001, 267 (287) fest: „the path of the common law is a path consisting of empirical assessment, behavioral speculation, and

richt in Fragen der Tatsachenabschätzung in Konkurrenz zum Gesetzgeber sehen und daher in Abschreckungsfragen Zurückhaltung üben, während dieses Feld als Vorbedingung der Rechtsgestaltung für den Supreme Court in der Tradition des common law klar zu seinen Aufgaben zählt.

Geht man vom US-amerikanischen Verfassungsverständnis aus, welches einer vorstaatlichen oder sogar vorgesellschaftlichen Auffassung von grundrechtlicher Freiheit entspricht³¹⁷, kann es zunächst widersprüchlich erscheinen, dass sich das Gericht in der Form des chilling effects intensiv den tatsächlichen Verwirklichungsbedingungen und -voraussetzungen von Grundrechten widmet und diese nicht dem freien Spiel gesellschaftlicher Kräfte überlässt. Allerdings ist dies zum einen dadurch zu erklären, dass durch chilling effects im Sinne der Rechtsprechung des Supreme Courts nur solche Verwirklichungsbedingungen Berücksichtigung finden, die in einem realen Unbeeinflusstsein durch den Staat begründet liegen. Dies ist mit dem angedeuteten Grundrechtsverständnis durchaus vereinbar. Die materiellen bzw. finanziellen Voraussetzungen von Grundrechtsausübung und die Indienstnahme von oder Schutz vor privaten Dritten als Voraussetzungen von Grundrechtsausübung bleiben außer Betracht. Zum anderen legen die hervorgehobene Bedeutung des ersten Verfassungszusatzes generell und die mögliche (implizite) Qualifikation der Meinungsfreiheit als affirmativer Wert („affirmative value“³¹⁸) spezielle richterliche Gründlichkeit und ein hohes Schutzniveau nahe. Der Begriff affirmativer Werte bezeichnet einen Wert von Verfassungsrang, der nicht nur Restriktionen hinsichtlich seiner Einschränkung unterliegt, sondern tatsächliche Förderung verdient. Diese – bisher allein rechtswissenschaftliche – Kategorie weist damit eine gewisse Nähe zu den deutschen objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten auf. Bei Anerkennung einer solchen Kategorie könnten chilling effects durchaus eine ähnliche Verbindungsfunktion zwischen subjektiver und objektiver Dimension der Grundrechte zukommen, wie sie gegenwärtig für das deutsche Abschreckungsargument angenommen werden kann (oben I.5.e). Bei den Kommunikationsgrundrechten ergeben sich im Übrigen keine auffälligen Abweichungen zwischen den Gerichten.

Anders verhält es sich in Bezug auf Persönlichkeitsgrundrechte. Hier ist bemerkenswert, dass eine Entsprechung zu dieser zweiten Hauptlinie des Bundesverfas-

normative analysis far more than it is a path of logical deduction or any other form of distinctively legal reasoning.“ Dies würde vom deutschen Recht (gegenwärtig) wohl kaum ein Jurist behaupten.

³¹⁷ Siehe gerade im Vergleich zum deutschen Verfassungsverständnis z. B. *Eberle*, Oregon Review of International Law 10 (2008), 1 (2 ff., 65 f., 72 f.); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 315 f. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates erschöpft sich nach diesem Verfassungsverständnis grundsätzlich in der Herstellung bzw. Belassung eines vorstaatlichen bzw. vorgesellschaftlichen Freiheitszustands. Insbesondere besteht keine Pflicht, die Wahrnehmung der Freiheit real möglich zu machen.

³¹⁸ Hierzu *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (691); *Kendrick*, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633 (1650 f.).

sungsgerichts beim Supreme Court auf den ersten Blick zu fehlen scheint. Ein erster offensichtlicher Erklärungsansatz besteht darin, dass diejenigen Grundrechte der US-Verfassung, die vergleichbare Lebensbereiche wie die expliziten und impliziten Persönlichkeitsrechte des Grundgesetzes schützen, entweder fehlen oder lediglich als strafprozessuale Grundrechte ausgestaltet sind bzw. verstanden werden (namentlich der vierte bis sechste Verfassungszusatz). So sind etwa solche Rechte unbekannt, die einen umfassenden Persönlichkeits-, Privatsphäre- oder Datenschutz mit Verfassungsrang gewähren.³¹⁹ Wie bereits erwähnt,³²⁰ lassen sich diese Rechte in der deutschen Verfassungsordnung als Vorfeldschutz für die Ausübung anderer Grundrechte – insbesondere auch Kommunikationsgrundrechte – charakterisieren. Dem amerikanischen Recht und insbesondere auch seinem Verfassungsrecht sind solche präventiv ausgerichteten grundrechtlichen Garantien fremd.³²¹ Dies illustriert auch die Rechtsprechung des Supreme Courts, wenn er es in Fällen von Überwachung und Durchsuchung wie *Laird v. Tatum* oder *Younger v. Harris* ablehnt, materiell zu entscheiden und die Klagen schon aufgrund mangelnden Nachweises einer Verletzung abweist. Hieraus lässt sich schließen, dass es wohl grundsätzlich des Nachweises zurechenbarer, tatsächlicher Verhaltensänderungen bedarf. In bestimmten Fällen hingegen gewährt das Gericht aber ausnahmsweise Schutz über den ersten Verfassungszusatz, wenn wie in *Dombrowski v. Pfister* eine tatsächliche Einschüchterung hinreichend nachgewiesen werden kann. Der chilling effect dient dann zur Ausweitung des verfassungsrechtlichen Schutzes durch den Blick auf die subjektiven Voraussetzungen der Grundrechtsausübung ausgehend vom ersten Verfassungszusatz.³²² In Deutschland reicht hingegen z. B. schon die zielgerichtete Erhebung eines persönlichen Datums, um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auszulösen.³²³ Einer erweiterten Prognose oder eines Nachweises von Abschreckungswirkungen bedarf es dafür nicht. Dadurch wird vom Bundesverfassungsgericht eine präventive „Vergrundrechtung“ von persönlichkeitsrechtlichen Gefahren für grundrechtliche Verhaltensfreiheiten geschaffen, bei der Abschreckungserwägungen nur in generalisierter Form bei der Konturierung der Schutzbereiche relevant werden.

Beide Gerichte können also konstruktiv einen Schutz des Individuums vor einer Abschreckung der Ausübung insbesondere von Kommunikationsgrundrech-

³¹⁹ Im Einzelnen *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 114 ff.; *Slobogin*, *Die Verwaltung* 44 (2011), 465 (467 ff.).

³²⁰ Oben I.5.c).

³²¹ *Poscher/Miller*, Präventiver Datenschutz – Kampf der Kulturen, FAZ vom 28.11.2013: „Der angelsächsische Pragmatismus schlägt sich auch in der Rechtskultur nieder. Sie neigt weniger zu Prävention, System und Antizipation, sondern entwickelt sich anhand einzelner tatsächlich auftretender Problemfälle – archetypisch im Common Law.“

³²² Hieraus ergibt sich eine funktionale Überschneidung mit der unter I.5.c) identifizierten grundrechtsdogmatischen Dimension des Abschreckungsarguments.

³²³ BVerfGE 65, 1 (44 f.) – Volkszählung.

ten erreichen. Das deutsche Verfassungsrecht wirkt aber, indem es das Problem als Persönlichkeitsgefährdung schon auf Ebene des Schutzbereichs vertypt, früher als das amerikanische Recht und erreicht in diesem Bereich frühzeitigeren und einfacher verfügbaren grundrechtlichen Schutz.

III. Zwischenergebnis

Zur abstrakten Form des Abschreckungsarguments ist Folgendes festzuhalten: Den Rahmen des Arguments bildet stets eine Unklarheit im grundrechtlichen Bereich, welche ergebnisrelevant für die Beantwortung einer juristischen Fragestellung ist. Das heißt, es stehen mindestens zwei methodisch zulässige Entscheidungsalternativen zur Auswahl, die sich etwa aus verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten einer Norm oder einer Abwägung mit unterschiedlichem Ausgang ergeben und damit der Argumentation überhaupt zugänglich sind bzw. dieser bedürfen. Die Unklarheit muss natürlicherweise eine rechtliche Fragestellung betreffen, bei der die Grundrechte einen Maßstab der Beantwortung bilden können, also die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns anhand grundrechtlicher Vorgaben zu prüfen ist. Es sind damit Gerichts- oder Verwaltungsentscheidungen genauso wie Gesetzgebungsakte betroffen. Die Argumentation unterscheidet sich in diesem speziell grundrechtlichen Fokus auch vom unscharfen policy- oder allgemeinen Folgenargument³²⁴, welches die etwaige Erwünschtheit der Folgen einer Entscheidung für die Gesellschaft an sich oder einen bestimmten Bereich fruchtbar macht. Hier werden im Gegensatz dazu nur Auswirkungen in grundrechtlichen Schutzbereichen betrachtet und mithin eine ausschließlich verfassungsrechtliche Perspektive eingenommen. Als Folge des Arguments ist von mehreren Entscheidungsalternativen im Verfassungsrecht diejenige Alternative vorzugswürdig, deren Folgen weniger negative Anreize hinsichtlich grundrechtsrelevanten Verhaltens mit sich bringen oder diese verhindern können.

Vergleichbare Argumentformen wie die vorliegende sind in allen Rechtsordnungen mit Normgefällen denkbar, in denen die höherrangigen Normen final, also als auf einen Soll-Zustand zielend, verstanden werden können. Das bedeutet, Regeln müssen anhand von spezifischen höherrangigen Prinzipien auslegbar sein. Dies ist zum Beispiel im Verhältnis von einfachem Recht und europäischem Primärrecht der Fall.³²⁵ In diesen Konstellationen können die praktischen Nebenwir-

³²⁴ Zu diesen *Cserne*, *Humanitas Journal of European Studies* 3 (2009), 9 ff. Dies schließt nicht aus, Elemente der dem allgemeinen Folgenargument zugrundeliegenden Methode der Folgenorientierung auch für die Zwecke der Abschreckungsargumentation nutzbar zu machen (dazu Kapitel 3 unter II.).

³²⁵ Daher findet sich für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit die Abschreckungsargumentation auch bei *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *AUEV*, Lfg. 52 Januar 2014, Art. 63 Rn. 159 f., insb. Fn. 2; Rn. 168.

kungen der Geltung bzw. Anwendung einer Norm als derart unerwünscht qualifiziert werden, dass eine Reflexion auf die Auslegung der Norm denkbar ist. Nur dann weisen mittelbare überindividuelle Effekte eine Relevanz und Qualität auf, die eine Rückwirkung auf Auslegung oder Abwägung erlaubt.

Abschreckung ist als Argument in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Supreme Courts weit verbreitet. Diese Erkenntnis lässt jedoch in vielen Fällen kaum eine Aussage über die Bedeutung seiner Berücksichtigung für das Ergebnis des Einzelfalls zu. Abschreckungsfolgen können als bloßes Unterstützungsargument für die Verfassungswidrigkeit einer Regelung aufgrund mangelnder Bestimmtheit dienen³²⁶ oder aber auch prominent zur Konturierung eines neuen grundrechtlichen Gehalts herangezogen werden³²⁷. Abschreckungsphänomene bilden gerade beim Bundesverfassungsgericht häufig einen Baustein unter vielen zur Begründung einer Entscheidung. Das Gericht knüpft seine Entscheidungsergebnisse selten eng an Abschreckungseffekte, stellt diese also fast nie als bestimmendes Kriterium heraus. Inwieweit Abschreckungseffekte als Argumente Entscheidungen tatsächlich determinieren, ließe sich nur durch eine Analyse einer Vielzahl ähnlicher, aber im Detail unterschiedlich gelagerter, Entscheidungen und ihrer Begründungen zu einer „abschreckungsnahen“ Rechtsfrage klären.³²⁸ Es bedürfte der Analyse der Begründung und hypothetischen Begründungsalternativen der jeweiligen Entscheidungen. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts liegen aber in keinem Bereich in einer hinreichenden Dichte vor. Eine allgemeine Einschätzung des gegenwärtigen Gewichts der Abschreckungsargumentation für die Rechtsfindung bleibt daher naturgemäß intuitiv: Die Erwägung von Abschreckungseffekten ist für die verfassungsgerichtliche Arbeit wichtig – dabei allerdings stärker für die Darstellung als für die Herstellung von Entscheidungen.

Es steht fortan der Umgang des deutschen Verfassungsrechts mit Abschreckungseffekten im Vordergrund. Auf US-amerikanische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft wird punktuell Bezug genommen, soweit sich hieraus Anregungen für den Umgang mit Abschreckungseffekten im deutschen Verfassungsrecht ergeben.

³²⁶ Z. B. BVerfGE 110, 33 (53 f., 64) – Zollkriminalamt.

³²⁷ Z. B. BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung.

³²⁸ Vgl. das Vorgehen von *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1648 ff.) für die Vorsatzanforderungen im Recht von Verleumdung und übler Nachrede.

Kapitel 2

Inhärente Gegenargumente

An vielen Stellen der Untersuchung des Umgangs der Verfassungsgerichte mit Abschreckungseffekten haben sich besondere Problemfelder und Herausforderungen eines überzeugenden Einsatzes der Argumentationsfigur erkennen lassen. Unter Bezugnahme auf Kapitel 1 sollen im Folgenden die sieben wichtigsten Problemfelder des Arguments analysiert werden. Diese sind ebenso (rechts-)methodischer wie praktischer Natur. Aus argumentationstheoretischer Perspektive bilden sie inhärente Gegenargumente. Auf sie wird sodann mit dem methodischen und empirischen Ausbau der Argumentation (Kapitel 3) reagiert.

I. Grenzenlose Ausweitung/Beliebigkeit

Die Ausdifferenzierung von staatlichen (und privaten) Handlungsformen und -optionen, Wertpluralismus und unübersichtliche Wechselwirkungsverhältnisse zwischen Staat und Individuum erzeugen Herausforderungen für moderne Gesellschaften und Rechtssysteme. Für die Verwirklichung von Grundrechten hat dies die Folge, dass sie heute besonders voraussetzungsreich bzw. kontextabhängig und zugleich vielseitig von privaten und staatlichen Dritten beeinflusst ist.³²⁹ Aus dieser Vielzahl an unübersichtlichen Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen erwachsen mannigfaltige Möglichkeiten von Verhaltensanreizen und Abschreckungszusammenhängen, die auf die Entscheidung zur Wahrnehmung von Handlungsmöglichkeiten einwirken. Zugleich ist lückenloser Grundrechtsschutz Maxime der Verfassungsrechtsprechung.³³⁰ Es lässt sich schwerlich ein rechtlicher Konflikt finden, bei dem menschliches Verhalten nicht *auch* grundrechtlich geschützt ist und Grundrechte nicht zumindest *einen* Bewertungsmaßstab bilden können.

Entsprechend schnell sind Abschreckungswirkungen auf grundrechtlich geschützte Tätigkeiten gefunden oder zumindest behauptet. Fast jeder staatlichen Handlung kann zumindest die Möglichkeit einer unbeabsichtigten abschreckenden Nebenwirkung auf die Grundrechtsausübung gegenübergestellt werden. Es

³²⁹ Vgl. auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, § 190 Rn. 37 ff.

³³⁰ Siehe z. B. *Hochhuth*, *JZ* 2002, 743 (insb. 745) und *Kahl*, *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, insb. S. 16 ff., 34 ff.

ist nicht unwahrscheinlich, dass zum Beispiel auch schon die grundsätzliche Pflicht zur Anmeldung von Versammlungen (vgl. § 14 Abs. 1 VersG) davor abschreckt, sich überhaupt zu versammeln, also von Art. 8 GG Gebrauch zu machen. Das Abschreckungsargument ist ähnlich schnell zur Hand wie das Argument der schiefen Ebene (auch: Dambruchargument oder „slippery slope“³³¹).³³² Wird nicht differenzierend und präzise argumentiert, leidet unweigerlich seine Überzeugungskraft und es degeneriert zum Allzweckargument, das beliebige Positionen stützen oder widerlegen kann. Die praktisch grenzenlose Einsatzmöglichkeit des Arguments ergibt sich dabei auch aus der Art der Gewinnung der ihm zugrundeliegenden Tatsachenzusammenhänge.

II. Gewinnung der Tatsachengrundlage von Abschreckungseffekten

Wie gezeigt (Kapitel 1 unter I.4. und II.3.) werden die Tatsachengrundlagen des Abschreckungsarguments, die über den Einzelfall hinausgehen, in der Verfassungsrechtsprechung weitgehend intuitiv durch Erfahrungen und Alltagstheorien der Richter bestimmt. Das Vorbringen der Parteien kann erste Anhaltspunkte für diese Annahmen liefern. Explizite Bezugnahmen auf wissenschaftliche Theorien oder empirische Forschung finden sich kaum.³³³ Dabei wird nicht nur das Auftreten von Abschreckungseffekten als Folgen einer staatlichen Regelung oder Maßnahme prognostiziert, sondern auch ihr etwaiges Ausbleiben bei anderen rechtlichen Rahmenbedingungen in Aussicht gestellt – also z. B. bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes. Dem Argument liegen also komplizierte Tatsachenfeststellungen bzw. -prognosen zugrunde, die durch das betreffende Gericht zumeist auf Basis der persönlichen und beruflichen Erfahrungen der Richter getroffen werden.

Diese Tatsachengewinnung der Rechtsprechung wird vor allem im Hinblick auf den Supreme Court kritisiert und die Berechtigung der hierauf fußenden Rechtsfindung in Zweifel gezogen. Besonders deutlich wird dies in Bezug auf die Vorsatzanforderungen im Recht von Verleumdung und übler Nachrede.³³⁴ In der Rechtswissenschaft wird die Erhebung der diesbezüglichen Tatsachengrundlage durch den Supreme Court als „Küchenökonomie und schlimmstenfalls leichtfertige Spekulationen“³³⁵ bezeichnet.

³³¹ Hierzu *Schauer*, Harvard Law Review 99 (1985), 361 ff.; *Volokh*, Harvard Law Review 116 (2003), 1026 ff.

³³² In *Zwickler v. Koota*, U.S. 389, 241 (256 Fn. 2) (1967) nennt Richter *Harlan* die chilling effects Doktrin daher „ubiquitous and slippery“. Von einem „verfassungsrechtlichen Joker“ spricht *Rath*, KJ Beiheft 2009 (1), 65 (66, ähnlich 79). „häufig eingesetzt, [...] relativ beliebig“, *Assion*, in: *Telemedicus e.V.* (Hrsg.), *Überwachung und Recht*, 31 (48).

³³³ Ebenso und m. w. N. *Hermstrüwer*, *Informationelle Selbstgefährdung*, S. 38 f.

³³⁴ Siehe z. B. *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1655 ff.).

³³⁵ „[The Supreme Court’s] judgment, right or wrong, was based on what was at best arm-

Zweifelhaft ist also, ob diese schwache Tatsachengrundlage der Verfassungsgerichte als Realitätszugang genügt, um auf ihrer Grundlage Recht zu sprechen und das Verfassungsrecht fortzuentwickeln. Die Gewinnung der Tatsachen ist deshalb von hoher praktischer Relevanz, weil ihre Ergebnisse Anwendung und Auslegung des Rechts in Teilen determinieren. Welche Anforderungen hier an die verfassungsgerichtliche Tatsachengewinnung auch im Hinblick auf die Funktionsgrenzen der Verfassungsrechtsprechung im Einzelnen zu stellen sind, wird unten in Kapitel 3 unter III.2.b) erörtert.

III. Rückschluss von der Tatsachenebene auf die rechtliche Ebene

Mit dieser Feststellung ist das nächste Problem der Argumentation mit Abschreckungseffekten angesprochen: Wird die Auslegung des Rechts an seinen prognostizierten Folgen ausgerichtet, so könnte dies als eine Reflektion von der faktischen auf die normative Ebene („Sein-Sollens-Schluss“³³⁶) verstanden werden. Eine Auslegungsvariante eines Gesetzes mag zum Beispiel Vorzug erhalten, weil mit ihr wahrscheinlich eine geringere Abschreckungswirkung verbunden ist als mit einer anderen. Grundsätzlich aber hat das Recht vorzugeben, wie die Wirklichkeit gestaltet werden soll und nicht umgekehrt. Es besteht die Gefahr, dass das Recht als Maßstab für die Wirklichkeit aus dem Blick gerät und sich das Verhältnis ins Gegenteil verkehrt. Komplexe Tatsachenzusammenhänge, welche in Abschreckungskonstellationen häufig in den Blick genommen werden, können sich über die Zeit ändern oder Annahmen sich gegebenenfalls als falsch herausstellen. Dies stellt Legitimation und Geltung des an ihnen ausgerichteten Rechts bzw. seiner Auslegung in Frage. Es bleibt also zu klären, ob und gegebenenfalls wie gesellschaftliche Realität in Form (prognostizierter) Abschreckungszusammenhänge ohne methodische Bedenken auf die Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts zurückwirken kann.³³⁷

chair economics and at worst casual speculation, not about the law itself, but about the newspaper industry, its organization, and the incentives of its inhabitants.“, *Schauer*, Supreme Court Review 2001, 267 (286). „To summarize, the Supreme Court has founded the chilling effect on nothing more than unpersuasive empirical guesswork.“, *Kendrick*, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633 (1684, auch 1638 f.; 1656 f.); „Rough empirical judgments offer only soft justifications for particular legal rules.“, (a. a. O. 1687). Etwas zurückhaltender *Weaver/Bennett*, Louisiana Law Review 53 (1993), 1153 (1157 ff., 1189).

Für das deutsche Verfassungsrecht, allerdings weniger pointiert *Bull.* in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 627 (639 ff.). *Bull* bestraft den Boten der schlechten Nachricht, wenn er die Unbefangenheit der Kommunikation durch die (übermäßige) Erwägung von Abschreckungseffekten durch das Bundesverfassungsgericht negativ beeinflusst sieht (a. a. O. S. 645).

³³⁶ Zur Unzulässigkeit grundsätzlich *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, S. 534; siehe auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 93; *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, S. 20 f.

³³⁷ In der US-amerikanischen Literatur wird dies, soweit ersichtlich, nicht als grundlegendes

IV. Identifizierung unbeabsichtigter Nebenfolgen

Der vorgestellte argumentative Einsatz von Abschreckungseffekten setzt voraus, dass die abschreckende Wirkung einer Norm oder Maßnahme in ihrer konkreten Form gerade unbezweckt bzw. unbeabsichtigt, also nicht final ist. Die Wirkung darf also nicht vom Telos einer Norm bzw. dem Zweck einer Maßnahme gedeckt sein. Hierfür ist aber nicht nur die Wirkung staatlichen Handelns zu prognostizieren, sondern sind auch die Zwecke einer gesetzlichen Norm oder einer konkreten Maßnahme zu ergründen. Dieses Unterfangen ist freilich mit methodischen und praktischen Unwägbarkeiten behaftet. Da Abschreckungswirkungen sich meist als Nebeneffekte zusätzlich durch einen erhöhten Grad der Mittelbarkeit auszeichnen, also indirekt verursacht werden, wird der Vergleich insbesondere mit der ursprünglichen Absicht des handelnden Staatsorgans umso schwieriger. Im konkreten Falle dürfte sich mitunter kaum feststellen lassen, ob die Wirkung einer Maßnahme im konkreten Fall vom Telos einer Norm oder Vorsatz eines handelnden Individuums umfasst war oder ob dieses ihr bloß gleichgültig oder sogar ablehnend gegenüberstand. Im Übrigen gebietet zwar der verfassungsrechtliche Grundsatz der Normenwahrheit Ehrlichkeit über den Zweck einer Norm.³³⁸ Auszuschließen ist eine Rechtsetzung, die ihren wahren Zweck verbirgt, aber ebenso wenig wie die Verschleierung des wahren (Fern-)Ziels einer staatlichen Einzelmaßnahme. Es ist zu klären, wie auch bei teleologischen Unklarheiten die Argumentationsfigur operabel gehalten werden kann.

V. Grundrechtsausübung als Trefferfeld

Die abschreckenden Nebeneffekte einer staatlichen Maßnahme werden dann als relevant erkannt, wenn sie sich auf die *Ausübung* von Grundrechten auswirken. Handlungen und Lebensbereiche, die grundrechtlichen Schutzbereichen zugeordnet werden, müssen also von Abschreckung betroffen sein. Das Argument kann dann geführt werden, wenn Handlungen infolge einer Regelung oder Maßnahme tatsächlich unterbleiben oder anders ablaufen als eigentlich beabsichtigt, sie also von ihrer Wirkung getroffen werden. Die Grundrechtsausübung bildet demnach, bildlich gesprochen, das Trefferfeld der Abschreckungswirkungen.

Die Zuordnung von Handlungen oder Lebensbereichen zum Begriff der Grundrechtsausübung als tatsächliches Pendant zum grundrechtlichen Schutzbereich oder -gehalt bleibt dabei aber zunächst folgenlos. Diese Subsumtion stellt lediglich ein verfassungsrechtliches Zwischenergebnis dar. Sie bedeutet insbesondere

methodisches, sondern lediglich als praktisches Problem erkannt, vgl. z. B. *Kendrick*, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633 (1686 f.).

³³⁸ Vgl. BVerfGE 108, 1 (20) – Rückmeldegebühr; 110, 218 (256) – Beamtenbesoldung Ost I; 114, 196 (236 f.) – Beitragssatzsicherungsgesetz.

auch kein Urteil darüber, ob die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten letztlich erlaubt und ob der Abschreckungseffekt darauf wirklich vermieden werden soll. Nach deutschem Grundrechtsverständnis stellt die Zuordnung einer Handlung zu einem grundrechtlichen Schutzbereich nämlich nur den ersten Schritt einer mehrstufigen Prüfung dar, an deren Ende erst das Urteil der Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit einer staatlichen Maßnahme steht.³³⁹ Über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit einer Handlung entscheidet zunächst das einfache Recht, welches sich und seine konkrete Anwendung an der Verfassung messen lassen muss. Inwieweit also Abschreckungseffekte überhaupt zu vermeiden sind, weil sie verfassungsrechtlich geschütztes *und* einfachgesetzlich erlaubtes Verhalten entmutigen, ergibt sich allein aus der Feststellung einer abschreckenden Wirkung auf die Grundrechtsausübung noch nicht. Dies bleibt zunächst offen. Zweifelhaft ist darüber hinaus auch, ob schon jegliche Beeinflussung der Ausübung von Grundrechten, zum Beispiel auch der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, hinreichend ist, um sie als Abschreckungseffekt argumentativ berücksichtigen zu können.

VI. Abgrenzung staatlicher und privater Abschreckung

Da grundsätzlich der Staat Adressat von Grundrechten ist, ergibt sich in Bezug auf Abschreckungseffekte des Weiteren die Frage, wie mit solchen Abschreckungswirkungen auf die Grundrechtsausübung umzugehen ist, die ausschließlich oder vornehmlich von Privaten ausgehen. Dies umfasst vor allem Fälle, in denen Grundrechtsträger befürchten, sozialen Sanktionen ausgesetzt zu sein. Dem vorgeschaltet und für den Schwerpunkt dieser Untersuchung auf staatlicher Abschreckung wichtiger noch ist aber die Frage, wie staatliche von privaten Abschreckungshandlungen abzugrenzen sind. Es ist, anders gewendet, die Frage zu beantworten, wann Abschreckungseffekte dem Staat zugerechnet werden können.

Privates Handeln wird vielfach durch staatliche Maßnahmen bestimmt. Das Recht stellt Formen, Mittel und Institutionen der Durchsetzung von privaten und öffentlichen Interessen zur Verfügung. Im konkreten Fall ist also zu überlegen, ob das einfache Gesetzesrecht, seine Auslegung durch die Gerichte oder aber erst die Verfolgung von Interessen durch Private in den Formen des Rechts eine abschreckende Wirkung entfaltet und wie mit den unterschiedlichen – fast immer kumulativen – Ursachen verfassungsrechtlich umzugehen ist. So ist z. B. im Falle einer Unterlassungsverfügung aufgrund einer möglicherweise persönlichkeitsverletzenden Aussage also zu klären, ob das anspruchsbegründende Gesetz, die konkreten Anforderungen der Gerichte an den Nachweis eines Anspruchs oder aber

³³⁹ Siehe z. B. *Graf Kielmansegg*, JuS 2008, 23. Anderes gilt für die Terminologie des US-Verfassungsrechts, siehe Fn. 204 f. und zugehöriger Haupttext.

die (nicht) rechtmäßige Durchsetzung dieses Anspruchs im Einzelfall den verworflichen Abschreckungseffekt verursacht und inwieweit dies eine verfassungsrechtlich unterschiedliche Behandlung erfordert.

VII. Abschreckungskumulationen und Abschreckungsdivergenzen

Doch nicht nur hinsichtlich der Ursachen einer Abschreckungsquelle kann es zu Überlagerungen und Konkurrenzen kommen. Unterschiedliche Abschreckungseffekte können sich in ihrer Wirkung auf das Individuum addieren oder überlagern und dadurch ein für bestimmte Grundrechtsverwirklichungen besonders feindliches Gesamtklima schaffen. Eine ähnliche Problematik wird auch unter dem Stichwort des „additiven“ oder „kumulativen“ Grundrechtseingriffs im Verfassungsrecht diskutiert³⁴⁰, soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

Des Weiteren können, wie im Rasterfahndungsbeschluss (oben Kapitel 1 unter I.4.b) schon anklang, Bürger sich durch die gleiche staatliche Maßnahme je nach ihrer persönlichen Konstitution auf unterschiedliche Weise betroffen sehen. Eine staatliche Maßnahme, die sich für den einen als invasive, verhaltenshemmende Überwachung darstellt, kann für den anderen unerlässliche Voraussetzung für die Erzeugung seines subjektiven Sicherheitsgefühls sein. Daraus ergibt sich die Frage, wie den divergierenden menschlichen Konstitutionen, welche unterschiedliche verfassungsrechtliche Gewichtungen nahelegen, Genüge getan werden kann und welche im Kollisionsfall Maßgeblichkeit beanspruchen. Ein Gebot zur Herstellung von praktischer Konkordanz zwischen menschlichen Konstitutionen erscheint ebenso denkbar wie die Orientierung an einem verständigen Durchschnittsbürger. Bei letzterem schlosse sich notwendig die Frage nach der Bestimmung dieses Typus an.

³⁴⁰ Siehe BVerfGE 112, 304 – Global Positioning System; 114, 196 (242 ff.) – Beitragssatzsicherungsgesetz; *Winkler*, JA 2014, 881 ff.; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 200 Rn. 97 ff.; *G. Kirchhof*, Grundrechte und Wirklichkeit, S. 27 ff.; *ders.*, NJW 2006, 732 ff.; *Klement*, AöR 134 (2009), 35 ff.; *Lücke*, DVBl 2001, 1469 ff.

Kapitel 3

Methodischer und empirischer Ausbau der Argumentation

Die Problemfelder der Argumentation nähren die schon zuvor gewachsene intuitive Skepsis gegenüber der Überzeugungskraft von Abschreckungsargumenten. Andererseits vermag die vermeintlich einfache und methodisch nur scheinbar lautere Lösung, schlicht auf die (explizite) Berücksichtigung von Abschreckungseffekten in der verfassungsrechtlichen Argumentation zu verzichten, wie noch zu zeigen ist, ebenfalls schwerlich zu überzeugen. Denn das Verfassungsrecht liefe Gefahr, sich von der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu entkoppeln. Die Rechtsfindung würde gleichsam tastend – ihre Augen vor der Realität verschließend – Auslegungs- und Abwägungsergebnisse erkunden, deren Wirkungen den Zwecken von Grundrechten zufälligerweise entsprechen, aber ebenso zuwiderlaufen könnten. Im Folgenden werden daher Möglichkeiten aufgezeigt, Abschreckungserwägungen methodisch reflektiert einzusetzen.

Der Ausweg aus dem Nebel intuitiver Argumentation mit Abschreckungseffekten beginnt damit, die Prämissen der Argumentation offenzulegen und sie methodisch und grundrechtstheoretisch zu verorten (I). Darauf aufbauend wird die Eignung von Folgenorientierung und Gesetzesfolgenabschätzung als juristischen Methoden zur Verarbeitung von Abschreckungseffekten als Realfolgen im Recht evaluiert (II). Aus diesen Methoden, den Ansprüchen der klassischen Methodenlehre und Grundlagen der Grundrechtsdogmatik ergeben sich dann allgemeine Anforderungen an die Argumentation mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht (III).

I. Verfassungsmethodische und grundrechtstheoretische Prämissen

Das Abschreckungsargument besitzt – wie alle Argumente – bestimmte, meist implizit bleibende Prämissen. Das Argument verfängt nicht, wenn diese nicht akzeptiert werden. Die Prämissen können sich geringfügig unterscheiden, je nachdem welche genaue Form das Argument annimmt.

Grundsätzlich kann dabei zwischen der Argumentation mit schon eingetretenen und noch bevorstehenden Abschreckungseffekten unterschieden werden. Bei letzteren tritt zur Ermittlung des aktuellen Sachverhalts noch der schwierige Schritt der Prognose von Wirkungszusammenhängen hinzu. Dieser Abschnitt der Arbeit legt die Argumentation mit zukünftigen, prognostizierten Abschreckungs-

effekten als voraussetzungsreichere Variante der Argumentation zugrunde. Die Argumentation mit gegenwärtigen Abschreckungseffekten kann als Minus entsprechend erfolgen.

1. Vorab: Verfassungsmethodik, Grundrechtstheorien und juristische Argumentation im Verfassungsrecht

Bevor die Prämissen des Abschreckungsarguments offengelegt werden können, muss kurz auf die Besonderheiten der Auslegung von Grundrechten eingegangen werden. Damit werden die verfassungsrechtlichen Grundannahmen geklärt und das verfassungsmethodische Vorverständnis offengelegt, auf dem diese Arbeit aufbaut. Die folgenden Ausführungen bilden den methodischen Kontext des Arguments und steuern seine praktische Verwendung.

Juristische Argumentation und Methodik auf dem Gebiet der Grundrechte unterscheidet sich nämlich qualitativ von der Argumentation und Methodik in anderen Bereichen des Rechts. Diese Unterschiede beruhen auf charakteristischen Besonderheiten der Normauslegung auf diesem Gebiet: Den Gegenstand der Auslegung im Verfassungsrecht bilden in Form der Grundrechte sprachlich besonders offen gefasste Normen.³⁴¹ Sie lassen sich im Unterschied zum einfachen Recht vornehmlich als Prinzipien und nicht als Regeln charakterisieren.³⁴² Dieser Unterschied wirkt sich in ihrer Auslegung und Anwendung aus: Während die Feststellung der Erfüllung eines Tatbestands einer Norm unmittelbar das (Nicht-)Bestehen eines Rechts bzw. einer Pflicht zur Folge hat, ist die Anwendung eines Prinzips erst durch Abwägung mit anderen Prinzipien zu klären.³⁴³ Die Figur der praktischen Konkordanz³⁴⁴, um ein Beispiel herauszugreifen, reflektiert dieses Verständnis einer besonderen, charakteristischen Normstruktur der Grundrechte auf der Ebene herrschender Grundrechtsdogmatik.³⁴⁵

Die strukturelle sprachliche Offenheit der grundrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes als allgemeine – nahezu lapidare³⁴⁶ – Formeln stellt die juristische

³⁴¹ Siehe auch *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 15 Rn. 2 ff.

³⁴² Siehe *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 71 ff., 117 ff.; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 97 ff.; m. w. N. *Graf Kielmansegg*, *JuS* 2008, 23.

³⁴³ *Holländer*, *Verfassungsrechtliche Argumentation*, S. 22 f.; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 97 f., 244 ff.; *Graf Kielmansegg*, *JuS* 2008, 23.

³⁴⁴ Vgl. *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 72; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 152; BVerfGE 83, 130 (143) – Josephine Mutzenbacher; 77, 240 (255) – Herrnburger Bericht.

³⁴⁵ Praktische Konkordanz und Abwägungslehre als grundrechtsdogmatische Versuche der Operationalisierung begegnen dabei natürlich rechtswissenschaftlicher Kritik, vgl. m. w. N. *Rusteberg*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, S. 50 ff. Die Herausforderung, die offenen Normen des Grundgesetzes handhabbar zu machen, bleibt.

³⁴⁶ „Lapidarformeln“, *Böckenförde*, *NJW* 1974, 1529. Vgl. auch *Ehmke*, *VVDStRL* 20 (1963), 53 (62).

Methodik jedenfalls vor besondere Herausforderungen bei ihrer Auslegung, also bei der Bestimmung des Inhalts von Grundrechten.³⁴⁷ Dabei geraten die überkommenen Canones und klassischen Auslegungsmethoden allein schnell an ihre Funktionsgrenzen und werden ganz überwiegend als unbefriedigend wahrgenommen.³⁴⁸ Das interpretatorische Vakuum des Rechtsbereichs kann auf verschiedenen Wegen gefüllt werden. Neben der besonderen Berücksichtigung der mit der Verfassung korrespondierenden gesellschaftlichen Realität haben sich bestimmte Vorverständnisse der Grundrechte etabliert, welche sich als Grundrechtstheorien beschreiben lassen.³⁴⁹ Sie bezeichnen bestimmte systematische – nicht selten implizite oder sogar unbewusste – Annahmen über Reichweite, System, Funktion und Eigenart von Grundrechten.³⁵⁰ Neben die Grundrechtstheorien sind in der jüngeren Methodendiskussion immer stärker weitere, mit diesen Theorien verknüpfte, verfassungsrechtliche, verfassungspolitische und gesellschaftliche Leitbilder³⁵¹ getreten, ohne dass diese sich stets klar von Grundrechtstheorien trennen ließen. Sie sind Ausdruck bestimmter Staatsauffassungen und Verfassungstheorien, die sich ihrerseits aus gewissen Menschenbildern und politischen Weltanschauungen speisen.³⁵² Von der Warte des Rechts und der Rechtsmethodik aus betrachtet, stellen sie alle *Vorverständnisse* dar.³⁵³ Sie sind verknüpft mit bestimmten vorjuristischen Auffassungen der Kategorien Staat, Gesellschaft, Verfassung, Bürger, Recht und Freiheit sowie deren funktionalen Verhältnissen zueinander. Die mit diesen Auffassungen verbundenen Grundrechtstheorien wirken sich in der Auslegungspraxis lückenfüllend aus. Sie können bestimmte Interpretationen nahelegen, indem sie beispielsweise einem Grundrecht eine spezifische Funktion für den demokratischen (Staats-)Willensbildungsprozess zuweisen und

³⁴⁷ Daneben lassen sich noch einige weitere Ursachen für die weiten Entscheidungsspielräume des Verfassungsrechts finden, vgl. *Koch*, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 179 (212 f.).

³⁴⁸ So auch die weitgehend einhellige Meinung der Staatsrechtslehrerschaft in der Aussprache zu den Berichten von *Schneider* und *Ehmke* über die Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (103 ff.); *Böckenförde*, NJW 1974, 1529; *ders.*, NJW 1976, 2089 (2091); *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 67 ff., 77 ff.; *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 15 Rn. 6 ff., 10 ff.; *Stern*, in: *ders.* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 95 S. 1694 ff.

³⁴⁹ Der hier verwendete Theorienkanon geht im Wesentlichen zurück auf *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530 ff.); weitere Einteilungen finden sich beispielsweise bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 508 ff.

³⁵⁰ Sie wirken dabei selbstverständlich auch auf den Umgang mit der gesellschaftlichen Realität zurück und sind zugleich darauf angewiesen, diese zu rezipieren (dazu sogleich unter 3.). Insbesondere zu Letzterem *Grimm*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (52 ff.).

³⁵¹ Zur leitbildorientierten Verfassungsauslegung *Volkman*, AöR 134 (2009), 157 ff.; *Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung.

³⁵² Siehe auch *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (65).

³⁵³ *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (62, 70 f.); siehe auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 136 ff.

so dessen Gehalt konturieren.³⁵⁴ Aus Sicht des Grundrechtsinterpreten können die verschiedenen Grundrechtstheorien bei der konkreten Auslegungsfrage sowohl als sich ergänzend oder verstärkend als auch als sich widersprechend wahrgenommen werden. Als Mittel zur Selbst- und Fremdrelexion ermöglichen sie es zudem, verfassungsrechtliche Diskurse dort zu strukturieren und zu dirigieren, wo sich Vorverständnisse in der Grundrechtsauslegung zeigen bzw. dessen Ergebnis determinieren. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, das die Verfassung für die Rechtspraxis verbindlich interpretiert, lassen sich diversen Grundrechtstheorien zuordnen. Sie unterscheiden sich je nach Grundrecht und Auslegungsfrage.³⁵⁵

Grundrechtstheorien vermögen also als Bindeglieder zwischen vorrechtlichen Vorstellungen bzw. Idealen und der Rechtsauslegung zu fungieren. So sind sie schließlich auch von Bedeutung, wenn Abschreckungsphänomene im Verfassungsrecht argumentativ verarbeitet werden. Dabei geht es vornehmlich um grundlegende verfassungstheoretische Prämissen der Abschreckungsargumentation, weniger um die genauen Schritte ihrer Anwendung. Die Prämissen sind dabei Ausdruck dieser interpretationsleitenden Vorverständnisse, derer sich niemand entledigen kann, die aber durch Offenlegung kontrollierbar werden.³⁵⁶

2. Erste Prämisse: Relevanz der (prognostizierten) Grundrechtswirklichkeit für die Verfassungsauslegung

Die erste Prämisse der Argumentation ist rechtmethodischer Natur. Sie besteht darin, dass das tatsächliche oder mögliche (prognostizierte) Bestehen von Abschreckungseffekten auf die Grundrechtsausübung Relevanz für die Auslegung und Anwendung von Grundrechten entfaltet. Mit anderen Worten wird vorausgesetzt, dass die (potenzielle und zukünftige) Existenz einer abschreckenden Wirkung auf die Grundrechtsausübung genügt, um Recht hieran auszurichten. Dies offenbart zunächst ein bestimmtes Verständnis von dem Verhältnis von Grundrechten zu dem mit ihnen korrespondierenden Ausschnitt sozialer Realität, in dem Abschreckungsphänomene Platz greifen. Dieses Verhältnis wird in zwei Schritten nachvollzogen. Zunächst wird die Relevanz der gegenwärtigen Lebensumstände für die Verfassungsauslegung dargelegt, um dann auf die Prognose zukünftiger Entwicklungen und ihre Rückbindung an die auszulegende Norm einzugehen.

Die gegenwärtigen tatsächlichen Lebensumstände, die den Bezugsbereich einer Grundrechtsnorm bilden, haben unter verschiedenen Begriffen Eingang in die

³⁵⁴ Mit Beispielen aus der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (70 f.).

³⁵⁵ *Böckenförde*, NJW 1974, 1530 (1536 f.).

³⁵⁶ *Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung, S. 14 f.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 62 ff.

(verfassungs-)rechtliche Methodenlehre gefunden. „Realbereich“³⁵⁷, „Reales Substrat“³⁵⁸, „Lebensverhalt“³⁵⁹, „Normwirklichkeit“³⁶⁰ und „Normbereich“³⁶¹ bezeichnen mit jeweils eigenen Nuancen den vom Rechtsanwender für die jeweilige Norm als relevant erkannten Lebensbereich. Dieser umfasst also beispielsweise bei Art. 8 GG alle Versammlungen (einschließlich ihrer Vor- und Nachbereitung). Noch umfassender ist der umstrittene Begriff der Verfassungswirklichkeit³⁶², der die Gesamtheit eines verfassten tatsächlichen politischen Systems beschreibt. Für den Zweck dieser Arbeit soll der Begriff der *Grundrechtswirklichkeit* verwendet werden, um die von einer Grundrechtsnorm umrissenen vorgefundenen Umstände tatsächlichen gesellschaftlichen Lebens zu bezeichnen.³⁶³ Dass die Auslegung – verstanden als Inhaltsbestimmung von Grundrechtsnormen – denklogisch nicht ohne Informationen über den ihr zugeordneten bzw. zuzuordnenden Bereich der Realität stattfinden kann, lässt sich am einfachsten anhand der nötigen Vorarbeiten zur eigentlichen Rechtsanwendung zeigen. Dieser Prozess ist treffend als das Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Lebenssachverhalt und Norm beschrieben worden³⁶⁴: Um einen vorliegenden Fall zu lösen, sind die in Betracht kommenden Rechtsnormen zu finden. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn aus der Fülle des Sachverhalts die dafür relevanten Tatsachen gefiltert werden. Deren Relevanz lässt sich aber wiederum nur mittels einer Norm bestimmen. Dieses Paradoxon gilt auch für das Verfassungsrecht. Dabei ist allerdings die bereits herausgestellte Besonderheit von Belang, dass der relevante Sachverhalt im Verfassungsrecht über den konkret anhängigen Fall hinausgeht und den weiteren Lebensbereich der betroffenen Grundrechte mitumfasst (hierzu oben Kapitel 1 unter I.5.d).³⁶⁵ Folglich wird einhellig die Aufklärung und Analyse der Grundrechtswirklichkeit als Grundlage jeder grundrechtlichen Untersuchung gefordert.³⁶⁶

³⁵⁷ Hoffmann-Riem, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (525 ff.).

³⁵⁸ Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 66.

³⁵⁹ Hruschka, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 35 ff.

³⁶⁰ G. Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit, S. 9 ff.

³⁶¹ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, Rn. 235 ff., 481 ff.; Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 132 ff., 250 ff.

³⁶² Mit rechtsvergleichenden Anmerkungen Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit. K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 3 ff. 13 f., spricht z. T. auch von „wirkliche Verfassung“ oder „Verfassungspraxis“.

³⁶³ Die Arbeit bleibt damit für die hinter den anderen Begrifflichkeiten stehenden Schulen der Methodenlehre anschlussfähig, schließt sich selbst aber nicht einer bestimmten dieser Schulen an.

³⁶⁴ Zuerst Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 14 f.; als eine Erscheinungsform des „hermeneutischen Zirkels“ bei Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 29, 101 f.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 197 ff.; zurückgehend auf Heidegger, Sein und Zeit, S. 151 ff.

³⁶⁵ So auch Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (42 f.); siehe auch Hoffmann-Riem, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (520 f., 526).

³⁶⁶ Als „Normbereichsanalyse“ bei Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, Rn. 67e,

Damit wird keinesfalls das Sollen aus dem Sein abgeleitet, aber es ist die Einsicht gewonnen, dass „sich ein Sollen nur angesichts eines Seins formulieren läßt und insoweit Seinselemente in sich aufnehmen muß“³⁶⁷. Eine Orientierung der Grundrechtsauslegung an aktuell auftretenden Abschreckungseffekten als Teil der Grundrechtswirklichkeit ist also *prima facie* möglich.

Damit bleibt zu klären, ob auch die *zukünftige* Grundrechtswirklichkeit und damit vor allem die potenziellen Folgen einer Entscheidung tauglich sind, auf die Grundrechtsauslegung zurückzuwirken. Dies folgt zum einen aus der zeitlichen Bedingtheit der dargelegten Kategorien von Recht und Wirklichkeit. Wenn sich die Auslegung von Grundrechten an der Wirklichkeit ausrichtet und letztere ständigen Veränderungen unterliegt, so muss sich auch erstere bisweilen wandeln.³⁶⁸ Angesichts eines allgemeinen Interesses an der Haltbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, obliegt dem Bundesverfassungsgericht ein Blick auf die – auch durch die eigenen Entscheidungen bedingte – Zukunft.³⁶⁹ Entsprechendes legt zum anderen schon eine gewissenhafte teleologische Auslegung nahe: Ob

235, 466 ff.; m. w. H. G. Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit, S. 9 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 99 ff.; mit Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (48 ff.); auch Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1. Aufl. 1992, § 164 Rn. 16; kontextualisierend Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 184 ff.

³⁶⁷ Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (44). Siehe auch Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 484 f.

Vgl. explizit für die Grundrechte auch P. Kirchhof, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 21 Rn. 20; Ossenbühl, DÖV 1965, 649 (650); Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 200 Rn. 59 f.; siehe auch Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (36 f.).

³⁶⁸ Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (43 f., 46 f., insb. 42 f.): „Ändern sich die Entstehungsbedingungen der Norm, so kann diese – unverändert interpretiert – ihr normatives Ziel verfehlen und entweder ihre Wirkung verlieren oder eine nicht intendierte Wirkung entfalten. Das Phänomen ist unter dem Schlagwort des Funktionswandels von Normen bekannt. [...] Gleichwohl sah die Rechtswissenschaft unter der herrschenden dualistischen Vorstellung keinen methodologisch gangbaren Weg, Funktionswandel interpretativ zu überbrücken. Sie registrierte ihn als Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit, schob deren Auflösung aber in die Verantwortung des Gesetzgebers ab.“ Etwas zögerlicher Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 97: „Veränderungen in der realen Umwelt der Grundrechte führen nicht dazu, daß sich deren Inhalt verändert und daß die Verantwortung des Staates für die Wirksamkeit und die Ausübbarkeit der Grundrechte erlischt.“ Siehe auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 170 ff.; Lerche, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1. Aufl. 1992, § 121 Rn. 12, 15 f.

³⁶⁹ Lehnte man dies ab, wäre das Bundesverfassungsgericht praktisch zur beständigen Korrektur der eigenen Entscheidungsfolgen aufgerufen. Dies ginge nicht nur auf Kosten der Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung und allgemeiner Rechtssicherheit, sondern wäre in einigen Fällen auch schlicht unmöglich, vgl. BVerfGE 73, 118 (160) – 4. Rundfunkentscheidung.

Siehe auch Teubner, Rechtstheorie 6 (1975), 179 (181 ff.); Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (55 ff.).

dem subjektiv³⁷⁰ oder objektiv³⁷¹ zu bestimmenden Normzweck durch eine Auslegung entsprochen wird, lässt sich kaum anders als durch die Rückbindung der Folgen einer Entscheidung an den Auslegungsprozess bewerkstelligen.³⁷²

Es ist die Erkenntnis festzuhalten, dass es der Beständigkeit gerichtlicher Entscheidungen zuträglich ist, auch die zukünftige Wirklichkeit einschließlich der Folgen der Entscheidung zu erwägen. Daher herrscht heute über die Legitimität, wenn nicht Notwendigkeit, einer ihre Folgen berücksichtigenden Rechtsprechung im Grundsatz Einigkeit.³⁷³ Geht man davon aus, dass die Herstellung von Rechtsentscheidungen anhand ihrer Darstellung nachvollziehbar sein soll³⁷⁴, muss die Erwägung von Folgen auch in der Entscheidungsdarstellung explizit werden. Dabei sind die Maßgeblichkeit und der Rang von Entscheidungsfolgen im Einzelnen umstritten. Ebenso bleibt zunächst offen, *wie genau* zukünftige – also prognostizierte – Grundrechtswirklichkeit auf die Auslegung zurückwirken kann. Auf diese Fragen nach der konkreten Form der Verarbeitung von Folgen wird sogleich (II.) eingegangen.

Für die Praxis des Bundesverfassungsgerichts ist jedenfalls zu konstatieren, dass die gegenwärtige und prognostizierte Lebenswirklichkeit bei der Auslegung von Grundrechten ganz maßgeblich berücksichtigt wird. Hierüber legt schon Kapitel 1 unter I. Zeugnis ab. Die durch Rechts- und Sozialnormen vorgeprägte Wirklichkeit und die prognostizierten Folgen einer Entscheidung wirken direkt auf die Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts zurück, was dieses auch

³⁷⁰ Die subjektiv-teleologische Methode gibt auf, den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zweck zu ergründen und die Norm entsprechend auszulegen; Nachweise bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 f.; siehe auch unten Fn. 553 f.

³⁷¹ Die objektiv-teleologische Methode erklärt den sich aus dem Gesetz selbst ergebenden – also in ihm objektivierten – vom Gesetzgeber verfolgten Zweck für maßgeblich, vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Rn. 25 f. Kritisch zu dieser Kategorisierung, *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 339 ff.

³⁷² *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 219 f., 227 ff. nehmen die Identität von Folgerorientierung (zu dieser Methode sogleich) und objektiv-teleologischer Auslegungsmethode an; eine Abgrenzung versucht *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (107 f.); differenzierend *Deckert*, Folgerorientierung in der Rechtsanwendung, S. 127 ff.; für die Beachtung der Auslegungsfolgen bei der objektiv-teleologischen Auslegung im Verfassungsrecht auch *Starck*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1. Aufl. 1992, § 164 Rn. 21.

³⁷³ Folgen als Rechtsgründe finden sich daher ebenso als Teil verschiedener Argumentformen bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 245 ff.; zur weiteren Einordnung *Deckert*, Folgerorientierung in der Rechtsanwendung, S. 77 ff.

M. w. N. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 378 f., der zunächst ein entschiedener Kritiker der Folgerorientierung war, erkennt an: „Inzwischen hat sich die Kontrolle des Rechts an Hand erwünschter bzw. unerwünschter Folgen als einzig überzeugendes Prinzip durchgesetzt und ist in der Rechtstheorie wohl einhellig akzeptiert und auch durch sorgfältige Entscheidungsanalysen belegt.“ *Ders.*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, S. 30: „Folgerorientierung ist, überspitzt formuliert, unmöglich wie notwendig.“ Vgl. auch unten Fn. 437.

³⁷⁴ Vgl. oben Fn. 54 f. und zugehöriger Haupttext; m. w. N. zu diesem Offenheitspostulat, *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, S. 5 f.

erkennt und zumindest teilweise offen thematisiert.³⁷⁵ Die deutlichsten Beispiele für diese Rückwirkung finden sich neben Abschreckungskonstellationen in Bereichen, bei denen Grundrechtsausübung und -beeinträchtigung beschleunigten Veränderungen durch technischen Wandel unterliegt. Zu nennen sind das Rundfunkwesen³⁷⁶ sowie die Herleitung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht³⁷⁷.

Es stellt sich also nun nicht mehr die Frage, *ob* sich Verfassungsrecht an der gegenwärtigen Realität und den zu Folgen seiner eigenen Entscheidungen ausrichten kann oder muss, sondern *wie* dies methodisch überzeugend umgesetzt werden kann. Dies soll für die hier interessierenden Abschreckungsfälle unter II. und III. beantwortet werden.

3. Zweite Prämisse: Zielzustände der Unbefangenheit

Hierin erschöpft sich die verfassungsmethodische Einordnung des Abschreckungsarguments nicht. Dem Argument liegt vielmehr eine weitere Prämisse zugrunde, die im materiellen Verfassungsrecht zu verorten ist. Diese zweite Prämisse besagt, dass der Zustand der Abschreckungsfreiheit im Sinne von Unbefangenheit bei der Grundrechtsausübung anzustreben ist.

Bei genauer Betrachtung ist festzustellen, dass die Argumentationsfigur, wenn sie Abschreckung als vermeidenswert voraussetzt, auf drei unterschiedliche Zustände der Grundrechtswirklichkeit gerichtet sein kann. Es können also verschiedene Ideale als Fluchtpunkte der Argumentation identifiziert werden. Mit anderen Worten unterscheidet sich der Inhalt dieser zweiten Prämisse je nach Ideal, welches sich aus den verfassungsrechtlichen Vorverständnissen des Argumentierenden ergibt. Diese verschiedenen Zustände der Grundrechtswirklichkeit korrespondieren – wie sogleich dargelegt wird – mit divergierenden Vorstellungen über das Verhältnis von Grundgesetz auf der einen Seite und formell-rechtlicher (a), tatsächlicher (b) und wahrgenommener (c) Freiheit des Grundrechtsträgers auf der anderen Seite. Diese Zielzustände und ihre Vorverständnisse werden jeweils unter Verwendung eines Beispiels aus der Verfassungsrechtsprechung eingeführt, um ihnen dann die korrespondierenden Grundrechtstheorien zur Seite zu stellen.³⁷⁸

³⁷⁵ Eine umfassende Sammlung findet sich unter dem Begriff „Normbereichsanalyse“ bei Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, Rn. 36 ff.; Beispiele der Folgenberücksichtigung durch das Bundesverfassungsgericht bei Grimm, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 (147 ff.).

³⁷⁶ Deutlich BVerfGE 73, 118 (154) – 4. Rundfunkentscheidung.

³⁷⁷ BVerfGE 120, 274 (303 ff.) – Online-Durchsuchungen.

³⁷⁸ Zu den grundrechtstheoretischen Verständnissen von Freiheit siehe auch Krebs, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 31 Rn. 14 ff.

a) Zielzustand: Keine staatliche Abschreckung

Zunächst können Abschreckungseffekte argumentativ mit dem Ziel in Anschlag gebracht werden, dem Grundrechtsträger ein Umfeld frei von negativer *staatlicher* Beeinflussung in den Formen des Rechts zu schaffen. Der Grundrechtsträger würde so in einen Zustand versetzt, in dem er, ohne vom Staat durch potenzielle, für ihn negative rechtliche Folgen eingeschüchtert zu sein, das Ob und Wie seiner Grundrechtsausübung selbst bestimmen würde. Es wird die (Wieder-)Herstellung eines vor-staatlichen, aber nicht vor-gesellschaftlichen Zustands angestrebt. Der Grundrechtsträger mag sich nach diesem Ideal durchaus sozialen Sanktionen durch sein Umfeld oder private Dritte ausgesetzt sehen. Die Sanktionen werden jedoch nicht in den Formen des Rechts staatlich vermittelt.

Das Bundesverfassungsgericht visiert einen solchen Zielzustand beispielsweise im Brokdorf-Beschluss an, wenn es die Schranken der Versammlungsfreiheit auch unter Rückgriff auf Abschreckungseffekte konturiert. Einschränkungen der Versammlungsfreiheit müssten stets auf das zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter Notwendige beschränkt sein.³⁷⁹ Mit Art. 8 GG wären daher etwa staatliche Maßnahmen unvereinbar, die „den Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschweren oder ihren staatsfreien unreglementierten Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen“³⁸⁰ veränderten. Mit diesem Ideal einer Versammlung frei von staatlicher Einschüchterung können freilich z. B. Interessen Dritter und Erfordernisse der praktischen Umsetzung einer Versammlung kollidieren. Dies stünde dann der praktischen Realisierung des Ideals entgegen. Als Zielzustand und Fluchtpunkt des Arguments bleibt es jedoch bestehen.³⁸¹

Der dieser Argumentation zugrundeliegende Zielzustand und die korrespondierende Auffassung des Verhältnisses von Verfassung und Freiheit des Grundrechtsträgers sind Ausdruck einer liberalen Grundrechtstheorie.³⁸² Der Staat übernimmt nach dieser Theorie keinerlei Gewährleistungsfunktion für die Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit. Nicht nur bleibt das Ob und Wie der Ausübung „der individuellen und gesellschaftlichen Initiative überlassen“³⁸³, sondern auch die gesellschaftlichen Voraussetzungen der Verwirklichung von Grundrechten werden vom Verfassungsrecht nicht berührt³⁸⁴. Die Abhängigkeit der realen

³⁷⁹ BVerfGE 69, 315 (349, 353) – Brokdorf.

³⁸⁰ BVerfGE 69, 315 (349) – Brokdorf.

³⁸¹ Ähnliche Argumentationslinien, die auf Freiheit von *staatlicher* Abschreckung zielen, finden sich beispielsweise in BVerfGE 43, 130 (136) – Politisches Flugblatt; 60, 234 (241) – Kretzschmar; 122, 342 (365 f., 366 f.) – Bayrisches Versammlungsgesetz.

³⁸² Sie findet ihren Ursprung bei *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126 ff., 164 ff.

³⁸³ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1531).

³⁸⁴ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1531 f.); siehe auch *Forsthoff*, in: Barion/Böckenförde/Forsthoff/Weber (Hrsg.), FG Schmitt, Bd. I, 185 (192 ff.); *Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 62 ff.; *ders.*, Der Staat 10 (1971), 145 (167 f.); *Starck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 33 Rn. 5 ff., 38 ff.

Ausübungsmöglichkeiten von sozialen und materiellen Voraussetzungen wird zwar zur Kenntnis genommen, aber ihre Schaffung als Aufgabe der Gesellschaft betrachtet und nicht als vom Verfassungsrecht dem Staat zugewiesen verstanden. Grundrechte sind nach diesem Verständnis Kompetenznormen zur möglichst strikten Trennung staatlicher und gesellschaftlicher Zuständigkeitsbereiche.³⁸⁵ Für die Bestimmung des Inhalts grundrechtlicher Freiheiten bedeutet dies, dass sie um ihrer selbst Willen geschützt sind und für die Bestimmung ihres Inhalts prinzipiell unfunktionalisiert bleiben müssen.³⁸⁶

Die tatsächlichen gesellschaftlichen Vorbedingungen der Verwirklichung von Grundrechten tauchen hier unter dem Begriff „Grundrechtsvoraussetzungen“ auf. Sie sind grundsätzlich der Einwirkung des Staates entzogen, können aber ausnahmsweise vom Grundgesetz mit Verfassungsrang versehen sein.³⁸⁷ Dass Bürger ihre Grundrechte dann auch praktisch wahrnehmen sollen, taucht spiegelbildlich unter dem Begriff der „Verfassungserwartungen“ auf. Sie befinden sich ebenfalls außerhalb des (verfassungs-)rechtlich gewährleisteten Bereichs.³⁸⁸ Dass

³⁸⁵ Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 46 ff.

Auch distanzierend dargestellt bei Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (52 f.).

³⁸⁶ Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1530 f.); siehe insbesondere Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1. Aufl. 1992, § 164 Rn. 46; für die Kommunikationsgrundrechte Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 33 Rn. 38 ff. und öfter.

³⁸⁷ Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 49 ff., 87 ff. Die Kategorien von Grundrechtsvoraussetzungen (dort als Verfassungsvoraussetzungen) und Verfassungserwartungen gehen zurück auf Krüger, in: Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meessen/Rüfner (Hrsg.), FS Scheuner, 285 ff.; kritisch Möllers, VVDStRL 68 (2009), 47 (51 ff.); ders., Staat als Argument, S. 256 ff.

³⁸⁸ „Entschieden und wirksam wie nie zuvor eine Verfassung in Deutschland, bestimmt das Grundgesetz die Grundrechte zu Grenzen des staatlichen Handelns. Zugleich aber erkennt es sie an als Grundlage des Gemeinwesens. Das Gemeinwohl ergibt sich im wesentlichen Maß aus dem grundrechtsaktivierenden Wirken der Bürger, das nicht von Staats wegen reguliert wird und weithin auch nicht regulierbar ist. Die freiheitliche Verfassung gründet auf der Fähigkeit und der Bereitschaft der Bürger zur Selbstregulierung. Doch deswegen werden sie nicht von Verfassungen wegen dazu vergattert, ihre Grundrechte gemeinwohlförderlich wahrzunehmen. Das Grundgesetz kennt kein durchgehendes Gebot dieses Inhalts. Wohl aber kennt es entsprechende Verfassungserwartungen. In diesen verkörpert sich das Urvertrauen der Verfassung in den Bürger: daß er die grundrechtlich ausgegrenzte, negative Freiheit mit Urteilskraft und Tatkraft positiv erfüllt, daß er von sich aus die gemeindienlichen Aufgaben in seiner Lebenswelt erkennt und zupackt.“, Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 40.

Ähnlich auch Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 38 Rn. 11: „Eine Verpflichtung zur Mitwirkung besteht nicht, sehr wohl aber eine Verfassungserwartung, die allerdings keineswegs auf eine ‚aktive Bürgergesellschaft‘ gerichtet ist, in der die Grundrechte zu moralischen ‚Einberufungsbefehlen‘ mutieren. Eine solche Erwartung würde auf die Einebnung des Dualismus von Staat und Gesellschaft zielen und wäre mit der repräsentativen Demokratie unvereinbar.“ P. Kirchhof, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 21 Rn. 5: „die Grundrechtserwartungen begründen keine Rechenschaftspflicht zur Grundrechtsausübung“.

ein gewisses Maß an Grundrechtsausübung – gerade auch der grundrechtlichen Teilhaberechte – zur Erhaltung des demokratischen Rechtsstaates erforderlich ist, wird dabei natürlich anerkannt. Dies zählt übrigens auf eine unausweichliche Konstellation ein, welche in Form des berühmten „Böckenförde-Diktums“ einprägsam beschrieben wurde: Der moderne demokratische Staat kann aus Liebe zur Freiheit die Voraussetzung seiner eigenen Existenz nicht durch Rechtszwang garantieren.³⁸⁹

Nach dieser Auffassung stellen die auf andere – weitergehende – Zielzustände ausgerichteten Argumentationen – sogleich b) und c) – also die argumentative Aktivierung von Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen für die Verfassungsrechtsfindung dar. Auch wenn die vorgestellte Auffassung die nach den weitergehenden Zielzuständen anvisierten Grundrechtswirklichkeiten als wünschenswert ansieht, lehnt sie ihre Herstellung mit den Mitteln des Staates ab. Daher kann aus ihnen für die Verfassungsrechtsfindung kein Argument gewonnen werden. Eine Ausrichtung der Abschreckungsargumentation auf diese Grundrechtswirklichkeiten ist folglich ausgeschlossen.

b) Zielzustand: Keine tatsächliche Abschreckung

Ein weiterer Zielzustand der Argumentation besteht in der Abwesenheit von *tatsächlicher* Abschreckung. Umgekehrt formuliert bedeutet dies einen Zustand tatsächlichen Könnens: Es wird eine Situation angestrebt, welche mit geringsten praktischen Hürden für die Ausübung von Grundrechten versehen ist. Es soll ein Umfeld freier Willensentschließung zur Verwirklichung von Grundrechten geschaffen bzw. gesichert werden. Autonom von staatlicher (so der Zielzustand eben), aber auch von *gesellschaftlicher* Beeinflussung kann sich der Grundrechtsträger dann seinem inneren Willen gemäß zur Handlung entschließen oder nicht.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt diese Zielsetzung des Arguments besonders pointiert im Volkszählungs-Urteil zum Ausdruck. So heißt es bei der Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts:

³⁸⁹ „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.“, Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 42 (60); siehe auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 89. Die Erkenntnis des Böckenförde-Diktums gilt weitgehend auch für die mit den anderen Zielzuständen korrespondierenden Auffassungen (zu diesen sogleich), vgl. z. B. *K. Hesse*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 484 (495 f.).

„Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, daß dem einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende 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 oder zu entscheiden.“³⁹⁰

Das Argument zielt hier nicht nur darauf, die Entscheidungsfreiheit von Grundrechtsträgern vor staatlicher Einflussnahme auf ihr Verhalten zu schützen, sondern es soll sie explizit auch vor sozialen Sanktionen ihres gesellschaftlichen Umfelds bewahren. Das Recht strebt danach, äußere Einwirkungen auf die Motivation zur Grundrechtsausübung zu neutralisieren. Es soll ein Zustand tatsächlicher Unbefangenheit erreicht werden. Dies geschieht, indem ihnen durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung die Kontrolle über personenbezogene Informationen dem Einzelnen überantwortet wird. Das angestrebte Ideal besteht hier in einem informierten, mündigen Bürger, der sich seine tatsächliche Freiheit zur Grundrechtsausübung selbst durch die bewusste Kontrolle auf ihn bezogener Informationen zu bewahren vermag.³⁹¹

Die vorgestellte Argumentation teilt das Anliegen der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie, dass grundrechtliche Freiheiten als reale Freiheiten zu sichern sind.³⁹² Dafür lenken beide ihren Blick auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Verwirklichung von Freiheitsgewährleistungen. Während es bei sozialstaatlichen Erwägungen im Rahmen der Grundrechte meist um materielle und dabei namentlich finanzielle Voraussetzungen der Grundrechtsausübung geht,³⁹³ sind Voraussetzungen im Rahmen der vorgestellten Argumentationslinie in der Regel nicht

³⁹⁰ BVerfGE 65, 1 (42 f.) – Volkszählung.

³⁹¹ Ähnliche Argumentationslinien, die auf Freiheit von *tatsächlicher* Abschreckung zielen, finden sich beispielsweise in BVerfGE 34, 238 (246 f.) – Tonband; 44, 353 (376) – Durchsuchung Drogenberatungsstelle; 117, 163 (194 f., 196 f.) – Anwaltliche Erfolgshonorare. Ähnliches gilt, wenn es um die (tatsächliche) Funktionsfähigkeit der freien Presse und des freien Rundfunks geht, z. B. BVerfGE 66, 116 (134 f., 137) – Springer/Wallraff; 107, 299 (310, 313, 320, 328, 330 f.) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; BVerfG NJW 2011, 1859 (1862) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders.

³⁹² Auch als Theorie der realen Freiheit bei *Krebs*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 31 Rn. 1 ff., 97 ff.; siehe weiter *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, S. 78 f., 91 f.; *K. Hesse*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 484 (498 ff., insb. 500 f.); *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 227 ff.; z. B. auch für die Versammlungsfreiheit *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 98 f., 280 f.; M. w. N. *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1535 f.); *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 511.

³⁹³ Deutlich BVerfGE 125, 175 – Hartz IV – Leitsatz 1: „Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.“

finanzieller Natur.³⁹⁴ Beide eint das Ziel, dass Grundrechte nicht aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen „zur leeren Form werden“³⁹⁵ mögen. Der Staat hat demnach zu gewährleisten, dass die Grundrechtsausübung auch faktisch möglich ist. Dabei bleibt es aber: Auch die Nichtausübung von Freiheit wird trotz der geringzuhaltenden Hürden als legitime Wahl akzeptiert.³⁹⁶

c) Zielzustand: Tatsächliche Grundrechtsausübung

Schließlich können Abschreckungserwägungen auch mit dem Zweck tatsächlicher Ausübung von Grundrechten angestellt werden. Zielzustand der Argumentation ist dann eine gesellschaftliche Situation, die durch eine hohe tatsächliche Beteiligung der Bürger geprägt ist. Eine rege Ausübung der Meinungsfreiheit, aber auch von demokratischen Teilhaberechten, ist charakteristisch für einen solchen Zustand.

Dieser Idealzustand wird in der Argumentation meist nicht klar von den soeben unter a) und b) dargestellten Zielzuständen unterschieden. Letztere zwei Zustände sind vielmehr Durchgangsstadien seiner Erlangung. Umgekehrt ist aber auch die Nichtausübung von Grundrechten zweifellos Indiz für das Vorliegen rechtlicher oder tatsächlicher Hürden geeignet – auch in Form von abschreckenden Nebenefekten. Dabei kann jedoch a priori nicht ausgeschlossen werden, dass Grundrechte unverwirklicht bleiben, etwa weil in bestimmten Bereichen schlicht ein geringer gesellschaftlicher Äußerungs- und Veränderungsbedarf besteht oder weil durch andere Grundrechte geschützte Verhaltensweisen gewählt werden, die sich für den Grundrechtsträger als insofern bedürfnis- oder funktionskongruent darstellen. So können beispielsweise alle Kommunikationsgrundrechte auf jeweils unterschiedlichen Wegen auf die gesellschaftliche und staatliche Willensbildung

Zum Ganzen *Hüberle*, Die Wesensgehaltgarantie, S. 15 ff., 117 ff.; *ders.*, VVDStRL 30 (1972), 43 ff., 69 ff., 80 ff.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß, 246 (265 f.).

³⁹⁴ Zu diesen und weiteren *Denninger*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 193.

³⁹⁵ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1535).

„[...] das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.“, BVerfGE 33, 303 (331) – Numerus Clausus I.

³⁹⁶ Auf diesen Zielzustand zahlte auch der – wohl in dieser Form inzwischen aufgegebene – Interpretationsansatz der „Grundrechtseffektivität“ ein. Nach diesem heute am ehesten dem „effekt utile“ des Europarechts verwandten Prinzip ist diejenige Auslegung einer Grundrechtsnorm zu bevorzugen, welche „die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet“, BVerfGE 51, 97 (110) – Zwangsvollstreckung I; 32, 54 (71) – Betriebsbetretungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht führt dieses Interpretationsprinzip in BVerfGE 6, 55 (72) – Steuersplitting fehlerhaft zurück auf *Thoma*, in: *Nipperdey* (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1 (9). Zu Recht ablehnend daher *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (86 ff.); *Ossenbühl*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 15 Rn. 20 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Rn. 394; *Stern*, in: *ders.* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 95 S. 1740 ff.; a. A. noch *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, § 69 S. 922 Fn. 154.

einwirken. Die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Versammlungsfreiheit aber auch die Petitionsfreiheit können sich je nach Grundrechtsträger und politischem Anliegen als ergänzend oder austauschbar darstellen. Für den verfassungsrechtlichen Diskurs bedeutet dieses Ideal, dass nicht nur eine rege Grundrechtsausübung in Abwesenheit rechtlicher und tatsächlicher Hürden, sondern auch eine *aktive* staatliche Anreizsetzung zur Grundrechtsausübung als erstrebenswert argumentiert werden kann.

Dieser vorgestellte Zielzustand findet Anklang in der Werttheorie der Grundrechte, in der sogenannten institutionellen Grundrechtstheorie und in der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie.³⁹⁷ Nach der Werttheorie haben Grundrechte den Charakter objektiver Normen und sind zugleich Wertentscheidung und -grundlage eines Gemeinwesens für sich selbst mit der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG in ihrer Mitte.³⁹⁸ Die institutionelle Grundrechtstheorie sieht die Grundrechte als institutionelle Ordnungsprinzipien für die von ihnen geschützten Lebensbereiche, in denen sie sich in Form von rechtlichen Regelungen entfalten.³⁹⁹ Am deutlichsten werden grundrechtliche Freiheiten durch die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie zweckgebunden: Grundrechte werden hier stets vor dem Hintergrund ihrer öffentlichen und politischen – und dabei insbesondere demokratiebezogenen – Funktion verstanden.⁴⁰⁰ Diese drei Theorien schreiben Grundrechten also einen besonderen Zweck zu, der im Unterschied zur liberalen und sozialstaatlichen Grundrechtstheorie außerhalb ihrer selbst liegt. Grundrechtlich garantierte Freiheit wird damit zu einer gesellschaftlich und staatlich gebundenen, funktionalisierten – vor allem aus Sicht der liberalen Grundrechtstheorie: „dienenden“ – Freiheit. Die grundrechtliche Freiheit stellt den tatsächlichen Erhalt von Institutionen sicher, setzt bestimmte Werte um oder sichert die Hervorbringung von Staat und Gemeinwesen⁴⁰¹, aber gilt *nicht* um ihrer selbst Willen. Grundrechtliche Garantien können ihre Aufgabe nach diesen Verständnissen aber nur dann wahrnehmen, wenn sie auch gelebt und ausgeübt werden.⁴⁰²

³⁹⁷ Zu diesen drei moderneren Grundrechtstheorien *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie.

³⁹⁸ Grundlegend *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (119 ff.); *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1533).

³⁹⁹ *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70 ff.; *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1532);

⁴⁰⁰ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1534); die Grundlagen der nicht liberalen Grundrechtstheorien, insbesondere aber der demokratisch-funktionalen, lassen sich zurückführen auf *Smend*, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 309 (318 ff.); siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 511 ff.

⁴⁰¹ Besonders deutlich gerade im Kontrast zu der oben (unter a) vorgestellten Ansicht, *Richter*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 77 (94 ff.); siehe auch *Grimm*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (56 f.); *K. Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (430 ff.).

⁴⁰² „Die Grundrechte des Grundgesetzes sollen nicht nur formal gelten, sondern die Bürger sollen von ihnen auch Gebrauch machen.“ *Richter* nennt dies einen „allgemein anerkannten Grundsatz“, *ders.*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 77 (93). Für den Bereich des Öffentlichen konstatiert *Krüger*, Allgemeine Staats-

Ihr Ziel besteht also in demjenigen Grad *tatsächlicher* Grundrechtsausübung, der zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgabe notwendig ist.

Die Argumentation mit Abschreckungseffekten ist im Grunde lediglich auf die Ausschaltung negativer rechtlicher oder tatsächlicher Anreize im Hinblick auf die Grundrechtsausübung ausgerichtet. Daher ist die aktive Grundrechtsverwirklichung im Sinne des gerade beschriebenen Zielzustands im Rahmen von Abschreckungsargumentationen nicht immer zwingend zu thematisieren. Trotzdem bleibt sie praktisch durchaus ein im Sinne obiger Grundrechtstheorien tauglicher Fluchtpunkt der Argumentation.⁴⁰³ In der mit Abschreckungseffekten befassten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet sich dieser Zielzustand allerdings eher zurückhaltend und versteckt. So etwa wenn es um den tatsächlichen Erhalt der Institutionen einer freien Presse und eines freien Rundfunks oder die Umsetzung der objektiven Dimension von Grundrechten geht.⁴⁰⁴

Nachdem die Relevanz der (prognostizierten) Grundrechtswirklichkeit und die angestrebten Idealzustände als Prämissen der Argumentation offengelegt und im Feld grundrechtstheoretischer Vorverständnisse verortet wurden, kann sich nun möglichen Methoden zur Anleitung der überzeugenden Anwendung der Argumentation angenommen werden. Die verschiedenen Zielzustände der Argumentation bleiben dabei präsent.

II. Folgenorientierung und Gesetzesfolgenabschätzung als Methoden zur Verarbeitung von Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht?

Wie bereits erwähnt, kommt aufgrund der besonderen rechtsmethodischen Herausforderungen der Grundrechte neben vorrechtlichen und grundrechtstheoretischen Erwägungen auch der Einbindung der Grundrechtswirklichkeit eine besondere Bedeutung zu.⁴⁰⁵ Hierbei ist neben der Aufklärung gegenwärtiger gesellschaftlicher Wirklichkeit auch die Prognose zukünftiger Folgen der Entscheidung für die Argumentation mit Abschreckungseffekten relevant.

lehre, S. 543: „Im Bereich der Gesellschaft kann es daher hinsichtlich des ‚Ob‘ des Gebrauchs der Grundrechte nur *eine* Meinung geben: Der Bürger hat von seinen Grundrechten *Gebrauch zu machen*. [Hervorhebungen so im Original]“; zurückhaltender *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1. Aufl. 1992, § 121 Rn. 36.

⁴⁰³ Siehe auch noch unten III.2.a)dd).

⁴⁰⁴ Zur tatsächlichen Umsetzung von Werten durch Abwehr von Abschreckungseffekten: BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten; 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe. Zum tatsächlichen Erhalt von Institutionen durch Abwehr von Abschreckungseffekten: BVerfG NJW 2011, 1859 (1862) – Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders. Zur tatsächlichen Sicherung demokratischer Funktionen von Grundrechten durch Abwehr von Abschreckungseffekten: BVerfGE 122, 342 (366 f.) – Bayrisches Versammlungsgesetz; 54, 208 (219 f.) – Böll.

⁴⁰⁵ Oben I.1. und 2.

Für die Rechtsprechung und andere Rechtsanwender wird für den Umgang mit zukünftigen Effekten einer bevorstehenden Entscheidung von der Rechtswissenschaft die Methode der *Folgenorientierung*⁴⁰⁶ vorgeschlagen. Dem Gesetzgeber wird, um unbeabsichtigte Nebenfolgen zu vermeiden, die *Gesetzesfolgenabschätzung*⁴⁰⁷ anempfohlen.⁴⁰⁸ Es ist zu klären, inwieweit diese Methoden dazu geeignet sind, auch den Umgang mit Abschreckungseffekten, vornehmlich durch das Bundesverfassungsgericht, anzuleiten. Dabei sind die besondere Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge sowie seine Ressourcen zu berücksichtigen. Zunächst werden Kontext und Ziele beider Methoden kurz vorgestellt (1.). Anschließend wird ihre jeweils begrenzte Eignung zur Anleitung des Umgangs mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht dargelegt (2. und 3.).

1. Kontext und Ziele der Methoden

Folgenorientierung findet im Rahmen von einzelnen, meist gerichtlichen Entscheidungen Anwendung. Sie sieht vor, dass von mehreren rechtmethodisch zulässigen Auslegungsvarianten einer Norm diejenige zu wählen ist, welche die vorzugswürdigen tatsächlichen Folgen nach sich zieht. Die Folgenorientierung stellt die Rationalisierung eines Auswahlverfahrens in Aussicht, das Teil der gängigen Argumentationspraxis aller höheren Gerichte ist⁴⁰⁹. Inwieweit die bei der praktischen Herstellung einer Entscheidung berücksichtigten Folgen sich auch stets in der Darstellung wiederfinden, ist kaum zu ergründen.⁴¹⁰ Ziel der Folgenorientierung ist es, den Entscheider dazu zu bewegen, diese versteckten Entscheidungsgründe von sich aus ans Licht zu bringen, die damit verbundenen Wertungen nachvollziehbar und kritisierbar zu machen und auf die umfassende Berücksichtigung aller relevanten Folgen hinzuwirken. Die Methode soll so einen Rationalitätsgewinn für juristische Entscheidungen erreichen.⁴¹¹ Die praktische

⁴⁰⁶ Auch: Folgenerwägung, Folgenabschätzung oder Folgenbeurteilung.

⁴⁰⁷ *Hensel/Bizer/Führ/Lange*, in: dies. (Hrsg.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, 9 ff.; *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, S. 76 ff.; dem Inhalt nach auch *Noll*, *Gesetzgebungslehre*, S. 95 ff., 120 ff.

⁴⁰⁸ Die Folgenorientierung kann dabei, wenn es um regelbildende gerichtliche Entscheidungen geht, Anleihen bei der Gesetzesfolgenabschätzung nehmen, dazu *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 89 ff.

⁴⁰⁹ „Die Folgenorientierung ist kein neuer dogmatischer Wurf, sondern in erster Linie ein Faktum der Gerichtspraxis.“, *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 81; ähnlich *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 (147). Ein Katalog folgenorientierter Rechtsprechung findet sich bei *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 252 ff.

⁴¹⁰ Zur Unterscheidung von Herstellung und Darstellung richterlicher Entscheidungen bereits oben Fn. 51 und zugehöriger Haupttext.

⁴¹¹ *Karpen*, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, 13 (17 f. Rn. 14); *Zhang*, *Juristische Argumentation durch Folgenorientierung*, S. 40 ff.

Bedeutung der Folgenorientierung nimmt zu, je stärker Gerichtsentscheidungen rechtsschöpfenden bzw. regelbildenden Charakter gewinnen.⁴¹²

Die Gesetzesfolgenabschätzung hingegen hat das Ziel, die Qualität von Gesetzen bereits im Gesetzgebungsverfahren durch eine fundierte Wirkungsprognose und hieran orientierten Prüfungskriterien zu steigern.⁴¹³ Zu diesen Kriterien zählen der Regelungsbedarf und -form, die Zielerreichung und Zweckeignung durch das Gesetz ebenso wie Effektivität und Effizienz.⁴¹⁴

2. Verfassungsrechtliche Folgenorientierung im Bezug auf Abschreckungseffekte?

In der Tat scheinen die für die Bedürfnisse der Rechtsprechungspraxis konzipierten Modelle der Folgenorientierung auf den ersten Blick als taugliche Werkzeuge auch für das Bundesverfassungsgericht geeignet. Für die Evaluation dieser Methode hinsichtlich der Bedürfnisse des Umgangs mit Abschreckungseffekten soll hier das wohl am weitesten verbreitete Fünf-Schritt-Verfahren herangezogen werden, das am detailliertesten durch *Deckert* beschrieben und weiterentwickelt wurde.⁴¹⁵ Das Verfahren sieht folgende Phasen vor: Anwendbarkeit der Folgenorientierung (1), Folgenermittlung (2), Folgenprognose (3), Folgenbewertung (4) und Entscheidungsakt (5). Sie werden im Folgenden zunächst kurz umrissen, um die anschließende Bewertung der Eignung der Methode einfacher nachvollziehbar zu machen.

Zunächst ist die Anwendbarkeit der Methode (1) zu klären. Diese ergibt sich aus ihrer Verortung im Methodenkanon. Die genaue Einordnung der Methode bleibt umstritten⁴¹⁶ und eine allgemeingültige Einordnung in eine etwaige Methodenhierarchie verspricht wenig Erfolg. Es besteht aber insoweit Einigkeit, dass trotz Folgenorientierung keinesfalls auf andere Auslegungsmethoden verzichtet werden darf, sondern dass diese weitgehend Vorrang genießen.⁴¹⁷ Die Folgenorientierung findet ihre Grenzen insbesondere im Wortlaut des Gesetzes und den Mög-

⁴¹² *Coles*, Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß, S. 96 ff.; vgl. auch *Karpen*, in: Rieble/Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 13 (26 ff. Rn. 39 ff.). Die Folgenorientierung kann dann eine fehlende Gesetzesfolgenabschätzung durch den Gesetzgeber ein Stück weit kompensieren.

⁴¹³ *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzesentwürfen, S. 16 ff.

⁴¹⁴ *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzesentwürfen, S. 22 ff.

⁴¹⁵ *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 124 f.; sehr ähnliche Verfahren auch bei *Coles*, Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß, S. 7 ff., 202 ff.; *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (109 ff.); m. w. N. *Feller*, Folgenerwägungen und Rechtsanwendung, S. 4 ff. Für die praktische Durchführung der Folgenorientierung werden verschiedene Modelle mit bis zu 13 Stufen (*Wälde*, Juristische Folgenorientierung, S. 145) vorgeschlagen; Übersicht bei *Zhang*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung, S. 31 f.

⁴¹⁶ Überblick über Einordnungsversuche bei *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 37 ff.

⁴¹⁷ Siehe besonders deutlich *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 86 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 349; *Feller*, Folgenerwägungen und Rechtsanwendung, S. 133 f.

lichkeiten richterlicher Rechtsschöpfung.⁴¹⁸ Im Ergebnis müssen nach Anwendung überkommener Auslegungsmethoden und in den genannten Grenzen mehrere methodisch zulässige Entscheidungsalternativen verbleiben, von denen einer dann im Rahmen der Folgenorientierung Vorrang eingeräumt wird. Anderenfalls bleibt für die Folgenorientierung kein Anwendungsbereich.⁴¹⁹

Sodann sind im Zuge der Folgenermittlung (2) die Realfolgen einer Entscheidung zu erkunden.⁴²⁰ Dies umfasst alle über bloße „Rechtsfolgen hinausgehenden, empirisch identifizierbaren Folgen einer Entscheidung im sozialen Raum“⁴²¹. Diese Auswirkungen sind dabei für alle methodisch zulässigen Entscheidungsalternativen auch unter Zuhilfenahme von anderen, nicht juristischen Wissenschaften zu ermitteln.⁴²² Für die Kategorisierung der Folgen hat sich in der Debatte eine Fülle von Möglichkeiten herausgebildet.⁴²³ Eng mit der Ermittlung der Folgen verbunden und daher häufig zu einem Schritt zusammengefasst⁴²⁴ ist die Folgenprognose (3), also die Beurteilung des Eintritts der Wahrscheinlichkeit der Folgen⁴²⁵.

Die dann stattfindende Folgenbewertung (4) beinhaltet die Einordnung der Entscheidungsfolgen als mehr oder weniger wünschenswert, wobei der Maßstab umstritten ist.⁴²⁶ Das Verfahren schließt mit der Wahl der Entscheidungsalternative (5), welche die bevorzugten Folgen nach sich zieht.⁴²⁷ Diese Stufe wird als „Entscheidungsakt“ bezeichnet.

⁴¹⁸ *Karpen*, in: Rieble/Junker (Hrsg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, 13 (29 f. Rn. 44 ff.); *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 54 ff., 60 f., 86; *Wälde*, *Juristische Folgenorientierung*, S. 142 f.

⁴¹⁹ *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 86; *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 (145); *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 4 f., 88 ff.; *Zhang*, *Juristische Argumentation durch Folgenorientierung*, S. 120 ff.

⁴²⁰ *Sambuc*, *Folgenerwägungen im Richterrecht*, S. 100 ff.; *Rottleuthner*, *ARSP Beiheft 13* (1980), 97 (105 f.); zum Begriff der Realfolge zuerst *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, S. 137 ff.

⁴²¹ *Deckert*, *JuS* 1995, 480 (481).

⁴²² *Coles*, *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß*, S. 36 ff.; *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 5; *Karpen*, in: Rieble/Junker (Hrsg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, 13 (19 Rn. 18, 32 f. Rn. 53 f.); *Rottleuthner*, *ARSP Beiheft 13* (1980), 97 (111 f.).

⁴²³ Übersicht bei *Zhang*, *Juristische Argumentation durch Folgenorientierung*, S. 32 ff.

⁴²⁴ So *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 152; *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 6.

⁴²⁵ *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 125, 152 ff.; *Rottleuthner*, *ARSP Beiheft 13* (1980), 97 (112).

⁴²⁶ *Coles*, *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß*, S. 8 ff., 212 ff.; *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 6 f., 116 ff.; *MacCormick*, *New York University Law Review* 58 (1983), 239 (254 ff.); *Rottleuthner*, *ARSP Beiheft 13* (1980), 97 (112); *Wälde*, *Juristische Folgenorientierung*, S. 68 ff.

⁴²⁷ *Coles*, *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß*, S. 10, 219 ff.; *Feller*, *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*, S. 7.

Die Folgenorientierung war in den 1960er bis 1980er Jahren Gegenstand reger Diskussion der juristischen Methodenlehre, die hier nicht im Einzelnen nachvollzogen wird.⁴²⁸ Es sei aber darauf hingewiesen, dass sich die zwei wesentlichsten Einwände gegen diese Methode zumindest bei ihrer Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht entschärfen lassen.

Zum einen wurde in Sorge um die Gesetzesbindung bei der Rechtsanwendung eine Überschreitung der Kompetenzen durch die Judikative befürchtet.⁴²⁹ Dies spiegelt sich auch in den strengen Anwendungsvoraussetzungen wieder. Viele Autoren weisen der Folgenorientierung daher eine nachgestufte, eher ergänzende Rolle im Methodenkanon zu.⁴³⁰ Die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Bundesverfassungsgericht liegt aber im Vergleich zur Konstellation mit klassischen Gerichten anders: Es entspricht gerade der Kernkompetenz des Bundesverfassungsgerichts, einfaches Recht und damit auch seine Zwecke und Wirkungen am Verfassungsrecht zu überprüfen. Dabei kann es natürlich zu konkurrierenden Folgeinschätzungen der Verfassungsorgane Parlament und Bundesverfassungsgericht kommen. Da die Folgenverantwortung für Gesetze jedoch nicht schlechthin einem dieser Verfassungsorgane zugewiesen werden kann, sind Konfliktsituationen wahrscheinlich.⁴³¹ Ein Argument gegen folgenorientierte Verfassungsrechtsprechung schlechthin folgt hieraus jedoch nicht. Darüber hinaus ist das Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber ohnehin – zwar nicht vorzeitig, aber – vorrangig zur Bestimmung der Zwecke und Folgen von Grundrechten berufen.⁴³²

Zum anderen wurde gegen die Folgenorientierung vorgebracht, die Vorhersage und Bewertung von Entscheidungsfolgen sei derart komplex, dass dies Gerichte regelmäßig praktisch überfordere.⁴³³ In der Tat kann über die Schwierigkeiten nicht hinweggesehen werden, die mit der überzeugenden Prognose und Bewertung von Folgen verbunden sind.⁴³⁴ Dennoch ist das Bundesverfassungsgericht hierfür deutlich besser gerüstet als alle übrigen Gerichte in Deutschland.⁴³⁵ Auch dem Gesetzgeber steht es nicht zwingend in der Abschätzung von Folgen metho-

⁴²⁸ Ausgelöst durch *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1. Aufl. 1967, S. 162 ff., 177 ff., 191 ff.; dann *Podlech*, *AöR* 95 (1970), 185 (197 ff.); weitere Nachweise und Zusammenfassung der Diskussion bei *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 10 ff.; vgl. auch *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 Fn. 1.

⁴²⁹ So *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 364 f.

⁴³⁰ Siehe Fn. 417.

⁴³¹ Zu diesen und ihrer Auflösung in Bezug auf Abschreckungseffekte sogleich III.2.c).

⁴³² Es findet dabei wiederum faktisch seine Grenzen in der Verfassung selbst, *Roellecke*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, § 67 Rn. 33 ff.

⁴³³ Dies ist einer der Kernpunkte der Kritik von *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 378 ff.; *ders.*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 29 ff.; dagegen *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, S. 11 ff.; *Wälde*, *Juristische Folgenorientierung*, S. 105 ff.

⁴³⁴ In Bezug auf Abschreckungseffekte eingehend unten III.2.b).

⁴³⁵ Gründe hierfür sind neben der besonderen Sachkunde der Richter auch die im Vergleich zu sonstigen Gerichten hohen finanziellen, personellen und zeitlichen Ressourcen.

disch nach.⁴³⁶ Es kann also durchaus gefordert werden, Folgenorientierung immer dann im Verfassungsrecht zu betreiben, wenn sie praktisch möglich ist.⁴³⁷ Die Folgenorientierung scheint nach dem bisher Gesagten grundsätzlich geeignet, auch Abschreckungsargumentationen methodisch anzuleiten – also die Verarbeitung mittelbarer und nicht finaler, vorwiegend überindividueller faktisch sanktionierender Folgen einer Entscheidung im grundrechtlichen Kontext vorzugeben. Im Übrigen verdeutlichen diese methodischen Ausführungen einmal mehr die Zulässigkeit von Abschreckungserwägungen als Folgenargumente in der Verfassungsrechtsprechung.

Probleme ergeben sich jedoch bei der praktischen Durchführung der Methode. So nimmt es Wunder, dass sich kaum Vorarbeiten zur Anwendung der Folgenorientierung speziell auf das Verfassungsrecht finden, insbesondere auch nicht zum Umgang mit Abschreckungseffekten.⁴³⁸ Schon an den Anwendungsvoraussetzungen der Methode der Folgenorientierung zeigt sich jedoch, dass ihre bisherige Entwicklung weitgehend mit Blick auf die Bedürfnisse des einfachen Rechts stattfand. Die Anforderungen sind, wie erwähnt, zum Beispiel von der Sorge um die Gesetzesbindung des Richters getragen. Die genannten Voraussetzungen zur Anwendbarkeit und zur Durchführung der Folgenorientierung passen im Verfassungsrecht kaum. Lediglich einzelne Elemente und Anforderungen sind für den Umgang mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht übertragbar. Sie bedürfen im Übrigen später der Ergänzung durch Aspekte der Gesetzesfolgenabschätzung.

Zunächst überfordert die sehr hohe Anzahl an Entscheidungsmöglichkeiten (Entscheidungsvarianz) im Verfassungsrecht die Leistungsfähigkeit der Methode. Es ist für die bei Gerichten der klassischen Rechtswege anhängigen Fälle typisch, dass sich – im Vergleich zu den Verfahren des Bundesverfassungsgerichts – meist eine überschaubare Anzahl an Entscheidungsoptionen ergeben. So können Entscheidungsalternativen im Zivilrecht zum Beispiel im Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Sachmangels im Sinne von § 434 BGB bestehen. Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen resultieren unmittelbar aus den Rechtsfolgen des

⁴³⁶ So nach eingehender Untersuchung und Vergleich *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 183; optimistisch auch *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (156 f.). Siehe zur Kontrolle von Abschreckungseinschätzungen des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht unten III.2.c).

⁴³⁷ So insbesondere für das Verfassungsrecht auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 150 f., 364 f.; *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (145 ff., 156); generell *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, S. 28 ff.; siehe im Übrigen schon oben Fn. 373.

⁴³⁸ Eine Ausnahme bildet der Beitrag von *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 ff.

Bei *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, S. 145 ff. findet sich eine kurze Erwähnung des Abschreckungseffekts als Adaptionsfolge im Rahmen der Folgenorientierung unter Verweis auf ein abweichendes Votum der Verfassungsrichterin *Rupp-von Brünneck* in BVerfGE 42, 143 (154, 159) – Deutschland-Magazin.

Mängelgewährleistungsrechts. Eine solche Konstellation mit übersichtlichen, einfach vergleichbaren Entscheidungsalternativen – also einer niedrigen Entscheidungsvarianz – setzt die Folgenorientierung voraus, wenn sie aus der Prognose und Gegenüberstellung von allen denkbaren Folgen Entscheidungsgründe gewinnt.⁴³⁹ Für alle Konstellationen, die Gegenstand profunder verfassungsgerichtlicher Erörterungen sind, ist aber eine weitaus größere Entscheidungsvarianz anzunehmen. Die praktische Anwendung der Folgenorientierung im Verfassungsrecht wird durch diese Optionenvielfalt stark erschwert. Im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Normenkontrolle etwa eines Versammlungsgesetzes ergeben sich eine Fülle von denkbaren Entscheidungsalternativen, welche in kleinen Stufen von der Nichtigkeit des gesamten Gesetzes *ex tunc* bis zu seiner Verfassungsmäßigkeit reichen können.⁴⁴⁰ Und damit ist lediglich auf Tenierungsmöglichkeiten von Entscheidungsergebnissen Bezug genommen. Auch hinsichtlich der Darstellung der Entscheidung, also ihrer Rechtfertigung bzw. Begründung, ergibt sich eine Fülle an Alternativen. Ähnliches gilt für Urteilsverfassungsbeschwerden, wenn grundrechtliche Anforderungen konkretisiert werden müssen. Allein auf Grundlage des Wortlauts des Grundgesetzes wäre es schlechterdings unmöglich, in den skizzierten Fallkonstellationen eine nicht willkürliche Entscheidung zu treffen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar, indem es Grundrechtsdogmatik und Präjudizien über Jahrzehnte ausbaute, eine Lage geschaffen, in der Entscheidungen nicht nur nachvollziehbar, sondern in gewissem Umfang auch vorhersehbar sind. Dogmatik und Präjudiz reduzieren Komplexität. Der Entscheidungsspielraum verengt sich so graduell von Entscheidung zu Entscheidung. Wird von Dogmatik oder Präjudiz abgewichen bzw. werden diese weiterentwickelt, ist ein erhöhter Argumentationsaufwand zu bewältigen.⁴⁴¹ Dies beschränkt praktisch die Anzahl der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsalternativen, reduziert sie aber meist nicht auf ein Maß, welches mit den umfangreichen Untersuchungsanforderungen der Folgenorientierung kompatibel wäre. Es bleibt eine Fülle von Lösungen verfassungsrechtlich vertretbar, die völlig unübersichtliche Folgen szenarien nach sich ziehen können.

⁴³⁹ Es ließe sich einwenden, dass Abschreckungseffekte lediglich einen bestimmten Folgentyp darstellen und sich die Vielzahl zu berücksichtigender Folgen schon allein durch den verengten Fokus auf diesen reduzieren würde. Gerade eine solche Beschränkung unterbindet die Methode aber, wenn sie die Prognose und Bewertung aller relevanten Folgen als Gesamtbild verlangt.

⁴⁴⁰ Zu denken ist zunächst an die Aufteilung des zu prüfenden Regelungskomplexes in einzelne Teilaspekte. Dann bietet sich noch die Ausschöpfung der Möglichkeiten verfassungskonformer Auslegung im Einzelfall an, sowie die Unvereinbarkeitserklärung nebst Frist zur Neuregelung usw. Siehe im Einzelnen *M. Graßhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, § 78 Rn. 11 ff.

⁴⁴¹ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 320 ff., 335 ff. und *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243 ff. beschreiben dieses Phänomen als „Argumentationslastregel“.

Die große potenzielle Entscheidungsvarianz im Verfassungsrecht erlaubt theoretisch also einen häufigeren Einsatz der Folgenorientierung im Vergleich zum einfachen Recht. Die Optionenvielfalt erschwert aber andererseits die Durchführbarkeit der auf übersichtliche, kontradiktorische Entscheidungskonstellationen ausgelegten Folgenorientierung und schmälert so im Ergebnis die Leistungsfähigkeit dieser Methode.

An dieses Ergebnis des verringerten Determinierungsvermögens der Folgenorientierung im Verfassungsrecht anschließend, stellt sich das Unterfangen, die Folgenorientierung in eine etwaige Methodenhierarchie des Verfassungsrechts einzuordnen, als noch aussichtsloser dar als im einfachen Recht.⁴⁴² Der Wortlaut des Grundgesetzes ist schnell erschöpft und beschränkt wiederum die rechtsfortbildende Tätigkeit kaum. Mit einem Verweis auf den etwaigen Vorrang der *canones* ist ebenfalls nichts gewonnen. Gerade der Zweck einer Grundrechtsnorm bleibt der Bestimmung durch Grundrechtstheorien und Vorverständnisse überlassen. Der Spielraum für teleologische Auslegung ist weit geöffnet. Daraus folgt an dieser Stelle, dass von dem teilweise erhobenen Anspruch der Methode der Folgenorientierung – für das Verfassungsrecht – Abstand zu nehmen ist, ein determinierendes Programm für die Gewinnung einer Entscheidung durch Berücksichtigung und Abwägung aller prognostizierten Folgen zu liefern. Folgenorientierung stellt, wie erwähnt, verschiedene vertretbare Lösungen eines Falles gegenüber und gibt einer von diesen aufgrund der *Folgen* den Vorrang. Einem solchen Anspruch verschließt sich allerdings die auf Bewertung und Abwägung ausgerichtete offene Struktur des Verfassungsrechts.⁴⁴³ Gerade hier können bestimmte Interessen bei konkurrierenden vertretbaren Lösungen einer verfassungsrechtlichen Fragestellung aber mit guten Gründen schlicht höher zu bewerten sein als negative Entscheidungsfolgen – auch wenn sich diese Interessen nicht immer als Folgen im Sinne der Folgenorientierung prognostizieren und bewerten lassen. Diese Erkenntnis ist dabei nicht als generelle Ablehnung der Folgenorientierung im Verfassungsrecht zu verstehen, sondern soll lediglich ihren entscheidungsschematischen Tendenzen entsagen.⁴⁴⁴ Das Folgenargument⁴⁴⁵ bleibt zulässig, insbeson-

⁴⁴² Zur Aussichtslosigkeit einer Methodenhierarchie des Verfassungsrechts, Koch, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 179 (199 ff.); Stern, in: ders. (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, § 95 S. 1666 ff.

⁴⁴³ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 520 f. geht davon aus, dass die Ergebnisunsicherheit in diesem Bereich aufgrund der Offenheit der Grundrechte unausweichlich ist.

⁴⁴⁴ Siehe insbesondere die Nachweise in Fn. 427. Zum grundsätzlichen Problem Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 346 ff. Dies gilt für die Betrachtung von Abschreckungseffekten umso mehr, bezeichnen sie doch nur einen kleinen Ausschnitt aus dem gesamten Wirkungsbild der rechtlichen Entscheidungsalternativen.

⁴⁴⁵ Vgl. auch Ossenbühl, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 15 Rn. 36. „[...] was ein ‚guter Grund‘ ist, zeigt sich erst an der Rolle, die er innerhalb eines Argumentationsspiels hat, d. h. an dem Beitrag, den er nach den Regeln dieses Spiels für die Entschei-

dere auch die Anforderungen der Folgenorientierung an Prognose und Bewertung von Folgen behalten Relevanz, aber ihr Determinismus im Hinblick auf die Entscheidungsfindung ist zumindest im Verfassungsrecht aufzugeben. Die Methode soll in Bezug auf die erstgenannten Punkte im Kontext dieser Arbeit weiterhin unterstützend herangezogen werden und helfen, Leitlinien für den argumentativen Umgang mit Abschreckungsargumenten zu formulieren.

3. Ergänzung durch Elemente der Gesetzesfolgenabschätzung?

Eingedenk der materiellen Gegenstände der Verfassungsrechtsprechung – insbesondere der Normenkontrolle – und der Stellung des Bundesverfassungsgerichts kann dabei die Ergänzung um Elemente der Gesetzesfolgenabschätzung zweckdienlich sein. Denn das Bundesverfassungsgericht bewegt sich mit seinen zum Teil ziemlich detaillierten Gesetzgebungsaufträgen⁴⁴⁶ in einer faktisch gesetzgeberebenen Stellung⁴⁴⁷. Der methodische Charakter eines Großteils seiner juristischen Arbeit ist mit Rechtsfortbildung oder sogar Rechtsschöpfung treffender beschrieben als mit Rechtsauslegung. Während es die Folgenorientierung vermag, insbesondere die richterliche Rechtsfortbildung anzuleiten⁴⁴⁸, ist die Rechtsschöpfung im engeren – also unter dem Grundgesetz parlamentarischen – Sinne auf die Gesetzesfolgenabschätzung verwiesen. Dabei ist sie jedoch nur bedingt für eine direkte Verwendung durch das Bundesverfassungsgericht geeignet: Viele der Test- und Prüfungskriterien für Gesetzesentwürfe beziehen sich auf den Zweck des Gesetzes. So richten sich die Kriterien Zielerreichung, Zweckeignung, Effektivität und Effizienz am Gesetzeszweck aus.⁴⁴⁹ Die Gesetzesfolgenabschätzung ist also vornehmlich eine Zweckmäßigkeitprüfung und damit von der verfassungsgerichtlichen Rechtmäßigkeitprüfung verschieden.⁴⁵⁰ Das Verfassungs-

derung der Frage leistet, ob ein strittiger Geltungsanspruch akzeptiert werden darf oder nicht.“, *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 279.

⁴⁴⁶ Beispiele bei *Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, S. 52 ff.

⁴⁴⁷ So wird das Bundesverfassungsgericht mitunter kritisch als „Ersatzgesetzgeber“ bezeichnet, vgl. *Abendroth*, Blätter für Deutsche und Internationale Politik 18 (1973), 705 ff.; *Scholz*, APuZ 1999 (16), 3 ff.; *Karpen*, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 13 (18 Rn. 14).

⁴⁴⁸ *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 56 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzesentwürfen, S. 23 f.; *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 74 ff. *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 95, weist insbesondere diese Kriterien für die richterliche Folgenorientierung zurück, weil sich der Richter seine Fälle nicht aussuchen und er daher nicht von sich aus Rechtsklarheit in einem Problemereich schaffen könne. Dies trifft auf das Bundesverfassungsgericht aufgrund der hohen Anzahl und thematischen Breite von Verfassungsbeschwerden nicht zu. Durch das Annahmeverfahren gewinnt die Auswahl von Fällen zu bestimmten Zeitpunkten durch die Richter vielmehr eine verfassungspolitische Dimension, *Blankenburg/Treiber*, in: *Hassemmer/Hoffmann-Riem/Limbach* (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 9 (17); *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 159 f.

⁴⁵⁰ Inhaltliche Überschneidungen gibt es vor allem dann, wenn es um die Geeignetheit und

gericht setzt der Gesetzgebung nämlich vor allem rechtliche „Leitplanken“, ohne detaillierte inhaltliche Vorgaben zur Zweckmäßigkeit zu machen. Die Gesetzesfolgenabschätzung also ist konzipiert, um bessere Gesetze zu ermöglichen und nur am Rande, um auch deren Verfassungsmäßigkeit sicherzustellen.

Die Methode ist jedoch aufgrund ihrer Ausrichtung auf die Rechtsschöpfung in der Lage, die beschriebenen Unzulänglichkeiten der Folgenorientierung im Verfassungsrecht teilweise auszugleichen. Im Unterschied zu dieser, die – wie dargelegt – im Umgang mit hohen Entscheidungsvarianzen wenig tauglich ist, kann die mit einer Vielzahl von Entscheidungsalternativen geübte Gesetzesfolgenabschätzung Anregungen liefern. Sie setzt sich außerdem stärker als die Folgenorientierung auch mit nicht intendierten Nebenfolgen auseinander⁴⁵¹, so dass punktuell auch auf sie zurückgegriffen werden soll.

III. Anforderungen an das Argumentieren mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht

Aufbauend auf den vorgestellten Prämissen (oben unter I.2. und 3.), sind unter Bezugnahme auf Folgenorientierung, Gesetzesfolgenabschätzung und klassische Methodenlehre nun die praktischen Leitlinien für das Argumentieren mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht zu entwickeln. Die Ziele dieses Abschnitts sind zum einen die präventive Ausschaltung der inhärenten Gegenargumente (oben Kapitel 2) und zum anderen die methodische und empirische Sättigung des Arguments insgesamt. Grundsätzlich wird dabei von den Erkenntnismöglichkeiten und Ressourcen des Bundesverfassungsgerichts ausgegangen. Sie begrenzen die Möglichkeiten der Sättigung des Arguments und sind praktisch mit den methodischen Anforderungen in Ausgleich zu bringen. Beispiele der Umsetzung der zu entwickelnden Leitlinien finden sich in Kapitel 5 in Form von Argumentationen zu zwei Problemkomplexen.

Der folgende Abschnitt ist so aufgebaut, dass eingangs kurz die *prima facie*-Voraussetzungen der Anwendung des Arguments vorgestellt werden (1.). Dann werden Vorgaben für die Feststellung, Prognose und Bewertung von Abschreckungseffekten erarbeitet (2.). Schließlich werden Kriterien geliefert, um unintendierte

Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen geht. Deswegen kann auch die Vermeidung der „Verschwendung“ von grundrechtlich geschützter Freiheit“ Ziel der Gesetzesfolgenabschätzung genannt werden, *Führ*, in: Hensel/Bizer/Führ/Lange (Hrsg.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, 17 (27).

⁴⁵¹ Abschreckungseffekte als Gegenstand der Gesetzesfolgenabschätzung z. B. explizit bei *Kötter*, in: Gusy (Hrsg.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, 59 (73 f.).

Für die Folgenorientierung ist die Unterscheidung zwischen intendierten und nicht intendierten Nebenfolgen hingegen weitgehend irrelevant, *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, S. 118.

Abschreckungseffekte als solche einzuordnen (3.) und staatliche von privater Abschreckung abzugrenzen (4.).

1. Anwendbarkeit des Abschreckungsarguments

Wenig überraschend ergeben sich kaum allgemeingültige Anwendungsvoraussetzungen für die Argumentation mit Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht. Einzig entscheidende praktische Voraussetzung ist vielmehr, dass es im Rahmen einer Frage überhaupt der Argumentation bedarf, dass sich also ein Problem als solches stellt und sich unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten gegenüberstehen.⁴⁵² Im Übrigen sind die Konstellationen zu vielgestaltig, um Argumentationsmöglichkeiten schon auf Ebene der Anwendbarkeit auszuschließen.

Diese Anforderung zur Anwendbarkeit der Abschreckungsargumentation entspricht der ersten Stufe der Folgenorientierung, wobei sie dort ungleich größere Bedeutung besitzt.⁴⁵³ Denn grundsätzlich kann eine abschreckende Wirkung hinsichtlich der Ausführung jeglicher grundrechtlich geschützter Handlungen argumentiert werden. Eine Ausnahme bilden Verfassungsbestimmungen ohne eigene soziale Grundrechtswirklichkeit, wie zum Beispiel die grundrechtlichen Gleichheitssätze. Sie können nicht im eigentlichen Sinne ausgeübt werden, sondern ergänzen die Freiheitsrechte um einen vergleichenden Modus.⁴⁵⁴ Dabei bleibt es natürlich jedem unbenommen, sich auf diese Verfassungsbestimmungen zu *berufen* und sie *durchzusetzen*. Von dieser „Gleichheitswahrnehmung“ kann dann abgeschreckt werden, sodass daraus wiederum ein verfassungsrechtliches Argument gewonnen werden kann. Auch bei der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG und dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG, welche das menschliche Sein bzw. einen Status schützen, fällt es schwer, Formen der Ausübung zu identifizieren, von denen abgeschreckt werden kann. Daher bleibt auch bei diesen Grundrechten nur die Abschreckung der Berufung auf und Durchsetzung von denselben als Argument denkbar. Für alle weiteren Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte, die nicht im Fokus dieser Untersuchung stehen, wie die Eigentumsgarantie oder die Justizgrundrechte⁴⁵⁵ einschließlich des Justizgewährungsanspruchs, ist die Abschreckung ihrer Ausübung aber ohne Weiteres denkbar und damit als Argument möglich.

⁴⁵² Zur Verengung des argumentativen Spielraums durch Präjudiz und Dogmatik bereits oben, Fn. 441 und zugehöriger Haupttext.

⁴⁵³ Siehe oben Fn. 417–419 und zugehöriger Haupttext. Die Folgenorientierung ist aufgrund der Bindung des Richters an Recht und Gesetz nur dann anwendbar, wenn nach der Ausschöpfung der klassischen Auslegungsmethoden mehrere Lösungsmöglichkeiten verbleiben.

⁴⁵⁴ Der Maßstab orientiert sich wiederum unter anderem an den (abschreckenden) Wirkungen auf die Ausübung von Freiheitsgrundrechten, dazu oben Kapitel 1 unter I.3.f) und I.5.b).

⁴⁵⁵ Siehe z. B. BVerfGE 113, 29 (47, 49) – Anwaltsdaten. Vgl. auch *United States v. Jackson*, U.S. 390, 570 ff. (1968). Siehe Fn. 222 und zugehöriger Text.

Zusammenfassend ist zur Anwendbarkeit des Abschreckungsarguments festzuhalten, dass es grundsätzlich in jedem Kontext angebracht werden kann, in dem es der Argumentation bedarf und Grundrechte den Bewertungsmaßstab für Handlungen bilden. Über Überzeugungskraft und Qualität des Arguments im jeweiligen Fall ist damit kein Urteil getroffen.

2. Feststellung bzw. Prognose und Bewertung von Abschreckungseffekten

Den Kern des Arguments bildet die Feststellung bzw. Prognose der beeinträchtigten Grundrechtsausübung, die Darlegung der Verursachung durch staatliche Mittel und die grundrechtliche Bewertung dieses Zusammenhangs (a). Es sind also diejenigen Wirkungszusammenhänge offenzulegen, welche die unbeabsichtigte Demotivation der Grundrechtsausübung zur Folge haben können. Dieser Schritt ist damit zwar in einem Satz schnell umrissen, in den Details ergeben sich aber hier die größten praktischen Schwierigkeiten des Arguments.⁴⁵⁶ Die Anforderungen an die Tatsachengrundlage der Argumentation sind dabei abzustufen (b). Ein besonderes Problem ergibt sich bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von fachgerichtlichen und gesetzgeberischen Tatsachenfeststellungen zu Abschreckungszusammenhängen (c). Schließlich ist kurz auf einige wissenschaftliche Untersuchungen in dem Bereich einzugehen (d).

a) Beeinträchtigte Grundrechtsausübung

Für die Darlegung der Abschreckung von Grundrechtsausübung und ihre verfassungsrechtliche Bewertung bietet sich die Unterteilung in fünf Schritte an: die genaue Beschreibung des (in Zukunft) unterbleibenden Verhaltens und die Zurechnung des Unterlassens zu einer staatlichen Maßnahme (aa), Einordnung dieses Verhaltens als Grundrechtsausübung (bb), Erörterung seiner (zu vermutenden) Rechtmäßigkeit nach seinerseits verfassungsgemäßigem einfachen Recht (cc), Zuordnung der Grundrechtsausübung in Bezug auf die Verwirklichung objektiver

⁴⁵⁶ Die Folgenorientierung sieht für diesen Schritt, wie erwähnt, die Stufen der Folgenermittlung und der Folgenprognose vor, welche die Ermittlung der Auswirkungen von Entscheidungsalternativen und die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gebieten. Auf die genauen Kategorisierungen von Folgen durch diese Methode kommt es im vorliegenden Fall nicht an, weil Abschreckungseffekte als überindividuelle Nebenwirkungen einer gesetzlichen Regelung oder Entscheidung jedenfalls mitumfasst werden: als Adaptionfolgen bei *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, S. 139 ff., explizit zu Abschreckungseffekten a. a. O. S. 145 ff.; als Makrofolgen (und theoretisch auch als Mikrofolgen) bei *Wälde*, Juristische Folgenorientierung, S. 6 ff.; als Sozialfolgen (und theoretisch auch als Individualfolgen) bei *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, S. 101 ff.

Für die Gesetzesfolgenabschätzung kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, *Blankenburg*, in: Plett/Ziegert (Hrsg.), Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik, 45 (49 ff.); als Neben- bzw. Folgewirkungen bei *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzesentwürfen, S. 120 ff.; ähnlich *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 76.

Grundrechtsgehalte (dd), eventuelle Akzentuierung der Argumentation durch zusätzliche demokratische Funktionalisierung (ee).⁴⁵⁷

aa) Beschreibung des abgeschreckten Verhaltens und Zurechnung zu staatlichen Maßnahmen

Zunächst ist dasjenige tatsächliche anvisierte Verhalten der Grundrechtsträger genau zu fassen und in die Argumentation aufzunehmen, das abgeschreckt wird. Dieses unterlassene oder abweichende Verhalten muss staatlichen Maßnahmen zurechenbar sein (dazu im Einzelnen unten 4). Die Beschreibung dieser Konsequenzen legt den akzidentellen Regelungscharakter der fraglichen staatlichen Mittel offen, den es als Ziel des Arguments zu meiden gilt. Kern der Ausführungen sollte dabei die Darlegung des staatlichen Einwirkens auf die Willensentschlussfreiheit eines Individuums sein. Jenes muss die Entscheidung gegen die Ausübung des Grundrechts oder in Richtung einer modifizierten Ausübung beeinflussen. Herauszustellen ist, dass sich die tatsächliche (prognostizierte) Form des Verhaltens von einem ursprünglichen bzw. ohne Einwirkung getroffenen Willensentschluss unterscheidet. Die Handlung ist also nicht mehr unbeeinflusst, sondern durch den Staat (oder Dritte, wenn der Zielzustand ohne tatsächliche Abschreckung maßgeblich ist, oben I.3.b) verfremdet oder faktisch unterbunden. Einzugehen ist mit anderen Worten auf die Vermeidbarkeit der Abschreckungswirkung. Sie muss ohne den Einfluss der staatlichen Maßnahme entfallen oder sich verringern. In Schutzpflichtkonstellationen bedeutet dies, dass sich die Abschreckungswirkung durch eine geeignete Abwehrmaßnahme des Staates unterbinden ließe.

Die möglichst genaue Beschreibung der abschreckenden Wirkungen und auch des Grades der Abweichung vom eigentlich Gewollten ist für das Argument zentral. Nur so kann es in der Anwendung widerlegbar und kritisierbar gehalten werden. Dass dabei abgestufte Anforderungen an die Tatsachengrundlage zu stellen sind, wird gleich dargelegt (b).

bb) Einordnung des Verhaltens als Grundrechtsausübung

Das detailliert beschriebene abgeschreckte Verhalten ist sodann verfassungsrechtlich einzuordnen. Es erhält seine materiell-grundrechtliche Bedeutung durch die Einordnung als *Grundrechtsausübung*, *-wahrnehmung* bzw. *-verwirklichung*. Begriffe wie die *Inanspruchnahme*, *Behauptung* oder *Durchsetzung* von Grundrechten lassen hingegen einen prozessualen Kontext anklingen, in dem die argumentative Berufung auf die Grundrechte als positive oder überpositive Normen

⁴⁵⁷ Vgl. aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht zusätzlich *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 297 f.

erfolgt. Bei Grundrechten ohne eigenen Sozialbereich bzw. solchen, die bloßen Zustandsschutz gewähren, also keine Handlungen im eigentlichen Sinne schützen, ist – wie soeben erläutert – allein die *Berufung* auf die Grundrechte, nicht aber ihre *Ausübung* möglich.⁴⁵⁸ Die Wahrnehmung der Grundrechte erfolgt durch den Grundrechtsträger und ist Ausdruck der Grundrechtsberechtigung.⁴⁵⁹ Sie umschreibt das tatsächliche individuelle Handeln oder Handeln im Verbund mit anderen, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, also dessen Tatbestand erfüllt. Der prima facie Schutz von Verhalten durch diese Zuordnung zum Schutzbereich zieht im Falle der hinreichenden Beeinträchtigung durch den Staat (prozessual gespiegelt in der Beschwerde- bzw. Antragsbefugnis) die eigentliche verfassungsgerichtliche Prüfung nach sich. Ob und wie dieses Handeln stattfindet und insbesondere welche Formen es annimmt, obliegt dem Grundrechtsträger und seinen Möglichkeiten. Ob es dem grundrechtlichen Tatbestand unterfällt, beurteilt sich nach den Maßstäben des Verfassungsrechts. Von der Konturierung bzw. Engfassung dieses Schutzbereichs⁴⁶⁰ – und von der Entscheidung in der Frage Schutzbereich oder Gewährleistungsgehalt⁴⁶¹ – hängt also auch ab, wie weit das Trefferfeld der Argumentation gezogen wird.

cc) Zu vermutende Rechtmäßigkeit der Grundrechtsausübung

Die Qualifizierung eines Verhaltens als Grundrechtsausübung bedeutet jedoch noch kein abschließendes Urteil darüber, ob es auch nach den Normen des einfachen Rechts erlaubt ist (oben Kapitel 2 unter V.). So kann ein weit formulierter Straftatbestand einen abschreckenden Effekt haben, der über die gesetzgeberische Sanktionierungsintention zwar hinausgeht, aber damit zugleich vor Verhalten abschreckt, das ebenfalls unter Strafe steht. Beispielsweise wird ein strafrechtliches Tötungsverbot immer auch Körperverletzungshandlungen abschrecken. Hieraus lässt sich freilich kein Argument gewinnen, wenn ein *verfassungsmäßiges* Körperverletzungsverbot besteht.

Dies könnte auf die Darlegungsanforderungen der Beeinträchtigung der Grundrechtsausübung reflektieren: Im Grunde wäre die prognostizierte kollateral abge-

⁴⁵⁸ Auch von der Berufung auf Grundrechte kann, wie erwähnt, abgeschreckt werden. Dies steht zwar nicht im Fokus der Untersuchung, aber die Argumentation kann praktisch parallel erfolgen. Die Ermittlung und Beschreibung der Abschreckung der *Berufung auf* Grundrechte ersetzt dann mit ähnlichen Anforderungen die Abschreckung der *Ausübung von* Grundrechten.

⁴⁵⁹ Im Einzelnen hierzu *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 203 Rn. 10 ff.

⁴⁶⁰ Zur Frage z. B. *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 200 Rn. 18 ff. Hierhin gehört auch die Diskussion um den Ausschluss offensichtlich sozialschädlichen Verhaltens aus dem Schutzbereich.

⁴⁶¹ Siehe nur *Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Der Staat* 43 (2004), 203 ff.; ablehnend *Kahl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 ff.; insgesamt *Rusteberg*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*.

schreckte Grundrechtsausübung so genau zu beschreiben, dass sich ihre Rechtmäßigkeit an den übrigen (ihrerseits verfassungsgemäßen) Normen des einfachen Rechts überprüfen ließe. Praktisch lässt sich dies jedoch kaum bewerkstelligen.

In diesem Zusammenhang kommt indes eine durch das Grundgesetz vorgegebene Verteilung der Argumentationslast zur Hilfe, welche dieses Problem entschärft: Jedes grundrechtlich subsumierbare Verhalten kann als durch das Grundgesetz geschützt und damit erlaubt gelten, soweit es nicht durch ein verfassungsmäßiges Gesetz verboten wird. Da der Schutz menschlichen Verhaltens unter dem Grundgesetz lückenlos konstruiert wird, sind kaum Handlungen denkbar, welche nicht in den Schutzbereich zumindest der allgemeinen Handlungsfreiheit fallen.⁴⁶² Ist eine bestimmte Wirkung einer Norm oder Maßnahme daher nicht von ihrem (zu ermittelnden) Zweck umfasst – tritt also überhaupt eine kollaterale Verhaltensbeeinflussung auf –, ist davon auszugehen, dass dieses beeinflusste Verhalten eigentlich erlaubt sein sollte. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine andere Verbotsnorm für das Verhalten gefunden werden kann. Abschreckungseffekte sind demnach als Verschwendung grundrechtlicher Freiheit *prima facie* stets zu vermeiden. Hieraus ergibt sich auch eine entsprechende Verteilung der Argumentationslast im Rahmen des vorliegenden Problems: Nicht intendierte Abschreckungseffekte sind als grundsätzlich nachteilig einzustufen und zu vermeiden, wenn nicht das abgeschreckte Verhalten noch unter eine andere verfassungsmäßige Verbotsnorm subsumiert werden kann.

Hilfsweise können zwei Aspekte hinzutreten, welche die kollaterale Verhaltensbeeinflussung als grundrechtlich besonders schwerwiegend darstellen: zum einen, wenn eine Regelung, welche die als unbeabsichtigte Abschreckung identifizierte Wirkung zum Hauptzweck hätte, nicht materiell verfassungsgemäß erlassen werden könnte; zum anderen, wenn der dargelegte Effekt durch einen anderen Regulierungsansatz bzw. eine andere Auslegung vermeidbar wäre.⁴⁶³

dd) Verwirklichung objektiver Grundrechtsgehalte durch Grundrechtsausübung

Wie bereits erwähnt, ist für den Zweck der Argumentation das prognostizierte hypothetische Verhalten als Grundrechtsausübung zu qualifizieren. In Bezug hierauf bleibt zu klären, wie weit der Untersuchungsfokus für abschreckende Auswirkungen zu ziehen und wie er grundrechtlich zu unterfangen ist. Im Ergebnis wird dies durch korrespondierende objektive Grundrechtsgehalte und das Ausmaß ihrer Anerkennung determiniert.

⁴⁶² Siehe schon Fn. 330. Auch wenn die Beeinflussung der Handlungsfreiheit grundsätzlich ausreicht, gewinnt das Argument an Gewicht, wenn die Beeinflussung besonderer Grundrechtsgehalte behauptet werden kann.

⁴⁶³ Zum letzteren Aspekt auch *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1682).

Zunächst ist zu erwägen, die Beschreibung der Abweichung der tatsächlichen von der gewollten Grundrechtsausübung personell auf das zukünftige Verhalten der in der jeweiligen prozessualen Konstellation betroffenen Individuen zu begrenzen. Eine solche Herangehensweise wäre strikt auf die subjektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte beschränkt, sähe diese also ausschließlich als einlagbare Verfassungsnormen, die dem Individuum Ansprüche auf Unterlassung oder Leistung gegen den Staat verleihen. Der Fokus der Betrachtung richtete sich dann nach dem Maßstab des Verfahrens: Bei der Überprüfung eines Gesetzes umfasste das Trefferfeld der Abschreckungswirkung alle von den Normen Betroffenen. Bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde – etwa aufgrund der Verkenning der Bedeutung der Grundrechte bei der Auslegung des einfachen Rechts – wären hingegen lediglich die von der etwaig fehlerhaften Auslegung in ihrer Grundrechtsausübung abgeschreckten Prozessbeteiligten betroffen. Dass darüber hinaus in Folge des Arguments noch weitere Personen in ähnlichen rechtlichen Konstellationen von der Abschreckung durch das angegriffene Gesetz oder das angegriffene Urteil verschont blieben, stellte sich dann als bloß über die Entscheidung als Präjudiz vermittelter Wirkungsreflex dar.

Es mutete indes willkürlich an, wäre das Bundesverfassungsgericht durch die Verfahrenskonstellation in seinen Möglichkeiten beschränkt, Abschreckungseffekte zu erwägen, welche über die Prozessbeteiligten hinausgehen. Der über die Verfahrensarten der Verfassungsbeschwerde und der konkreten Normenkontrolle zu erlangende Grundrechtsschutz wäre gesamtgesellschaftlich geringer als in anderen Konstellationen. Auch die Berücksichtigung von bloßen Reflexen seiner Entscheidungen muss dem Bundesverfassungsgericht daher im Interesse eines allgemeinen Prüfungsumfanges möglich sein. Die verfassungsdogmatisch überzeugendste Möglichkeit zur Berücksichtigung von abschreckenden Wirkungen von überindividuellem oder sogar gesellschaftlichem Ausmaß ergibt sich jedoch, wie jetzt erläutert wird, über die objektive Dimension der Grundrechte.⁴⁶⁴

Schon der Begriff der Grundrechtsausübung deutet an, dass sich die rechtliche Bedeutung des dadurch beschriebenen tatsächlichen Verhaltens nicht darin erschöpft, vor einer (vermeintlichen) staatlichen Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützt zu werden. Hierfür wären die Auslegung eines grundrechtlichen Schutzbereichs und die Zuordnung einer Handlung zu diesem ausreichend. Seine wahre Bedeutung erlangt der Begriff erst im Kontext von Staat und Gesellschaft und insbesondere der Staatshervorbringung.⁴⁶⁵ Der Begriff der Grund-

⁴⁶⁴ Es ließe sich auch umgekehrt argumentieren: Gerade weil eine objektive Dimension der Grundrechte allgemein anzuerkennen ist, muss das Bundesverfassungsgericht auch gesellschaftliche Wirkungsreflexe seiner Entscheidungen beachten.

⁴⁶⁵ Es besteht zwischen den Verfassungsrechtlern Einigkeit, dass die Erhaltung von Demokratie und Staat der tatsächlichen Grundrechtsausübung, insbesondere der Wahrnehmung des Wahlrechts und der Kommunikationsgrundrechte, bedarf. Uneinigkeit besteht jedoch über die Zulässigkeit der Anregung von Grundrechtsausübung durch den Staat zu diesem Zwecke und

rechtsausübung ist terminologisches Unterpand der objektiven Grundrechtsdimension.⁴⁶⁶

Dieser in wesentlichen Teilen schon vor den Zeiten des Grundgesetzes diskutierte Aspekt der Grundrechtsarchitektur⁴⁶⁷, der zwischenzeitlich aus dem Fokus der verfassungsrechtlichen Diskussion gerückt war, wurde durch das Bundesverfassungsgericht 1958 prominent wieder in Gebrauch genommen⁴⁶⁸. Die Reaktivierung der objektiven Dimension der Grundrechte ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eng mit der Werttheorie verwoben.⁴⁶⁹ In jüngerer Zeit wurde jedoch zunehmend von einem materiellen Wertbegriff Abstand genommen⁴⁷⁰ und die objektiven Grundrechtsgehalte grundrechtsdogmatisch säkularisiert⁴⁷¹. Die möglichen Antworten auf diese epochale Frage der Grundrechtsarchitektur unter dem Grundgesetz ziehen weitverzweigte Folgen in der gesamten Rechtsordnung nach sich, die kaum zu unterschätzen sind.⁴⁷² Hier muss jedoch keine Antwort auf die Frage nach der genauen Beschaffenheit der objektiven Grundrechtsdimension gegeben werden. Es ist lediglich klarzustellen, welche grundrechtstheoretischen Prämissen akzeptiert werden müssen, um die entworfene Argumentation mit solchen Effekten wirkungsvoll erweitern zu können, die über die unmittelbar prozessual Betroffenen hinausgehen. So wie der Einsatz der objektiven Grundrechtsdimension in der Abschreckungsargumentation des Bundesverfassungsgerichts bereits diagnostiziert wurde (oben Kapitel 1 unter I.5.e), ist es jedenfalls erforderlich, die Existenz einer objektiven Grundrechtsdimension – als bestimmte verfassungsrechtliche Zielwerte vorgehend – anzuerkennen.⁴⁷³

die Auslegung der Grundrechte in diesem Sinne. Dazu bereits oben I.3.a)-c). Zum Begriff der Staatshervorbringung *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 539, 542 f., 548 ff.

⁴⁶⁶ An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass, wenn das Abschreckungsargument lediglich auf Abwehr *staatlicher* Einwirkungen auf die Ausübungsentscheidung von Grundrechten gerichtet ist, es der Bezugnahme auf die tatsächliche Ausübung von Grundrechten nicht zwingend bedarf. Sie kann dem Argument aber in Einzelfällen besonderes Gewicht verleihen.

⁴⁶⁷ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 16; weitere Hinweise bei *Rennert*, Der Staat 53 (2014), 31 (34 ff.).

⁴⁶⁸ BVerfGE 7, 298 (205 ff.) – Lüth. Zu Historie und Historisierung *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 19 Rn. 12 ff.

⁴⁶⁹ Kritisch *Böckenförde*, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 67 (87 f.); *Rennert*, Der Staat 53 (2014), 31 (38 ff.); siehe zur *materiellen* Werttheorie auch bereits oben Kapitel 1 unter I.5.e) und in diesem Kapitel unter I.3.c).

⁴⁷⁰ *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 38 Rn. 8 f.; *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 19 Rn. 9 f.; siehe auch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 299.

⁴⁷¹ So anschaulich und kritisch *Rennert*, Der Staat 53 (2014), 31 (49 ff.) bezugnehmend auf *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 133, 138 ff., insb. auch 511 f.

⁴⁷² *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 19; zu einigen Funktionen der Wertedimension z. B. *Di Fabio*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 46 Rn. 16 ff.; siehe auch *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, § 69 S. 923 ff.

⁴⁷³ Siehe bereits *Oermann/Staben*, Der Staat 52 (2013), 630 (645 f.); zumindest der prinzipi-

Sie können als durch die Verfassung programmierte rechtliche und vor allem tatsächliche Soll-Zustände verstanden werden.⁴⁷⁴ Begriffliche Alternativen sind „Finalprogramm“ oder „Optimierungsgebot“. Diese Normdimension wird durch dem jeweiligen Grundrecht entsprechende Formen der Grundrechtsausübung erfüllt bzw. verwirklicht.

Für den Zweck der Abschreckungsargumentation bedeutet dies, dass zunächst die Inhalte dieser verfassungsrechtlichen Zielwerte möglichst genau zu bestimmen sind. Dann ist darzulegen, inwieweit Abschreckungseffekte diesen Zielwerten entsprechenden Verhaltensweisen entgegenstehen, sie also Zielwerte gefährden. Dies veranschaulicht wiederum nochmals den Bedarf an einer möglichst genauen Beschreibung und Einordnung der abgeschreckten Verhaltensweisen (bereits oben aa) und bb)). Dabei ist auch die Bildung konkreter, plausibler Abschreckungsszenarien und ihre separate Bewertung anhand von Recht und Verfassung ein denkbarer Weg, um mögliche Auswirkungen greifbarer und verfassungsrechtlich handhabbarer zu machen. Auf diese Weise lässt sich das Argument in Richtung der objektiven Grundrechtsdimension sättigen.

Kehrseite dieser Konstruktion der Argumentation ist zwangsläufig, dass besagte Sättigung bei Grundrechten ohne objektive Dimension nicht zur Verfügung steht. So lassen sich beispielsweise der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG wohl keine objektiv-rechtlichen Gehalte entnehmen. Diese Beschränkung ist gleichwohl hilfreich, weil es dem Charakter des Abschreckungseffekts als Allzweckargument entgegenwirkt und es auf Konstellationen beschränkt, wo die Beeinflussung der Verfassungswirklichkeit besonders relevant ist. Zugleich bleibt auch ohne die Einordnung in die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte die Berücksichtigung von überindividuellen Auswirkungen als einfache Wirkungsreflexe der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen theoretisch möglich, wenn auch nach dem Maßstab des Verfassungsrechts deutlich weniger wichtig.

ee) Zusätzliche Möglichkeit demokratischer Funktionalisierung

Es ist naheliegend, dass der eben erwähnten objektiven Dimension von Grundrechten insbesondere dann erhöhte Aufmerksamkeit zuteil wird, wenn die Grund-

elle „Doppelcharakter der Grundrechte“ ist anerkannt, *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 69 S. 906 f.

⁴⁷⁴ In diesem Sinne bereits früh *K. Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, S. 8, 15, der davon ausgeht, die Grundrechte strebten nach Verwirklichung und Verfassungsinterpretation stehe unter dem Gebot optimaler Verwirklichung der Norm. Dabei bleibt die objektive Dimension der Grundrechte allerdings weitgehend ungenannte Prämisse seiner Ausführungen. Expliziter dann *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 41 ff., 293.

Korinek/Dujmovits, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 23 Rn. 53: „In der modernen Grundrechtsdogmatik hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß Grundrechte auf breite Realisierung angelegt sind.“ Siehe auch schon oben Fn. 186.

rechtsausübung einen Öffentlichkeits- bzw. Demokratiebezug aufweist. In diesen Fällen kann das Argument also im Sinne der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie weiter akzentuiert werden. Dies betrifft je nach grundrechtstheoretischem Vorverständnis vornehmlich die Kommunikationsgrundrechte.⁴⁷⁵ Abschreckungseffekte auf demokratisch-funktional verstandene Kommunikationsgrundrechte behindern nämlich die Hervorbringung von Staat und Gemeinwesen und wiegen daher besonders schwer.⁴⁷⁶ Durch diese demokratische Funktionalisierung des Arguments bildet sich – trotz seiner grundsätzlichen ubiquitären Anwendbarkeit aufgrund der Konstruktion des Grundrechtsschutzes als lückenlos unter dem Grundgesetz – ein natürlicher Schwerpunkt des Arguments im Bereich der Kommunikationsgrundrechte. Je präziser ihre objektiven Komponenten gefasst werden und je mehr diese als für den demokratischen Staat essentiell eingeordnet – also demokratisch funktionalisiert – werden können, desto durchschlagender wirkt das Abschreckungsargument.

Der Maßstab der verfassungsrechtlichen Betrachtung des abgeschreckten Verhaltens muss sich jedoch nicht auf die Kategorie der für die Staatshervorbringung erforderlichen Grundrechtsausübung beschränken. Darüber hinaus besteht schon ein grundsätzliches verfassungsrechtliches Interesse an insbesondere vielfältiger Grundrechtsausübung. Ein diverses Meinungsspektrum etwa, in dem sichtbar über Wahrheiten bzw. Lösungen gerungen wird, besitzt nicht nur gesellschaftlichen Nutzen, sondern kann auch ein verfassungsrechtliches Ziel der Kommunikationsgrundrechte bilden.⁴⁷⁷ In der US-amerikanischen Diskussion wird diesem Aspekt der Meinungsfreiheit besondere Aufmerksamkeit zuteil.⁴⁷⁸ Er begründet dort auslegungsleitend die hervorgehobene Stellung des ersten Verfassungszusatzes.⁴⁷⁹ Dem deutschen Verfassungsrecht liegt die gesellschaftliche Vielfalt von Ideen, Meinungen und Lebensentwürfen als schützenswerter Zustand eher voraus, als dass er interpretationsleitend funktionalisiert wird. Die Antwort auf die Frage, wie weit dieses verfassungsimmanente Interesse an Vielfalt geht, kann hier nicht abschließend gegeben werden. Für den Zweck der Argumentation mit Abschreckungseffekten soll lediglich die Richtung aufgezeigt werden: Der gesellschaftliche Wert des Dissens kann in Einzelfällen bis an die Grenze zum Rechtsbruch reichen, solange nicht die grundsätzliche Bindungskraft von Recht und

⁴⁷⁵ In diese Richtung vor allem *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 34 ff.

⁴⁷⁶ Dies verdeutlicht einmal mehr, wie sehr Form und Gewichtung des Abschreckungsarguments durch das theoretische Grundrechtsverständnis der juristischen Diskursteilnehmer determiniert sind.

⁴⁷⁷ Siehe nur BVerfGE 57, 295 (323 f.) – 3. Rundfunkentscheidung; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 206 f.

⁴⁷⁸ Instrukтив *Sunstein*, Why Societies Need Dissent, insb. S. 96 ff.; siehe schon *Mill*, On Liberty, S. 20; m. w. N. *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (693 f.).

⁴⁷⁹ Vgl. *Alexander*, Is There a Right of Freedom of Expression?, S. 127 ff.; *Sunstein*, Why Societies Need Dissent, S. 96 ff.; *Redish*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1981), 591 ff.

Gesetz in Frage gestellt wird.⁴⁸⁰ Vielfalt als Eigenwert findet seine Grenze aber spätestens dann, wenn die entstehenden Fliehkräfte staatlichen und gesellschaftlichen Auflösungserscheinungen Vorschub leisten.

b) Abgestufte Anforderungen an die Tatsachengrundlage der Argumentation

Allen voran steht das Bundesverfassungsgericht vor der Herausforderung, die durch Abschreckung beeinträchtigte Grundrechtsausübung nicht bloß zu erdenken und zu beschreiben, sondern auf eine hinreichende Tatsachengrundlage zu stellen bzw. – sollte die abschreckende Wirkung erst in der Zukunft eintreten – diese auch zu prognostizieren. Sonst liefe das Gericht Gefahr, auf willkürlicher Grundlage zu urteilen und die Wirklichkeit zu verpassen.⁴⁸¹ Hinsichtlich der Tatsachengrundlage sind abgestufte Anforderungen vorzusehen. Hier soll zunächst auf die Gewinnung gegenwärtiger Tatsachen als Grundlage der Argumentation (aa), anschließend auf die Prognose von (zukünftigen) Abschreckungszusammenhängen (bb) eingegangen werden.

aa) Gegenwärtige Tatsachen als Grundlage

Die Frage, wie das Bundesverfassungsgericht seine Realität erzeugt und sich außerjuristisches Wissen zuführt, ist vielschichtig und in vielen Teilen unbeantwortet. Praktisch bilden die kombinierten Wirklichkeitsvorstellungen der Richter, die auch durch eigene Erfahrungen, Herkunft, Sozialisation und persönliche Disposition bestimmt sind, die Tatsachengrundlagen der Verfassungsrechtsprechung. Die Rechtsprechung ist jedoch lediglich in der Gewinnung von gegenwärtigen oder vergangenen Einzelfacts durch die klassischen Beweismittel und ihrer rechtlichen Bewertung geübt. Diese Möglichkeiten stehen, soweit sie ausnahmsweise erforderlich werden sollten, grundsätzlich auch dem Bundesverfassungsgericht nach § 26 ff. BVerfGG zur Verfügung. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei Zusammenhängen, die über Einzelfacts hinausgehen, und im Hinblick auf die Gewinnung zukünftiger Tatsachen⁴⁸² (Prognosen). Aktiviert man, wie teilweise auch das Bundesverfassungsgericht, die objektive Dimension der Grund-

⁴⁸⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Scherzberg/Betsch/Blanke (Hrsg.), Kluges Entscheiden, 3 (8); *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, S. 304 ff.; *Ortmann*, Regel und Ausnahme, S. 189 ff.

⁴⁸¹ Siehe auch *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 40 f. Anders – allerdings ohne nachvollziehbare Begründung – *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 150 f. Gerade um der von ihm beschworenen Gefahr eines Vertrauensverlustes in die Freiheitlichkeit der staatlichen Ordnung frühzeitig zu begegnen, sind Abschreckungseffekte ernstzunehmen und daher auch empirisch zu untersuchen.

⁴⁸² *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 124 stellt fest: „Wenn das Bundesverfassungsgericht zukünftige legislative facts feststellt, entfernt es sich am weitesten von konventionellen richterlichen Tatsachenfeststellungen [...]“

rechte zum Zwecke der Argumentation mit Abschreckungseffekten, steht man vor der Herausforderung, größere gesellschaftliche Wirkungszusammenhänge zu erfassen, um entsprechende grundrechtliche Zielgefährdungen festzustellen. Die Methoden der Rechtswissenschaft und -praxis sind hierfür ungeeignet. Allein der Vortrag der Prozessbeteiligten, das eigene oder arbeitsteilige⁴⁸³ Literaturstudium und die Möglichkeit der Stellungnahme durch sachkundige Dritte vor dem Bundesverfassungsgericht nach § 27a BVerfGG öffnet die Tür zu außerjuristischen Erkenntnismöglichkeiten einen Spalt breit.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird daher in diesem Zusammenhang gefordert, dass sich Juristen die nötigen Kenntnisse mit Hilfe der empirisch vorgehenden (Sozial)wissenschaften verschaffen sollten.⁴⁸⁴ Das Ziel empirischer Forschung ist es – zunächst außerhalb des Rechtssystems –, subjektive Begrenztheit zu überwinden und auf Grundlage konsensualer Methoden zu nachprüfaren Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Wirklichkeit zu gelangen. Dies verspricht bestenfalls Überwindung subjektiver Befangenheit, jedenfalls aber eine qualitative Verbesserung der Tatsachengrundlage der Rechtsprechung. In Ermangelung einer auf die Bedürfnisse des Verfassungsrechts ausgerichteten umfassenden „Grundrechtstatsachenforschung“ wird angeregt, sich an Ergebnissen aus den Bereichen der Sozialforschung zu orientieren, die den grundrechtlichen Schutzbereichen zugeordneten Lebenszusammenhänge zum Gegenstand haben – auch wenn sie eigene Erkenntnisinteressen verfolgen.⁴⁸⁵ Für die Schwerpunkte dieser Arbeit in den Bereichen Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechten wären Erkenntnisse von Sozialwissenschaft und Psychologie von Relevanz.

Dabei ist jedoch bereits oben in Kapitel 1 unter I.4. und II.3. festgestellt worden, dass das Bundesverfassungsgericht und der Supreme Court in der Praxis anders vorgehen bzw. wissenschaftliche Grundlagen zumindest nicht in die Darstellung der Entscheidung gelangen.⁴⁸⁶ Im Einklang mit dieser verfassungsgerichtlichen

⁴⁸³ Praktisch würde eine solche Recherche wohl von den wissenschaftlichen Mitarbeitern des Gerichts besorgt.

⁴⁸⁴ Früh für die Staatsrechtswissenschaft, *K. Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 19; siehe auch *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, S. 23 ff., 34 ff.; zum Ganzen *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 53 ff. Zur Sachverhaltskonstruktion *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (30 ff., 58 ff.).

Für die Ermittlung von Folgen im Rahmen der Folgenorientierung bereits Fn. 422; siehe auch *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (146); zu pauschal ablehnend mit der Begründung dies würde die Normativität der Verfassung untergraben *Starck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1. Aufl. 1992, § 164 Rn. 26.

⁴⁸⁵ Weil sich die Sozialforschung in diesen Bereichen nicht ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung gewahr wird, lässt sie sich als „bewusstlose Grundrechtsforschung“ bezeichnen, *Grimm*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (47); zur Vorsicht mahnt *Hoffmann-Riem*, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (527). Zur richtigen Rezeption empirischer Forschung durch Juristen, *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 53 ff., 106 ff.

⁴⁸⁶ Im Kontext der Methode der Folgenorientierung stellt *Luhmann*, Das Recht der Gesell-

Praxis wollen einige Autoren auch Plausibilität und alltagstheoretische Annahmen grundsätzlich genügen lassen.⁴⁸⁷ Diese sind jedoch nicht methodengeleitet und damit für Dissens auch innerhalb eines Gerichts und Irrtümer anfällig. Sie sind notwendig durch die subjektiven Grenzen individueller bzw. kollegialer richterlicher Erkenntnis beschränkt. Alltagstheorien und Plausibilitätsannahmen sind daher nur sehr eingeschränkt tauglich, das Tatsachenfundament der Verfassungsrechtsfindung zu bilden.

Hier sollen daher realistische Anforderungen formuliert werden, welche an die Tatsachengrundlage des verfassungsgerichtlichen Umgangs mit Abschreckungseffekten zu stellen sind. Dabei einheitlich hohe Anforderungen in allen denkbaren Verwendungskontexten zu fordern, taugt zwar zum wissenschaftlichen Ideal, findet aber seine Grenze in der Leistungsfähigkeit der Verfassungsrechtsprechung. Vielmehr sind die Anforderungen vernünftigerweise kontextabhängig anhand der folgenden vier Kriterien zu bestimmen: erstens die grundsätzliche Nachweisbarkeit der Tatsachen, zweitens die Ressourcen des Gerichts, drittens die Grenzen verfassungsgerichtlicher Kompetenz im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen und insbesondere viertens die Bedeutung der Tatsachen für die Begründung der Entscheidung.

Zunächst stellen die praktischen Nachweisbarkeitsgrenzen im Rahmen der Sozialwissenschaften einige entscheidende Hürden auch für die Argumentation mit Abschreckungseffekten auf. Die Verwirklichung von Grundrechten ist zunehmend voraussetzungsreicher und kontextabhängiger geworden.⁴⁸⁸ Dies erschwert auch die Erforschung der Beeinflussung von Grundrechtsausübung durch etwaige Abschreckungseffekte mit den Methoden der empirischen Sozialforschung erheblich. Dass hier nach den Anforderungen sozialwissenschaftlicher Methoden *gesicherte* Erkenntnisse über Kausalitätszusammenhänge gewonnen werden können, ist in den wenigsten Fällen vorstellbar.⁴⁸⁹ Umgekehrt können Wirkungszusammenhänge auch nicht ausgeschlossen werden, nur weil sie nicht nachweisbar sind. Vielmehr drohen die Zusammenhänge im Rauschen unzähliger Einflussfaktoren unterzugehen, die sich wiederum gegenseitig beeinflussen und kaum isolierbar

schaft, S. 382, kritisch fest: „Sie [die Gerichte, d. Verf.] haben die Kompetenz, ihren Vermutungen Rechtsgeltung zu verleihen. Folgenorientierung ist, von den Standards empirischer Forschung her gesehen, nichts anderes als Imagination mit Rechtskraft.“ *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (157), sieht „Beispiele für ungesicherte Folgenannahmen, die gleichwohl interpretationsleitend geworden sind“ und verweist auf BVerfGE 79, 256 (268 f.) – Kenntnis der eigenen Abstammung.

⁴⁸⁷ So die Verfassungsrichter *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (156): „gesicherte Erfahrungen und Plausibilitätserwägungen“ und *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation, 15 (27 f.): „alltagstheoretische Annahmen“ und „theoretisch reflektierte Plausibilität“.

⁴⁸⁸ Siehe bereits oben Kapitel 2 unter I.

⁴⁸⁹ So auch für die Nachweisbarkeit des chilling effect im Rahmen des ersten Verfassungszusatzes, *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (730 f.); *Kendrick*, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633 (1675 f., 1681 f.).

sind. Kausalitäten können – wenn überhaupt – nur mit bestimmten Wahrscheinlichkeiten festgestellt bzw. vorhergesagt werden. Entsprechendes gilt ebenso für die Psychologie, die unter anderem den Ablauf von subjektiven Entscheidungsprozessen und die Einwirkung von Umweltfaktoren hierauf zum Gegenstand hat. Ihre Ergebnisse sind daher für die Aufklärung der Grundrechtswirklichkeit der Persönlichkeitsrechte durchaus von Interesse. Die Psychologie hat aber zur Sicherung der Validität und Reproduzierbarkeit ihrer Ergebnisse⁴⁹⁰ ein Interesse daran, Forschung in einem kontrollierten, experimentellen Umfeld zu betreiben. Dies schwächt jedoch zugleich die Übertragbarkeit ihrer Aussagen auf Entscheidungen unter realen Umständen.⁴⁹¹ Die genannten Restriktionen gebieten zunächst einmal eine gewisse Zurückhaltung bei den Anforderungen, die an die wissenschaftliche Fundierung von Abschreckungszusammenhängen zu stellen sind. Es ist zu berücksichtigen, inwieweit der jeweils behauptete Wirkungszusammenhang mit aktuellen methodischen Werkzeugen überhaupt nachweisbar ist (erstes Kriterium). Gleichzeitig nährt dies zwangsläufig Zweifel an Argumenten auf rechtstat-sächlicher Grundlage im Allgemeinen.⁴⁹²

Aus der Begrenztheit der personellen und zeitlichen Ressourcen des Bundesverfassungsgerichts und seiner Stellung im Verfassungsgefüge ergeben sich in zweifacher Hinsicht funktionelle Grenzen für die Erkenntnismöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts. Zum einen können Gerichte durch den mit empirischen Verfahren verbundenen Aufwand an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit (zweites Kriterium) gelangen. Im Rahmen eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht durchgeführte Sozialforschung ist zwar sicherlich denkbar, wird aber jedenfalls mit einigem zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden sein, soweit nicht schon unabhängig vom Verfahren geforscht wurde. Auch wären die Kosten gerichtlicher Auftragsforschung gegebenenfalls von den Parteien zu tragen⁴⁹³. Beispiele für die aufwendige Ermittlung von Tatsachen und Folgen sind – außerhalb von Abschreckungszusammenhängen – zweifellos bekannt, werden aber berechtigterweise im Grenzbereich der gerichtlichen Möglichkeiten ver-

⁴⁹⁰ Zu Objektivität, Reliabilität und Validität als Gütekriterien empirischer Messungen *Diekmann*, *Empirische Sozialforschung*, S. 247 ff.

⁴⁹¹ Trotz Fortschritten der Neurologie, Messbarkeit von Gehirnströmen und vergleichbaren Zugriffen auf die mit Gedankenwelt und Psyche korrespondierende Physis bleiben menschliche Handlungsentschlüsse der wissenschaftlichen Erforschung in der Breite weiterhin verschlossen. *Grass* schreibt (Im Krebsgang, München 2004, S. 199): „Nichts schließt besser als ein Kopf.“

⁴⁹² Dass der Verzicht auf die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten oder auf wissenschaftliche Erkenntnisse keine Alternative bietet, wurde bereits dargelegt.

⁴⁹³ Darauf weist auch hin *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), *Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation*, 15 (27). Praktisch lassen die §§ 34 f. BVerfGG aber genug Raum, um zu einer angemessenen Kostenverteilung zu gelangen. Insbesondere die Kosten für einen gerichtlich bestellten Sachverständigen trägt grundsätzlich das Gericht selbst, *K. Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), *BVerfGG*, Lfg. 23 Dezember 2004, § 34 Rn. 10.

ortet.⁴⁹⁴ Sie werden daher auch in Bezug auf Abschreckungseffekte die Ausnahme bleiben.

Eine weitere Schranke ergibt sich aus der funktionellen Abgrenzung der bundesverfassungsgerichtlichen Kompetenzen von denen der Gesetzgebung (drittes Kriterium). Es ist darauf zu achten, dass das Bundesverfassungsgericht eine methodisch überzeugende Tatsacheneinschätzung des Gesetzgebers nicht schlicht durch seine eigene ersetzt, so die Folgenverantwortung auf sich überträgt und Politik betreibt. Auf diese Frage wird sogleich noch detailliert eingegangen (c).

Entscheidend ist schließlich, dass aufgrund der bereits erwähnten begrenzten zeitlichen und personellen Ressourcen die Anforderung an die Tatsachengewinnung mit der Bedeutung der Tatsachen für die Entscheidung korrespondieren muss (viertes Kriterium). Auch wenn die dafür notwendige Unterscheidung zwischen tragende und lediglich unterstützender Funktion des Arguments im Herstellungsprozess der Entscheidung für den Entscheider einfach möglich ist, diese jedoch in ihrer Darstellung häufig schwer erkennbar ist,⁴⁹⁵ bleibt die ehrliche und umfassende Darstellung der Entscheidungsgründe im Urteil anzumahnen.

Zusammenfassend ergibt sich: In nicht wenigen Fällen sind Abschreckungserwägungen lediglich Unterstützungsargumente. Sie können eine schon durch Verfassungstext, Dogmatik und Präjudiz weitgehend determinierte Entscheidung weiter konsolidieren und dabei die Argumentationslinie der Entscheidung akzentuieren. In diesen Fällen ist die aufwendige Feststellung von Abschreckungseffekten verzichtbar. Vielmehr reichen plausible Annahmen über Abschreckungseffekte aus, solange nachvollziehbar dargelegt wird, von welchen Wirkungsbeziehungen das Bundesverfassungsgericht ausgeht (soeben a).

Werden hingegen rechtliche Regelungen durch die Vermutungen über Abschreckungszusammenhänge determiniert und nicht bloß unterstützt, sind höhere Anforderungen zu stellen. Diese entscheidungsleitenden Annahmen sind dann unter Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Erkenntnismöglichkeiten und mittels Ausschöpfung personeller und zeitlicher Ressourcen, eventuell auch durch die Anhörung von mehreren Sachverständigen zu einer Frage, zu gewinnen. Damit ist keinesfalls gesagt, dass Abschreckungseffekte nach Einsatz dieser Erkenntnismöglichkeiten feststehen (müssen) bzw. auszuschließen sind. Trotzdem verfügt das Gericht dann über eine Tatsachengrundlage von höherer Qualität, aufgrund der es die Wahrscheinlichkeit des Eintritts und das Ausmaß von Abschreckungswirkungen in der Regel besser abschätzen kann. Es kann rationaler entschieden werden. Wird diesen Leitlinien allerdings nicht gefolgt, können die Tatsachen-

⁴⁹⁴ Genannt werden u. a. BVerfGE 7, 377 – Apotheken; 35, 202 – Lebach; 8, 51 – Parteispenden; detailliert dazu *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, insb. S. 28 ff., 34, 68, 163, 168 ff.; *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (157). Siehe auch *Hoffmann-Riem*, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation, 15 (27 f.).

⁴⁹⁵ Siehe oben Kapitel 1 unter III.

grundlage und die hierauf bauenden rechtlichen Maßstäbe sich unweigerlich dem Willkürvorwurf ausgesetzt sehen. Die Überzeugungskraft der jeweiligen Entscheidung würde stark in Mitleidenschaft gezogen.

Als Beispiel für eine Entscheidungsbegründung des Bundesverfassungsgerichts, in der die dargelegten Anforderungen unterschritten wurden, kann die Begründung zur Herleitung der unterschiedlichen Maßstäbe für die Auslegung von mehrdeutigen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen (BVerfGE 114, 339 – IM Stolpe – siehe oben Kapitel 1 unter I.4.c) herangezogen werden. In dieser Entscheidung leitete das Bundesverfassungsgericht eine Differenzierung des Maßstabs allein auf Grundlage von Abschreckungseffekten her, ohne diese aber in irgendeiner Weise zu belegen oder ihre Plausibilität darzulegen. Auch beim Rückgriff auf Abschreckungseffekte im Zuge der Konturierung von persönlichkeitsrechtlichen Gehalten (z. B. oben Kapitel 1 unter I.4.a) scheint das Argument in Bezug auf seine Tatsachengrundlage zwar plausibel, aber sozialwissenschaftlich bzw. psychologisch untersättigt.⁴⁹⁶ Einer Unterschreitung der dargelegten Maßstäbe stehen hier jedoch verfügbare alternative Herleitungswege entgegen, welche nicht auf Abschreckungseffekte Bezug nehmen müssen.⁴⁹⁷ Die Abschreckungserwägungen trügen dann das Entscheidungsergebnis nicht allein, sondern wirkten lediglich unterstützend, sodass die Anforderungen an ihre Tatsachengrundlage geringer anzusetzen wären.

Im Vergleich zum US-Verfassungsrecht erweist sich für die deutsche Verfassungsrechtsprechung hier als Entlastung, dass Abschreckungseffekten nur vereinzelt eine tragende argumentative Rolle zukommt. Aufgrund der dogmatisierten Strukturen des Verfassungsrechts genießt das Bundesverfassungsgericht eine etwas größere Unabhängigkeit von den Lasten und Untiefen der entscheidungsfesten Diagnose sozialer Wirkungszusammenhänge. Zugleich birgt dieser architektonische Unterschied für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch das Risiko, solche Abschreckungswirkungen zu verpassen, die nicht auffallen, wenn der verfassungsgerichtliche Blick nur entlang der entwickelten rechtlichen Muster wandert.⁴⁹⁸

Die Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts werden unter Zeitdruck und unvermeidlichen Unsicherheiten im Hinblick auf Realität und Zukunft gefällt. Die Bewältigung dieser Herausforderungen verlangt in Bezug auf die Fundierung der Tatsachengrundlage von Abschreckungsargumentationen, wie dargelegt, zunächst gewisse Abstriche hinsichtlich der Validität des Nachweises von Wirkungszusammenhängen. Es ist dem Bundesverfassungsgericht daher bei Abschreckungseffekten als

⁴⁹⁶ Siehe auch *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 5 f., 106 f., 339 f.

⁴⁹⁷ Es kommt z. B. eine direkte Herleitung aus der Menschenwürde in Betracht, vgl. vor allem die Hinweise auf frühere Entscheidungen, BVerfGE 65, 1 (41 f.) – Volkszählung.

⁴⁹⁸ Dieser Gefahr ist durch die Operationalisierung der Abschreckung zu begegnen, dazu unten Kapitel 4.

Unterstützungsargumenten zuzugestehen, mit Alltagstheorien und Plausibilitätsannahmen zu operieren. Im Übrigen sind die Möglichkeiten sozialwissenschaftlicher und psychologischer Forschung zu bemühen. Bestimmte Methoden sollen hier nicht vorgegeben werden.⁴⁹⁹ Sie ergeben sich aus Erkenntnisinteresse und Forschungsfeld.

Gleichzeitig ist stets zu verlangen, dass die tatsächlichen Vorannahmen des Gerichts möglichst genau umrissen und offengelegt werden, um sie kritisierbar zu halten.⁵⁰⁰ Die Legitimität und Überzeugungskraft der Urteile ergibt sich dann eher aus dem offenen Umgang mit Unsicherheiten und ihrer überzeugenden Verarbeitung, denn aus apokryphen Ausführungen über gesellschaftliche Wirkungszusammenhänge im Entscheidungstext.

bb) Prognostizierte Tatsachen als Grundlage

Die soeben angestellten Erwägungen zur Gewinnung gegenwärtiger Zusammenhänge als Grundlage für die Argumentation mit Abschreckungseffekten gelten entsprechend für Fälle, in denen abschreckende Wirkungen in der Zukunft liegen und daher vorherzusagen sind. Einige Herausforderungen, die sich bereits gezeigt haben, finden sich in Prognosekonstellationen in verschärftem Maße. Sie sind darauf zurückzuführen, dass die Zukunft prinzipiell unbeobachtbar ist⁵⁰¹. Um dieser Aufgabe trotzdem gerecht zu werden, sind verschiedene Herangehensweisen denkbar, die auf einer Prognosebasis aufbauend von der Verwendung allgemeiner Gesetze über Modell- und Trendverfahren über Befragungen bis hin zu intuitiven Prognoseverfahren reichen.⁵⁰² Generelle methodische Vorgaben können auch hier wegen der Vielgestaltigkeit der Fallkonstellationen nicht aufgestellt werden. So schließt z.B. die prozessuale Konstellation der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, bei der Prognosen naturgemäß eine besondere Rolle spielen, zeintensive Verfahren regelmäßig aus. Idealerweise sind verschiedene Methoden zu kombinieren, um die Qualität des Ergebnisses zu erhöhen.⁵⁰³

In regelmäßiger Ermangelung allgemeingültiger wissenschaftlicher Gesetze muss das Bundesverfassungsgericht bei Prognosen endgültig den Bereich gesicherter Erkenntnisse verlassen und ebenso wie im Bereich der empirischen Sozi-

⁴⁹⁹ Zu Methoden und Gültigkeit in diesem Bereich *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 131 ff.

⁵⁰⁰ So für Alltagstheorien auch *Hoffmann-Riem*, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (528); *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (38); *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 32 f., 56 f.

⁵⁰¹ So formuliert es treffend *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 125 f.

⁵⁰² Im Einzelnen *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 152 ff.; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 124 ff.; siehe auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 283 ff.

⁵⁰³ M. w. H. *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 156.

alforschung das Feld der Wahrscheinlichkeiten betreten. Tatsachen- und Prognosekonstellationen unterscheiden sich also für die hier einschlägigen Zwecke der Verfassungsrechtsprechung vornehmlich durch den Grad der Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit bzw. ihres Eintritts. Es sind in Prognosekonstellationen daher nicht nur Schwere und Ausmaß prognostizierter Abschreckungseffekte in die verfassungsgerichtlichen Erwägungen miteinzustellen, sondern insbesondere auch das Risiko (sprich: die Wahrscheinlichkeit) ihres Eintritts. Ein weiterer entscheidender Aspekt ist auch die Reversibilität einer einmal eingetretenen Abschreckungswirkung. Dies betrifft die Frage, inwieweit weiteres Zuwarten die spätere verfassungsgerichtliche Abhilfe dann eingetretener Abschreckungseffekte erschwert oder unmöglich macht. Grundsätzlich besteht hinsichtlich der Qualität von Prognosen in Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen aber Anlass zum Optimismus, wie *Philippi* bereits festgestellt hat.⁵⁰⁴ Es bleibt zu hoffen, dass sich diese in anderen Feldern gezeigte Qualität langfristig auch im Umgang mit Abschreckungseffekten durchsetzt. Das zur Offenlegung von tatsächlichen Vorannahmen Festgestellte gilt für Prognosekonstellationen entsprechend.⁵⁰⁵

c) Verfassungsgerichtliche Einschätzungskontrolle in Bezug auf Abschreckungseffekte

Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Einschätzung gegenwärtiger oder zukünftiger Abschreckungszusammenhänge in Konkurrenz mit anderen staatlichen Gewalten wie Behörden, Gerichten oder insbesondere dem Gesetzgeber treten. Eine vollständige verfassungsrechtliche Überprüfung erfordert Klarheit über die Tatsachengrundlage und Wirkungen von Maßnahmen und bedeutet damit gegebenenfalls auch die Kontrolle der diesbezüglichen Einschätzungen einer anderen Staatsgewalt. Parallel zu den die Gesetzesbindung des Richters sicherstellenden Anwendungsvoraussetzungen der Folgenorientierung (siehe oben II.2.) ist das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz verpflichtet. Aus dieser Verfassungsbindung und dem Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen ergeben sich auch die einschränkenden Determinanten hinsichtlich der folgenorientierten Rechtsanwendung im Verfassungsrecht im Allgemeinen und in Bezug auf die Tatsachengrundlage der Abschreckungsargumentation im Besonderen. Die Frage der Einschätzungskontrolle entscheidet sich also nach der funktionell-rechtlichen Zuordnung⁵⁰⁶ der Gewinnung diesbezüglicher Tatsachen im Verfassungsgefüge. Zunächst wird kurz auf die Einschätzungskollision mit Behörden und Fachgerichten eingegangen, dann werden Vorschläge für die Auflösung von Konkurrenzen

⁵⁰⁴ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, insb. S. 156 ff.; übrigens anders für die Zivilgerichte *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, S. 133 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. auch *Zhang*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung, S. 93 f.

⁵⁰⁶ Zur parallelen Frage in Bezug auf die Verfassungsinterpretation, *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation.

zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber in Bezug auf die Folgeschätzung unterbreitet.

Die Einschätzungen von Behörden über Abschreckungseffekte geraten aufgrund von § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG normalerweise in gerichtlich aufbereiteter Form vor das Bundesverfassungsgericht. Die zugrundeliegenden behördlichen Feststellungen werden dabei entweder durch das Fachgericht geteilt oder aber korrigiert, ergänzt bzw. ersetzt. Sie erreichen damit das Bundesverfassungsgericht regelmäßig als Einschätzungen vornehmlich judikativer Natur.⁵⁰⁷ Zu den Tatsachenfeststellungen der Fachgerichte hat das Bundesverfassungsgericht zwar wiederholt ausdrücklich festgestellt, dass es nicht zu seinen Aufgaben gehört, diese auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.⁵⁰⁸ Hiermit ist vor allem die konkrete Beweiserhebung im Verfahren gemeint. Allerdings schreitet das Bundesverfassungsgericht auch in diesen Fällen ein, soweit bei ihrer Feststellung spezifisches Verfassungsrecht verletzt wurde.⁵⁰⁹ Die besondere Bedeutung von Abschreckungserwägungen ergibt sich aber regelmäßig erst aus Wirkungen, die über die unmittelbar Verfahrensbeteiligten hinausgehen (oben a)dd)). Bei diesen Abschreckungszusammenhängen handelt es sich regelmäßig nicht um Tatsachenfeststellungen, wie sie die jeweiligen Behörden bzw. Fachgerichte in dem jeweiligen Fall getroffen haben.⁵¹⁰ Im Übrigen ist das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner personellen und materiellen Ausstattung den einfachen Gerichten regelmäßig in den Möglichkeiten der Gewinnung von eben solchen Tatsachen und Prognosen deutlich überlegen, welche nicht nur die unmittelbar Prozessbeteiligten betreffen.⁵¹¹ Ausnahmen könnten sich allein dort ergeben, wo die besondere Sachkunde der Fachgerichte eben diesen einen Wissensvorsprung gewährt.

Für die Praxis wird man festhalten können, dass das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtliche Einschätzung von Abschreckungseffekten – soweit existent – als Ausgangspunkt nehmen kann, sie aber zu kontrollieren hat und keinesfalls an sie gebunden ist.

Wird das Risiko von Abschreckungseffekten gänzlich verkannt, kann sich eventuell schon hieraus die Verfassungswidrigkeit der Entscheidung ergeben. Dies muss zumindest dann gelten, wenn potenziell *entscheidungserhebliche* Tatsachen in Form von grundrechtlichen Abschreckungseffekten nicht erhoben wur-

⁵⁰⁷ Für Prognosen, *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 34 ff.

⁵⁰⁸ BVerfGE 34, 384 (397) – Baader-Meinhof-Beschluss; 20, 144 (149 f.) – Untersuchungshaft; 12, 1 (5) – Glaubensabwerbung.

⁵⁰⁹ Explizit BVerfGE 12, 1 (5) – Glaubensabwerbung. Soweit es sich bei Abschreckungserwägungen nur um unterstützende Argumente handelt, sind sie häufig nicht explizit Teil der fachgerichtlichen Entscheidungsdarstellung und werden vom Bundesverfassungsgericht originär bemüht. Ein Konflikt über diese Tatsachen scheidet dann aus.

⁵¹⁰ Zu pauschal an dieser Stelle daher *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 46 f.

⁵¹¹ Siehe bereits Fn. 504.

den. Darin läge nämlich zugleich die Verkennung der Bedeutung der grundrechtlichen Gewährleistungen an sich⁵¹²: Jede Beurteilung der verfassungsrechtlichen Dimension eines Rechtsstreits bedarf – neben der Feststellung der einschlägigen Grundrechte auf rechtlicher Ebene – auch der Ermittlung des für die verfassungsrechtliche Beurteilung relevanten Sachverhalts, also auch von Abschreckungseffekten. Unterbleibt dies, kann der Schutzgehalt eines Grundrechts im Hinblick auf den konkreten Fall kaum hinreichend beurteilt werden. Die Entscheidung ist dann schon aus diesem Grunde verfassungswidrig und aufzuheben. Die Anforderungen an die jeweilige Tatsachengrundlage der Gerichte sind freilich geringer anzusetzen als für das Bundesverfassungsgericht.⁵¹³

Problematischer sind potenzielle Einschätzungskollisionen von Abschreckungsvorstellungen des Bundesverfassungsgerichts mit solchen des Gesetzgebers. Das Grundgesetz gibt für diese Verfassungsorgane im Hinblick auf die Einschätzung und Überprüfung von Tatsachen und Prognosen keine explizite Lösung vor.⁵¹⁴ Die Konflikte sind je nach Konstellation unterschiedlich aufzulösen.

Spiegelbildlich zur Aufgabe der Erstinterpretation der Verfassung⁵¹⁵ obliegt dem Gesetzgeber auch die erste Feststellung der für diese Interpretation erforderlichen Tatsachen. Der Gesetzgeber ist derjenige, der die Folgen einer gesetzlichen Regelung für die Grundrechtswirklichkeit – und damit auch eventuelle Abschreckungseffekte – im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung prognostiziert und bewertet.⁵¹⁶ Wird eine Norm jedoch später vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert, ist das Gericht formell grundsätzlich ebenso wenig an die Tatsachen und Folgeneinschätzung⁵¹⁷ des Gesetzgebers gebunden wie an seine Verfassungsinterpretation. Es kann also zu einer kollidierenden Einschätzung gelangen.

Ein solcher Konflikt der Folgeneinschätzungen in Bezug auf eine Regelung ist aber zunächst nur in Szenarien denkbar, in denen eine Einschätzung durch den Gesetzgeber überhaupt stattgefunden hat. Dies trifft jedoch beispielsweise in den meisten Fällen, denen ein Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungs-

⁵¹² Zu diesem Maßstab schon kurz oben Kapitel 1 unter I.3.c). Vgl. insbesondere auch BVerfGE 30, 173 (188) – Mephisto.

⁵¹³ Siehe soeben 2.b). Aufgrund seiner überlegenen Möglichkeiten der Tatsachenerhebung bleibt dem Bundesverfassungsgericht daneben noch die Möglichkeit, im Rahmen einer Vollkontrolle die Tatsacheneinschätzungen der Fachgerichte in Bezug auf Abschreckungseffekte durch seine eigenen zu ersetzen. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn die Abschreckungseffekte schwerwiegend und besonders entscheidungserheblich sind, aber ihre Feststellung eines gesteigerten Ressourceneinsatzes bedarf.

⁵¹⁴ Vgl. nur § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. Im Einzelnen *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 34 ff.

⁵¹⁵ Dazu *P. Kirchhof*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 5 (16); *P. Kirchhof*, NJW 1996, 1497 (1504).

⁵¹⁶ Vgl. *Kindermann*, ZRP 1983, 204 (205).

⁵¹⁷ Zur Diskussion über die Einführung einer Bindung des Bundesverfassungsgerichts an die Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers durch Änderung des BVerfGG *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. V–VIII (Vorwort); *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 66 ff.

bzw. Pressefreiheit zugrunde liegt, nicht zu. Denn die Grundsätze zu Unterlassungsansprüchen und Schadensersatz in diesem Bereich fußen auf Generalklauseln des weitgehend vorkonstitutionellen Zivilrechts (§§ 823, 1004 BGB), die erst durch richterrechtliche Regelungen sukzessive für die Anwendung konkretisiert wurden. Eine Abschätzung der Gesetzesfolgen im modernen Sinne hat in dieser Hinsicht also nie stattgefunden. Diese Fälle machen einen nicht unerheblichen Anteil der Rechtsprechung zu Abschreckungseffekten aus (oben Kapitel 1 unter I.2.). Zwar kann die Erwägung von Abschreckungseffekten auf fach- und verfassungsgerichtlicher Ebene – typisch für solche Fälle der Rechtsfortbildung – die fehlende Gesetzesfolgenabschätzung ein Stück weit kompensieren. Jedenfalls ist dann aber das Bundesverfassungsgericht zur Folgenabschätzung und Erwägung von Abschreckungseffekten berufen.

Eine Einschätzungskollision ist ebenso in solchen Fällen auszuschließen, in denen sich vergangene Annahmen des Gesetzgebers über die Wirkungen eines Gesetzes im Zeitpunkt der verfassungsgerichtlichen Prüfung als falsch herausgestellt⁵¹⁸ oder erledigt haben⁵¹⁹ oder in denen bestimmte Nebenwirkungen eines Gesetzes nicht bedacht wurden^{520, 521}. Dies muss schon allein deshalb gelten, weil die Voraussage der genauen (insbesondere Neben-)Wirkungen von Regelungen in ihren Einzelheiten dem Gesetzgeber praktisch unmöglich ist.⁵²² Entfaltet ein Gesetz nämlich versehentlich – und mitunter unvorhersehbar – in bestimmten Bereichen eine umfassende, die Grundrechtsausübung strangulierende Wirkung, wird eine verfassungsgerichtliche Prüfung nicht allein deshalb versagt werden können, weil zu einem vergangenen Zeitpunkt einmal Wirkungsannahmen durch den Gesetzgeber getroffen wurden. Die ursprüngliche ex ante-Einschätzung des Gesetzgebers ist dann nicht mehr schutzwürdig, wenn sie sich ex post als falsch erweist.⁵²³ In diesen Fällen leidet das Gesetz mit Eintritt der Absehbarkeit der Fol-

⁵¹⁸ Siehe BVerfGE 50, 290 (335 f.) – Mitbestimmung.

⁵¹⁹ Vgl. BVerfGE 55, 274 (308) – Berufsausbildungsabgabe.

⁵²⁰ Nicht explizit zu Nebenwirkungen, aber allgemein zu diesem Problemkomplex aufschlussreich BVerfGE 49, 89 (130) – Kalkar I: „Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann kann er von Verfassungs wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist.“ (Zugleich 3. Leitsatz der Entscheidung).

⁵²¹ Die hier aufgeworfene Frage entscheidet sich maßgeblich danach, *inwieweit* eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Evaluation von Gesetzen angenommen werden kann. Diese Frage muss hier unbeantwortet bleiben. Für den Zweck dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass zwar im Einzelfall eine Korrekturpflicht verfassungsrechtlich einklagbar ist, eine grundsätzliche Evaluationspflicht aber nicht besteht. Dafür indes *Kindermann*, ZRP 1983, 204 (205).

⁵²² Hierzu auch *Zeh*, in: Jann/König/Landfried/Wordelmann (Hrsg.), *Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft*, 365 (insb. 371 ff.; „Steuerungsutopie“, 374).

⁵²³ Anderenfalls drohte ein Verstoß gegen den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und es würde ein Gesetz weiterbestehen, welches zum gegenwärtigen Zeitpunkt in der Form nicht

gen an einem Mangel, der vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden kann, soweit er sich tatsächlich hinreichend auf die Grundrechtsausübung auswirkt. Dafür sind nicht jegliches Auslassen oder kleinere Fehlprognosen bei abschreckenden Nebenfolgen ausreichend.⁵²⁴ Die Behandlung benannter Wirkungen richtet sich nach den allgemeinen Regeln der verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit von Gesetzen, bei denen insbesondere die prozessuale Hürde der Beschwerdebefugnis und die materielle Hürde des Eingriffs zu überwinden sind.⁵²⁵

Das Bundesverfassungsgericht stößt dann lediglich den Gesetzgeber zur Ergänzung oder Korrektur seiner auf „alter Geschäftsgrundlage“ getroffenen Erwägungen an. Insbesondere die Gestaltung der Urteils- bzw. Entscheidungsfolgen erlaubt es dem Bundesverfassungsgericht hier, dem Gesetzgeber Raum zu geben.⁵²⁶ Ein echter Kompetenzkonflikt ergibt sich aufgrund der aus der Nachzeitigkeit der verfassungsgerichtlichen Überprüfung resultierenden abweichenden, aktuelleren Tatsachengrundlage in besagten Fällen nicht.⁵²⁷ Die zeitlich spätere verfassungsgerichtliche Überprüfung setzt dann vielmehr einen Optimierungskreislauf in Gang⁵²⁸: Hat der Gesetzgeber bestimmte Wirkungen des Gesetzes übersehen oder falsch eingeschätzt und erreicht dies ein verfassungsrechtlich relevantes Ausmaß⁵²⁹ – was ihm nicht zwingend vorzuwerfen ist⁵³⁰ –, hält ihn das Verfassungsgericht an, das Gesetz in diesen Punkten zu überarbeiten und die neu gewonnenen Erkenntnisse in seine Erwägungen einzupreisen.⁵³¹ Dabei hat sich das Bundesverfassungsgericht mit solchen Vorgaben, die insbesondere das Ergeb-

mehr erlassen werden könnte, *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 152.

Die Konstellation weist übrigens gewisse Parallelen zum zivilrechtlichen Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB auf.

⁵²⁴ So auch BVerfGE 25, 1 (12 f.) – Mühlengesetz; 30, 250 (Leitsatz, 263) – Absicherungs-gesetz.

⁵²⁵ Hier wird regelmäßig auch zu erwägen sein, inwieweit der Gesetzgeber eine Regelung mit der tatsächlich erzielten Nebenwirkung als Zweck hätte erlassen können. Dies wird in Verfahren, welche diese Hürden überwinden, meist nicht der Fall sein.

⁵²⁶ Insbesondere von einer rückwirkenden Entscheidung und Nichtigkeit als Entscheidungsfolge ist abzusehen, *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 157 f.

⁵²⁷ Ähnlich *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 180 f.

⁵²⁸ In Anlehnung an das Verhältnis von Rechtssetzung zu *Rechtsanwendung* kann dies auch als „rekursiver Lernprozess“ begriffen werden, zu letzterem *Hoffmann-Riem*, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (535 ff.).

⁵²⁹ Wann dieses Ausmaß genau erreicht ist, kann abstrakt schwer beurteilt werden. Für die Eingriffsschwelle sind dann wirkungsbezogene Kriterien heranzuziehen, um der mangelnden Finalität in diesen Fällen gerecht zu werden. Siehe unten Kapitel 4 unter IV.2.

⁵³⁰ Die Vorwerfbarkeit ergibt sich lediglich im Ausmaß einer möglicherweise verletzten verfassungsrechtlichen Evaluationspflicht, siehe oben Fn. 521.

⁵³¹ Umgekehrt ist auch denkbar, dass sich Prognosen des Bundesverfassungsgerichts als falsch herausstellen. In diesem Moment ist der Gesetzgeber an diese freilich nicht mehr gebunden, detaillierter *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 181 f.

nis der Abwägung betreffen, zurückzuhalten. Die beschriebene Konstellation ergibt sich als Folge natürlicher zeitlich bedingter Wandelbarkeit, in der die Wirklichkeit das Recht übertrifft.

Es verbleiben als potenzielle „echte“ Konfliktfälle insbesondere solche der abstrakten Normenkontrolle, in denen ein junges Gesetz vor oder kurz nach seinem Inkrafttreten, aber bevor es tatsächlich Wirkung entfaltet, einer verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen wird. Nur dann sind Fälle denkbar, in denen die Folgenabschätzung des Bundesverfassungsgerichts inhaltlich mit der des Gesetzgebers wirklich kollidiert. Diese Fälle sind vornehmlich eine Frage des Gegenstands der Einschätzungskontrolle: Statt das Einschätzungsergebnis des Gesetzgebers zu überprüfen, hat das Bundesverfassungsgericht das verwendete Feststellungsverfahren in den Blick zu nehmen.⁵³² Ist daher die Gesetzesfolgenabschätzung methodisch und inhaltlich vertretbar verlaufen, wird das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgrund seiner demokratischen Verantwortlichkeit insoweit eine Einschätzungsprärogative bzw. einen Prognosespielraum zugestehen müssen.⁵³³ Für den Fall von gesetzlichen Abschreckungseffekten bedeutet dies, dass die methodisch saubere Ermittlung und verfassungsrechtliche Erwägung von Abschreckungswirkungen durch den Gesetzgeber die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes in dieser Hinsicht zu diesem Zeitpunkt nahelegt. Lediglich willkürliche, gänzlich fehlende, intransparente oder methodisch hoch zweifelhafte Folgeprognosen führen regelmäßig in diesen Fällen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens zur Verfassungswidrigkeit.⁵³⁴ Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Folgekategorie der grundrechtlichen Abschreckungseffekte als Teil der Folgenabschätzung verkannt wurde. *Bach* unterscheidet anhand einzelner Elemente des Prognoseverfahrens⁵³⁵ und entwickelt aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

⁵³² In diesem Sinne auch *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 124 ff.

⁵³³ In diese Richtung BVerfGE 49, 89 (90, 4. Leitsatz) – Kalkar I.

Grimm, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 (157); *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 180 ff.; *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 54 f.; grundlegend *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 7 (15 ff.; zu epistemischen Spielräumen 27 ff.).

Mit je mehr Unsicherheiten die Prognose behaftet ist, desto größer der Spielraum des Gesetzgebers, so *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 123, 127 ff. Je schwerer ein Grundrechtseingriff wiegt, desto größer muss die Gewissheit der ihn tragenden tatsächlichen Prämissen sein, so *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 7 (28).

Für dieses Ergebnis muss nicht auf die an dieser Stelle gern diskutierte political question doctrine zurückgegriffen werden, hierzu *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 88 ff.

⁵³⁴ Ähnlich für die Ermittlung gegenwärtiger Tatsachen BVerfGE 125, 175 (226, 238 ff.) – Hartz IV. *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 165 ff., kommt zu dem Ergebnis, die Prognosen des Bundesverfassungsgerichts seien stärker rational fundiert als die des Gesetzgebers und ihnen damit überlegen.

⁵³⁵ *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 132 ff.

gerichts eine Prognosefehlerlehre, die zwischen den Maßstäben Vollkontrolle, Vertretbarkeit und Evidenz differenziert⁵³⁶. Sollten sich die Annahmen des Gesetzgebers nach Abweisung des Verfahrens später als falsch herausstellen, kann dann – wie beschrieben – eine erneute Verfassungsbeschwerde immer noch zur Überprüfung und Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führen.⁵³⁷

Es ist für die verfassungsgerichtliche Praxis festzuhalten, dass immer dann, wenn Abschreckungseffekte in der Gesetzesbegründung erwogen werden, die Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht zurückgenommen erfolgen kann. Ist jedoch davon auszugehen, dass die Abschreckungsrisiken eines Gesetzes aufgrund ihres Fehlens in der Gesetzesbegründung verkannt wurden, bleibt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers also ungenutzt, reicht eine bloße Willkür- oder Vertretbarkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht aus. Es muss dann vollumfänglich prüfen. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch die jeweiligen Abschreckungseffekte objektive Grundrechtsgehalte beeinflusst werden (siehe oben a)dd) und kommunikationsgrundrechtliche Gewährleistungen mit demokratischer Funktion (oben a)ee) betroffen sind. In diesem Fällen ist die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes indiziert.

d) Psychologische und sozialwissenschaftliche Forschung zu Abschreckungszusammenhängen

Für Deutschland finden sich bisher keine umfassenden Projekte zur Rechtswirkungsforschung, die sich im Schwerpunkte mit Abschreckungszusammenhängen im hiesigen Sinne beschäftigen. Trotzdem ist es – wie gezeigt in unterschiedlichem Ausmaß – hilfreich und erforderlich, Erkenntnisse der empirischen Wissenschaften zu rezipieren und in die juristische Argumentation einzubeziehen. Auf diese Weise können Teile der allgemeinen Tatsachengrundlage einer Entscheidung fundiert oder zumindest die Plausibilität eigener Annahmen erhöht werden. Der Begriff der Abschreckung kann dabei auch in Zukunft als Brückenbegriff⁵³⁸ zwischen Recht und anderen wissenschaftlichen Disziplinen dienen. Hier sollen einige ausgewählte theoretische wie empirische Erkenntnisse aus den Feldern der Psychologie und Soziologie als Beispiele erwähnt werden, welche zur praktischen Fundierung von Abschreckungszusammenhängen beitragen und Anhaltspunkte für eigene Recherche bieten können. Insbesondere systematische Übersichtsar-

⁵³⁶ *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 141 ff.; ebenso *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 2 f.; m. w. N. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 397 f.

⁵³⁷ In diesem Sinne auch *Bach*, Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 170 ff.

⁵³⁸ Zu diesen *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (61 f.).

beiten⁵³⁹ sind dazu geeignet, einen unvoreingenommenen Eindruck von einem Forschungsfeld oder von den vorliegenden Erkenntnissen zu einer bestimmten Forschungsfrage zu erhalten.

Gerade im Bereich der Persönlichkeitsrechte ist der Rückgriff auf die Ergebnisse psychologischer Forschung entscheidend. Hier finden sich beispielsweise Theorien und empirische Forschung zu Verhaltensveränderungen unter Beobachtungsreizen.⁵⁴⁰ Von verfassungsrechtlicher Relevanz sind insbesondere hier die Erkenntnisse der Erforschung von Überwachungsfolgen. Bei ihnen spielen auch von der Soziologie mit dem Begriff des Panopticons verbundene Wirkungsmultiplikatoren eine Rolle.⁵⁴¹ Die (Sozial-)Psychologie hat im Zusammenhang mit Überwachungskonstellationen Erkenntnisse gewonnen zur Bedeutung von privaten und sozialen Aspekten des Selbst⁵⁴², zur Wichtigkeit von geteilten Identitäten von Überwachten und Überwachern⁵⁴³ und zur Neigung, gegen staatliche Überwachung Widerstand zu leisten⁵⁴⁴. Die Erkenntnisse dieser Forschungsdisziplinen sind also geeignet, die allgemeine Tatsachengrundlage für die Rechtsfindung im Bereich der Persönlichkeitsgrundrechte deutlich zu verbessern.⁵⁴⁵

Im Bereich der Kommunikationsgrundrechte finden sich neben der Forschung zur gesellschaftlichen Beeinflussung des Meinungsbildungs- und Meinungsäußerungsprozesses⁵⁴⁶ eine Fülle von englischsprachigen Studien, die sich unter Einsatz verschiedener Methoden mit der Wirkung von rechtlichen Regelungen auf die

⁵³⁹ Sogenannte „systematic literature reviews“. Vgl. im Einzelnen zu Nutzen und Vorgehen *Petticrew/Roberts*, *Systematic Reviews in the Social Sciences*.

⁵⁴⁰ Zur Theorie der Selbstaufmerksamkeit *Wicklund/Frey*, in: *Frey/Irle* (Hrsg.), *Theorien der Sozialpsychologie*, Bd. I, 155 ff. Siehe auch das frühe Experiment von *White/Zimbardo*, *The Chilling Effects of Surveillance: De-individuation and Reactance*, Office of Naval Research, Technical Report Z-15, 1975, abrufbar unter: www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a013230.pdf. M. w. H. *Geiger*, *Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatenbekämpfung*, S. 52 ff.; in Bezug insbesondere auf intelligente Videoüberwachung – leider ohne Fundstelle – *Held*, *Intelligente Videoüberwachung*, S. 112 f. Im Bereich der Abschreckung durch Private liefert wertvolle Anhaltspunkte *Hermstrüwer*, *Informelle Selbstgefährdung*, insb. S. 296 ff.

Als Ausgangspunkt taugen auch Umfragen zur Verhaltenveränderung bei Überwachung, *Forsa*, *Meinungen der Bundesbürger zur Vorratsdatenspeicherung*, 2.6.2008, abrufbar unter: https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20080602_Forsa_VDS_Umfrage.pdf.

⁵⁴¹ Entwickelt durch *Foucault*, *Überwachen und Strafen*, S. 251 ff. unter Bezugnahme auf *Jeremy Bentham*. Siehe in Bezug auf Internet-gestützte Überwachungsmaßnahmen noch unten Fn. 673 und zugehöriger Haupttext.

⁵⁴² *Froming/Walker/Lopyan*, *Journal of Experimental Social Psychology* 18 (5) (1982), 476 ff.; *Wiekens/Stapel*, *Social Psychology* 41 (1) (2010), 10 ff.

⁵⁴³ *O'Donnell/Jetten/Ryan*, *European Journal of Social Psychology* 40 (2010), 135 ff.

⁵⁴⁴ *Lüdemann/Schlepper*, in: *Zurawski* (Hrsg.), *Überwachungspraxen*, 119 ff.

⁵⁴⁵ Im Einzelnen zu Konstellationen der Online-Überwachung noch unten Kapitel 5 unter I.

⁵⁴⁶ Neben dem theoretischen Konzept der Schweigespirale (dazu auch Fn. 738 und zugehöriger Haupttext) sind hier auch empirische Untersuchungen von Interesse: *Orive*, *Journal of Personality and Social Psychology* 47 (4) (1984), 727 ff.; *Hayes/Scheufele/Huge*, *Political Behavior* 28 (3) (2006), 259 ff.

Bereitschaft zur Meinungsäußerung bzw. Publikation befassen⁵⁴⁷. Diese Studien zeigen zum einen die Schwierigkeit auf, das genaue Ausmaß von Abschreckungseffekten darzulegen.⁵⁴⁸ Zum anderen sind sie nicht auf den deutschen Rechtsraum übertragbar. Sie beweisen aber, dass entsprechende Effekte der empirischen Aufklärung zugänglich sind, welche dann Rechtsprechung und Gesetzgebung unterstützen kann. Im Grenzbereich zwischen Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechten befindet sich auch ein von der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördertes Projekt zur Videoüberwachung von Versammlungen und Demonstrationen (ViDemo)⁵⁴⁹, dessen empirische Ergebnisse die Tatsachengrundlage der Rechtsprechung in diesem Bereich in Zukunft eventuell stärken könnten.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Rückgriff auf die Forschung zu Abschreckung durch Strafe⁵⁵⁰ für die tatsächliche Fundierung von Abschreckungseffekten im hiesigen Sinne ungeeignet ist. Zwar können beiden Phänomenen Rechtswirkungen in Form negativer Generalprävention zugrundeliegen, doch erschöpfen sich hierin bereits die Gemeinsamkeiten. Strafrechtswirkungsforschung befasst sich mit völlig anderen rechtlichen, sozialen und psychologischen Konstellation. Bei den durch Strafe zu verhindernden Verhaltensweisen laufen Sozialnormen und moralisches Empfinden meist parallel zur rechtlichen Norm. In den hier im Mittelpunkt stehenden Abschreckungskonstellationen wird der Grundrechtsträger die Ausübung seiner Grundrechte – z. B. die Publikation eines kritischen Artikels oder die Teilnahme an einer Versammlung – regelmäßig als Notwendigkeit und persönliche moralische Pflicht erfahren, die indes mit seiner Einschätzungsunsicherheit bezüglich der Rechtslage kollidiert. Im Übrigen befasst sich Strafrechtswirkungsforschung praktisch kaum mit den Nebenwirkungen von Recht, um welche es sich bei Abschreckungseffekten im Sinne dieser Untersuchung handelt.

Es bleibt aus juristischer Perspektive zu hoffen – und wissenschaftspolitisch zu fordern –, dass empirische Forschungslücken in Bezug auf viele Abschreckungs-

⁵⁴⁷ Vor allem zu übler Nachrede und Verleumdung *Barendt/Lustgarten/Norrie/Stephenson*, *Libel and the Media*; *Forer*, *A Chilling Effect*; *Dennis/Noam* (Hrsg.), *The Cost of Libel*; *McCormack* (Hrsg.), *Censorship and Libel*; vergleichende Fallstudie durch Inhaltsanalysen bei *Dent/Kenyon*, *Media & Arts Law Review* 9 (2004), 89 ff.; siehe auch *Massing*, *Columbia Journalism Review* 24 (1985), 31 ff.; mit multi-methodischem Zugang *Cheer*, *Reality and Myth: The New Zealand Media and the Chilling Effect of Defamation Law*, insb. S. 148 ff., 166 f., 194 f., 209 f., 229 ff.; mit Fallstudien zu TV Nachrichten *Lashner*, *The Chilling Effect in TV News*.

⁵⁴⁸ M. w. H. *Kendrick*, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 1633 (1675 ff.), die davon ausgeht dass eine so nuancierte Messung von Abschreckungseffekten, dass sich hieraus rechtliche Regeln herleiten ließen, kaum möglich ist.

⁵⁴⁹ Siehe z. B. *Ullrich*, *Gesundheitsdiskurse und Sozialkritik – Videoüberwachung von Demonstrationen*, Deutsches Jugendinstitut, 2011, S. 39 ff., abrufbar unter: http://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs/9_14638_Videoeuberwachung_Ullrich_2012.pdf. Im Moment sind die empirischen Befunde zu Abschreckungszusammenhängen dieses Projekts jedoch noch wenig belastbar.

⁵⁵⁰ Mit Hinweisen zum aktuellen Stand der Forschung *Worrall/Els/Piquero/TenEyck*, *American Journal of Criminal Justice* 39 (2014), 341 ff.

problematiken geschlossen werden. Dies liegt auch im besonderen Interesse einer fundierten Verfassungsrechtsprechung.

3. Abschreckungseffekte sind Nebeneffekte: Abgrenzung anhand von *Telos*, *Finalität*, *Intention*

Die Argumentation mit abschreckenden *nicht finalen* Nebenwirkungen – so die Eingangsdefinition (oben in der Einleitung unter I.1.) – setzt es voraus, untersuchte Effekte als solche einzuordnen. Es ist also die Neben- von der Hauptwirkung einer Maßnahme zu unterscheiden. Von Gesetzgeber oder Exekutive *angestrebte* Wirkungen lassen sich nicht als Abschreckungseffekte im Sinne dieser Untersuchung argumentieren. Wird eine Wirkung als vom Anliegen eines Gesetzes oder einer Maßnahme umfasst rekonstruiert – auch wenn dieses Anliegen gegebenenfalls zunächst verdeckt ist –, liegt keine Abschreckungskonstellation vor. Vielmehr kann der jeweilige *Telos* bzw. Zweck mit den Mitteln der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer wirksamen Kontrolle unterzogen werden. Diese Prüfung setzt Zweck und Mittel in Beziehung. Ihr erster Schritt ist die Frage nach der Einordnung des Zwecks als legitim.⁵⁵¹ Das Abschreckungsargument kann daher nicht als solches geführt werden, wenn die Wirkung einer Maßnahme von dem Zweck bzw. von einem von mehreren Zwecken einer Maßnahme gedeckt wird. Es ist dann stattdessen die Rechtmäßigkeit bzw. Legitimität dieses Zwecks zu erörtern.

Die Argumentation setzt also voraus, dass der Sinn und Zweck einer staatlichen Maßnahme rekonstruiert wird.⁵⁵² Dabei ist zwischen der Bestimmung eines Gesetzeszwecks und des Zwecks einer Einzelmaßnahme zu unterscheiden.

Darüber, wie der Sinn und Zweck eines Gesetzes zu bestimmen ist, besteht in der juristischen Methodenlehre eine traditionsreiche Diskussion, die sich entlang der Koordinaten des subjektiven (Wille des Gesetzgebers)⁵⁵³ oder objektiven (Wille des Gesetzes)⁵⁵⁴ Zwecks einer Norm und des maßgeblichen Zeitpunkts für diese Bestimmung⁵⁵⁵ entfaltet. Hier sei erneut darauf hingewiesen, dass sich die maßgebliche Methode aus dem Gegenstand der Auslegung und dem Erkenntnisinteresse ergeben muss. Bei der Zweckbestimmung von Gesetzen hat sich die Me-

⁵⁵¹ Siehe z.B. *Merten*, in: ders./Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. III, § 68 Rn. 53 ff.

⁵⁵² Der Zweck ist hier vor allem in seiner empirischen Verwendungsdimension gemeint, siehe *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, S. 217 ff., 366 ff. Vgl. auch den Schritt der Absichtsanalyse im Rahmen der Rechtswirkungsforschung, *Blankenburg*, in: *Plett/Ziegert* (Hrsg.), *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik*, 45 (47 ff.).

⁵⁵³ In diese Richtung *Rüthers/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 778 ff. und *Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 61 ff.; siehe bereits oben Fn. 370 f.

⁵⁵⁴ Diese Ansicht dominiert. Zu ihr insbesondere *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, S. 161 ff.; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 137 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 316 ff.; kritisch zur gesamen Debatte, *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, S. 339 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 170 ff., 317.

thodenwahl also unter anderem am Alter des Gesetzes, der Ermittelbarkeit des gesetzgeberischen Willens und dem lebensweltlichen Kontext zu orientieren. Es soll hier bei der Feststellung bleiben, dass für die Frage, was ungewollter Abschreckungseffekt und willkommener Hauptzweck eines Gesetzes ist, auf die teleologische Auslegung und ihr Ergebnis zu rekurrieren ist. Anschließend ist zu prüfen, ob die diagnostizierte oder prognostizierte Wirkung des Gesetzes diesem ermittelten Zweck entspricht oder nicht. Besteht über diese Frage Uneinigkeit, ist für den einen zu meidender Abschreckungseffekt, was für den anderen bezweckte und damit gewünschte Folge eines Gesetzes ist.

Weniger diskutiert wird, wie der Zweck solcher staatlichen Maßnahmen zu bestimmen ist, die keinen Gesetzescharakter besitzen. Es erscheint hier zunächst naheliegend, Anleihen bei der Frage nach dem Vorliegen eines Grundrechtseingriffs zu nehmen. Grundrechtseingriffe ergeben sich unmittelbar auch aus anderen staatlichen Maßnahmen als Gesetzen. In diesem Rahmen wird häufig mit dem Kriterium der Finalität operiert, welches sich mit Zielgerichtetheit übersetzen lässt⁵⁵⁶. Dieses Kriterium nimmt aber praktisch an Bedeutung für die Verfassungsrechtsprechung ab.⁵⁵⁷ Des Weiteren wiederholt sich in diesem Rahmen im Wesentlichen die bereits für Gesetze angerissene Meinungsverschiedenheit (subjektive oder objektive Bestimmung ihres Zwecks).⁵⁵⁸ In der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit wird die Frage, wie der Zweck einer Maßnahme zu bestimmen ist, soweit ersichtlich, nicht thematisiert. Für die Argumentationspraxis ist folgendes Vorgehen zweckmäßig: Insbesondere bei Maßnahmen einzelner natürlicher Personen mit Hoheitsgewalt können Intention oder Absicht als subjektive Ansatzpunkte dienen.⁵⁵⁹ Die behauptete Absicht des ausführenden Hoheitsträgers kann für die Bestimmung des Zwecks einer Einzelmaßnahme vernünftigerweise aber lediglich Ausgangspunkt sein, die dann um objektive Anhaltspunkte zu ergänzen ist. Dass die vorgebrachte Intention nicht immer genügen kann, illustrieren z. B. die gerichtlich dokumentierten Fälle politisierter Rechtsdurchsetzung in den USA⁵⁶⁰. Es ist nicht schlichtweg auszuschließen, dass etwa polizeiliche Maßnahmen verdeckt zweckwidrig angewendet werden, um zum Beispiel politische Gegner einzuschüchtern. Eine sachgemäße und folgerichtige rechtliche Behandlung derartiger Fälle ist nur dann zu erreichen, wenn solche zunächst verdeckten Zwecke offengelegt und dann im Rahmen der

⁵⁵⁶ *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 S. 117.

⁵⁵⁷ Vgl. BVerfGE 47, 1 (21) – Hausgehilfin; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 S. 141, insb. Fn. 298.

⁵⁵⁸ Vgl. *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 S. 139 ff., 162 f.

⁵⁵⁹ Zur Frage der subjektiven Komponente von Grundrechtseingriffen auf Seiten des Hoheitsträgers, *Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 118 ff., zu ihrer Irrelevanz S. 199 ff.

⁵⁶⁰ Siehe Fn. 314 f. sowie zugehöriger Haupttext.

Verhältnismäßigkeitsprüfung als illegitim eingeordnet werden. In der Folge wird die in Frage stehende Maßnahme insgesamt regelmäßig nicht mehr als rechtmäßig eingeordnet werden können.

4. Abgrenzung von staatlicher und privater Abschreckung

Abschreckungseffekte gehen, wie eingangs für diese Untersuchung definiert (in der Einleitung unter I.2.), grundsätzlich von *staatlichen* Maßnahmen aus. Das meint solche Handlungen, die sich einer der drei Staatsgewalten zurechnen lassen, und umfasst daher Gesetze, gerichtliche Entscheidungen und behördliches Handeln.

Auf den ersten Blick scheint die Unterscheidung der Abschreckungsursache schwierig und für den Einsatz des Abschreckungsarguments folgenscher. Immerhin binden Grundrechte direkt nur die Staatsgewalten und schützen vornehmlich vor abschreckenden Maßnahmen durch diese. Zwar vermögen Sozialwissenschaften bei der Rückführung von Abschreckungswirkungen auf bestimmte Gesetze oder Einzelakte zu helfen. Wenn Staat und Private jedoch beide, zusammen oder getrennt, auf die Entscheidung der Grundrechtsausübung einwirken und sich die Wirkungen ihres Handelns addieren bzw. ihre Wirkweisen unklar sind, bleibt es Aufgabe des Rechts, Handlungen und Wirkungen rechtlich zu qualifizieren und zuzuordnen.⁵⁶¹ Stellt der Staat beispielsweise bestimmte zivilrechtliche Ansprüche zur Verfügung und können diese über das Justizsystem durchgesetzt werden, kann es für den Eintritt eines Abschreckungseffekts durch die zivilrechtlichen Ansprüche des wahrscheinlichen Tätigwerdens Privater bedürfen. Diesen bleibt überlassen, unter welchen Umständen sie Verfahren anstrengen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sie dies tun, um Personen von einem bestimmten grundrechtlich geschützten Verhalten abzubringen. Als Beispiel können sogenannte SLAPPs („strategic lawsuits against public participation“) – Gerichtsverfahren, um Kritiker der eigenen Position von der Meinungsäußerung abzuhalten – dienen. Sie sind ein vor allem im common law diskutiertes Phänomen.⁵⁶²

⁵⁶¹ Die Kriterien hierfür sind z. B. bei der Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs nach wie vor in der Entwicklung. Dies betrifft insbesondere die verfassungsrechtliche Diskussion zu kumulativen grundrechtlichen Belastungen, die an dieser Stelle nicht fortgeführt werden soll. Siehe z. B. *Winkler*, JA 2014, 881 ff.

Vorschläge bei *Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 388 ff. und für das US-amerikanische Recht im Hinblick auf chilling effects bei *Youn*, Vanderbilt Law Review 66 (2013), 1471 (1499 ff.). *Youn* richtet allerdings die verfassungsrechtliche Schutzpflicht anhand der einfachgesetzlichen Rechtmäßigkeit privater Handlungen aus. Zumindest im deutschen Recht würde dies im Ergebnis gegen die Normhierarchie der Rechtsordnung verstoßen.

⁵⁶² Siehe z. B. *Waldman*, UCLA Law Review 39 (1992), 979 ff.; *Canan*, Pace Environmental Law Review 7 (1989), 23 ff. Dies illustriert übrigens, dass die für staatliche Maßnahmen wichtige Unterscheidung zwischen der Hauptwirkung einer Maßnahme und nicht intendierten (abschreckenden) Nebeneffekten im privaten Bereich stärker verschwimmt und praktisch unerheblich wird.

Auf den zweiten Blick verliert die Frage der Abgrenzung von privater und staatlicher Abschreckung jedoch ihre Brisanz, wenn man die konkrete Einsatzkonstellation des Arguments betrachtet.⁵⁶³ Die Abgrenzung ist dann entweder irrelevant oder lässt sich in der jeweiligen Situation mit den Mitteln der herkömmlichen Verfassungsdogmatik bewältigen.

So ist es für die Konturierung von Schutzbereichen gerade der Persönlichkeitsrechte unerheblich, ob sich Abschreckungseffekte aus staatlichen oder privaten Sanktionen ergeben, welche auf ungewollter Informationsverbreitung fußen. Diese Grundrechte sind gerade dazu geeignet und bestimmt, vor beidem zu schützen.⁵⁶⁴ Bei Fragen der Normenbestimmtheit und Normenklarheit sind mögliche Abschreckungseffekte direkte Resultate einer staatlich erlassenen Rechtsnorm, so dass sich das Problem der Abgrenzung auch hier nicht stellt.

Die Frage der Zurechnung von Abschreckungswirkungen zum Staat stellt sich darüber hinaus vor allem bei ihrer Berücksichtigung im Rahmen des Grundrechtseingriffs und der Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Die Rechtswissenschaft ist sich uneinig über die Kriterien für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs.⁵⁶⁵ Gerade auf die jüngeren Beiträge zu dieser Frage kann für die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten rekuriert werden.⁵⁶⁶ Beiträge, die auf die Kriterien der Finalität oder Vorausssehbarkeit einer Wirkung abstellen, sind hingegen nicht brauchbar, weil sie Abschreckungseffekte als Nebeneffekte nicht hinreichend abzubilden vermögen. Stattdessen ist bei Abschreckungseffekten neben ihrer Intensität auch der betroffene Grundrechtsgehalt maßgeblich zu berücksichtigen.⁵⁶⁷ Dabei ist die Frage zu stellen, ob der jeweils einschlägige Grundrechtsgehalt gerade auch gegen solche abschreckenden Beeinträchtigungen wie die vorliegende schützen soll. Praktisch ist von der Zurechenbarkeit von Abschreckungswirkungen zum Staat jedenfalls dann auszugehen, wenn sich Private den Formen des Rechts bedienen und daher – etwa in Form eines Gerichtsurteils – ein hypothetischer Grundrechtseingriff unproblematisch vorläge. Entsprechendes gilt für die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

Gelingt eine Zurechnung von Abschreckungswirkungen nach den Kriterien des Grundrechtseingriffs nicht, können grundrechtliche Schutzpflichten einschlägig sein. Die Anforderungen ergeben sich dann aus der allgemeinen Schutzpflichtendogmatik. In diesen Konstellationen ist die bestehende bzw. drohende Ab-

⁵⁶³ Im Einzelnen zu Abschreckung in den Kategorien der Grundrechtsdogmatik unten Kapitel 4 unter IV.

⁵⁶⁴ Siehe oben Fn. 390 f. und zugehöriger Haupttext.

⁵⁶⁵ Übersicht bei Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 34 ff.

⁵⁶⁶ Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 236 ff.; siehe insbesondere auch Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 200 Rn. 84 ff.; Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 298 ff.

⁵⁶⁷ Zur Frage nach Grundrechtseingriffen durch Abschreckung noch unten Kapitel 4 unter IV.2.

schreckungswirkung privater Handlungen ebenso darzulegen, wie ihre Abwendbarkeit mit staatlichen Mitteln bei gleichzeitiger staatlicher Untätigkeit.⁵⁶⁸

Im Kontext der Berücksichtigung von Abschreckungseffekten im Rahmen von Eingriff und Verhältnismäßigkeit ist noch auf einen wichtigen Zusammenhang hinzuweisen: Je deutlicher die objektive Dimension der Grundrechte argumentativ funktionalisiert wird, desto stärker verliert das aufgeworfene Abgrenzungsproblem an Bedeutung. Gibt die objektive Dimension einzelner Grundrechte nämlich den Soll-Zustand für ihren Ausschnitt der Wirklichkeit vor, ist es im Ergebnis unerheblich, ob die Handlungen von Staat oder Privaten ursächlich für seine Verfehlung sind. Sie bleiben dann Frage der Konstruktion seiner Erlangung über Eingriffs- oder Schutzpflichtendogmatik, wobei diese für das Ergebnis der Zustandserreichung im Ergebnis von geringem Belang ist. Durch diese Aktivierung der objektiven Dimension der Grundrechte können damit insbesondere auch in Fällen unklarer Zurechnung von Abschreckungsursachen verfassungsdogmatische Schwellen überwunden werden. Hierauf wird sogleich in Kapitel 4 unter IV. eingegangen.

5. Zwischenergebnis

Unter Rückgriff auf die juristische Methodenlehre, insbesondere auch auf die Folgenorientierung und auf Elemente der Gesetzesfolgenabschätzung, wurden in diesem Abschnitt allgemeine Leitlinien für die Argumentation mit Abschreckungseffekten entwickelt. Wird diesen Leitlinien nicht gefolgt, resultieren hieraus automatisch Gegenargumente, welche den unter Kapitel 2 identifizierten Problemfeldern entsprechen. Die Grenzen der Verwendbarkeit des Arguments und seines Bestehens im Diskurs lassen sich insgesamt als Funktions- und Wissensbeschränkungen in Bezug auf Argument und Argumentierenden im Verfassungsgefüge begreifen.

Außerdem führen divergierende grundrechtstheoretische Annahmen über die Anreizsetzung und Demotivation zur Grundrechtsausübung zu unterschiedlichen Zielzuständen des Arguments. Dementsprechend ist die konkrete Argumentform auch geeignet den Argumentierenden im verfassungsrechtlichen Diskurs zu positionieren.

Gleichzeitig bleibt es aufgrund der Varianz der genannten Parameter kaum möglich, dem Abschreckungsargument einen vom einzelnen Fall unabhängigen generellen verfassungsrechtlichen Wert zuzuordnen oder es allgemein zu gewichten. Insoweit gilt die bereits für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht getroffene ähnliche lautende Feststellung (oben Kapitel 1 unter II.4. und III.) auch abstrakt. Abschreckung als Nebeneffekt determiniert damit nicht ein be-

⁵⁶⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 125, 39 (78 f.) – Adventssonntage Berlin; 77, 170 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen; 56, 54 (80 ff.) – Fluglärm.

stimmtes Ergebnis, sondern verlangt zunächst nur die Berücksichtigung dieser Effekte durch den Entscheider. Abschreckung bleibt *ein* Argument für die Herstellung und Darstellung einer verfassungsrechtlichen Entscheidung und bietet keinen festen Fahrplan zur Lösung verfassungsrechtlicher Zweifelsfälle. Das Abschreckungsargument kann aber, weil es – gerade im Verfassungsrecht – kein einzig mögliches und allein richtiges Verständnis bzw. Ergebnis von Rechtsbegriffen, Normen und Abwägungsentscheidungen gibt, unter Beachtung der entwickelten Leitlinien immerhin in Richtung einer relativen Richtigkeit⁵⁶⁹ von Entscheidungen wirken.

Dieses für die juristische Praxis nicht ganz befriedigende Zwischenergebnis folgt schon fast zwangsläufig aus dem bisher argumentationstheoretischen Zugang der Arbeit.⁵⁷⁰ Es ist daher Anliegen des folgenden Kapitels, Abschreckung in den Formen der Verfassungsdogmatik operabel und damit greifbarer zu machen.

⁵⁶⁹ Hoffmann-Riem, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 515 (516f.); Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 9 (28 ff., 47 ff.); Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 264 f., 357 f.

⁵⁷⁰ Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 35 ff., 255 ff., 304.

Kapitel 4

Operationalisierung der Abschreckung auf Ebene der Verfassungsdogmatik

Bisher wurden die Prämissen und Voraussetzungen des Abschreckungsarguments, seine Eingrenzung und Formen sowie die Anforderungen an seine Tatsachengrundlage dargelegt. Dies bedeutet zunächst einen Gewinn für den praktischen verfassungsrechtlichen Diskurs. Um unmittelbar verfassungsrechtlich Relevanz zu entfalten, ist Abschreckung aber zusätzlich zu den grundrechtsdogmatischen Strukturen in Beziehung zu setzen. So entstehen Schnittstellen für seine Berücksichtigung. Damit geht methodisch ein Wechsel von der bis hierhin vor allem argumentationstheoretischen Perspektive der Arbeit hin zu einer stärker an herkömmlichen grundrechtlichen Strukturen orientierten einher. Dies bedeutet nicht etwa, dass die Verfassungsmäßigkeit von abschreckendem Staatshandeln geprüft werden soll. Die Verallgemeinerungsfähigkeit der dadurch gewonnenen Erkenntnisse hielte sich in Grenzen. Vielmehr wird dem praktischen Steuerungsvermögen von Abschreckung im Hinblick auf den Prozess der Lösung von verfassungsrechtlichen Fällen nachgegangen. Hierfür wird an etablierte Kategorien der Verfassungsdogmatik angeknüpft.

Zunächst ist das Problem der Abschreckung zu den subjektiven und objektiven Grundrechtsgehalten als Grundkategorien der Verfassungsdogmatik in Beziehung zu setzen (I.). Anschließend wird die Tauglichkeit von Abschreckungswirkungen als absolute Grenze verfassungsmäßigen Handelns untersucht (II.) und die Vermeidung von Abschreckung der Grundrechtsausübung wird als materielles verfassungsrechtliches Optimierungsgebot verortet (III.). Schließlich werden Leitlinien für den Umgang mit Abschreckungseffekten auf unterschiedlichen Stufen der Grundrechtsdogmatik vorgestellt (IV.).

I. Abschreckung als Einwirkung auf subjektive und objektive Grundrechtsgehalte

Dieser Abschnitt liefert Vorarbeiten, um Abschreckung auf Ebene der einfachen verfassungsdogmatischen Kategorien zu operationalisieren. Dafür wird das Phänomen der Einwirkung durch Abschreckung der subjektiven (1.) und der objektiven (2.) Dimension der Grundrechte zugeordnet. Der subjektive Gehalt der Grundrechte gibt dabei eine ganz auf den Grundrechtsträger und seine Entschei-

dungsumgebung gerichtete Perspektive vor. Der objektive Gehalt korrespondiert, wie bereits erwähnt (Kapitel 3 unter III.2.a)dd), mit größeren gesellschaftlichen Zusammenhängen und der generellen Verwirklichung von Grundrechten. Aus dem Zusammenspiel dieser zwei Dimensionen, für das bereits Ansätze in der Verfassungsrechtsprechung aufgezeigt wurden (Kapitel 1 unter I.5.e), ergibt sich schließlich die eigentliche Operationalisierung der Abschreckung auf Ebene der Verfassungsdogmatik. Das Zusammenspiel bedeutet zugleich eine Schutzverstärkung zugunsten der subjektiven Voraussetzungen der Grundrechte durch die Berücksichtigung ihrer objektiven Dimension.

Die genannten Perspektiven – subjektive und objektive – dienen dabei zugleich als gedankliche Modelle zum Auffinden von Abschreckungseffekten zu Argumentationszwecken, also auch zur Hypothesenbildung. Sie können für Gerichte die Parteivorträge in dieser Hinsicht ergänzen.⁵⁷¹

I. Abschreckung als Beeinträchtigung subjektiver Gehalte

Nach modernem Verfassungsverständnis sind Grundrechte in erste Linie subjektive Rechte. Mit anderen Worten verleihen die Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes einer Person unmittelbar eine bestimmte rechtliche Position, also den Anspruch, von einem anderen – hier: dem Staat – ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.⁵⁷² Dabei sind die subjektiven Grundrechte nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vor allem als Abwehrrechte gegenüber dem Staat strukturiert.⁵⁷³ Subjektive Grundrechte können aber auch Ansprüche auf Leistungen oder Teilhabe begründen.⁵⁷⁴

Als subjektive Rechte sind Grundrechte ohne Weiteres justiziabel. In ihrer häufigsten Form als Abwehrrechte sind sie auf Ausschließung des Staates aus bestimmten Bereichen des Individuums (zum Beispiel Kommunikation, Familie oder Beruf) gerichtet. In dieser Form ermöglichen sie von ihrer Architektur her zunächst die Überprüfung und gegebenenfalls Abwehr jeglicher staatlicher Einflussnahme. Das gilt – vorbehaltlich der verfassungsprozessualen Hürde der Beschwerdebefugnis und des verfassungsdogmatischen Kriteriums des Eingriffs – auch für Maßnahmen, die durch Abschreckung vermittelt wirken, also auf die

⁵⁷¹ Dem Supreme Court stehen zusätzlich häufig die *amicus curiae* briefs zur Verfügung. Siehe bereits Fn. 296 und zugehöriger Haupttext.

⁵⁷² Mit zahlreichen Nachweisen *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 65 S. 554 ff., 558; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12 f.

⁵⁷³ BVerfGE 7, 198 (204 f.) – Lüth; *Sachs*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 39 Rn. 6; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 66 S. 620 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.

⁵⁷⁴ Zu diesen *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, § 65 S. 558 ff.

Willensentschließungsfreiheit einwirken. Bereits eingangs wurde herausgearbeitet, dass die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten durch das Bundesverfassungsgericht auch die Sicherung subjektiver Vorbedingungen von Grundrechtsausübung leistet (Kapitel 1 unter I.5.c).

Um jedoch das Potenzial der grundrechtlichen Abwehr von Abschreckungseffekten erörtern zu können, ist zunächst der hinter dem Phänomen der Abschreckung stehende Wirkungszusammenhang offenzulegen. Es ist also die Wirkweise von abschreckenden Maßnahmen auf die Willensentschließungsfreiheit zu erkunden.

Abschreckung basiert auf der Antizipation und Bewertung von Reaktionen staatlicher oder privater Dritter auf eine angedachte Handlung durch den Grundrechtsträger (Einzelperson oder Personenmehrheit). Das Ergebnis dieses Prozesses stellt der Grundrechtsträger in seine Abwägungsentscheidung für oder gegen die angedachte Handlung ein. Dabei lässt sich der subjektive Antizipations- und Bewertungsprozess in einzelne Schritte unterteilen und interne und externe Faktoren identifizieren, die auf die Entscheidung einwirken. Grundrechtliche Garantien steuern bzw. bestimmen dabei den Abwägungsprozess an vielen Stellen. Am Ende des Prognoseprozesses steht die Abwägungsentscheidung mit dem Inhalt, die ursprünglich anvisierte Grundrechtsausübung umzusetzen, zu unterlassen oder zu modifizieren.⁵⁷⁵

Der idealisierte Prognoseprozess kann dabei in folgende drei Schritte unterteilt werden:

Um eine Sanktionserwartung bilden zu können, ist es *erstens* erforderlich, dass der Grundrechtsträger damit rechnet, dass die anvisierte Handlung nach ihrer Ausführung Dritten bekannt wird. So kann ein Sprechakt etwa, der ungehört verhallt⁵⁷⁶, keine Reaktion auslösen. Eine Person, die fest davon ausgeht, nicht wahrgenommen zu werden, wird gänzlich ungehemmt agieren. Dabei ist es auch entscheidend, wem eine bestimmte Handlung der Prognose nach bekannt wird und wie die weitere Verbreitung der Informationen darüber prognostiziert und bewertet wird. Die Kontrolle über diesen Informationsfluss weisen die Persönlichkeitsrechte und insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem betroffenen Grundrechtsträger zu.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Es ist dabei zunächst idealisiert von einem bewusst reflektierten Prozess auszugehen. Verhaltensweisen können jedoch bei Wiederholung konditioniert und schließlich internalisiert werden. Zu dieser Gefahr in Bezug auf chilling effects *Barendt/Lustgarten/Norrie/Stephenson*, *Libel and the Media*, S. 192 ff.; *Cheer*, *Reality and Myth: The New Zealand Media and the Chilling Effect of Defamation Law*, S. 232; siehe auch *Hermstrüwer*, *Informationelle Selbstgefährdung*, S. 192 f.

⁵⁷⁶ Vgl. BVerfGE 109, 279 (313 f.) – Lauschangriffe.

⁵⁷⁷ Die Persönlichkeitsgrundrechte des Grundgesetzes schließen den Staat aus bestimmten Bereichen aus. Art. 13, 10 und 6 GG entziehen die Wohnung, die Fernkommunikation und das Familienleben grundsätzlich der Wahrnehmung des Staates und sichern dem Grundrechtsträger so Unbefangtheit in diesen Räumen. Was hier passiert, ist grundsätzlich nur dem

Daran schließt sich *zweitens* die prognostizierte Prüfung des Verhaltens durch diejenigen Dritten an, welche die anvisierte Handlung wahrnehmen.⁵⁷⁸ Gegebenenfalls kann der Grundrechtsträger auch hier noch Einfluss nehmen, indem er sein Verhalten rechtfertigt oder zumindest kontextualisiert.

Hieraus ergibt sich schließlich *drittens* die Prognose einer durch die wahrnehmenden Dritten erfolgenden Sanktion oder Belohnung. Bei Abschreckungseffekten stehen definitionsgemäß Sanktionen als hemmende Folgenanreize im Vordergrund.

Auch Prüfung und Sanktion in den Schritten zwei und drei sind mitunter von grundrechtlichen Vorgaben beeinflusst. Bei staatlichen Sanktionen muss insbesondere auch die zugehörige Verfahrensgestaltung im Einzelnen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.⁵⁷⁹

Verengt man die Perspektive auf rechtsförmige Sanktionen, so wird deutlich, dass die Frage, ob sich eine Person rechtskonform oder rechtswidrig verhält, aus ex-ante-Sicht in erster Linie die Abwägung von Risiken bedeutet. Je nach Präzision von Gesetzen und richterlichen Entscheidungen variiert das Risiko.

Entscheidend ist dabei zusätzlich, dass sich die dargelegte Prognose häufig auch subjektiver Bewertungsmaßstäbe bedient: Der Grundrechtsträger muss den

Grundrechtsträger selbst bekannt und denjenigen Personen, denen er Zugang gewährt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG erweitert den Schutz über diese klassischen Fälle hinaus teilweise auch auf gesellschaftliche Konstellationen. Die Grundrechte geben die Kontrolle über den notwendigen, ersten Schritt für sanktionierende Reaktionen auf eine Handlung so in die Hände des Grundrechtsträgers selbst. Dadurch, dass dieser Schritt an erster Stelle steht, können soziale und rechtliche Sanktionen gleichermaßen mit einiger Sicherheit ausgeschlossen werden, indem der Grundrechtsträger sanktionsbewehrte Handlungen im Privaten bzw. Geheimen ausführt. Siehe bereits Kapitel 1 unter I.2. und I.5.c).

Zugleich kann Privatheit die Evolution sozialer Normen verlangsamen. Zu möglichen Abschreckungseffekten *durch* Privatheit in diesem Zusammenhang *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 186 ff.

⁵⁷⁸ Je nach Einordnung dieses Akteurs als staatlich oder privat variieren der Prüfprozess und vor allem seine Initiierung, seine Durchführung und seine Folgen. Der Staat reagiert aufgrund gesetzlich festgelegter und durch Gerichts- und Verwaltungspraxis konkretisierter normativer Bewertungsmaßstäbe und aufgrund seines Gewaltmonopols anders als private Akteure. Das soziale Umfeld des Handelnden etwa wird sich eher an sozial-normativen Kategorien von Anstand und Moral im Rahmen seines Wertesystems orientieren. Entsprechend unterscheiden sich die Arten von Sanktionen (als rechtliche: Freiheits- und Geldstrafen, Informationsversagung, Prozesskosten; als soziale: Ächtung, Ansehensverlust oder wirtschaftliche Einbußen). Siehe auch *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, S. 179 ff.

⁵⁷⁹ Grundsätzlich gilt, dass grundrechtliche Vorgaben strenger sind und das gesetzliche Recht daher präziser und ausführlicher ist, je schwerer die Sanktionen ausfallen. Das Strafrecht sieht sich daher engen verfassungsrechtlichen Vorgaben unterworfen. Im Laufe der Zeit ist neben der verfassungsrechtlichen Prüfung von materiellen Sanktionen das Verfahren bzw. der Prozess ihrer Erlangung in den Blick gerückt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestehen auch hier grundrechtliche Vorgaben, sowie Vorgaben für das Rechtssystem als Ganzes (entwickelt aus Art. 3 GG, Art. 19 und 20 GG). Dies kann aus Sicht des Betroffenen die Willkür des Eintretens und der Art der Sanktionen reduzieren, also – anders gewendet – Prognosen erleichtern und Unsicherheiten reduzieren.

Verfahrensschritten einer Sanktionierung bestimmte Eintrittswahrscheinlichkeiten zuordnen und die Folgen noch zusätzlich nach ihrer Schwere für sich selbst gewichten.⁵⁸⁰ Die Faktoren, welche diesen Prozess beeinflussen, charakterisieren zugleich den Grundrechtsträger und sein Entscheidungsumfeld. Zu nennen sind zunächst die zur Verfügung stehenden Ressourcen für die Entscheidung, wozu auch alle vorhandenen rechtlichen und tatsächlichen Informationen zu zählen sind.⁵⁸¹ Dies umfasst etwa Kenntnisse über die rechtliche Einordnung der anvisierten Grundrechtshandlung, so zum Beispiel in Fällen der Meinungsäußerung die Zivil- und Strafrechtspraxis zum Umgang mit falschen Tatsachenbehauptungen oder Schmähkritik. Ebenso ist der Grad der Professionalisierung des Entscheidungsprozesses wichtig, der bei Grundrechtsträgern als Individuen vornehmlich durch persönliches (Fach-)wissen, bei Personenmehrheiten aber vor allem auch durch Ausmaß und Qualität von Organisation und Institutionalisierung determiniert wird.⁵⁸² Der Prozess der rechtlichen Risikoabwägung ist bei institutionalisierten Akteuren häufig weitgehend standardisiert. In größeren Wirtschaftsunternehmen ist er alltäglich. Hier bilden sich Strategien, um mit Risiken umzugehen und sie richtig einzuschätzen, einzupreisen und mitunter versichern zu können. Bei Individuen spielen hingegen mehr noch als bei Personengruppen Dispositionen der Persönlichkeit bzw. der Psyche wie etwa eine besondere Risikoaversion oder –neigung eine Rolle. Diese wiederum sind durch soziologische Faktoren wie etwa Erfahrung, Herkunft und Erziehung beeinflusst, die aber auch direkt die Bewertung prägen. Personenmehrheiten wiederum unterliegen ihrerseits gruppendynamischen Prozessen, die auf die Herstellung der Entscheidung einwirken.

Die genannten Faktoren beeinflussen die Einschätzung drohender Reaktionen und damit die Entscheidung zur Grundrechtsausübung sehr individuell. Sie werden stets und zwangsläufig von einer idealen etwaig rationalen Einschätzung abweichen. Dabei ist noch auf ein naheliegendes Risiko hinzuweisen: Je stärker rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten, also unbekannte oder unquantifizierbare Faktoren, in die Einschätzung des Grundrechtsträgers eingestellt werden müssen, desto mehr Gewicht dürften die Persönlichkeitsfaktoren für die subjektive Bewertung der Faktoren und für den Handlungsentschluss tragen. Gerade bei schweren potenziellen Sanktionen können Entscheidungsarchitekturen entstehen, die bei einer Menge von risikoaversen Grundrechtsträgern das Absehen von grundrechtsgeschützten Handlungen zur Folge haben.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Siehe zu solchen Prozessen im Allgemeinen *Goodin/Jackson*, *Philosophy and Public Affairs* 35 (3) (2007), 249 (insb. 257 ff.).

⁵⁸¹ Vgl. zu den Ressourcen einer journalistischen Publikationsentscheidung *Townend*, *Internet Policy Review* 3 (2014) (2), 1 (6 f.).

⁵⁸² Zur Rolle des „night lawyers“, *Townend*, *Cultural Policy, Criticism and Management Research* 2011 (5), 27 (28); siehe auch *Cheer*, *Reality and Myth: The New Zealand Media and the Chilling Effect of Defamation Law*, S. 88 ff.

⁵⁸³ Siehe *Hermstrüwer*, *Informationelle Selbstgefährdung*, S. 297.

Die skizzierte Prognose möglicher Reaktionen der Umwelt trifft auf andere Entscheidungsfaktoren und bildet im Zusammenspiel mit diesen schließlich die Handlungsintention⁵⁸⁴. Die unerwünschten Nebeneffekte von rechtlichen und sozialen Reaktionen auf die Grundrechtsausübung gilt es mithilfe der Mittel des Rechts selbst zu vermeiden. Die Ausschaltung dieser Faktoren folgt einer impliziten Idealvorstellung echter Entscheidungsfreiheit bzw. Unbefangenheit (siehe bereits argumentativ gewendet in Kapitel 3 unter I.3.).

Um Abschreckungseffekte nun praktisch in der rechtlichen Abwägung berücksichtigen zu können, hat sich der juristische Entscheider eine Vorstellung von dem zugrundeliegenden Entscheidungsprozess und seinen Wirkungsfaktoren zu machen. Die generellen Tatsachenanforderungen an die Argumentation wurden insoweit bereits herausgearbeitet (oben Kapitel 3 unter III.2.b). Für die Situation der Grundrechtsausübung *im Einzelfall* lassen sich aber durch sozialwissenschaftliche und psychologische Theorie und Empirie lediglich einige hypothetische Einflussfaktoren auf den Entschluss erhellen. Es ist daher zunächst die Aufmerksamkeit auf den Parteivortrag zu richten, der über die Wirkungszusammenhänge des Einzelfalls Aufschluss geben sollte. Daneben ist auf entscheidungspraktischer Ebene die generelle richterliche Empathiefähigkeit gefordert. Dabei kann der etwaigen Überempfindsamkeit oder Irrationalität mancher Beschwerdeführer kein Raum gegeben werden.⁵⁸⁵ Vielmehr sind die Ausübungssituationen aus der Position eines *durchschnittlichen, vernünftigen Grundrechtsträgers* zu beurteilen.⁵⁸⁶ Die Kriterien dafür, welches Maß an Rationalität und Besonnenheit dem Bürger in der jeweiligen Situation abverlangt werden kann, sind die Schwere der ihm drohenden Sanktionen, die zur Verfügung stehenden Entscheidungsressourcen (insbesondere Informationen), die Reduzierbarkeit von Prognoseunsicherheiten (z. B. durch anwaltlichen Rat) und die Zumutbarkeit der Risikoreduktion in der konkreten Ausübungssituation. Hierbei ist auch der typische Grad der Professionalisierung des Grundrechtsträgers im Hinblick auf die Bewältigung des Prognosevorgangs zu beachten.

⁵⁸⁴ Mit der Handlungsintention als Zwischenschritt erklärt die in der Psychologie verbreitete Theorie des geplanten Verhaltens die Handlungen einer Person anhand verschiedener Faktoren, *Ajzen*, in: van Lange/Kurganski/Higgins (Hrsg.), *The Handbook of Theories of Social Psychology*, Vol. 1, 438 ff. Die Furcht vor Sanktionen durch Dritte lässt sich im Rahmen der Theorie, wenn es sich um Sanktionen des direkten Umfelds handelt, als Teil des Faktors „subjective norm“ einordnen. Geht es um abstraktere zukünftige Konsequenzen mit Sanktionscharakter beeinflusst dies den Faktor „attitude toward the behavior“.

⁵⁸⁵ Vgl. auch *Pieroth*, VVDStRL 70 (2011), 90: „Grundrechtsschutz für Feiglinge und Bangebüxen“; m. w. N. *Schwabenbauer*, *Heimliche Grundrechtseingriffe*, S. 142 f.

⁵⁸⁶ Einen ähnlichen Maßstab für einen Eingriff in die Willensentschlussfreiheit legt an *Roth*, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum*, S. 191 ff.; von seinem „Grundrecht auf Freiheit von Einschüchterung“ schließt irrationale Ängste aus *Bode*, *Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen*, S. 128 ff.; vgl. auch der Maßstab zum Asylgrundrecht in BVerfGE 83, 216 (230 f.) – *Jezen*. Für eine ähnliche Bestimmung der Beschwerdebefugnis im US-amerikanischen Verfassungsrecht *Siegel*, *Yale Law Journal* 98 (1989), 905 (921 ff.).

Diese Beurteilung speist sich aber nicht allein aus der tatsächlichen empirischen Anschauung⁵⁸⁷, sondern besitzt zugleich ein *normatives* Element. Der Richter entscheidet, mit welchem Risiko und welcher Unsicherheit hinsichtlich ihrer Folgen Grundrechtsausübung belastet werden kann. Er gibt also vor, in welchen Situationen „Abgeschrecktsein“ bzw. Befangenheit berechtigt ist. Dadurch werden wiederum Erwartungen für zukünftige Fälle gesichert. Der Maßstab dieser Entscheidung sollte sich auch aus dem Menschenbild des Grundgesetzes⁵⁸⁸ ergeben und Raum für individuelle Präferenzen des Grundrechtsträgers lassen. An diesem müssen sich Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung bei der Beurteilung von Abschreckungswirkungen orientieren. An dieser Stelle soll es bei der Eingrenzung bleiben, dass für die Ausübung von Grundrechten eine besondere Risikoneigung nicht erforderlich sein darf⁵⁸⁹. Ebenso wird man den Grundrechtsträger freilich nicht mit verfassungsrechtlichen Mitteln von allen Risiken freustellen, sondern eine gewisse Courage erwarten können, wenn es zum Beispiel darum geht, einem Anliegen öffentliche Aufmerksamkeit zu verschaffen. Dies umfasst dann im Einzelfall auch, das eigene Handeln vor Gericht mit den Mitteln des Rechts zu verteidigen.

Im Ergebnis kann in der abschreckenden Wirkung einer Maßnahme eine Beeinträchtigung des subjektiven Gehalts von Grundrechten liegen. Dies geschieht in Form der Beeinflussung der Willensentschließungsfreiheit. Allein auf Grundlage des Parteivorbringens, dass eine geplante Grundrechtsausübung aufgrund bestimmter rechtlicher Risiken unterlassen wurde bzw. werde, und richterlichem Einfühlungsvermögen lässt sich Abschreckung jedoch schwer grundrechtsdogmatisch operationalisieren.⁵⁹⁰ Die unmittelbare gerichtliche Prüfung der subjektiven Gedankenwelt ist unmöglich und die individuelle psychologische Konstitution kann nicht Kriterium des Grundrechtsschutzes sein. Die subjektiv-abwehrrechtlichen Gehalte kommen insoweit an ihre Funktionsgrenzen. Dies legt die

⁵⁸⁷ Hat sich eine Vielzahl von Personen ähnlich entschlossen wie der Grundrechtsträger im konkreten Fall, ist in der Regel nicht von einer irrationalen Entscheidung auszugehen, vgl. *Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 194. Dies streift die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte (dazu sogleich).

⁵⁸⁸ Ansätze bei *Bumke*, JöR 57 (2009), 125 ff.; *Di Fabio*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 46 Rn. 24 ff.; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, § 58 S. 31 ff.; *Becker*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

⁵⁸⁹ So ein wenig apodiktisch auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 190 Rn. 135: „Niemand muß berechtigten Grund zu der Sorge haben, daß legitime Grundrechtsausübung illegitime Sanktionen nach sich zieht. Die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit darf zuweilen Zivilcourage verlangen, nicht jedoch Heldenmut oder Abenteurerdrang.“

⁵⁹⁰ Die Frage nach der Einwirkung auf die Willensfreiheit im Rahmen des Grundrechtseingriffs behandelt *Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 166, 178, insb. 180 ff. unter dem Begriff „Pression“. Ein eigener Ansatz zum Grundrechtseingriff durch Abschreckung findet sich unten in Kapitel 4 unter IV.2

Suche nach ergänzenden Anknüpfungspunkten in der Außenwelt nahe. Hier gerät die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte wieder in den Blick.

2. Gefährdung objektiver Gehalte durch Abschreckung

Neben den gerade beschriebenen subjektiven Gehalten besitzen Grundrechte auch eine bereits mehrfach erwähnte (oben Kapitel 1 unter I.5.e) und Kapitel 3 unter III.2.a)dd)) objektive Dimension. Praktisch schafft es das Bundesverfassungsgericht mit der Verwendung objektiver Gehalte, den Grundrechten über die Abwehrfunktion hinaus weitere Funktionen, insbesondere auch eine Schutz- und Ausstrahlungsfunktion, sowie organisations- und verfahrensgestaltende Wirkungen zu entnehmen.⁵⁹¹ Doch hierin erschöpft sich die Wirkweise objektiver Grundrechtsgehalte nicht. Sie definieren bestimmte Soll-Zustände und verpflichten den Staat darauf, diese anzustreben. Diese Verpflichtung ist dabei keineswegs bedingungslos und darüber hinaus grundsätzlich auch nur in engen Grenzen subjektiv-rechtlich durchsetzbar⁵⁹². In Bezug auf Abschreckungseffekte kommt aber den objektiven Grundrechtsgehalten, wie nun erläutert wird, eine wichtige Indikator- und Schutzverstärkungsfunktion zu. Diese kann freilich nur bei Grundrechten mit objektiven Gehalten⁵⁹³ zum Tragen kommen.⁵⁹⁴

Objektiven Grundrechtsgehalten wird Genüge getan, wenn die entsprechenden Grundrechte auch praktisch ausgeübt werden, zumindest ihre Ausübung aber praktisch möglich ist, und ihr Inhalt das soziale Zusammenleben prägt. Die Grundrechte sollen also gesellschaftlich „erfüllt“ werden bzw. „erfüllbar“ sein. Praktisch bedeutet dies beispielsweise für Art. 5 Abs. 1 GG, dass ein gewisser gesellschaftlicher Meinungs Austausch herrscht und ein funktionsfähiges Medienwesen existiert.⁵⁹⁵ Ebenso besitzen auch andere Grundrechte objektive Dimensionen. So gebietet Art. 6 Abs. 1 GG, Ehe- und Familienleben zu fördern und vor Beeinträchtigungen zu bewahren.⁵⁹⁶

Um die Erfüllung dieser objektiven Gehalte beschreiben zu können, liegt es nicht fern, die Grundrechtsverwirklichung analog zu einem wirtschaftlichen Produktionsprozess zu verstehen und durch ein entsprechendes ökonomisches Modell der Grundrechtsverwirklichung zu veranschaulichen. Ansätze finden sich hierfür im US-amerikanischen Verfassungsdiskurs.⁵⁹⁷ Ihnen liegen eine individu-

⁵⁹¹ Siehe oben Fn. 191.

⁵⁹² Herdegen, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.

⁵⁹³ Aufzählung z. B. bei Herdegen, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Feb. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 19.

⁵⁹⁴ Die objektiven Grundrechtsgehalte sind je nach Grundrecht und Grundrechtstheorie unterschiedlich stark ausgebaut. Siehe auch bereits oben Kapitel 3 unter III.2.a)dd).

⁵⁹⁵ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 189 f., 205 ff.

⁵⁹⁶ Badura, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 65 April 2012, Art. 6 GG Rn. 7, 10 f.; BVerfGE 28, 324 (347) – Heiratswegfallklausel.

⁵⁹⁷ Siehe insbesondere Farber, Harvard Law Review 105 (1991), 554 ff.

elle Kosten-Nutzen-Analyse und die Vorstellung eines seine Entscheidung rational abwägenden Grundrechtsträgers zugrunde.⁵⁹⁸ Diese Prämissen gehen jedoch in zweifacher Hinsicht fehl. Zum einen ist mit der Grundrechtsausübung häufig kein handlungsleitender irgendwie messbarer persönlicher Vorteil verbunden. Anders als bei ökonomischen Entscheidungen lässt sich zum Beispiel der durch eine Meinungsäußerung erlangte „Vorteil“ – soweit überhaupt ein solcher als Resultat vorliegt – nicht bepreisen. Dieser Kategorisierung entzieht sich notwendigerweise die intrinsische Motivation, die Bürger zum Beispiel auf Versammlungen treibt und die sie ihre Meinung äußern lässt. Die Motivation über Vorteile ist jedenfalls nicht sinnvoll quantifizierbar und mit etwaigen Kosten vergleichbar. Abgesehen davon, dass die Prämisse eines ökonomisch rational handelnden Menschen allenfalls noch theoretischen Wert hat, ist sie nicht anwendbar auf Bereiche, welche der ökonomischen Logik weitgehend entzogen sind. Hier wirken Sozialisation, persönliche Situation, politische Überzeugung, Gewissen und Weltanschauung und dafür kaum persönliche Vorteilsziehung für die Entscheidung zur Grundrechtsausübung.

Anderes mag in Bezug auf den Bereich wirtschaftlicher Grundrechte gelten, die hier freilich nicht im Vordergrund stehen. Hier wird eine etwaige Modellierung der Erfüllung der objektiven Grundrechtsdimension aber wohl weitgehend durch die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts überformt.

Aufgrund der Aussichtslosigkeit einer allgemeingültigen Modellierung der breiten gesellschaftlichen Grundrechtsverwirklichung und den grundrechtsdogmatisch noch nicht allzu präzise gefassten objektiven Gehalten, ist deren Einbindung in Abschreckungsfällen bisher mit einer gewissen Zurückhaltung erfolgt. Die Berücksichtigung objektiver Grundrechtsgehalte ist aber in Abschreckungskonstellationen aus zwei Gründen entscheidend.⁵⁹⁹

Zunächst besitzen objektive Grundrechtsgehalte für die Feststellung und verfassungsrechtliche Berücksichtigung von Abschreckungseffekten eine Indikatorfunktion: Die Verfehlung objektiver Grundrechtsgehalte bzw. ihre faktische Außerkraftsetzung *indiziert*, dass tatsächliche Voraussetzungen der Grundrechtsausübung fehlen oder diesbezüglich eine demotivationale (abschreckende) Lage geschaffen wurde. Es ist indes praktisch unwahrscheinlich, aber nicht auszuschließen, dass Grundrechte unverwirklicht bleiben, weil seitens der Bürger schlicht kein Bedarf besteht. Dies verlangt die Formulierung des Zusammenhangs als Vermutungsregel. In vielen Fällen kann sich ein solcher Zusammenhang auch auf eine sachlich, zeitlich oder personell eingegrenzte Nichtausübung von Grundrechten beschränken. Es ist zum Beispiel nicht fernliegend, dass der öffentliche

⁵⁹⁸ Siehe *Kendrick*, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633 (1683).

⁵⁹⁹ Der objektive Gehalt der Grundrechte wird dabei nicht vom subjektiven Freiheitsrecht abgelöst und zu einem eigenen System ausgebaut – davor warnt z. B. *Badura*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 65 April 2012, Art. 6 Rn. 6. –, sondern beide grundrechtliche Strukturmerkmale werden stärker miteinander verzahnt.

Diskurs über bestimmte Themen zum Erliegen kommt, die mit einer besonders sanktionsreichen und vagen Regulierung in Verbindung stehen.⁶⁰⁰ Droht also die Umsetzung bestimmter objektiver Gehalte beispielsweise der Meinungsfreiheit zu unterbleiben, spricht viel dafür, dass eine stark abschreckende Regulierung in diesem Bereich vorliegt. Objektive Grundrechtsgehalte können in dieser Funktion insbesondere über die Untiefen der Aufklärung individueller Entscheidungsvorgänge hinweghelfen. Die *Gefährdung objektiver Gehalte*, also das Risiko des Ausbleibens der Grundrechtsverwirklichung in einem überindividuellen, gesellschaftlich relevanten Ausmaß, stellt dann das taugliche (objektive) Ergänzungskriterium zu der angedeuteten, aber kaum praktikablen Erforschung des (subjektiven) Entscheidungsvorgangs betroffener Grundrechtsträger dar.

Hiermit ist die zweite Funktion der Berücksichtigung der Gefährdung objektiver Gehalte eng verbunden. Diese greift dann, wenn im Einzelfall dogmatische Schwellen des subjektiven Grundrechtsgehalts verpasst werden (dazu sogleich IV.). Dann kann die Berücksichtigung der Gefährdung objektiver Gehalte dabei helfen, diese Hürden zu überwinden. Die Sicherung objektiver Gehalte erfolgt dann nicht als Wirkungsreflex des Einzelfalls, sondern der Einzelne wird zum Treuhänder einer gesellschaftlichen Veränderung mit objektiv-grundrechtlicher Relevanz. Ausgehend von der objektiven Dimension der Grundrechte kann in Bezug auf diese Verbindung also von einer Treuhänderfunktion gesprochen werden; für den beschwerdeführenden Grundrechtsträger stellt sie sich als grundrechtliche Schutzverstärkung dar.

Hierin ist nicht die Herleitung eines umfassenden subjektiven Rechts auf die Verwirklichung objektiver Grundrechtsgehalte zu sehen. Die Subjektivierung dieser Gehalte wird vom Bundesverfassungsgericht normalerweise zu Recht zurückhaltend betrieben und je nach Gehalt unterschiedlich umgesetzt.⁶⁰¹ In Abschreckungsfällen findet durch objektive Gehalte vielmehr eine Verstärkung oder Erweiterung ohnehin anerkannter unterschiedlicher subjektiver Gehalte statt. Es ließe sich insoweit von einer „derivativen Subjektivierung objektiver Grundrechtsgehalte“⁶⁰² sprechen. Um allerdings einer zu umfassenden Subjektivierung von objektiven Gehalten vorzubeugen, ist ihre Aktivierung in eigentlich subjektiv-rechtlichen Konstellationen auf Fälle der realen, gravierenden Gefährdung objektiver Gehalte zu beschränken. Je eher dann eine dogmatische Schwelle verpasst würde, desto größer muss in diesem Fall die Gefährdung objektiver Gehalte sein und umgekehrt.

Subjektive und objektive Grundrechtsgehalte treten also in ein Wechselwirkungsverhältnis: Objektive Gehalte eines Grundrechts geraten anlässlich eines

⁶⁰⁰ Davon ging z. B. die Hälfte des erkennenden Senats des Bundesverfassungsgerichts aus in BVerfGE 20, 162 (180 f., 200 f.) – SPIEGEL.

⁶⁰¹ Zum Problem ihrer Versubjektivierung *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, § 69 S. 978 ff. Siehe schon oben Fn. 592.

⁶⁰² *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 364 f.

Einzelfalls in den Blick. Erst ihre Berücksichtigung erlaubt die Überwindung verfassungsdogmatischer Schwellen im Einzelfall. Schließlich wirkt das Entscheidungsergebnis des Einzelfalls auf die Durchsetzung der objektiven Grundrechtsgelände zurück.

Dies ähnelt übrigens der verfassungsrechtlichen Prüfung in Fällen mittelbarer Ungleichbehandlung.⁶⁰³ Hier sind Träger eines bestimmten Merkmals faktisch weit überwiegend durch eine Regelung benachteiligt, die allerdings *nicht explizit* an das besagte Merkmal anknüpft.⁶⁰⁴ Für die Annahme einer Ungleichbehandlung ist dann der statistische Nachweis ausreichend, dass Merkmalsträger übermäßig stark von einer Schlechterstellung betroffen sind.⁶⁰⁵ Der Einzelne erhält damit die Möglichkeit aufgrund der gesellschaftlichen Gesamtwirkung einer Regelung gegen diese vorzugehen, solange er zur merkmalstragenden Gruppe gehört. Ein solches Verfahren etwa im Rahmen einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts sichert dadurch den objektiven Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG (Geschlechtergleichstellung) anlässlich eines Einzelfalls. Gerade hierin verwirklicht sich die „prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte“⁶⁰⁶, die das Bundesverfassungsgericht bereits im Lüth-Urteil der objektiven Ordnung zugeordnet hat.

II. Abschreckung als absolute Grenze verfassungsmäßigen Handelns?

Staatliches Handeln mit Abschreckungswirkung kann sich in einem sehr unterschiedlichen Maße verhängnisvoll für die Grundrechtsausübung auswirken. Gerade bei besonders abschreckenden staatlichen Maßnahmen stellt sich die Frage, ob sich allein anhand der Abschreckungswirkung die Verfassungswidrigkeit dieser Maßnahme feststellen lässt. Es ist zu fragen, wann eine Maßnahme so stark abschreckt, dass sie per se verfassungswidrig ist.

Um potenzielle Maßnahmen dieser Qualität in den Griff zu bekommen, haben sich jedoch schon eine Reihe verfassungsrechtlicher Werkzeuge entwickelt. Zunächst darf die Maßnahme nicht bereits aufgrund eines schlechthin außerhalb der Verfassung stehenden Ziels verfassungswidrig sein. Auch dürfen Maßnahmen nach der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG Grundrechte nicht in ihrem Kern antasten.⁶⁰⁷ Diese Bestimmung zielt, ausweislich ihrer unbestrittenen

⁶⁰³ Siehe bereits *Oermann/Staben*, Der Staat 52 (2013), 630 (654).

⁶⁰⁴ BVerfGE 118, 79 (100) – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen; 101, 54 (101) – Transsexuelle II; 97, 35 (43) – Hamburger Ruhegeldgesetz.

⁶⁰⁵ Z. B. BVerfGE 113, 1 (19 f.) – Kindererziehung in der Anwaltsversorgung.

⁶⁰⁶ BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth. Siehe auch BVerfGE 50, 290 (337) – Mitbestimmung.

Diese Wirkweise der Grundrechte als objektive Ordnung verkennt in Gänze *Bull*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 627 (639 f.).

⁶⁰⁷ Es wird häufig von einer Teilkongruenz mit dem Menschenwürdegehalt der Grundrechte

Anwendbarkeit auch in Schutz- und Leistungspflichtkonstellationen⁶⁰⁸, ebenso auf die Garantie eines *tatsächlichen* Wesensgehalts⁶⁰⁹. Sie schützt also auch davon, dass grundrechtliche Garantien *faktisch* völlig ausgehöhlt werden. Wenn die Wesensgehaltsgarantie aber den Staat zur tatsächlichen Erhaltung grundrechtlicher Gewährleistungen durch Schutz und Leistung verpflichtet, muss sie erst recht staatliche Maßnahmen mit schlechthin grundrechtserdrückender Wirkung (auch mittels Abschreckung) ausschließen.

Daneben können sachspezifische absolute verfassungsrechtliche Grenzen treten, wie beispielsweise das Verbot der Totalüberwachung der Freiheitsausübung⁶¹⁰, welches zur „verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“⁶¹¹ gehört. Dieses kann sicherlich auch auf Abschreckungserwägungen gestützt werden. Jedoch ergibt es sich nicht *allein* aus der abschreckenden Wirkung der Überwachung an sich.⁶¹²

Die zahlreichen aufgezeigten verfassungsrechtlichen Grenzen werden in Fällen massiver Abschreckung relevant, sind jedoch selbst nicht abschreckungs*spezifisch*. Abschreckung, wie sie für den Zweck dieser Arbeit definiert wurde, bleibt *eine* Form der Einwirkung auf die Grundrechtsausübung. Sie ist dabei als Nebeneffekt häufig schwer zu bemerken und manchmal verhängnisvoll, aber nicht zwingend die gravierendste Form der Einwirkung. Als absolute Grenze verfassungsmäßigen Handelns lässt sich Abschreckung, wie hier definiert, jedenfalls nicht fassen. Im Übrigen wäre eine solche Regel angesichts aufgezeigter bestehender Grenzen des Verfassungsrechts von geringer praktischer Relevanz. Bringen rechtliche Regelungen durch ihre abschreckende Wirkung bestimmte Grundrechtswirklichkeiten, also Teile des verfassungsrechtlichen Lebens, zum Erliegen, verstoßen sie jedenfalls gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG.

ausgegangen, BVerfGE 80, 367 (373 f.) – Tagebuchaufzeichnungen; 109, 279 (311) – Lauschangriffe; *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (133 ff.); *Kokott*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 22 Rn. 84 ff.

⁶⁰⁸ *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 129, 132 f.

⁶⁰⁹ In dieser Richtung *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 52 Mai 2008, Art. 19 Abs. 2 Rn. 45.

⁶¹⁰ Hierzu z. B. *Wolter*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), FS Rudolphi, 733 (745); *Puschke*, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung.

⁶¹¹ BVerfGE 125, 260 (324) – Vorratsdatenspeicherung.

⁶¹² An dieser Stelle sei nochmals auf die Diskussion um „additive“ bzw. „kumulative“ Grundrechtseingriffe hingewiesen, siehe bereits Fn. 340. Sie befasst sich mit dem Zusammenwirken unterschiedlicher staatlicher Maßnahmen auf einen Grundrechtsträger. Im Rahmen dieser Diskussion stellt sich auch die Frage nach einer verfassungsrechtlichen individuellen Belastungsgrenze und ihrer grundrechtsdogmatischen Verortung. Darüber wie mit generellen Verschlechterungen des rechtlichen Klimas der Grundrechtsausübung jenseits von Grundrechtseingriffen und Schutzpflichten umzugehen ist, fehlen, soweit ersichtlich, verfassungsrechtliche Beiträge.

III. Herstellung von Unbefangenheit als verfassungsrechtliches Optimierungsgebot

Auch wenn sich Abschreckung nicht als absolute selbstständige Grenze verfassungsmäßigen Handelns verstehen lässt, kann umgekehrt durchaus ein verfassungsrechtliches Gebot der Optimierung formuliert werden. Der Gehalt des Gebots besteht darin, den Grundrechtsträgern mit den Mitteln des Rechts eine möglichst abschreckungsfreie Ausübungssituation zu ermöglichen. Das Gebot zielt, positiv formuliert, auf die Herstellung von Unbefangenheit bei der Grundrechtsausübung als Sicherung reaktionsgeschützter subjektiver Willensfreiheit. Dieser Zustand ist bereits als Prämisse und Ziel des Abschreckungsarguments offengelegt worden (oben Kapitel 3 unter I.3.). Er korrespondiert auf Ebene des materiellen Verfassungsrechts mit einem gleichlautenden Optimierungsgebot der Vermeidung von Abschreckung. Das Optimierungsgebot weißt die Prämisse damit zugleich nach. Die Verfassung in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht sucht insoweit – je nach maßgeblicher Grundrechtstheorie – motivationale Neutralität herzustellen oder sogar Anreize für die Grundrechtsausübung zu setzen. Der Grundrechtsträger ist, mit anderen Worten, in Bezug auf die jeweilige Ausübungssituation soweit wie möglich von nicht finalen rechtlichen bzw. tatsächlichen Nebeneffekten freizustellen oder – nach einigen grundrechtstheoretischen Verständnissen – sogar zur Grundrechtsausübung zu motivieren.

Das verfassungsrechtliche Optimierungsgebot der Herstellung von Unbefangenheit lässt sich aus den Persönlichkeitsgrundrechten des Grundgesetzes und den subjektiven Seiten der übrigen Freiheitsgrundrechte herleiten:

Zunächst schirmen die Persönlichkeitsrechte des Grundgesetzes die Entschließungsfreiheit des Einzelnen ab und legen die Entscheidung zur Interaktion mit Dritten und Beeinflussung durch Dritte weitgehend in seine Sphäre. Als Vorfeldgrundrechte sichern sie damit zugleich tatsächliche Freiheit als Unbefangenheit, und zwar im Hinblick auf alle denkbaren Verhaltensweisen. Des Weiteren setzen die einzelnen Grundrechte Entscheidungsfreiheit hinsichtlich ihrer Ausübung nicht nur voraus, sondern gewährleisten sie teilweise auch selbst mit⁶¹³. Die Abgrenzung zwischen diesen subjektiven Bereichen von Grundrechten und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist dabei nicht immer klar.⁶¹⁴ Beide sichern aber

⁶¹³ Am offensichtlichsten bei der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG, vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), GG, Lfg. 27 1988, Art. 4 Rn. 66 ff. Zur Frage der Selbstbestimmung als Voraussetzung und zugleich Ausprägung von Freiheit, *Lindner*, AöR 140 (2015), 542 (554).

⁶¹⁴ *Geiger*, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, S. 162 ff. geht vom generellen Vorrang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, verkennt jedoch dabei die starke Verbindung von Entschluss und Handlung. Vielmehr droht diese Ansicht die besonderen Vorgaben von Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht für die einzelnen Grundrechte zu unterlaufen. Eine ähnliche Folge hätte die Anerkennung eines allgemeinen „Grundrechts auf Freiheit von Einschüchterung“, wie vor-

jedenfalls die tatsächliche Entschließungsfreiheit und geben damit die Unbefangenheit des Grundrechtsträgers als Modus der Grundrechtsausübung vor.

Unbefangenheit bleibt dabei nach dem hier Festgestellten ein objektives verfassungsrechtliches Optimierungsgebot und jedenfalls positives verfassungsrechtliches Leitbild. Als solches ist es nicht eigenständiger Prüfungsmaßstab, sondern geht vielmehr in den schon erwähnten grundrechtlichen Gewährleistungen und weiteren grundrechtsdogmatischen Maßstäben auf.⁶¹⁵

Für die Kommunikationsgrundrechte wirkt das Optimierungsgebot zu Herstellung von Unbefangenheit auf einen Zustand hin, welcher der von *Habermas* als Prämisse eines rationalen Diskurses entworfenen idealen Sprechsituation ähnelt. Zu dieser gehört unter anderem auch, dass jede Person jederzeit das sagen kann, was sie meint, sich also wahrhaftig äußert.⁶¹⁶ Die völlige Freiheit von Abschreckung bleibt für das Verfassungsrecht freilich ebenso unerreichbare Fiktion wie die ideale Sprechsituation bei *Habermas*.

IV. Abschreckung in einzelnen grundrechtsdogmatischen Kategorien

Abschreckung kann jedoch noch konkreter und unmittelbar an einzelne Stufen der Verfassungsdogmatik anknüpfen. Wie dies *praktisch in Form von Argumenten* der Verfassungsrechtsprechung passiert, wurde bereits untersucht. Hierfür lassen sich aber insbesondere unter Zuhilfenahme objektiver Grundrechtsgehalte allgemeine dogmatische Leitlinien dazu formulieren, wie die Abschreckungsphänomene jeweils zu verarbeiten sind. Entsprechende Ansatzpunkte sind hierfür in der Verfassungsrechtsprechung bereits vorhanden und dienen als Bezugspunkte. Soweit erforderlich, wird im Folgenden dafür nach einschlägigen Grundrechten unterschieden – insbesondere zwischen Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechten. Gerade den Kommunikationsgrundrechten wurden vom Bundesverfassungsgericht teilweise recht konkrete objektiv-rechtliche Gehalte entnom-

geschlagen von *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 112 ff. Im Ergebnis wie hier *Held*, Intelligente Videoüberwachung, S. 85 ff.

⁶¹⁵ Ein eigenes „Grundrecht der Freiheit von Einschüchterung“ kann – anders als z. B. *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere S. 112 ff. meint – dem Grundgesetz jedoch nicht entnommen werden. Abschreckung oder Einschüchterung sind besondere Modalitäten des Eingriffs bzw. des Einwirkens auf grundrechtliche Gewährleistungen und nicht Fragen ihres Schutzzumfangs. Gründe dafür, diesen *Modus des Einwirkens* spezialgrundrechtlich einzufangen, bleibt auch *Bode* im Ergebnis schuldig. Dieser architektonische Fehler wirkt sich vielmehr im Rest seiner Untersuchung aus. Das getaufte Grundrecht ist kaum prüfbar und bleibt normativ stumm. Es vermag für die im Verlauf seiner Untersuchung angesprochenen Ermittlungsmaßnahmen keine nennenswerte verfassungsrechtliche Steuerungswirkung zu entfalten.

⁶¹⁶ *Habermas*, in: *Fahrenbach* (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, 211 (255 ff.); siehe auch *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 239 f.

men.⁶¹⁷ Je stärker sich diese freilich zu konkret fassbaren verfassungsrechtlichen Gehalten verdichten lassen, desto einfacher fällt ihre Operationalisierung im Rahmen grundrechtsdogmatischer Kategorien.

1. Abschreckung bei der Konturierung von Schutzbereichen

Die Bestimmung von grundrechtlichen Schutzbereichen, also die Definition geschützter Zustände und Verhaltensweisen, geht der Identifizierung von Abschreckungseffekten gewöhnlich voraus. Um die Einwirkung staatlichen Handelns überhaupt als Abschreckung qualifizieren zu können, muss bereits eine geschützte Tätigkeit feststehen, von der abgeschreckt wird.

Dies schließt es jedoch nicht aus, dass der subjektiv-individuelle Schutzbereich eines Grundrechts mit Blick auf die praktische Umsetzbarkeit der Grundrechtsausübung klargestellt oder maßvoll erweitert wird.⁶¹⁸ Hier lässt sich die Regel formulieren: Verhalten ist im Zweifelsfall vom grundrechtlichen Schutzbereich miterfasst, wenn sonst mit der praktischen Gefährdung objektiver Kerngehalte eines Grundrechts durch Abschreckung bei Ausschluss dieses Verhaltens aus dem grundrechtlichen Schutzbereich zu rechnen ist (*Mitschutz*-Regel). Solche Erwägungen kommen bereits bei Grundrechten mit stärker präzisierten objektiven Gehalten zum Tragen – insbesondere bei den Kommunikationsgrundrechten. So werden Schärfen und Überspitzungen im öffentlichen Meinungs Austausch von Art. 5 GG mit eben dieser Begründung als mitgeschützt angesehen.⁶¹⁹ Diese Regel ist durchaus umkehrbar: Verhaltensweisen am Rande eines Schutzbereichs können aus diesem ausgeklammert werden, wenn sich die Gefährdung objektiver Gehalte durch Abschreckung praktisch ausschließen lässt.⁶²⁰

Für die Persönlichkeitsgrundrechte kann zusätzlich eine ähnliche Regel formuliert werden: Der Schutzbereich dieser Grundrechte ist so zu konturieren, dass die Gefährdung objektiver Gehalte *insbesondere auch anderer* Grundrechte durch Abschreckung verhindert werden kann (*Vorfeldschutz*-Regel). Der Gedanke des Vorfeldschutzes ist, wie bereits erwähnt, ein Wesensmerkmal dieser Grundrech-

⁶¹⁷ Siehe auch deutlich *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 33 ff., 96 ff., 188 ff., 280 ff.

⁶¹⁸ Ansätze für die Prägung subjektiver Gehalte durch objektive Verfassungsentscheidungen – freilich außerhalb des in Frage stehenden Grundrechts – bei *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 14.

⁶¹⁹ Siehe BVerfGE 54, 129 (139) – Kunstkritik; 60, 234 (241) – Kredithaie; 66, 116 (134 f., 137) – Springer/Wallraff. Die objektive Grundrechtsgehalte verwirklichenden Praktiken werden praktisch freilich vor allem beschrieben, aber nicht als solche eingeordnet. Eng hiermit verwandt ist der Gedanke, die Doktrin des chilling effects verschaffe dem ersten Verfassungszusatz Raum zum Atmen („breathing space“), *NAACP v. Button*, U.S. 371, 415 (433, 466) (1963), siehe insb. auch *Schauer*, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (694 ff.).

⁶²⁰ So z. B. BVerfGE 54, 208 (219 f.) – Böll – für den Ausschluss unrichtiger Informationen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit und die Bemessung der Wahrheitspflicht durch das Gebot, richtig zu zitieren.

te.⁶²¹ Entsprechend wichtig kann auch die Gefährdung von anderen objektiven Grundrechtsgehalten für die Definition ihrer Schutzbereiche werden. Dabei spielen wiederum die objektiven Gehalte der Kommunikationsgrundrechte eine hervorgehobene Rolle. Prominentes Beispiel aus der Verfassungsrechtsprechung ist die Konturierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. So ist der Schutzbereich hier so zu fassen, dass der Grundrechtsträger das Vorhandensein von personenbezogenen Informationen bei seinem Gegenüber abschätzen und eventuell steuern kann.⁶²² Dadurch kann die Ausübung anderer Grundrechte gerade in ihrer überindividuellen Bedeutung und objektiven Dimension gewahrt werden.⁶²³

Die Berücksichtigung der Gefährdung objektiver Gehalte durch Abschreckung auf Ebene des Schutzbereichs lässt sich also in Form von Regeln des Mitschutzes und Vorfeldschutzes ausdrücken. Besonders wichtig sind dabei solche objektiven Grundrechtsgehalten, die eine lebendige Demokratie ausmachen. Praktisch umfasst dies die objektiven Gehalte der Kommunikationsgrundrechte, also der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit.

Abschließend muss nochmals darauf hingewiesen werden, dass bei der Anwendung der formulierten Regeln auf die Konturierung von Schutzbereichen Zurückhaltung geboten ist. Insbesondere dürfen keine Dynamiken geschaffen werden, die zu einer maßlosen Erweiterung von Schutzbereichen führen. Gerade weil subjektive und objektive Gehalte eng verknüpft sind, besteht die potenzielle Gefahr, durch eine Erweiterung des subjektiv-abwehrrechtlichen Schutzbereiches auch den korrespondierenden objektiven Gehalt zu überdehnen, der dann wiederum auf den Ausbau des subjektiven Gehalts zurückwirkt.⁶²⁴ Eine solche Entwicklung kann aber verhindert werden, indem lediglich eine unmittelbare Gefährdung objektiver Kerngehalten durch Abschreckung als ausreichend angesehen wird. Des Weiteren ist zu beachten, ob nachgelagert andere Grundrechtsbestimmungen das Verhalten schützen. Umgekehrt können die genannten Regeln auch in manchen Fällen zu einer Engfassung von Schutzbereichen (z. B. im Sinne von Gewährleistungsgelalten) führen.

⁶²¹ Zur Funktion des Vorfeldschutzes durch Persönlichkeitsrechte bereits oben Kapitel 1 unter I.2. und I.5.c).

⁶²² BVerfGE 65, 1 (42f.) – Volkszählung.

⁶²³ Mit Anhaltspunkten in diese Richtung auch BVerfGE 100, 313 (358f.) – Telekommunikationsüberwachung I; 107, 299 (313) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 113, 29 (46f.) – Anwaltsdaten; 113, 348 (365) – Präventive Telekommunikationsüberwachung.

⁶²⁴ Zur Korrespondenz von objektiven Gehalten und Schutzbereich, BVerfG VIZ 2004, 220 (221) – Wiedergutmachung von NS-Unrecht; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 27.

2. Eingriff durch Abschreckung

Das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs bei abschreckenden staatlichen Maßnahmen ist bereits an anderer Stelle⁶²⁵ eingehend untersucht worden. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sollen hier daher lediglich kurz skizziert werden.

Die Kategorie des Eingriffs bezeichnet die Feststellung einer relevanten staatlichen Beeinträchtigung einer grundrechtlichen Position.⁶²⁶ Häufig wird inzwischen zur Einordnung einer Maßnahme in diese Kategorie auf ein Bündel an Kriterien zurückgegriffen, zu denen neben der Finalität, Unmittelbarkeit und Zwangsbewehrung insbesondere auch die Schwere bzw. Erheblichkeit ihrer Wirkung zählt (dann auch als mittelbar-faktischer Eingriff oder Grundrechtsbeeinträchtigung bezeichnet).⁶²⁷ Durch die Fokussierung der Prüfung auf den anhängigen Einzelfall drohen dabei insbesondere solche abschreckenden Maßnahmen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung zu entgehen, die auf den Einzelnen nur gering und subjektiv gemittelt wirken, dafür aber gesamtgesellschaftlich durchaus relevante Einschränkungen bedeuten können. Es ist also in diesen Fällen nach einem geeigneten objektiven Anknüpfungskriterium zu suchen, um breite gesellschaftliche Wirkungen in der Prüfung hinreichend abbilden zu können und nicht etwaigen Empfindsamkeiten des einzelnen Beschwerdeführers ausgeliefert zu sein. Hierfür bietet sich auch hier wiederum die Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte an.⁶²⁸ Abschreckungseffekte müssen dafür massen- und dauerhaft wirksam werden. Ein Eingriff durch Abschreckung⁶²⁹ liegt demnach vor, wenn zwischen einer staatlichen Maßnahme und grundrechtlich geschütztem Verhalten ein Abschreckungszusammenhang besteht (1. Voraussetzung) und der Abschreckungseffekt erheblich ist, weil er massen- und dauerhaft wirkt (Gefährdung eines objektiv-rechtlichen Gehalts, 2. Voraussetzung). Der Einzelne kann sich hierauf berufen, wenn er zu den potenziell abgeschreckten Personen zählt (3. Voraussetzung). Qualifizierte Abschreckungswirkungen in Form der Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte treten hier also zu den traditionellen Eingriffskriterien hinzu und können über diese Schwelle der Grundrechtsdogmatik hinweghelfen. Auf diese Weise kann das Entstehen von Schutzlücken vermieden werden, ohne die subjektive psychologische Konstitution Einzelner zum Maßstab verfassungsrechtlicher Prüfung zu machen.⁶³⁰

⁶²⁵ Oermann/Staben, Der Staat 52 (2013), 630 ff.

⁶²⁶ Sie ist in der Rechtswissenschaft umstritten. Im Einzelnen und mit Bezug auf die verschiedenen Kriterien der Kategorie *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 S. 75 ff.; Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 87 ff.; Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 7 ff.

⁶²⁷ Im Einzelnen Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, S. 33 ff., 125, 225 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 173 ff.; m. w. N. Herdegen, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 44 Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 39 ff.

⁶²⁸ Oermann/Staben, Der Staat 52 (2013), 630 (645 f., 654 f.).

⁶²⁹ Übersicht über die Kriterien Oermann/Staben, Der Staat 52 (2013), 630 (654 f.).

⁶³⁰ Offenheit für einen solchen Eingriff durch Abschreckung bei verhaltenssteuernder Wir-

3. Abschreckung als Aspekt der Verhältnismäßigkeit, insbesondere der Angemessenheit

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht identifiziert den Zweck einer Maßnahme und setzt ihn zu dieser Maßnahme, ihrer Wirkung und möglichen Alternativen in Beziehung. Hier ergeben sich die meisten und zugleich freiesten Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Abschreckungseffekten. Bei auf gesetzlichen Regelungen beruhenden Einzelakten, werden Gesetz und Einzelakt meist getrennt auf Grundrechtsverletzungen geprüft. Diese Trennung setzt sich auch in der graduell unterschiedlichen Berücksichtigung von Abschreckungseffekten fort. Eine Rolle spielen sie jeweils bei der Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit von Gesetz und Einzelakt.

Im Rahmen der Prüfung der *Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlage* ist ihre Erforderlichkeit für die Erreichung des gesetzten Ziels zu untersuchen. Diese ist auch dann nicht gegeben, wenn Maßnahmen mit weniger abschreckenden Nebeneffekten verfügbar sind, die gleich geeignet sind, das verfolgte Ziel zu erreichen. Im Rahmen der Angemessenheit wird der Zweck einer Norm zur Schwere ihres Mittels ins Verhältnis gesetzt.⁶³¹ Hier spricht es – auch bei im Einzelfall geringer Eingriffstiefe – für die Schwere eines Mittels, wenn von diesem überindividuelle Abschreckungseffekte ausgehen, welche objektive Grundrechtsgehalte beeinflussen. Hieraus ergibt sich freilich keine absolute Grenze, so dass gravierende und weitgreifende Abschreckungswirkungen bei der Sicherung überragend wichtiger Rechtsgüter von Verfassungsrang bis zu einem gewissen Grad in Kauf zu nehmen sind. Dies gilt auch für das auf der epistemischen Ungenauigkeit von Sprache beruhende abschreckende Grundrauschen im sprachlich errichteten und gefassten Rechtssystem.⁶³² Unbeabsichtigte Abschreckung bleibt, solange ex ante auch nur infinitesimale Unsicherheit über die Zuordnung von Handlungen zum binären Code des Rechtssystems (Recht/Unrecht)⁶³³ besteht. Kleinere Nebeneffekte gesetzlicher Regelungen sind daher zunächst unschädlich und dem Recht wesenseigen. Bei abschreckenden Nebeneffekten, welche sich in der Verwirklichung objektiver Grundrechtsgehalte zeigen können, ist diesen aber durch größtmögliche Normenbestimmtheit (dazu sogleich 5.) und entsprechende Verfahrensgestaltung (6.) entgegenzuwirken.

kung lässt das Bundesverfassungsgericht anklagen in BVerfGE 120, 378 (406) – Automatische Kennzeichenerfassung: „Die Maßnahme [der Kennzeichenerfassung] kann sich unter solchen Umständen als funktionales Äquivalent eines grundrechtlichen Eingriffs in andere grundrechtliche Freiheiten darstellen [...]. Werden etwa die Teilnahme an Versammlungen oder die Beteiligung an einer Bürgerinitiative gezielt notiert [...], so kann dies verhaltenssteuernde Wirkung entfalten [...] und die ausgeübten Kommunikationsfreiheiten als eingriffsgleiche Maßnahme betreffen.“

⁶³¹ Vgl. z. B. Merten, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, § 68 Rn. 71 ff.

⁶³² „[...] any rule will produce some excess deterrence and thus, some chilling effect.“, Schauer, Boston University Law Review 58 (1978), 685 (701).

⁶³³ Vgl. Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, S. 40 ff.

Diese Ausführungen gelten für die Prüfung der *Verhältnismäßigkeit des Einzelakts* entsprechend, bei der es maßgeblich um die Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Grundlage geht. Hier werden natürlich auch abschreckende Wirkungen über den Einzelfall hinaus berücksichtigt, welche mit objektiven Gehalten korrespondieren können.⁶³⁴ Im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung ist es dann, Auslegungsergebnisse und -methoden zu bevorzugen, welche die Gesetzesanwendung vorhersehbar, weniger willkürlich und dadurch weniger abschreckend gestalten.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist insbesondere auch die mögliche Kumulation von Maßnahmen – auch solchen, die gerade nicht Gegenstand der Prüfung sind – beim Grundrechtsträger zu berücksichtigen.⁶³⁵ Wirken Maßnahmen gerade zusammen auf die Grundrechtsausübung demotivierend, sind an beide strenge Anforderungen hinsichtlich ihrer Angemessenheit zu stellen und eine hat eventuell zu unterbleiben.

4. Abschreckung in der Beschwerdebefugnis und bei der Auswahl von Verfassungsbeschwerden zur Annahme

Für eine zulässige Verfassungsbeschwerde muss der Beschwerdeführer nach § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein. Das bedeutet, dass er selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist und zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung besteht, was er gemäß §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG darzulegen hat.⁶³⁶ Die genannten Kriterien sind bei materieller Betrachtung mit einer summarischen Prüfung der Begründetheit verwandt und spiegeln Erwägungen des Schutzbereichs, der Grundrechtsträgerschaft, des Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung prozessual. Bei angenommenen und erfolgreichen Verfassungsbeschwerden wird der Darstellung der Beschwerdebefugnis selten Aufmerksamkeit zuteil. Auch als unzulässig verworfene Verfassungsbeschwerden werden eher einzeln veröffentlicht und wenn überhaupt (vgl. § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG), dann meist nur sehr knapp begründet. Letzteres gilt auch für zulässige, aber unbegründete Verfassungsbeschwerden, weil sich das Bundesverfassungsgericht in diesen Fällen mit der Grundrechtsverletzung noch ausführlich in der Begründetheit befasst. Dies verursacht unter anderem Uneinigkeit über den erforderlichen Grad der *Möglichkeit* einer Grundrechtsverletzung in der Literatur.⁶³⁷

⁶³⁴ So explizit BVerfGE 107, 299 (328) – Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe.

⁶³⁵ In diese Richtung BVerfGE 112, 304 (319 f.) – Global Positioning System; Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 200 Rn. 100.

⁶³⁶ St. Rspr.; BVerfGE 28, 17 (19) – Substantiierungspflicht; 89, 155 (171) – Maastricht; 123, 267 (329) – Lissabon.

⁶³⁷ M. w. N. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Lfg. 42 Oktober 2013, § 90 Rn. 340 f.

Der Verdacht liegt nahe, dass die Stufe der Beschwerdebefugnis derjenige Ort der Entschei-

Insbesondere im Rahmen der Selbstbetroffenheit sind Abschreckungseffekte zu berücksichtigen. Die Selbstbetroffenheit verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die Maßnahme *in eigenen Grundrechten* möglicherweise verletzt ist. Parallel zur Wandlung der Anforderungen an den Grundrechtseingriff werden auch hier bloß mittelbare Einwirkungen mittlerweile als ausreichend erachtet und auf die Anforderungen an den Eingriff verwiesen.⁶³⁸ Insoweit ist auch hier auf das zum Grundrechtseingriff Gesagte zu verweisen. Dies gilt auch für die Kompensation eines Weniger an eigener Betroffenheit durch ein Mehr an allgemeiner Betroffenheit in Form der Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte durch Abschreckung. Eine Person kann demnach auch dann beschwerdebefugt sein, wenn sie nicht Adressat einer Maßnahme, sondern durch Abschreckung betroffen ist. Die Maßnahme muss dann potenziell grundrechtlich geschütztes Verhalten derart abschrecken, dass es in vielen Fällen und für eine gewisse Dauer unterbleibt. Der Einzelne kann sich darauf berufen und ist selbstbetroffen, wenn er zu den potenziell abgeschreckten Personen zählt (s. o.).

Hierin liegt keine Zulassung der Populärverfassungsbeschwerde, welche mitunter perhorreszierend als Untergang jeglicher funktionierender Verfassungsgerichtsbarkeit gefürchtet wird, sondern eine maßvolle Erweiterung zugunsten der Durchsetzung objektiven Verfassungsrechts auf den Schultern einer subjektiv-abwehrrechtlichen Konstellation. Sie ist als verfassungsprozessuale Antwort auf die Veränderung staatlicher Handlungsformen und Steuerungsmöglichkeiten nicht nur verkraftbar, sondern zur Erhaltung des grundrechtlichen Schutzniveaus geboten.

Darüber hinaus steht dem Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Annahme von Verfassungsbeschwerden ein Beurteilungsspielraum darüber zu, welche Verfassungsbeschwerde zu welchem Zeitpunkt aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG) oder zur Durchsetzung der Grundrechte (§ 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG) anzunehmen oder abzulehnen ist.⁶³⁹ Beide Alternativen – letztere aber eher als erstere – lassen Raum für die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten der angegriffenen Maßnahmen. So ist es denkbar, wenn nicht gar nötig, dass in hochgradig dynamischen Bereichen (zu einem solchen unten Kapitel 5.) eine auch auf Abschreckungserwägungen basierende

dungsbegründung ist, an dem sich der – praktisch auch verfassungspolitisch gefüllte – Beurteilungsspielraum auswirkt, welche Verfassungsbeschwerde zu welchem Zeitpunkt angenommen wird (zur Annahmeentscheidung sogleich). Dadurch dürfte die größte Verwirrung über den genauen Grad der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung zu erklären sein. Ehrlicher – im Sinne einer Reflexion der Herstellung in der Darstellung einer Entscheidung – aber nicht unbedingt besser wäre es, den Beschwerdeführern offenzulegen, dass beispielsweise gerade der von ihnen erlittene Nachteil nicht gravierend genug ist (vgl. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG).

⁶³⁸ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Lfg. 42 Oktober 2013, § 90 Rn. 356a ff.; vgl. auch Lechner/Zuck, BVerfGG, § 90 Rn. 129.

⁶³⁹ Vgl. BVerfGE 107, 395 (414 f.) – Rechtsschutz gegen den Richter I.

Fortentwicklung des Verfassungsrechts⁶⁴⁰ stattfindet. An dieser Stelle sollen nicht die denkbaren Fallgruppen der Annahmeerentscheidung in Abschreckungskonstellationen im Einzelnen beleuchtet werden. Maßgeblich wäre hier aber jedenfalls erneut die Gefährdung der Umsetzung objektiver Grundrechtsgehalte infolge der abschreckenden Wirkung einer angegriffenen Maßnahme.⁶⁴¹

5. Abschreckung als Kriterium der verfassungsrechtlichen Gebote der Normenklarheit und Normenbestimmtheit

Die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Normenklarheit und Normenbestimmtheit besagen, dass Normen als solche erkennbar und inhaltlich so hinreichend klar gefasst sein müssen, dass sie für die Normadressaten berechenbar sind, sie also ihr Verhalten an diesen ausrichten können.⁶⁴² Die beiden Gebote gehen dabei inhaltlich teilweise ineinander über.⁶⁴³ Das Gebot der Normenklarheit kommt meist zum Tragen, wenn Normen zwar per se bestimmt sind, aber durch unübersichtliche kaskadenartige Verweisungsketten eine besondere Fehleranfälligkeit der Rechtsanwendung geschaffen wurde.⁶⁴⁴ Die Gebote werden insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 (Abs. 3) GG hergeleitet, aber in bestimmten Regelungs- und Grundrechtsbereichen besonders verstärkt.⁶⁴⁵ Dies gilt insbesondere für Bereiche, in denen intensive Grundrechtseingriffe drohen⁶⁴⁶, wie beispielsweise durch das Strafrecht, wo zusätzlich unter anderem Art. 103 Abs. 2 GG besondere Anforderungen an die Normenbestimmtheit formuliert⁶⁴⁷. Praktisch wird das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Normenbestimmtheit und -klarheit durch eine Vielzahl von Faktoren determiniert.⁶⁴⁸ Zu diesen hat auch maßgeblich die wahrscheinliche überindividuelle abschreckende Wirkung

⁶⁴⁰ Zu den Fallgruppen der Grundsatzannahme *K. Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Lfg. 25 März 2006, § 93a Rn. 81 ff., 91 ff., zur Fortentwicklung der Rechtsprechung als Fallgruppe a. a. O. Rn. 92.

⁶⁴¹ Für die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten bei der Annahmeerentscheidung und ihre Objektivierung auch *K. Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Lfg. 25 März 2006, § 93a Rn. 111 ff.

⁶⁴² BVerfGE 31, 255 (264) – Private Tonbandervielfältigungen; 78, 205 (212 f.) – Schatzregal der Länder; 83, 133 (149 ff.) – Warteschleife; 87, 234 (263) – Einkommensanrechnung; 108, 186 (234 f.) – Informationspflichten bei Sonderabgaben.

⁶⁴³ So in BVerfGE 93, 213 (238 f.) – DDR-Rechtsanwälte; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 48 November 2006, Art. 20 VII Rn. 58.

⁶⁴⁴ Vgl. BVerfGE 110, 33 (61 ff.) – Zollkriminalamt.

⁶⁴⁵ Z. B. für das Fernmeldegeheimnis *Durner*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 57 Januar 2010, Art. 10 Rn. 136 ff.

⁶⁴⁶ BVerfGE 93, 213 (238) – DDR-Rechtsanwälte; 86, 288 (311) – Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe.

⁶⁴⁷ Vgl. BVerfGE 26, 41 (42 f.) – Grober Unfug; 126, 170 (194 ff.) – Präzisierungsgebot Untreuetatbestand.

⁶⁴⁸ Zu diesen *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Lfg. 48 November 2006, Art. 20 VII Rn. 59 ff.

einer Norm zu gehören. Demnach sind in solchen Bereichen besonders strenge Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit von Normen zu stellen, wo sich diese verheerend auf die Verwirklichung eines Grundrechts auswirken können, sie objektive Gehalte also schon abstrakt gefährden.⁶⁴⁹ Dies kann praktisch der Fall sein, weil Normen besonders weit gefasst sind, schwer konkretisierbar oder das Vorliegen ihrer Voraussetzungen für den Grundrechtsträger kaum prüfbar ist⁶⁵⁰. Die Bestimmtheitsanforderungen gelten dabei insbesondere verstärkt für die in ihrer objektiven Dimension den öffentlichen Meinungsaustausch und damit die Voraussetzungen der demokratischen Ordnung schützenden Kommunikationsgrundrechte.

Droht im Kernbereich eines Grundrechts selbst bei gewöhnlichen Handlungen eine derart verworrene Rechtslage, dass die Handlung in vielen Fällen unterbleiben muss oder die Hinzuziehung eines Rechtsbeistands unumgänglich wird, ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Normenklarheit bzw. -bestimmtheit anzunehmen. Umgekehrt ist allerdings immer aber dann ein Verstoß gegen diese Gebote auszuschließen, wenn mit der theoretischen Präzisierung von Normen kein verhaltensleitender Sicherheitsgewinn beim Grundrechtsträger korrespondiert.⁶⁵¹

6. Abschreckung als Kriterium bei der Entwicklung verfahrensrechtlicher Grundrechtsgehalte

Den einzelnen Grundrechten werden in Verbindung mit weiteren Garantien des Grundgesetzes (z. B. Art. 19 Abs. 4 GG)⁶⁵² bestimmte Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung von Verfahren und Organisation als Teil der objektiven Gehalte von Grundrechten entnommen.⁶⁵³ In Verbindung mit dem dargelegten verfassungsrechtlichen Optimierungsgebot der Vermeidung von Abschreckung ergibt sich hieraus der Auftrag, mögliche Abschreckungseffekte auch bei der Gestaltung von Verfahren und Organisation zu berücksichtigen und zu vermeiden. Die Verfahrensgestaltung kann es den Grundrechtsträgern insbesondere ermöglichen, Risiken der Grundrechtsausübung frühzeitig abzuschätzen, zu quantifizieren und gegebenenfalls sogar zu versichern⁶⁵⁴. Geeignet sind hierfür unter anderem frei-

⁶⁴⁹ Bereits explizit BVerfGE 110, 33 (53 f.) – Zollkriminalamt; 113, 348 (375 f.) – Präventive Telekommunikationsüberwachung.

⁶⁵⁰ So in BVerfGE 110, 33 (64) – Zollkriminalamt.

⁶⁵¹ BVerfGE 130, 1 (40) – Verwertungsverbot Wohnraumüberwachung. Das bedeutet nicht, dass die Normen nicht beispielsweise zugleich gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen könnten.

⁶⁵² BVerfGE 49, 252 (257) – Verletzung des rechtlichen Gehörs als selbständiger Beschwerdegrund; im Einzelnen *Dolderer*; Objektive Grundrechtsgehalte, S. 232 ff.

⁶⁵³ Grundlegend BVerfGE 53, 30 (57 ff.) – Mülheim-Kärlich.

⁶⁵⁴ Zu Versicherungsmöglichkeiten für Blogger allerdings kritisch zu konkreten Angeboten *Strömer*, *Mogelpackung Internet-Rechtsschutz*, Dezember 2004, abzurufen unter: <http://www.netlaw.de/beitraege/2004/internetversicherung.htm>.

willige Vorabverfahren und schrittweise Verfahren, welche die Rechtmäßigkeit einer anvisierten Grundrechtshandlung frühzeitig abklären und insoweit das Risiko nachgelagerter Sanktionen eindämmen. Die Möglichkeiten hierzu unterscheiden sich je nach Regelungsbereich und möglicher Grundrechtsausübung stark. Das Steuerrecht kennt die verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO; das Baurecht sieht Bauvorbescheid (§ 63 HBauO, § 74 BauO Bln) und Teilbaugenehmigung (§ 72 Abs. 5 S. HBauO, § 73 BauO Bln) vor. Die grundsätzliche Risikotragung nachträglicher Sanktionen durch den Grundrechtsträger bleibt aber gerade im Bereich der Meinungs- und Pressefreiheit Kehrseite der Entscheidung des Verfassungsgebers gegen jegliche Vorzensur (Art. 5 Abs. 3 GG).⁶⁵⁵ Praktisch können Grundrechtsträger in einigen Fällen selbst ihr Risiko ein Stück weit minimieren, indem sie Informationsressourcen ausschöpfen und insbesondere professionellen Rechtsrat einholen.

⁶⁵⁵ Explizit BVerfGE 33, 52 (72) – Zensur.

Kapitel 5

Anwendung des Arguments: Abschreckung und internetbasierte Grundrechtsverwirklichung

Verändert sich die Grundrechtswirklichkeit maßgeblich, so kann die Auslegung der Grundrechte nicht starr bleiben.⁶⁵⁶ Die Verfassungsrechtsprechung erreichen nicht nur immer neue Fallkonstellationen, die sie in ihre entwickelten Kategorien einordnen und diese damit an der Praxis schärfen kann. Vielmehr besteht das Risiko, dass Normen – hier: Grundrechte – ihr Ziel verfehlen oder schlicht wirkungslos bleiben.⁶⁵⁷ Daher sind Veränderungsprozesse der Grundrechtswirklichkeit mit gesteigerter Eigendynamik für die Rechtswissenschaft besonders relevant und praktisch äußerst entscheidungsträchtig. Im Falle des Internets strahlen von einer ursprünglich technischen Neuerung Innovationswellen in alle gesellschaftlichen Bereiche wie Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Recht ab. Soziale Praktiken ändern sich zunächst schleichend, aber schließlich grundlegend.⁶⁵⁸

Diese disruptiven Veränderungen sind auch für Abschreckungszusammenhänge folgenreich. Sachverhalte mit Internetbezug eignen sich daher für den Zweck dieser Untersuchung besonders als Anwendungsbeispiele für Abschreckungsargumentationen. Anhand zweier Problemkomplexe wird aufgezeigt, wie dynamische Wirklichkeitsveränderungen grundrechtliche Reevaluationen in Bezug auf Abschreckungseffekte erforderlich machen und neue Argumentationslinien vorzeichnen. Die Anwendungsfälle regen dadurch zugleich materielle verfassungsrechtliche Änderungen an bzw. antizipieren diese.

⁶⁵⁶ „Das bedeutet, daß im Wandel der tatsächlichen Verhältnisse auch die Auslegung der Verfassung sich ändern kann, ja ändern muß.“, *K. Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 15. Siehe bereits detailliert oben Kapitel 3 unter I.2.

⁶⁵⁷ Siehe insbesondere oben Fn. 368 und zugehöriger Haupttext.

⁶⁵⁸ Die Digitalisierung stellt neben der Internationalisierung eine der wesentlichen Herausforderungen für das (Verfassungs-)Recht dar. Die Verfassungsrechtswissenschaft hat sich jedoch in Ermangelung lebensweltlicher Berührung vieler ihrer Protagonisten mit dem Bereich neuerer Phänomene der Grundrechtsausübung lange Zeit wenig beschäftigt. Schließlich haben eher pauschale Antworten Verwirrung gestiftet, die vor allem durch fehlgehende Analogien zum Analogen (E-Mail = Brief; Blog = Zeitschrift) und unglückliche Metaphern („Raum“, „Forum“, „Cyberspace“) getragen wurden. Des Weiteren ist die Tendenz zu erkennen, den gegenwärtigen, vagen Trendbegriffen hinterherzulaufen (einst: Multimedia, Cyberspace; Web 2.0/3.0/4.0/5.0; gegenwärtig: Big Data, Internet of Things, etc.). Dies zeugt von einem erst entstehenden Verständnis technischer und gesellschaftlicher Zusammenhänge in diesem Bereich und der damit einhergehenden Furcht vor eigener Begriffsbildung.

Die online-gestützte Verwirklichung von Grundrechten ist keineswegs qualitativ anders oder kategorisch verschieden. Sie bedarf daher nicht per se einer Sonderbehandlung. Des Weiteren ist sie auch kaum von einer „Offline-Grundrechtsausübung“ abzugrenzen.⁶⁵⁹ Häufig verlagern sich nur einzelne Schritte einer sozialen Interaktion und damit der Grundrechtsausübung ins Digitale. So kann eine Versammlung mit Hilfe internetgestützter Anwendungen vor- und nachbereitet (Art. 8 GG), der Artikel einer Zeitung auch online zugänglich gemacht (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) oder mittels internetgestützter Telefonie vertraulich kommuniziert werden (Art. 10 GG). Umgekehrt hinterlassen soziale Praktiken, die offline umgesetzt werden, auch online ihre Spuren. Beispiele sind hier von Smartphones automatisch erstellte Bewegungsmuster; ebenso werden bei Cloud-Diensten private Telefonbücher, Anruflisten, Fotos oder sogar Tagebuchaufzeichnung hinterlegt. Eine Abgrenzung, welche noch von Begriffen wie „Cyberspace“ evoziert wurde, verliert also für die Ausübung von Grundrechten ihre Bedeutung.⁶⁶⁰

Mit dem Wandel der jeweiligen Übungssituation und der Strukturen der Grundrechtswirklichkeit insgesamt ändern sich auch grundrechtliche Abschreckungszusammenhänge maßgeblich. Einige die Abschreckung bestimmende Faktoren fallen geringer ins Gewicht, während viele verstärkt Wirkung entfalten. Hier werden zwei verfassungsrechtliche Problemkomplexe, die sich aufgrund ihres Internetbezugs besonders dynamisch verändern, exemplarisch daraufhin untersucht, wie sich Abschreckungszusammenhänge wandeln und verfassungsrechtliche Reaktionen förmlich provozieren. Der erste Problemkomplex befasst sich mit online-gestützter Überwachung und berührt damit vor allem den Bereich der Persönlichkeitsgrundrechte (I.). Der zweite Problemkomplex betrifft öffentliche oder zumindest netzwerk-öffentliche Meinungsäußerung online und liegt damit im Feld der Kommunikationsgrundrechte (II.). Während ersterer durch gesetzliches Recht determiniert ist, wird letzterer maßgeblich durch Richterrecht bestimmt. Die Komplexe stellen abstrakte verfassungsrechtliche Falltypen dar, die Grundprobleme der Abschreckung in ihren jeweiligen Feldern veranschaulichen.⁶⁶¹ Sie fassen praktische Anwendungsbeispiele des Abschreckungsargu-

⁶⁵⁹ Parallel lehnt Beck, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 15 (32f.) die Konstruktion einer abgetrennten „Netzöffentlichkeit“ ab; ähnlich kritisch zur Online-Offline-Dichotomie Döring, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 159 (161).

⁶⁶⁰ Insbesondere kann es zu Rückwirkungen von online Effekten auf solche grundrechtlich geschützten Handlungen kommen, die ohne Internetbezug stattfinden. Etwa bei der Onlinekommunikation internalisierte Effekte und eingeübte Verhaltensweisen könnten durchaus auch auf offline Konversationen reflektieren und so ihren Wirkungsbereich erweitern. Gewichtige Anhaltspunkte hierfür bei Marder/Joinson/Shankar/Houghton, Computers in Human Behavior 60 (2016), 582 ff.; Hampton/Rainie/Lu/Dwyer/Shin/Purcell, Social Media and the ‚Spiral of Silence‘, Pew Research Center, 2014, S. 8, 25, abrufbar unter: <http://www.pewinternet.org/2014/08/26/social-media-and-the-spiral-of-silence/>.

⁶⁶¹ Sie sind also exemplarisch gemeint. Vgl. sonst zur Typenbildung als Teil der juristischen Methode Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 73 ff.; Larenz/Canaris, Methoden-

ments zusammen und können zugleich als Leitbilder für ähnliche Konstellationen dienen. Dabei wird den in dieser Arbeit entwickelten Leitlinien gefolgt, wobei aufgrund der höheren Abstraktionsebene dieser Problemkomplexe im Vergleich zu konkreten Fällen und dem Fokus auf Maßstabsverschiebungen einige Abweichungen erfolgen. Auch geben diese Ausführungen keine Lösung für den Einzelfall vor, sondern zeigen generelle Argumentations- und damit Abwägungsverschiebungen auf. Die erschöpfende verfassungsrechtliche Aufarbeitung beider Problemkomplexe ist daher nicht erforderlich. Im konkreten Anwendungsfall bleibt es für die Prüfung der Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen insbesondere unerlässlich, die kollidierenden Güter mit Verfassungsrang abzuwägen und das Verfahren ihrer praktischen Durchführung zu berücksichtigen.⁶⁶² Die beiden folgenden Abschnitte sind so aufgebaut, dass zunächst kurz abschreckungspezifische Wirklichkeitsveränderungen aufgezeigt werden, bevor dann auf bereits erfolgte und naheliegende verfassungsrechtliche Maßstabsverschiebungen und -korrekturen eingegangen wird.

I. Problemkomplex: Online-gestützte Überwachung

Überwachung – verstanden als die zielgerichtete staatliche Beschaffung von Information über Eigenschaften, Verhalten oder Kommunikation von Personen⁶⁶³ – bedient sich auch der Möglichkeiten des Internets. Nicht nur wird online freizugängliches Verhalten (meist: Kommunikate) erhoben und ausgewertet⁶⁶⁴, sondern es lassen sich über das Internet auch die Inhalte und Nutzung von Computern ermitteln⁶⁶⁵, Aufenthaltsorte von Personen bestimmen⁶⁶⁶ oder gleich breitflächig

lehre der Rechtswissenschaft, S. 41 ff., 290 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 208 ff., 461 ff.

⁶⁶² Es ist nämlich stets nur individuell und kontextbezogen feststellbar, wie sich angesichts der zu beschreibenden strukturellen Veränderungen der Grundrechtswirklichkeit die konkrete Ausübungssituation für den einzelnen Grundrechtsträger darstellt und ändert. Die Entscheidung für oder gegen (eine bestimmte Form der) Grundrechtsausübung hängt von unzähligen, kaum im Einzelnen aufklärbaren Faktoren ab. Trotzdem sind die beschriebenen Strukturveränderungen in Bezug auf Abschreckungseffekte für Verfassung und Grundrechtswirklichkeit von Bedeutung. Gerade weil sie in der Breite ihre Wirkungen zeigen und geeignet sind, die Grundrechtsausübung in Häufigkeit, Form und Inhalt zu verändern, bedürfen sie der wissenschaftlichen Untersuchung und eventuell verfassungsrechtlicher Antworten.

⁶⁶³ Nach *Lyon*, *Surveillance Studies*, S. 13 f. ist Überwachung die zielgerichtete, systematische und laufende Aufmerksamkeit auf persönliche Merkmale zu Zwecken der Einflussnahme, Steuerung oder des Schutzes. Die Zwecke der Informationserhebung sind hier zunächst unerheblich.

⁶⁶⁴ Z. B. zu den Konstellationen der Online-Streife und Online-Ermittlungen, *Oermann/Staben*, *Der Staat* 52 (2013), 630 ff.

⁶⁶⁵ Zum Funktionsumfang des Programms zur Online-Durchsuchung BVerfGE 120, 274 (279) – Online-Durchsuchungen.

⁶⁶⁶ Die IP-Adresse liefert gewichtige Anhaltspunkte. Zu Möglichkeiten und Grenzen der

Kommunikation mitschneiden und auswerten⁶⁶⁷. Deutsche wie ausländische Geheimdienste und Polizeibehörden besitzen umfassende Online-Überwachungsmöglichkeiten oder bauen diese aus.⁶⁶⁸ Gelegenheiten, Effizienz und Wirkung der Überwachung werden dabei von acht für das Internet typischen Struktureigenschaften maßgeblich gesteigert.

Erstens besitzen Kommunikate und die Information über Handlungen eine potenziell zeitlich wie räumlich unbegrenzte *Reichweite*.⁶⁶⁹ Zweitens sind Äußerungen und Handlungen dauerhaft der Anschauung zugänglich oder zumindest nachweisbar, also *persistent*.⁶⁷⁰ Mitunter können selbst dann, wenn das ursprüngliche Kommunikat vom Entäußernden längst gelöscht wurde, die Empfänger des Kommunikats über seine Entäußerung mit einiger Verlässlichkeit (z. B. über ihren digitalen Posteingang oder Screenshots) Zeugnis ablegen⁶⁷¹ oder staatliche Behörden bei diesen zugreifen. Reichweite und Persistenz von Handlungen führen also – drittens – zu *gesteigerter Beobachtbarkeit*. Dass Handlungen und Kommunikate in Form von Code bzw. Text vorliegen, erleichtert – viertens – ihre *maschinelle Kategorisierbarkeit und Durchsuchbarkeit*.⁶⁷² Dies kann die Effizienz staatlicher Überwachung ungemein steigern und massenhafte Überwachung kosteneffizient ermöglichen.

Fünftens kann die Überwachung leichter *verdeckt* erfolgen. Die staatlichen Überwacher und der Vorgang der Überwachung sind vom Überwachten – z. B. im Unterschied zur klassischen Beschattung und Wohnungsdurchsuchung – kaum

Geolokalisierung *Hoeren*, MMR 2007, 3 ff.; zu Auskunftersuchen über Anschlussinhaber BVerfGE 130, 151 – Zuordnung dynamischer IP-Adressen.

⁶⁶⁷ Zu den strategischen Aufklärungsmöglichkeiten des BND von E-Mail-Korrespondenz siehe den Sachverhalt der Entscheidung BVerwG JZ 2014, 994.

⁶⁶⁸ Fn. 664–667. Siehe auch *Poitras/Rosenbach/Stark*, NSA überwacht 500 Millionen Verbindungen in Deutschland, SPIEGEL-ONLINE vom 30.6.2013, abrufbar unter: <http://spon.de/adYvF>; *Carstens*, BND-Pläne rufen Unmut hervor, FAZ.net vom 17.6.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/-gpg-7a1lw>.

⁶⁶⁹ Z. B. *Misoch*, Online-Kommunikation, S. 59 ff. und *Mayer-Schönberger*, Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age, S. 79 ff.

⁶⁷⁰ Einführend zur Eigenschaft der Persistenz von computervermittelter Kommunikation, *Erickson*, Journal of Computer-Mediated Communication 4 (4) (1999), 0 m. w. H. Siehe auch *Mayer-Schönberger*, Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age, insb. S. 92 ff. und BVerfGE 125, 260 (342) – Vorratsdatenspeicherung.

⁶⁷¹ Der Empfängerkreis gerät damit – häufig losgelöst vom ursprünglichen Verwendungskontext und Sprechsituation – potenziell unbegrenzt. Jede Äußerung kann, je nach ursprünglichem Adressatenkreis, völlig anderen Empfängern zur Kenntnis gelangen und dekontextualisiert werden. Wer die Information über die Tatsache seiner eigenen Äußerung oder Handlung nicht kontrollieren oder ihre Verbreitung nicht einmal absehen kann, verliert die Kontrolle über die Reaktionen Dritter und wird befängener agieren. Schon dies könnte Unsicherheit beim Entäußernden schaffen, so die Vermutung in BVerfGE 34, 238 (246 f.) – Tonband.

⁶⁷² Siehe z. B. *Vagle*, When Algorithmic Surveillance Becomes Structural Surveillance, 30.1.2015, abrufbar unter: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/01/when-algorithmic-surveillance-becomes-structural-surveillance>. Zu diesen und weiteren kapazitäts- und effizienzbestimmenden Eigenschaften von Überwachungssystemen *Rule*, Private Lives and Public Surveillance, S. 38 ff.

festzustellen. Entziehen sich der Überwacher und der Vorgang der Überwachung der Wahrnehmung des Überwachten führt dies zu sogenannten panoptischen Effekten.⁶⁷³ Sind nämlich Dauer und Art der Überwachung für den Einzelnen grundsätzlich nicht feststellbar, muss bzw. kann er immer davon ausgehen, überwacht zu werden. Dies verleiht Überwachungsmaßnahmen eine besondere Breitenwirkung mit potenziell gesellschaftlichem Ausmaß.

Sechstens werden die angesprochenen Überwachungsmaßnahmen zugleich durch die Ballung von Informationen bei *Intermediären* einfacher und effizienter. Intermediäre sind Dienste, die zwischen Inhalt und Nutzer stehen, strukturelle Relevanz für öffentliche Kommunikation besitzen und nicht traditionelle rein journalistische Angebote darstellen.⁶⁷⁴ Beispiele sind soziale Netzwerke (z. B. Facebook, LinkedIn), online Kommunikationsdienste (z. B. Whats App, Skype), Suchmaschinen (z. B. Google, Bing) und (Micro-)Blogging Plattformen (z. B. Twitter, Tumblr). Diese haben aufgrund von Netzwerkeffekten die Tendenz zur Monopolbildung und decken bestimmte soziale Kommunikationsfunktionen mitunter praktisch allein ab.⁶⁷⁵ Grundrechtsträger sind also zur effektiven Ausübung ihrer Grundrechte häufig faktisch auf private Intermediäre angewiesen. Diese Monopolstrukturen erleichtern Überwachungsmaßnahmen, weil Informationen an einer Stelle zentral gesammelt werden und mit einem Zugriff erfassbar sind.⁶⁷⁶ Zusätzlich verdeckt es die Informationserhebung weiter, weil sie bei Dritten stattfindet, und leistet so bereits erwähnten panoptischen Effekten als Wirkungsmultiplikatoren der Überwachung Vorschub.

Siebtens ist die Erhebung und Verarbeitung persönlicher Daten nahezu *ubiquitär*. Nicht nur werden immer mehr Maschinen und Gegenstände mit der Möglichkeit zur Datenverarbeitung ausgestattet und untereinander vernetzt⁶⁷⁷, sondern dies betrifft auch immer mehr Personen und geschieht in immer sensibleren Bereichen. Durch Smartwatches lässt sich beispielsweise fast jede bewusste körperliche Regung ebenso wie wesentliche Körperfunktionen überwachen. Wird hierauf zugegriffen, gerät die Möglichkeit der Überwachung der physischen menschlichen Präsenz praktisch lückenlos.

Zugleich erschweren – achtens – die für die bisherigen Formen der Überwachung geschaffenen Tatbestandsvoraussetzung und Zugriffsmöglichkeiten dem Einzelnen die *subjektive Einschätzung*, welchen Verdacht er erregen muss, um

⁶⁷³ Vgl. Lyon, *The Electronic Eye*, S. 57 ff., insb. S. 67 ff.; über das panoptische Modell hinausgehend Bauman/Lyon, *Liquid Surveillance*, S. 52 ff.; siehe auch Wunderlich, in: Maresch/Weber (Hrsg.), *Kommunikation, Medien, Macht*, 342 ff.

⁶⁷⁴ Siehe Gasser/Schulz, *Governance of Online Intermediaries. Observations From a Series of National Case Studies*, Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, 2015, S. 3, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2566364>.

⁶⁷⁵ Siehe z. B. *The Economist*, *Everybody wants to rule the world*, *The Economist* vom 29.11.2014, abzurufen unter: <http://econ.st/1vopHuH>.

⁶⁷⁶ Zur Zentralität *Rule, Private Lives and Public Surveillance*, S. 38 f.

⁶⁷⁷ So schon BVerfGE 120, 274 (304) – Online-Durchsuchungen.

Online-Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt zu sein. Viele Möglichkeiten der Überwachung waren dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Ausarbeitung der Ermächtigungsgrundlagen unbekannt und noch nicht abzusehen. Dies führt dazu, dass die aktuellen Möglichkeiten online-gestützter Überwachung rechtlich nicht immer klar umrissen sind. Die aktuelle praktische Auslegung der Gesetze durch staatliche Behörden bleibt häufig geheim oder für die Öffentlichkeit unklar.

Die acht genannten Effekte erweitern den Umfang, die Effizienz und die disziplinierende Wirkung von Überwachung. Sie werden derweil kaum durch Möglichkeiten der pseudonymen oder anonymen Interaktion ausgeglichen. Diese Modi der Interaktion existieren nur bedingt, temporär und konstellationsgebunden. Nicht nur sind sie aufwendig herzustellen und zu erhalten, sondern sie können auch gegen die Nutzungsbedingungen von Intermediären verstoßen⁶⁷⁸ und sind mit entsprechenden staatlichen Ressourcen reversibel⁶⁷⁹.

Einige sozial-psychologische Untersuchungen zu den Wirkungen von klassischer Überwachung sind bereits erwähnt worden⁶⁸⁰, doch auch die Effekte von Online-Überwachung sind sozialwissenschaftlich dokumentiert. Befragungen legen mitunter erhebliche Abschreckungspotenziale und Anpassungsdruck aufgrund von Überwachung nahe.⁶⁸¹ Sie kann aber unter bestimmten Umständen auch aktivierend wirken und Widerstand hervorrufen.⁶⁸² Schon eine automatische, rein maschinelle Erfassung von Verhalten kann sich hemmend auf dieses auswirken, soweit sie bemerkt wird.⁶⁸³ Unklar bleibt dabei mit welcher inhaltlichen Qualität Selbstbeschränkungen durch Überwachung ausgelöst werden. Ge-

⁶⁷⁸ Z.B. statuiert Punkt 4 der Nutzungsbedingungen von Facebook eine Klarnamenpflicht, abrufbar unter: https://de-de.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE.

⁶⁷⁹ Vgl. §§ 111–113 TKG; §§ 100g, 100j StPO, siehe auch BVerfGE 125, 260 (341 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

⁶⁸⁰ Oben Kapitel 3 unter III.2.d).

⁶⁸¹ *SINUS-Institut Heidelberg*, Überwachung elektronischer Daten und ihr Einfluss auf das Nutzungsverhalten im Internet, abzurufen unter: <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-03-DIVSI-PRISM-Blitzumfrage-PK.pdf>.

Zur Selbstzensur von Schriftstellern weltweit aufgrund von Online-Überwachung *PEN American Center*, Global Chilling, 5.1.2015, S. 10: 34% der befragten Schriftsteller aus „freien Ländern“ gaben an, aufgrund von staatlicher Überwachung bestimmte Themen gemieden oder dies ernsthaft in Betracht gezogen zu haben, vgl. auch Tabelle Q15a auf S. 28, abzurufen unter: http://www.pen.org/sites/default/files/globalchilling_2015.pdf.

Detaillierter zur Selbstzensur von US-amerikanischen Schriftstellern *PEN American Center*, Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor, 12.11.2013, abrufbar unter: https://www.pen.org/sites/default/files/Chilling%20Effects_PEN%20American.pdf.

Für die Pressearbeit und das anwaltliche Mandatsverhältnis *Human Rights Watch/ACLU*, With Liberty to Monitor All, 28.7.2014, S. 22 ff., 49 ff., abzurufen unter: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usnsa0714_ForUpload_0.pdf.

⁶⁸² *Krueger*, Social Science Computer Review 23 (4) (2005), 439 ff.

⁶⁸³ *Stanley*, Radar Speed Signs, Machine Monitoring, and Chilling Effects, 3.7.2014, abzurufen unter: <https://www.aclu.org/blog/technology-and-liberty/radar-speed-signs-machine-monitoring-and-chilling-effects>; ähnliche Annahmen in BVerfGE 100, 313 (384) – Telekommunikationsüberwachung I.

gebenenfalls werden Meinungen und Gedanken entschärft oder bekommen eine andere Form. Umfassende sozial-psychologische Untersuchungen hierzu fehlen noch. Auch die genaue Intensität des Anpassungsdrucks durch Online-Überwachung ist empirisch noch nicht aufgeklärt. Die erwähnten Erhebungen stellen aber insbesondere hinreichend fest, dass nicht allein illegale Verhaltensweisen unterbleiben. Vor allem die Suche nach Informationen und das Anschneiden bestimmter Themen im Rahmen von Gesprächen über besondere Kommunikationskanäle⁶⁸⁴ wird nur in absoluten Ausnahmefällen rechtswidrig, sondern regelmäßig grundrechtlich geschützt sein (zu diesen Anforderungen oben Kapitel 3 unter III.2.a)bb) und cc)). Schon die Befürchtung weiteren, einschneidenderen Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt zu sein oder sich eventuell später für sein Verhalten rechtfertigen zu müssen, reichen anscheinend aus, um Verhaltensänderungen hervorzurufen. Grundsätzlich ist hilfsweise zu berücksichtigen, dass die meisten Personen nicht stets in der Lage sein dürften, trennscharf zwischen rechtlichen und sozialen Normen zu unterscheiden oder den nicht unerheblichen Aufwand für die Beseitigung von Subsumtionsunsicherheiten scheuen.⁶⁸⁵

Verstärkt können sich Überwachungseffekte zudem bei bestimmten politischen, ethnischen oder religiösen Gruppen zeigen, die tatsächlich oder vermeintlich im Fokus der Sicherheitsbehörden stehen.⁶⁸⁶ Dies vermag die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte durch diese Gruppen zu hemmen mit schwer absehbaren Folgen für den gesellschaftlichen Gesamtdiskurs.⁶⁸⁷ Es ist daher davon auszugehen, dass neben der grundrechtsrelevanten Verhaltensbeeinflussung in einzelnen Fällen durch Maßnahmen der Online-Überwachung gerade aufgrund ihrer Breitenwirkung auch objektive Grundrechtsgehalte (vgl. oben Kapitel 3 unter III.2.a)dd) und Kapitel 4 unter I.2.) gefährdet werden. Grundsätzlich ist das objektiv-grundrechtliche Gefährdungspotenzial jeder einzelnen Maßnahme zu erwägen. Gerade im Hinblick auf Überwachungsmaßnahmen ist aber zu beachten, dass sie kumulativ wirken und dadurch einen allgemeinen Überwachungsdruck erzeugen können⁶⁸⁸. Diese Wirkungskumulation wirkt auf die Rechtmäßigkeit einzelner Maßnahmen zurück. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Abschreckungseffekte in Fällen der Online-Überwachung äußerst früh den Prozess der Entwicklung von Ideen beeinflussen, welche in Kommunikation und Interaktion münden können. Schon das Sammeln von Informationen oder das Auspro-

⁶⁸⁴ Gerade diese Verhaltensweisen wurden unterlassen, vgl. insbesondere *PEN American Center, Chilling Effects* (Fn. 681), S. 5 ff.

⁶⁸⁵ Siehe auch *Oermann/Staben, Der Staat* 52 (2013), 630 (647).

⁶⁸⁶ Empirische Befunde bei *Sidhu, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class* 7 (2007), 375 (391).

⁶⁸⁷ Siehe auch zu Einflüssen der Überwachung auf die Beschaffung von Informationen mittels Suchmaschinen *Marthews/Tucker, Government Surveillance and Internet Search Behavior*, 29.4.2015, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2412564>.

⁶⁸⁸ Äußerste verfassungsrechtliche Grenze ist das Verbot der Totalüberwachung, BVerfGE 125, 250 (323 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

bieren von Argumentationen und Fantasien, welche Bezüge zu allen möglichen Freiheitsgrundrechten (Meinungs-, Kunst- oder Religionsfreiheit, etc.) aufweisen können, steht – soweit es den rein gedanklichen Kontext verlässt und lediglich notiert wird – unter Einfluss von Überwachung. Die Folgen für die Generierung und Verbreitung von Ideen in einer demokratischen Gesellschaft sind schlichtweg unabsehbar (vgl. Kapitel 3 unter III.2.a)ee).

Das Bundesverfassungsgericht hat einige der genannten abschreckungsverstärkenden Faktoren schon in seinen Entscheidungen zu Überwachungsmaßnahmen ohne Onlinebezug⁶⁸⁹ explizit berücksichtigt und so sich stetig verändernden Wirkungszusammenhängen Rechnung getragen. Es wurde Bezug genommen auf: die maschinelle Kategorisierbarkeit und Durchsuchbarkeit⁶⁹⁰, die Verdeckung der Überwachung⁶⁹¹, den Umfang bzw. die Ubiquität von Überwachung⁶⁹² und dem Inhalt nach auch auf panoptische Wirkungsmultiplikatoren⁶⁹³.

Unter anderem mit Bezug auf diese Faktoren entwickelte das Bundesverfassungsgericht umfangreiche verfassungsrechtliche Anforderungen: Zweckbindung⁶⁹⁴, Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten⁶⁹⁵, präventiver Rechtsschutz zum Beispiel durch Datenschutzbeauftragte⁶⁹⁶, Anonymisierung bzw. Anonymität von Daten⁶⁹⁷, erhöhte Anforderungen an das Gebot der Normenklarheit bzw. -bestimmtheit⁶⁹⁸, gesteigerte materielle Anforderungen an Strafverfolgungsinteressen und/oder qualifizierte Gefahren⁶⁹⁹, absoluter Schutz eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung⁷⁰⁰, präventive Richtervorbehalte⁷⁰¹ nebst kontinuierlicher Kontrollpflichten⁷⁰², besondere Zuständigkeiten für diese⁷⁰³, Maximaldauer

⁶⁸⁹ Für diese Kategorie herangezogen werden die Entscheidungen BVerfGE 65, 1 – Volkszählung; 67, 157 – G 10; 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 – Lauschangriffe.

⁶⁹⁰ BVerfGE 65, 1 (42) – Volkszählung.

⁶⁹¹ BVerfGE 109, 279 (324) – Lauschangriffe.

⁶⁹² BVerfGE 65, 1 (42) – Volkszählung; als eher gering in BVerfGE 100, 313 (375 f. vgl. aber auch 392) – Telekommunikationsüberwachung I.

⁶⁹³ Deutlich BVerfGE 100, 313 (381) – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 (354 f.) – Lauschangriffe.

⁶⁹⁴ BVerfGE 65, 1 (46) – Volkszählung; 100, 313 (359 f.) – Telekommunikationsüberwachung I.

⁶⁹⁵ BVerfGE 65, 1 (46) – Volkszählung; Löschungspflichten in BVerfGE 100, 313 (362) – Telekommunikationsüberwachung I; Löschpflichten und Verwertungsverbote in BVerfGE 109, 279 (331 ff.) – Lauschangriffe; vgl. zu Auskunftsansprüchen BVerfGE 109, 279 (363 f.) – Lauschangriffe.

⁶⁹⁶ BVerfGE 65, 1 (46) – Volkszählung.

⁶⁹⁷ BVerfGE 65, 1 (49) – Volkszählung; 67, 157 (178 f., 182) – G 10.

⁶⁹⁸ BVerfGE 65, 1 (62 f.) – Volkszählung.

⁶⁹⁹ BVerfGE 100, 313 (384 f., 393 ff.) – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 (343 ff., 350 ff.) – Lauschangriffe.

⁷⁰⁰ BVerfGE 109, 279 (314 f., 318 ff., 328 ff.) – Lauschangriffe.

⁷⁰¹ BVerfGE 109, 279 (316, 357 ff.) – Lauschangriffe.

⁷⁰² BVerfGE 109, 279 (360 f.) – Lauschangriffe.

⁷⁰³ BVerfGE 109, 279 (370 f.) – Lauschangriffe.

der Überwachung⁷⁰⁴, Transparenzanforderungen insbesondere Benachrichtigungspflichten⁷⁰⁵, (wiederholter) Richtervorbehalt für Ausnahmen von Benachrichtigungspflichten⁷⁰⁶, vereinfachter nachträglicher Rechtsschutz⁷⁰⁷, besondere parlamentarische Kontrolle⁷⁰⁸, Kennzeichnungspflichten für Daten⁷⁰⁹, der ultima-ratio-Gedanke in Bezug auf die Maßnahme⁷¹⁰ und Volumenbeschränkungen in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen⁷¹¹. Diese Anforderungen gelten natürlich nicht stets und in gleicher Intensität, sondern sind immer bereichs- und maßnahmenspezifisch⁷¹² und bedingen sich gegenseitig. Ihre Kombination ergibt sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalls.

In Entscheidungen zu Online-Überwachungsmaßnahmen⁷¹³ wurden nicht nur die Veränderungen bereits identifizierter Faktoren der Abschreckung berücksichtigt⁷¹⁴ und verfassungsrechtliche Anforderungen wiederholt bzw. verschärft⁷¹⁵,

⁷⁰⁴ BVerfGE 109, 279 (362) – Lauschangriffe; nicht als verfassungsrechtliche Anforderung, aber als Faktor, welcher der Verhältnismäßigkeit zuträglich ist, in BVerfGE 67, 157 (180) – G 10.

⁷⁰⁵ BVerfGE 100, 313 (361, 397 ff.) – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 (363 ff.) – Lauschangriffe.

⁷⁰⁶ BVerfGE 109, 279 (365 ff.) – Lauschangriffe; etwas allgemeiner zunächst BVerfGE 100, 313 (361 f.) – Telekommunikationsüberwachung I.

⁷⁰⁷ BVerfGE 109, 279 (371 f.) – Lauschangriffe.

⁷⁰⁸ BVerfGE 109, 279 (372 ff.) – Lauschangriffe; als Aspekt der Verhältnismäßigkeit in BVerfGE 100, 313 (374) – Telekommunikationsüberwachung I.

⁷⁰⁹ BVerfGE 100, 313 (360 f.) – Telekommunikationsüberwachung I; 109, 279 (379 f.) – Lauschangriffe.

⁷¹⁰ BVerfGE 109, 279 (342 f.) – Lauschangriffe.

⁷¹¹ BVerfGE 67, 157 (173 f.) – G 10.

⁷¹² Auch abhängig von der jeweils ermittelnden Behörde und ihrer Zielsetzung BVerfGE 120, 274 (330 f.) – Online-Durchsuchung; zögerlicher BVerfGE 125, 260 (331 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

⁷¹³ Für diese Kategorie herangezogen werden BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung; 124, 43 – Beschlagnahme von E-Mails; 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung; 130, 151 – Zuordnung dynamischer IP-Adressen.

⁷¹⁴ Zur Ubiquität der Datensammlung vornehmlich innerhalb geschlossener Computersysteme BVerfGE 120, 274 (303 ff., insb. auch 308 f., 312 f., 322 f.) – Online-Durchsuchung; außerhalb derselben BVerfGE 125, 260 (318 f.) – Vorratsdatenspeicherung, 130, 151 (188 f.) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen; zur Verdeckung der Überwachung BVerfGE 120, 274 (306, 325 f.) – Online-Durchsuchung, 125, 250 (320) – Vorratsdatenspeicherung, 130, 151 (196) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen; Ansätze zur Persistenz in BVerfGE 124, 43 (56) – Beschlagnahme von E-Mails.

⁷¹⁵ Vgl. zur Zweckbindung BVerfGE 125, 250 (345 f.) – Vorratsdatenspeicherung; zu präventiven Richtervorbehalten BVerfGE 120, 274 (331 f.) – Online-Durchsuchung, 125, 250 (337 ff.) – Vorratsdatenspeicherung; zu Benachrichtigungspflichten BVerfGE 124, 43 (71 ff.) – Beschlagnahme von E-Mails, 125, 250 (344, 353 f., 358) – Vorratsdatenspeicherung; insbesondere auch mit dem Ziel ein bedrohliches Gefühl des Überwachtwerdens zu reduzieren BVerfGE 125, 250 (335 ff.) – Vorratsdatenspeicherung; zu Ausnahmen von diesen Benachrichtigungspflichten und zugehörigen Richtervorbehalten BVerfGE 125, 250 (336 f.) – Vorratsdatenspeicherung; zu Normenklarheit/-bestimmtheit BVerfGE 120, 274 (315 ff.) – Online-Durchsuchung, 124, 43 (60 f.) – Beschlagnahme von E-Mails, 125, 250 (354 ff.) – Vorratsdatenspeicherung, 130, 151 (202 ff.) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen; zu erhöhten Anforderungen an die zu schützenden Rechtsgüter und qualifizierten Gefahrerfordernissen BVerfGE 120, 274 (326 ff.) – On-

sondern es kamen auch Faktoren hinzu: die Persistenz von Handlungsinformationen innerhalb geschlossener Computersysteme⁷¹⁶ und die Beständigkeit der Inhalte von Internetseiten⁷¹⁷ und dadurch gesteigerte Beobachtbarkeit⁷¹⁸ ebenso wie die besondere Schutzbedürftigkeit durch das Angewiesensein auf Intermediäre⁷¹⁹. Auf diese veränderten Einflussfaktoren für die Möglichkeit und Wirkung von Überwachung, die für Informationstechnologie und Internet typisch sind, reagierte das Bundesverfassungsgericht wiederum mit erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen. So ging es zum Beispiel von erhöhter Eingriffsintensität aus, wenn der Betroffene keine Einwirkungsmöglichkeiten auf seinen Datenbestand hat⁷²⁰, und trug damit teilweise der Intermediärsstruktur Rechnung. Schließlich hinterließ die Verlagerung sozialer Interaktionen ins Internet sogar in Form des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme („IT-Grundrecht“) Spuren auf Ebene der Grundrechtsdogmatik, also der begrifflichen und strukturellen Systembildung im Verfassungsrecht^{721, 722}. Das Grundrecht leistet eine abstrakte, präventive Vertypung von Persönlichkeitsgefahren und geht damit über die Berücksichtigung von Wirklichkeitsveränderungen bei der bloßen Abwägung oder grundrechtlichen (Re-) Interpretationen deutlich hinaus.

line-Durchsuchung, 124, 43 (62 f., 66 f.) – Beschlagnahme von E-Mails, 125, 260 (327 ff., 351 ff.) – Vorratsdatenspeicherung, 130, 151 (196 f.) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen; zum Kernbereichsschutz BVerfGE 120, 274 (335 f.) – Online-Durchsuchung, 124, 43 (69 f.) – Beschlagnahme von E-Mails; zu Löschpflichten BVerfGE 124, 43 (68, 73 f.) – Beschlagnahme von E-Mails, 125, 260 (322, 325, 332 f.) – Vorratsdatenspeicherung; zu besonderen Anforderungen an die Datensicherheit BVerfGE 125, 260 (325 ff., 348 ff.) – Vorratsdatenspeicherung; zum präventiven Rechtsschutz durch Datenschutzbeauftragte BVerfGE 125, 260 (327) – Vorratsdatenspeicherung; zu Sanktionen bei Verstößen gegen die Datensicherheit BVerfGE 125, 260 (327, 339 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

⁷¹⁶ BVerfGE 120, 274 (305, 322 f.) – Online-Durchsuchungen.

⁷¹⁷ BVerfGE 125, 260 (342) – Vorratsdatenspeicherung.

⁷¹⁸ BVerfGE 120, 274 (304, 322 ff.) – Online-Durchsuchungen.

⁷¹⁹ Hier E-Mail-Provider, BVerfGE 124, 43 (55 f.) – Beschlagnahme von E-Mails.

⁷²⁰ BVerfGE 124, 43 (62) – Beschlagnahme von E-Mails.

⁷²¹ Hoffmann-Riem, in: Brandt/Eifert/Holzner/Schneider/Harms/Schulz/Vesting (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 407 (411) stellt fest: „Die Aufnahme von Realität in die rechtlichen Institute ist eine Aufgabe von Rechtsdogmatik. Das gilt auch für die Grundrechtsdogmatik.“ Siehe auch Teubner, Rechtstheorie 6 (1975), 179 (insb. 202 ff.).

⁷²² Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wurde vom Bundesverfassungsgericht als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet und schützt vor staatlichen Eingriffen in abgeschlossene Computersysteme, die Daten mit besonderer Persönlichkeitsrelevanz enthalten, vgl. BVerfGE 120, 274 (313) – Online-Durchsuchungen. Funktion und Leistung des Grundrechts ist es, einen auch an technischer Gestaltung orientierten, abgeschlossenen, persönlichkeitsrelevanten Bereich zu definieren, für den erhöhte Zugriffsschwellen errichtet werden (a. a. O. S. 315 ff.). Dies schafft – dem speziellen verfassungsrechtlichen Schutzes des Wohnraums nicht unähnlich – einen Rückzugsraum im Digitalen, in den Gedanken ohnehin relativ bedenkenlos ausgelagert werden, aber auch ausgelagert werden können sollen, Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1012).

Insbesondere der Persönlichkeitsgefährdung durch Zugriff auf *in* einem IT-System befindliche Informationen wurde durch die Entscheidung zur Online-Durchsuchung umfassend Rechnung getragen. Die Rechtsprechung hat technischen Fortschritt, neue Lebensverhältnisse und die daraus resultierende veränderte Wirkung von Normen erkannt.⁷²³ Die entsprechenden Überwachungsmaßnahmen wurden auch anhand ihrer abschreckenden Wirkungen verfassungsrechtlich neu vermessen und durch entsprechende verfassungsrechtliche Vorgaben ausbalanciert. Gerade für die Zukunft ergibt sich jedoch auch die Herausforderung, die Struktureffekte öffentlicher (oder zumindest netzwerk-öffentlicher) Online-Kommunikation zu berücksichtigen.⁷²⁴ Dies betrifft vor allem ihre gesteigerte Persistenz und Reichweite und die daraus resultierende vermehrte retrospektive Beobachtbarkeit. Hinzu treten insbesondere in den letzten Jahren sich durch Netzwerkeffekte monopolartig verfestigende Intermediärstrukturen. Auf einzelne besonders mächtige Intermediäre sind Nutzer faktisch angewiesen.⁷²⁵ Sie besitzen dabei derart umfangreiche Datensammlungen, dass der Vollzugriff auf diese durch den Staat einen sicheren Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Totalüberwachung⁷²⁶ bedeuten würde. Daher sind es gerade diese Faktoren, die bei der Entwicklung verfassungsrechtlicher Anforderungen an Online-Überwachungsmaßnahmen in Zukunft besonderer Beachtung bedürfen und Maßstabsverschiebungen erforderlich machen. Neben der Verschärfung bereits bestehender verfassungsrechtlicher Anforderungen kommen auch Erhebungs- bzw. Verwertungsverbote in zeitlicher Hinsicht und die besondere Beschränkung der Datenerhebung bei Intermediären in Betracht⁷²⁷. So könnte insbesondere auch die Einschränkung der Kombinationsmöglichkeiten von Standort-, Kommunikations- und computerinternen Nutzungsdaten einen Verstoß gegen das Verbot der Totalausforschung verhindern. Auf diese Weise können die Bedingungen der Grundrechtsausübung unter dem Eindruck staatlicher Überwachung zwar nicht unveränderlich, aber verfassungsrechtlich tragbar gehalten werden.

In Anwendung der oben entwickelten Leitlinien zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Tatsachengewinnung (oben Kapitel 3 unter III.2.c) ist zunächst der Gesetzgeber dazu berufen, die abschreckenden Effekte von Überwachungsgesetzen genau zu prognostizieren, bei der Gestaltung der Regelungen auf sie Rücksicht zu nehmen und gegebenenfalls in Bezug auf ihre Wirkung zu evaluieren. Das Bundesverfassungsgericht muss im Hinblick auf diese Aspekte dem Gesetzgeber einen Einschätzungs- bzw. Beobachtungsspielraum

⁷²³ Siehe BVerfGE 120, 274 (303) – Online-Durchsuchung; vgl. auch BVerfGE 130, 151 (180 ff., 190, 198 f.) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen.

⁷²⁴ Das obiter dictum in BVerfGE 120, 274 (341, 344 ff.) – Online-Durchsuchungen – gibt insoweit für Überwachungsmaßnahmen relativ umfangreiche verfassungsrechtliche Freiräume.

⁷²⁵ Oben Fn. 675, vgl. auch *Staben*, Internet Policy Review 1 (2012) (4), 1 ff.

⁷²⁶ Siehe bereits Fn. 688.

⁷²⁷ Hiermit beschäftigt sich das Promotionsvorhaben von *Emma Peters* (Arbeitstitel: Strafverfolgungsbehördlicher Zugriff auf personenbezogene Daten in Speichern privater Dritter).

zugestehen. Aufgrund der potenziellen Gefährdung objektiver Gehalte kann dieser aber nicht großzügig ausfallen.⁷²⁸ Es ist daher bei allen gesetzlichen Regelungen zu Online-Überwachungsmaßnahmen, welche über bloßes anlassloses Beobachten von öffentlich zugänglichen Online-Aktivitäten („Online-Streife“⁷²⁹) hinausgehen, davon auszugehen, dass sie, wenn sie die Abschreckungsproblematik verkennen – indiziert durch ihre Auslassung in der Gesetzesbegründung –, schon allein aus diesem Grund verfassungswidrig sein können.

II. Problemkomplex: Meinungsäußerung online

Jeder Blick in soziale Netzwerke, Foren, Blogs und Kommentarspalten bestätigt, dass ein großer Teil der Online-Kommunikation durch Elemente des Meinens und Dafürhaltens geprägt ist, also aus Meinungsäußerungen i. S. d. Art. 5 GG⁷³⁰ besteht. Im Vordergrund sollen an dieser Stelle Meinungs- und mit diesen verbundene Tatsachenäußerungen stehen, die sich an die Öffentlichkeit oder größere Personengruppen, also beispielsweise Netzwerköffentlichkeiten, richten und mit Persönlichkeitsrechten in Konflikt geraten. Den maßgeblichen Rechtsrahmen für diese Äußerungen bilden die strafrechtlichen Normen der §§ 185 ff. StGB und die zivilrechtlichen Normen zu Schadensersatz, Widerruf und Unterlassung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG).

Zunächst ist der Charakter von Online-Kommunikation maßgeblich durch *Enthemmungsphänomene* bestimmt. Bei Anonymität und Pseudonymität, welche online häufig den Modus der Kommunikation prägen, sind Personen nicht auf Rollenerwartungen und Handlungsmuster festgelegt, sondern können diese ohne größere soziale Kosten verändern⁷³¹. Diese Effekte sind auch mit psychologischen und kommunikationswissenschaftlichen Methoden untersucht und nachweisbar.⁷³² Hinzu kommen häufig praktisch unbeschränkter Platz für Länge und Anzahl von Kommunikaten, potenziell gesteigerte Reichweite⁷³³, und zum Beispiel im Falle von nicht professionellen Bloggern ein im Vergleich zum Pressewesen

⁷²⁸ Vgl. den zu Fn. 534–537 gehörigen und unmittelbar folgenden Haupttext.

⁷²⁹ Siehe schon Fn. 664.

⁷³⁰ Vgl. zur Definition des Begriffs BVerfGE 33, 1 (14 f.) – Strafgefangene; 61, 1 (8 f.) – Wahlkampf/, CSU: NPD Europas“.

⁷³¹ Döring, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 159 (165 ff.); McKenna/Buffardi/Seidman, in: Renner/Schütz/Machilek (Hrsg.), Internet und Persönlichkeit, 175 ff.; Mayer-Uellner, Das Schweigen der Lurker, S. 153 ff.

⁷³² Einführend Suler, *CyberPsychology & Behavior* 7 (3) (2004), 321 ff.; Turkle, *Contemporary Sociology* 28 (6) (1999), 643 ff.; Ho/McLeod, *Communication Research* 35 (2) (2008), 190 ff.; Mayer-Uellner, Das Schweigen der Lurker, S. 153 ff.

⁷³³ Dazu bereits oben Fn. 669 und zugehöriger Haupttext.

fehlender wirtschaftlicher Druck.⁷³⁴ Wer aus Liebhaberinteresse für ein Thema lediglich einen beschränkten Interessentenkreis anspricht, wird weitaus ungemehmter kommunizieren als ein Journalist, dessen unter seinem Klarnamen veröffentlichtes Produkt Lesern, Redaktion und eventuell Anzeigenkunden gefallen muss.

Insgesamt ist der Aufwand für die Grundrechtsausübung, insbesondere Meinungsäußerungen, niedrig. Es existieren nur geringe technische, wirtschaftliche und professionelle Barrieren.⁷³⁵ Kommunikation ist grundsätzlich niederschwellig möglich und, wenn die Möglichkeit der Anonymität oder Pseudonymität gegeben ist, unbefangener. Abschreckungseffekte sozialer Natur wirken dann weniger auf die Entscheidung zur Grundrechtsausübung ein.

Mit der beschriebenen Enthemmungstendenz konkurrieren jedoch Phänomene *sozialer Disziplinierung*. Dies gilt gerade dann, wenn Grundrechtsträger online unter Klarnamen kommunizieren⁷³⁶ und ihre sozialen Netze nahezu vollständig online spiegeln bzw. pflegen⁷³⁷. Rollenerwartungen und Handlungsmuster können sich dann schneller verfestigen. Von der Kommunikationswissenschaft ist früh das Phänomen der Schweigespirale⁷³⁸ beschrieben worden: Aus Furcht vor sozialer Isolation passen Personen ihre Meinung an oder schweigen gänzlich, wenn sie ihre eigenen Ansichten als konträr zur Mehrheitsmeinung wahrnehmen. Dieser Effekt ist selbst-verstärkend, weil die Nicht-Äußerung die tatsächliche Dominanz der anfänglich herrschenden Meinung intensiviert. Das Phänomen ist nicht nur für Offline-Kommunikation einschlägig, sondern kann sich auch online zeigen⁷³⁹, wobei die Wahrnehmung des Meinungsklimas und der sozialen Sanktionen online geringfügig abweicht⁷⁴⁰. Auch bei anonymem Auftreten sind Sanktionen nicht ausgeschlossen und die korrespondierenden Sanktionserwartungen ex ante nicht grundsätzlich unberechtigt.⁷⁴¹ Die bereits soeben im ersten Problemkomplex identifizierten Effekte staatlicher Überwachungsmaßnahmen können

⁷³⁴ M. w. N. *Townend*, Internet Policy Review 3 (2014) (2), 1 (3).

⁷³⁵ Dies gilt gerade im Vergleich mit den Rundfunk- und Pressemedien, *Beck*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 15 (32); *Brants*, Political Communication 22 (2) 2005, 143 ff.

⁷³⁶ Dazu werden sie durch die Nutzungsbedingungen einiger Intermediäre verpflichtet, oben Fn. 678.

⁷³⁷ *Döring*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 159 (165, 167 f.).

⁷³⁸ Zurückgehend auf *Noelle-Neumann*, in: Forsthoﬀ/Hörstel (Hrsg.), FS Gehlen, 299 ff.; *Noelle-Neumann*, Journal of Communication 24 (2) 1974, 43 ff.

⁷³⁹ Deutliche Ergebnisse liefert die Studie *Hampton/Rainie/Lu/Dwyer/Shin/Purcell*, Social Media and the ‚Spiral of Silence‘, Pew Research Center, 2014, abrufbar unter: <http://www.pew-internet.org/2014/08/26/social-media-and-the-spiral-of-silence/>; siehe auch *Mayer-Uellner*, Das Schweigen der Lurker, S. 163 ff.

⁷⁴⁰ Im Einzelnen *Schulz/Rössler*, Schweigespirale Online, S. 181 ff.; *Mayer-Uellner*, Das Schweigen der Lurker, S. 212 ff.

⁷⁴¹ Im Einzelnen *Schulz/Rössler*, Schweigespirale Online, S. 109 ff.; zur Reversibilität von Anonymität und Pseudonymität bereits oben Fn. 679 und zugehöriger Haupttext.

gerade auch bei öffentlichen Meinungsäußerungen und ihrer Vorbereitung hinzutreten.

Unabhängig davon, ob und inwieweit die vorgestellten Effekte in der jeweiligen Ausübungssituation wirken, generiert jedenfalls schon die besonders dynamische Veränderung der Grundrechtswirklichkeit an sich *rechtliche Unsicherheit*. Neue staatliche und private Handlungsmöglichkeiten schaffen in Verbindung mit überkommenem Recht zunächst unklare Rechtslagen.⁷⁴² Diese können auch Handlungsoptionen betreffen, die relativ unstrittig von grundrechtlichen Schutzbereichen erfasst sind. Gerichte müssen in Konfliktfällen, welche sich aus neuen Konstellationen ergeben, erst reagieren und häufig über mehrere Instanzen verbindliche Auslegungen finden. Auch höchstrichterliche Entscheidungen gelten dann grundsätzlich nur für den anhängigen Rechtsstreit und geben für ähnlich gelagerte Fälle zunächst nur Anhaltspunkte. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch seine Entscheidungsbegründungen auch als Gelegenheit nutzen, Rechtsausführungen zu tätigen, „die außerhalb des Begründungszusammenhangs zwischen genereller Rechtsregel und konkreter Entscheidung stehen“⁷⁴³. Solche Obiter Dicta können die zukünftige Weiterentwicklung des Verfassungsrechts skizzieren und damit graduell zum Gewinn von Rechtssicherheit beitragen.⁷⁴⁴

Trotzdem bleibt die breite Gewinnung rechtlicher Sicherheit durch das Justizsystem nur graduell und sukzessive möglich und braucht daher Zeit. Dies verursacht bis zur abschließenden Klärung der Rechtsfrage Unsicherheit bei allen Rechtsunterworfenen. Während dieses Phänomen rechtlicher Verunsicherung universell gilt, trifft es doch verstärkt auf richterrechtlich geprägte Bereiche wie den der Meinungsäußerungen zu, in der auf Grundlage weniger und sehr allgemein gefasster gesetzlicher Normen Recht gesprochen wird.

Um schon epistemischer rechtlicher Unsicherheit zu begegnen, sind Prozesse der Einschätzung und des Umgangs mit ihr auf Seite der Rechtsunterworfenen entstanden (siehe bereits oben Kapitel 4 unter I.1.). Etablierte Medienanbieter, Presseverlage und Rundfunkhäuser, die als Wirtschaftsunternehmen geführt werden, haben Strategien entwickelt und Strukturen gebildet, um rechtliche Risiken frühzeitig einschätzen zu können. Die eingegangenen Risiken werden damit regelmäßig nicht existenzbedrohlich.

⁷⁴² Zu dem Problem der Relativierung des Rechts durch Digitalisierung und Vernetzung insgesamt *Boehme-Neßler*, Unschärfes Recht, insb. S. 657 ff.

⁷⁴³ BVerfGE 96, 375 (404) – Kindesunterhalt als Schaden, siehe auch BVerfGE 96, 409 (410) – Plenarvorlagen.

⁷⁴⁴ Gerade in verfassungsgerichtlich bis zu einer bestimmten Entscheidung unberührten Bereichen, vermögen sie Unsicherheiten bei den Rechtsunterworfenen und beim Gesetzgeber zu reduzieren und sind daher in einem bestimmten Ausmaß hilfreich. Siehe z. B. das Obiter Dictum in BVerfGE 120, 274 (insb. 344 ff.) – Online-Durchsuchungen – zur Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen der Internetaufklärung bei öffentlich zugänglichen Informationen und Aufbau einer Kommunikationsbeziehung unter einer Legende.

Auf die durch dynamische Veränderungen der Wirklichkeit verursachten rechtlichen Unsicherheiten treffen zusätzlich *institutionelle Erosionsprozesse* von Presse- und Medienunternehmen. Weblogs ergänzen herkömmliche Medien nicht nur, sondern können zumindest in Teilen soziale Funktionen des professionellen Journalismus übernehmen.⁷⁴⁵ Gerade für einzelne Blogger und Online-Lokaljournalisten ist der besagte Prozess der Riskoeinschätzung jedoch in der Regel nicht alltäglich. Das Risiko rechtlicher Fehleinschätzungen ist vergleichsweise hoch. Ihnen fehlen häufig noch Spezialisierung, Ressourcen und Strategien für eine rechtliche Bewertung ihrer Handlungen, was einen beschränkenden aber für wenige auch belebenden Effekt haben kann.⁷⁴⁶ Mitunter verbreiten sich rechtliche Einschätzungen und Ansichten online sehr schnell und kaskadenartig auf eine Weise, die als hysterisch bezeichnet werden kann.⁷⁴⁷ Die rechtliche Abschätzung passiert jedenfalls eher ad hoc, ist stärker von Subjektivität und Irrationalität geprägt und rechtliche Risiken können im Einzelfall als existenzbedrohlich wahrgenommen werden.

Diese wenig professionellen Formen der rechtlichen Risikoabschätzung treffen mit den besonderen Charakteristika der öffentlichen oder netzwerk-öffentlichen Online-Kommunikation⁷⁴⁸ zusammen: Im Internet können Individuen unmittelbar und ohne nennenswerte Zugangshürden oder Vorauswahl der Beteiligten direkt am öffentlichen Diskurs teilnehmen. Dieser ist neben einer gewissen Schärfe auch durch besondere Aktualität gekennzeichnet. Gesellschaftliche Phänomene und Nachrichten werden nahezu in Echtzeit diskutiert. Laien wenden sich direkt an große Öffentlichkeiten und ihre Äußerungen können potenziell von einer großen Zahl von Menschen wahrgenommen werden. So landen auch im Eifer einer hitzigen Diskussion getätigte Kommunikate, die straf- oder zivilrechtlich Relevanz besitzen können, in Foren und sozialen Netzwerken und sind dadurch persistent und häufig mit maschineller Hilfe auffindbar.

⁷⁴⁵ M.w.N. *Kolo*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 283 (298 ff.); skeptischer *Neuberger/Quandt*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 59 (70 f.).

⁷⁴⁶ Für England und Wales *Townend*, Internet Policy Review 3 (2014) (2), 1 (4f.); zur Herausbildung informeller Informationsbeschaffungsprozesse *Townend*, Cultural Policy, Criticism and Management Research 2011 (5), 27 (34 f., 38).

⁷⁴⁷ Anschaulich beschrieben von *Lachenmayer/Maier/Puskas/Lehmann/Horn/Sebhat/Holste/Perkovic*, Internet-Tsunamis – Politische Massen im digitalen Zeitalter, 2013, abrufbar unter: http://www.internet-tsunamis.de/wp-content/uploads/INTERNET-TSUNAMIS__Politische_Massen_im_digitalen_Zeitalter__v1.2.pdf; ein Beispiel aus der jüngeren Vergangenheit betrifft die Frage der Urheberrechtsverletzung durch automatisch generierte Vorschaubilder, vgl. *Ulbricht*, Urheberrechtliche Abmahnung wegen Facebook Sharing verursacht (irrtümlische) Panikwelle – Der Versuch einer rechtlichen Aufklärung, 24.3.2015, abrufbar unter: <http://www.rechtzweinnull.de/archives/1801-abmahnung-wegen-facebook-sharing-urheberrecht.html>.

⁷⁴⁸ Hierzu und zum Folgenden *Beck*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 15 (insb. 31 ff.); zur Weblogs betreffenden Kommunikation *Katzenbach*, Weblogs und ihre Öffentlichkeiten, insb. S. 69 ff.

Es ist insgesamt festzuhalten, dass öffentliche Meinungsäußerung online neben der Eigenschaft der Niederschwelligkeit auch durch Fragilität gekennzeichnet ist. Die zitierten rechtstatsächlichen Erhebungen und die Forschung zu Online-Kommunikation belegen dies hinreichend, auch wenn die Quantifizierung der Effekte und der Grad der Verunsicherung im Einzelnen schwer möglich ist. Leider bleibt ebenfalls ungeklärt, welche Arten von Äußerungen und Veröffentlichungen online unterbleiben. Es ist daher nicht feststellbar, wie groß der Anteil letztlich legaler Kommunikate unter den unterlassenen ist (vgl. oben Kapitel 3 unter III.2.a)cc) und was dem für eine Demokratie essentiellen öffentlichen Diskurs hierdurch entgeht (vgl. Kapitel 3 unter III.2.a)ee). Deswegen bleibt es bei aktueller Forschungslage auch unklar, inwieweit die Wirkung der aktuellen Rechtslage bereits eine Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte in diesem Bereich bedeutet (vgl. oben Kapitel 3 unter III.2.a)dd) und Kapitel 4 unter I.2.). Sollte diese Forschungslücke geschlossen werden oder sich vermehrt auch anekdotische Evidenz dafür finden, dass Blogger aufgrund der Rechtslage in nennenswertem Umfang ihre Tätigkeit einstellen, sich ausschließlich anonym oder pseudonym äußern⁷⁴⁹ oder bestimmte Themen in Blogs und sozialen Netzwerken ganz gemieden werden, ist das Vorliegen der Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte wahrscheinlich. Für diesen Fall sind die jetzt umrissenen Maßstabsverschiebungen zu erwägen.

Ursprünglich von den Möglichkeiten einer institutionalisierten Presse- und Medienlandschaft ausgehend, hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an öffentliche personenbezogene Meinungs- und Tatsachenäußerungen bemessen. Von besonderem Interesse sind dabei solche Äußerungen, die mit Persönlichkeitsrechten in Konflikt geraten können. Den rechtlichen Rahmen bilden dann die bereits genannten strafrechtlichen und zivilrechtlichen Normen. Dabei gibt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich folgende Anforderungen an die gerichtliche Auslegung von mehrdeutigen Meinungs- und Tatsachenäußerungen vor (siehe bereits oben Kapitel 1 unter I.4.c): Werden an eine in der Vergangenheit getätigte Äußerung straf- oder zivilrechtliche Sanktionen geknüpft, obwohl diese Äußerung mehrdeutig ist, müssen nicht oder weniger beeinträchtigende Deutungsvarianten mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen werden.⁷⁵⁰ Geht es hingegen um einen zukunftsgerichteten Anspruch auf Unterlassung künftiger Persönlichkeitsbeeinträchtigungen, ist von dem Betroffenen zunächst zu verlangen, den Inhalt seiner Äußerung klarzustellen. Passt dies nicht, sind die naheliegenden Deutungsmöglichkeiten dahingehend zu überprüfen, ob die Äußerung in einer oder mehreren Deutungsvarianten zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit führt.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ Dem könnte die Impressumspflicht nach § 5 TMG, § 55 RStV entgegenstehen.

⁷⁵⁰ BVerfG NJW 2006, 3266 (3267) – Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Vergleich mit KZ-Arzt Mengele; BVerfGE 114, 339 (349) – IM Stolpe.

⁷⁵¹ BVerfG NJW2006, 3769 (3773) – „Babycaust“; BVerfGE 114, 339 (350 f.) – IM Stolpe.

Die Veränderung der Öffentlichkeit und mögliche institutionelle Erosionsprozesse können hier und in anderen Bereichen – etwa der Bildberichterstattung, Verbreitung unklarer Tatsachen, wahrer Tatsachen (z. B. Vorstrafen) oder Inhalten Dritter – in Zukunft eine Ausdifferenzierung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe erforderlich machen. Dabei ist zu beachten, dass mit der erhöhten Persistenz und Reichweite einer Äußerung nicht nur ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Äußernden, sondern auch eine erhöhte Persönlichkeitsgefährdung für den Betroffenen korrespondiert. Trotzdem ist neben den bisherigen Anforderungen, die sich vor allem an der Leistungsfähigkeit von professioneller Presse und Rundfunk orientieren, auch an abweichende blogmäßige Standards⁷⁵² als Zwischenstandard zwischen journalistischen Profis und Laien zu denken.⁷⁵³ Eine weitere Abstufung kann ein Jedermann-Sorgfaltsstandard für digitale nicht professionelle Alltagsäußerungen bilden, die beispielsweise im Rahmen sozialer Netzwerke und als reagierender Kommentar in Blogs erfolgen. Der den Sorgfaltsstandard vorgebende Grad der Professionalität des sich Äußernden ließe sich anhand des Äußerungskontexts, der üblichen Reichweite seiner Kommunikate, dem äußeren Erscheinungsbild seines Internetauftritts (z. B. Umfang von Werbeanzeigen) und im Rahmen sozialer Netzwerke anhand des genutzten Account-Typs⁷⁵⁴ und der Anzahl der ihm folgenden Personen bestimmen. Auch eine Gewinnerzielungsabsicht in Bezug auf die Tätigkeit, welche den Rahmen der Äußerung bildet, bietet einen Anhaltspunkt. Des Weiteren ist es bei verringerten Sorgfaltsmaßstäben zu erwägen, von jeglicher Form des Schadensersatzes oder der Geldentschädigung bei erstmals erfolgten Äußerungen schon grundsätzlich abzusehen. Ausnahmen davon sind möglich, wenn eine Schädigungsabsicht vorlag oder bei Tatsachenäußerungen offensichtlich einfachste Nachprüfungsanforderungen missachtet wurden. Auch der abschreckenden Wirkung von Prozesskosten, Abmahnkosten und Kosten für mögliche Klarstellungen von Äußerungen⁷⁵⁵ kann bei verringerten Sorgfaltsstandards zum Beispiel durch eine Teilung zwischen Äußerndem und Betroffenen begegnet werden oder es kann sogar eine Kostenfreistellung für den sich Äußernden erwogen werden. Eine effektive Ausdifferenzierung der bestehenden verfassungsrechtlichen Standards setzt aber, wie schon für die aktuellen

⁷⁵² *Ladewig*, in: Bieber/Eifert/Groß/Lamla (Hrsg.), *Soziale Netze in der digitalen Welt*, 23 (39 f.).

⁷⁵³ Ein zweistufiger Sorgfaltsstandard ist bereits unter dem Begriff „Laienprivileg“ für Fälle etabliert, in denen sich jemand Tatsachenbehauptungen von Dritten zu eigen macht, BVerfGE 85, 1 (22) – Kritische Bayer-Aktionäre; KG Berlin, MMR 2009, 482.

⁷⁵⁴ Der aktuelle Marktführer Facebook sieht beispielsweise Privataccounts für natürliche Personen und getrennte Unternehmensaccounts vor, vgl. Punkte 3.1 und 4.4 der Nutzungsbedingungen von Facebook, abrufbar unter: https://de-de.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE.

⁷⁵⁵ *Specht/Müller-Riemenschneider*, NJW 2015, 727 (732) und wohl auch *Hochhuth*, NJW 2006, 189 (191) gehen davon aus, Kosten ließen sich für den sich Äußernden bei mehrdeutigen Meinungs- bzw. Tatsachenäußerungen weitgehend durch die bloße Abgabe einer Klarstellung vermeiden, a. A. *Gas*, AfP 2006, 428 (430) und *Teubel*, AfP 2006, 20 (21 f.). *Schippa*, ZUM 2015, 974 ff. sucht die Anforderungen an die Klarstellung entsprechend zu justieren.

verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Auslegung von Meinungs- und Tatsachenäußerungen festgestellt wurde (oben Kapitel 3 unter III.2.b), weitere wissenschaftliche Aufklärung der Wirkungszusammenhänge in diesem Bereich und ihre juristische Rezeption voraus.

Gerade in Bezug auf diesen Problemkomplex des verfassungsrechtlichen Umgangs mit online Meinungsäußerungen stellt sich also die Frage nach der Verarbeitung tatsächlicher Unsicherheit über bestehende oder entstehende Abschreckungseffekte besonders deutlich. Wie oben dargelegt (Kapitel 3 unter III.2.c), hat sich die verfassungsrechtliche Perspektive dann der Kontrolle des Verfahrens der Einschätzung von Abschreckung zuzuwenden. Der Bereich des Äußerungs- und Presserechts ist gegenwärtig weitgehend richterrechtlich geprägt. Es liegt also im Moment an den Gerichten, im Rahmen ihrer Möglichkeiten Abschreckungseffekte zu berücksichtigen und durch Weiterentwicklung des Fallrechts auf eventuell einsetzende Entwicklungen zu reagieren. Hier kann eine Gefährdung der objektiven Gehalte des Art. 5 Abs. 1 GG zumindest nicht ausgeschlossen werden und die betroffene Form der Grundrechtsausübung weist eindeutig starken Demokratiebezug auf. Wird daher in diesem Bereich eine potenziell entscheidungserhebliche internetbezogene Abschreckungsdynamik gänzlich verkannt, kann schon allein dies die Aufhebung der Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht nahelegen.⁷⁵⁶

Sollte sich der Gesetzgeber dazu entschließen, diesen Rechtsbereich gesetzlich zu regeln, ist auch er gehalten, die aufgezeigten Abschreckungsdynamiken zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die dargelegten abweichenden Prozesse rechtlicher Risikoabschätzung bei Meinungsäußerungen und die strukturellen Änderungen durch öffentliche Laienkommunikation online. Unterlässt der Gesetzgeber in Bezug auf weniger professionelle Akteure und Publikationsformen eine Folgenabschätzung, kann das Bundesverfassungsgericht aus diesem Grund die Verfassungswidrigkeit der Regelung feststellen und den Gesetzgeber zu einer diese Aspekte berücksichtigenden Neuregelung anhalten.

III. Zwischenergebnis

Anhand zweier Problemkomplexe wurde aufgezeigt, welchen strukturellen Einflüssen die Grundrechtswirklichkeit durch Internet und Digitalisierung im Hinblick auf Abschreckungseffekte unterliegt. Für den Einzelnen stellen sich diese als Veränderungen seiner grundrechtlichen Ausübungssituation dar. Die vorgestellten Problemkomplexe bilden Beispiele und Argumentationsmuster für abschreckungsbasierte verfassungsrechtliche Maßstabsverschiebungen. Liegen sol-

⁷⁵⁶ Siehe zur Entwicklung dieses Maßstabs den oben zu Fn. 512 sowie Fn. 534–537 gehörigen und unmittelbar folgenden Haupttext.

che Effekte und Veränderungen vor, wie sie hier dargelegt wurden, ist also eine verfassungsrechtliche Neujustierung zu erwägen. Dabei sind immer auch die tatsächlichen Veränderungen hinsichtlich der Verfolgung kollidierender Interessen mit Verfassungsrang zu beachten. Insbesondere können vertrauliche digitale Kommunikationsmittel strafprozessuale Ermittlungen und Maßnahmen der Gefahrenabwehr erschweren, weil die Kommunikation verdeckt erfolgt, also sich von vornherein der sozialen Beobachtung entzieht.⁷⁵⁷ Ebenso bedeutet die Persistenz und Reichweite von öffentlicher Online-Kommunikation auch eine Vertiefung von in diesem Rahmen begangenen Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die herkömmlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind vor diesem Hintergrund im Einzelfall zu überprüfen und mitunter anzupassen. Sind bestimmte zukünftige Veränderungen in einem Bereich bereits absehbar, bieten auch verfassungsrechtliche Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten für den Gesetzgeber eine mögliche Lösung.⁷⁵⁸

Insbesondere in Fällen, in denen das Bestehen von Abschreckungszusammenhängen und ihres Ausmaßes unklar bleibt, ist das Bundesverfassungsgericht statt einer Ergebniskontrolle auf Prüfung des Verfahrens der Einschätzung von Abschreckungseffekten verwiesen. Dabei ist es zunächst entscheidend, dass Abschreckungswirkungen überhaupt von Gesetzgeber und Gerichten berücksichtigt werden. Ist dies nicht geschehen, kann bei den hier thematisierten Problemkomplexen schnell von einer Verfassungswidrigkeit der gerichtlichen Entscheidung bzw. des Gesetzes ausgegangen werden.

⁷⁵⁷ Vgl. BVerfGE 120, 274 (319 f.) – Online-Durchsuchung; 124, 43 (64) – Beschlagnahme von E-Mails; 125, 260 (322 f., 342 f.) – Vorratsdatenspeicherung; 130, 151 (191) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen.

⁷⁵⁸ So BVerfGE 130, 151 (198 f.) – Zuordnung dynamischer IP-Adressen. Die Frage nach einer möglichen Evaluationspflicht des Gesetzgebers ist in dieser Untersuchung ausgeklammert worden (siehe bereits Fn. 521).

Kapitel 6

Zusammenfassung und Einordnung der Ergebnisse

Abschreckungseffekte sind mittelbare und nicht finale, vorwiegend überindividuelle Auswirkungen staatlichen Handelns auf die tatsächliche Grundrechtsausübung. Sie sind also Phänomene, bei denen die verhaltenssteuernde Funktion von Recht gerade über unbeabsichtigte Nebeneffekte den Grundrechten zum Verhängnis wird. Als Argument gewendet kann dieser Effekt die Begründung juristischer Entscheidungen tragen, indem er Folgen des Rechts an dessen Zwecke und Ziele rückkoppelt. Die Ergebnisse dieser Arbeit sind wie folgt *zusammenzufassen*:

In *Kapitel 1* wurde zunächst die bundesverfassungsgerichtliche Argumentation mit Abschreckungseffekten analysiert. Die Abschreckungsargumentation fand bei der Meinungs- und Pressefreiheit ihren Ursprung und hat sich von dort im Laufe der Jahrzehnte in fast alle anderen grundrechtlichen Bereiche ausgebreitet. Die Hauptlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Abschreckungseffekten bilden Entscheidungen zu den Kommunikationsgrundrechten auf der einen und Persönlichkeitsgrundrechten auf der anderen Seite. Abschreckungseffekte sind dabei mitunter entscheidungstragende Tatsachenannahmen, bleiben aber in den meisten Fällen bloße Hilfsargumente. Die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten findet im Rahmen verschiedenster verfassungsrechtlicher Fragen auf diversen Stufen der Grundrechtsdogmatik statt. Fast immer bilden dabei auch auf dem Parteivorbringen beruhende Alltags- bzw. Plausibilitätsannahmen die Tatsachengrundlage des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf Abschreckungseffekte.

Dem Abschreckungsargument kommen dabei folgende verfassungsdogmatische Dimensionen zu: Erstens stellt es eine korrigierende rechtsdogmatische Reaktion auf eine Form des Steuerungsversagens von Recht dar, nämlich auf über das Normziel hinausgehende Nebenwirkungen von Sanktionen. Zweitens leitet es eine erhöhte Prüfungsdichte bzw. einen strengeren Prüfungsmaßstab ein. Drittens erlaubt das Abschreckungsargument die Berücksichtigung subjektiver Vorbedingungen der Grundrechtsausübung und damit der praktischen Entscheidungsfindung von Grundrechtsträgern durch das Bundesverfassungsgericht. Viertens sichert das Bundesverfassungsgericht mithilfe des überindividuellen Fokus des Abschreckungsarguments besondere Institutionen und Techniken (z. B. Presse, Rundfunk, vertrauliche Individualkommunikation) in ihrer gesamtgesellschaftlichen Dimension. Fünftens stellt das Bundesverfassungsgericht durch Ab-

schreckungserwägungen eine Verbindung zwischen subjektiv-abwehrrechtlicher Dimension der Grundrechte und objektiver (Wert-)Ordnung her.

Dem Abschreckungsargument des Bundesverfassungsgerichts wurde der chilling effect in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts gegenübergestellt. Der Vergleich hat dabei insbesondere Folgendes ergeben: Der Begriff des chilling effects stimmt in seiner juristischen Bedeutung nicht genau mit dem deutschen Abschreckungseffekt überein. Daher sind Rückgriffe auf Rechtsprechung und Literatur zum chilling effect zwecks Erfahrungsnutzen möglich, bedürfen aber besonderer Vorsicht. Der chilling effect findet vornehmlich im Bereich des ersten Verfassungszusatzes Erwähnung, der im Wesentlichen kommunikationsgrundrechtliche Gewährleistungen enthält. Der Supreme Court greift bei der Entwicklung verfassungsrechtlicher Doktrinen (z. B. Vorsatzanforderungen im Recht der Verleumdung, Verfassungswidrigkeit aufgrund von Vagheit und Überbreite) maßgeblich auf chilling effects zurück und lehnt seine richterrechtlichen Maßstäbe eng an diese (vermuteten) Effekte an. Er folgt dabei häufig einer Spielraum-Doktrin mit dem Ziel eines weiten und effektiven Schutzes der Inhalte des ersten Verfassungszusatzes. Die Tatsachengrundlage des Supreme Courts bilden ähnlich wie beim Bundesverfassungsgericht meist Plausibilitätsannahmen der Richter. Zusätzliche Erkenntnisquelle sind im Vergleich zum Bundesverfassungsgericht amicus curiae briefs. Hohe Strafschadensersatzsummen, die besondere Prozesskostenverteilung, offensichtliche Fälle politischer Rechtsdurchsetzung und die gerichtliche Bereitschaft zur offenen Folgenargumentation haben die Emergenz von chilling effect-basierter Argumentation im US-amerikanischen Verfassungsrecht im Vergleich zum deutschen Verfassungsrecht frühzeitig begünstigt.

Die präventive Ausrichtung der deutschen Persönlichkeitsrechte bedeutet eine frühzeitige „Vergrundrechtung“ von Abwehrmöglichkeiten gegenüber Einflussnahmen auf die Verhaltensfreiheiten. Das US-amerikanische Verfassungsrecht verlangt im Gegensatz dazu – weniger präventiv ausgerichtet – den tatsächlichen Nachweis von Verhaltensänderungen. Abschreckungsfragen bei der Konturierung von persönlichkeitsrechtlichen Schutzbereichen in Deutschland finden sich also im US-amerikanischen Verfassungsrecht teilweise in ähnlicher Form erst bei der Frage der Grundrechtsverletzung.

Kapitel 2 hat die inhärenten Gegenargumente des Abschreckungsarguments herausgearbeitet. Sie stellen, rechtsmethodisch gewendet, die Problemfelder der Argumentation dar.

Zunächst kann die Argumentation mit Abschreckungseffekten praktisch nahezu grenzenlos ausgeweitet werden und läuft daher Gefahr, beliebig zu werden. Dies wird häufig durch die rein intuitive Gewinnung der Tatsachengrundlage des Arguments erst ermöglicht. Es ist im Übrigen zweifelhaft, ob eine solche spekulative Tatsachengrundlage geeignet ist, um rechtliche Maßstäbe hieran auszurich-

ten. Die Argumentation mit Abschreckungseffekten läuft Gefahr, als Sein-Sollens-Schluss abgelehnt zu werden. In der praktischen Anwendung des Arguments wird das abgeschreckte Verhalten meist nicht klar umrissen und unerwünschte abschreckende Nebenwirkungen einer staatlichen Maßnahme nicht hinreichend von ihrem Zweck unterschieden, so dass die Unerwünschtheit des Effekts unklar oder angreifbar bleibt. Die Abgrenzung staatlicher und privater Abschreckungsursachen, welche für die Kategorien der Verfassungsdogmatik entscheidend ist, bleibt vor allem theoretisch unterbelichtet. Angesichts unterschiedlicher individueller Konstitutionen und Empfindlichkeiten bleibt schließlich auch die Frage, welcher Maßstab für die verfassungsrechtliche Anerkennung von „Abgeschrecktsein“ gelten, also mit welchem rechtlichen Risiko die Grundrechtsausübung belegt werden kann.

Kapitel 3 hat mithilfe von Argumentationstheorie, Rechtsmethodik und Empirie auf die zuvor identifizierten Problemfelder der Argumentation Antworten gefunden und hieraus Leitlinien für den argumentativen Umgang mit Abschreckungseffekten entwickelt.

Es lassen sich zunächst zwei Prämissen des Arguments identifizieren: erstens die Relevanz der (prognostizierten) Grundrechtswirklichkeit für die Grundrechtsauslegung als methodische Prämisse und zweitens der angestrebte Zielzustand der Abschreckungsfreiheit des Grundrechtsträgers im Sinne echter Entscheidungsfreiheit als materiell-verfassungsrechtliche Prämisse. Dieser Zielzustand der Grundrechtswirklichkeit variiert je nach verfassungsrechtlichem Vorverständnis (insb. Grundrechtstheorie) zwischen formell-rechtlicher, tatsächlicher und wahrgenommener Freiheit.

Die Methoden der Gesetzesfolgenabschätzung und Folgenorientierung zeigen die Relevanz (prognostizierter) Grundrechtswirklichkeit für die Grundrechtsauslegung und weisen damit die erste Prämisse nach. Hieraus ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit des Abschreckungsarguments. Des Weiteren liefern die erwähnten Methoden Anregungen zum Umgang mit Abschreckungseffekten, können diesen aber nicht umfassend anleiten.

Einzig allgemeingültige Anwendungsvoraussetzung des Arguments im Rechtsdiskurs ist, dass sich eine Frage stellt, bei der Grundrechte einen Maßstab der Beantwortung bilden.

Bringt man die begrenzten Möglichkeiten und Ressourcen des Bundesverfassungsgerichts mit den Anforderungen der juristischen Methodenlehre und möglichen Gegenargumenten praktisch in Ausgleich, ergibt sich folgendes argumentatives Vorgehen:

1. Das abgeschreckte Verhalten von Grundrechtsträgern ist möglichst genau zu prognostizieren. Dies umfasst auch den Grad der Abweichung vom eigentlich Gewollten und die Beschreibung der Einwirkung auf die Willensentschlussfreiheit des Grundrechtsträgers. Des Weiteren ist der beschriebene Effekt der Staatsgewalt zuzurechnen. Dabei bietet es sich an, plausible Abschreckungsszenarien

zu bilden. Zu diesem Zweck ist soweit wie möglich auf die Erkenntnisse anderer Wissenschaften zurückzugreifen.⁷⁵⁹

2. Das prognostizierte abgeschreckte Verhalten ist als Grundrechtsausübung einzuordnen, also unter einen grundrechtlichen Tatbestand zu subsumieren. Grundsätzlich ist dann zu prüfen, ob dieses Verhalten auch nach (verfassungsgemäßem) einfachen Recht erlaubt wäre.

3. In diesem Zusammenhang ist aufgrund der lückenlosen Konstruktion des Freiheitsschutzes unter dem Grundgesetz davon auszugehen, dass das abgeschreckte Verhalten erlaubt ist, solange keine Verbotsnorm gefunden werden kann. Es streitet also eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die kollaterale Verhaltensbeeinflussung durch staatliche Maßnahmen zu vermeiden ist.

4. Das Argument ist dann im Hinblick auf die objektive Dimension der Grundrechte zu sättigen, indem die überindividuellen Auswirkungen der staatlichen Maßnahme den objektiven Grundrechtsgehalten als „Soll-Zuständen“ der Grundrechtswirklichkeit zugeordnet werden. Abschreckung lässt sich als besonders schwerwiegend herausstellen, wenn sie der Realisierung dieser Gehalte entgegenwirkt.

5. Eine zusätzliche argumentative demokratische Funktionalisierung kann erfolgen, wenn die Grundrechtsausübung einen Öffentlichkeits- bzw. Demokratiebezug aufweist. Dies gilt insbesondere für die Kommunikationsgrundrechte, wenn die Staatshervorbringung betroffen ist. Gelingt eine Einordnung in diese Kategorien, verleiht dies dem Argument nochmals besonderes Gewicht.

Die Anforderungen an die Tatsachengrundlage von Abschreckungsargumentationen in der Verfassungsrechtsprechung sind kontextabhängig anhand von vier Kriterien zu bestimmen: die grundsätzliche Nachweisbarkeit der Tatsachen, die Ressourcen des Gerichts, die Grenzen verfassungsgerichtlicher Kompetenz im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen und insbesondere die Bedeutung der Tatsachen für die Begründung der Entscheidung.

Hieraus folgt: Plausibilitätsannahmen und Alltagstheorien sind bei Hilfsargumenten ausreichend. Für die Gewinnung entscheidungsleitender Annahmen sind die gerichtlichen Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen, insbesondere sind personelle und zeitliche Ressourcen aufzuwenden und ggf. mehrere sachkundige Dritte gem. § 27a BVerfGG zu hören. Diesen Anforderungen wird die Herleitung unterschiedlicher Maßstäbe für die Auslegung von mehrdeutigen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen (BVerfGE 114, 339 – Stolpe) nicht gerecht. Bei der Konturierung von Persönlichkeitsrechten (z. B. BVerfGE 65, 1 – Volkszählung) ist die Tatsachengrundlage des Arguments häufig untersättigt.

⁷⁵⁹ Insbesondere die Rechtswissenschaft verfügt als Teil der Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten in Zusammenarbeit mit den Sozialwissenschaften über bessere Ressourcen und Bedingungen als das Bundesverfassungsgericht, um die umfassende Aufklärung solcher Effekte zu besorgen. Ihr sei die Wahrnehmung dieser Aufgabe daher an dieser Stelle nochmals nahegelegt.

Das Bundesverfassungsgericht hat Annahmen über Abschreckungseffekte von Gesetzen als Folgenannahmen des Gesetzgebers grundsätzlich zu respektieren. Ausnahmen ergeben sich in Fällen der *nachzeitigen* Überprüfung. Dies gilt für vorkonstitutionelle Gesetze oder wenn sich die gesetzgeberischen Folgenannahmen erledigt, als falsch herausgestellt haben oder wesentliche Nebenwirkungen – ungeachtet ihrer Prognostizierbarkeit – schlicht nicht vorhergesehen wurden.

Bei der Normkontrolle eines *aktuellen* Gesetzes, dessen tatsächliche Wirkungen sich noch nicht abzeichnen, greift statt einer Ergebniskontrolle eine verfassungsgerichtliche Kontrolle des gesetzgeberischen Verfahrens der Gesetzesfolgenabschätzung. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht bei methodischer und inhaltlicher Vertretbarkeit der Gesetzesfolgenabschätzung dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative bzw. einen Prognosespielraum zuzugestehen. Willkürliche, gänzlich fehlende, intransparente oder methodisch hoch zweifelhafte Folgeprognosen führen regelmäßig zur Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes schon bevor seine Wirkung absehbar wird. Dies gilt zumindest dann, wenn die Verwirklichung objektiver Grundrechtsgehalte betroffen ist und die Grundrechtsausübung einen Demokratiebezug aufweist. Es ist für die verfassungsgerichtliche Praxis festzuhalten, dass immer dann, wenn Abschreckungseffekte in der Gesetzesbegründung erwogen werden, die Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht insoweit zurückgenommen erfolgen kann.

Abschreckungseffekte im Sinne dieser Arbeit sind Nebeneffekte. Sie sind von der Hauptwirkung einer Norm oder Maßnahme durch die Rekonstruktion des jeweiligen Norm- bzw. Maßnahmenzwecks zu unterscheiden. Vom rekonstruierten Zweck umfasste Wirkungen können insbesondere mit den Möglichkeiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Kontrolle unterzogen werden. Der Zweck ist bei Normen mit den Mitteln der teleologischen Auslegung zu bestimmen; bei Einzelmaßnahmen ist auf die Intention des Handelnden abzustellen.

Über die Frage der Zurechenbarkeit einer Abschreckungswirkung zum Staat ist anhand des jeweiligen Kontexts des Arguments zu entscheiden. In vielen Fällen kann hierfür auf die Kriterien des modernen Grundrechtseingriffs zurückgegriffen werden. Die Zurechenbarkeit zum Staat entscheidet darüber, ob eine Eingriffs- oder Schutzpflichtenkonstellation vorliegt. Auch verfassungsrechtliche Schutzpflichten gegenüber Abschreckung durch Private sind grundsätzlich denkbar. Die praktische Bedeutung der Zurechnungsfrage nimmt ab, je stärker die objektive Grundrechtsdimension argumentativ aktiviert wird.

Kapitel 4 hat das Phänomen der Abschreckung zu den Kategorien der Grundrechtsdogmatik in Beziehung gesetzt und den Begriff damit für die verfassungsrechtliche Praxis operationalisiert. Die Ergebnisse des Kapitels können wie folgt umrissen werden:

Abschreckung lässt sich zunächst als die Beeinträchtigung *subjektiver Grundrechtsgehalte* verstehen. Die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten be-

deutet dabei zwangsläufig eine Versubjektivierung des Grundrechtsschutzes, also eine Ausweitung des Grundrechtsschutzes über den Bereich des unmittelbar beobachtbaren Verhaltens hinaus.⁷⁶⁰ Um übermäßigen Empfindlichkeiten keinen Raum zu geben, ist im Hinblick auf die Beeinträchtigung der subjektiven Grundrechtsgehalte ein gemischt empirisch-normativer Maßstab anzulegen, der von einem *durchschnittlichen, vernünftigen Grundrechtsträger* entsprechend des Menschenbildes des Grundgesetzes ausgeht. Es stellt sich die Frage, mit welchen rechtlichen und sozialen Risiken die Freiheitsausübung belastet werden darf. Dabei kann für die Ausübung von Grundrechten zwar Courage, aber keine besondere Risikoneigung erforderlich sein. Kriterien der Bewertung sind: die Schwere der drohenden Sanktionen, die zur Verfügung stehenden Entscheidungsressourcen (z. B. Informationen), die Reduzierbarkeit von Prognoseunsicherheiten (z. B. durch anwaltlichen Rat) und die Zumutbarkeit der Reduktion von Prognoseunsicherheit in der konkreten Ausübungssituation⁷⁶¹.

Die beschriebene subjektive Ausweitung des Grundrechtsschutzes gerät in den Grenzbereich dessen, was rechtlich handhabbar ist. Daher bedarf es der Ergänzung durch *objektive Grundrechtsgehalte*. Diese geben bestimmte Soll-Zustände für die Wirklichkeit vor: Grundrechte sollen demnach in einem gesellschaftlich relevanten Maße verwirklicht werden, also z. B. ein reger Meinungs Austausch herrschen und ein funktionierendes Pressewesen vorhanden sein. Das Kriterium der *konkreten Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte* ergänzt in Abschreckungsfällen subjektiv-abwehrrechtliche Grundrechtsgehalte. Es bezeichnet das Ausbleiben der Grundrechtsverwirklichung in einem überindividuellen, gesellschaftlich relevanten Ausmaß.⁷⁶²

Die abschreckende Wirkung einer staatlichen Maßnahme taugt kaum als *eigenständiges* Kriterium für ihre Verfassungswidrigkeit. Allerdings ergibt sich aus der tatsächlichen Dimension der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG,

⁷⁶⁰ Dies entspricht der frühen Intuition *Warrens* und *Brandeis*: „Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the ‚right to life‘ served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man’s spiritual nature, of his feelings and his intellect.“, *Warren/Brandeis*, Harvard Law Review 4 (1890), 193.

⁷⁶¹ Im Hinblick auf das letzte Kriterium ist auch der typische Grad der Professionalisierung des Grundrechtsträgers im Hinblick auf die Bewältigung des Prognosevorgangs zu berücksichtigen.

⁷⁶² Wirken Abschreckungseffekte also überindividuell, tritt die objektive Dimension der Grundrechte schutzverstärkend hinzu. Sie verleiht den Grundrechten gesellschaftliche Breitenwirkung, hilft über verfassungsdogmatische Schwellen hinweg und kompensiert so Schutzdefizite des auf die individuelle Beschwer ausgerichteten Grundrechtsschutzsystems der Individualverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Die objektive Dimension der Grundrechte macht damit gerade subjektive Bereiche der verfassungsgerichtlichen Prüfung zugänglich. Das Abschreckungsargument sorgt für echte – tatsächliche oder rechtliche – Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, die dem Grundgesetz vorausliegt, die es aber gleichzeitig zu bewahren sucht.

dass eine Maßnahme dann verfassungswidrig sein muss, wenn sie das Verfassungsleben (durch Abschreckung) in bestimmten Bereichen zum Erliegen bringt.

Aus den Persönlichkeitsrechten des Grundgesetzes und den subjektiven Seiten der einzelnen Freiheitsrechte resultiert die Herstellung von Unbefangtheit als verfassungsrechtliches Optimierungsgebot bzw. Leitbild. Dies weist auf materiell-rechtlicher Ebene die zweite Prämisse von Abschreckung als Argument nach. Zugleich bleiben Abschreckungseffekte stets unvermeidbar und unverhinderbar.

Für die Berücksichtigung von Abschreckung in den einzelnen Kategorien der Grundrechtsdogmatik ergeben sich, insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte, folgende Regeln:

Verhalten ist im Zweifelsfall von einem grundrechtlichen *Schutzbereich* miterfasst, wenn bei Ausschluss dieses Verhaltens aus dem grundrechtlichen Schutzbereich mit der praktischen Gefährdung objektiver Gehalte eines Grundrechts durch Abschreckung zu rechnen ist (*Mitschutz-Regel*). Der *Schutzbereich von Persönlichkeitsgrundrechten* ist so zu konturieren, dass die Gefährdung objektiver Gehalte insbesondere *auch anderer Grundrechte* durch Abschreckung verhindert werden kann (*Vorfeldschutz-Regel*).

Ein (mittelbar-faktischer) *Eingriff durch abschreckende Maßnahmen* liegt vor, wenn: erstens zwischen der staatlichen Maßnahme und dem grundrechtlich geschützten Verhalten ein Abschreckungszusammenhang besteht, zweitens der Abschreckungseffekt erheblich ist, weil er massen- und dauerhaft wirksam wird (Gefährdung objektiv-rechtlicher Gehalte) und drittens der Grundrechtsträger zu den potenziell abgeschreckten Personen zählt. Diese Kriterien gelten für die *Beschwerdebefugnis* im Rahmen von Verfassungsbeschwerden entsprechend.

Stehen weniger abschreckende Maßnahmen als Alternativen zur Verfügung, lässt dies die *Erforderlichkeit* einer staatlichen Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung entfallen. Gesetze und Einzelmaßnahmen mit dem Potenzial, durch Abschreckung objektive Grundrechtsgehalte zu beeinflussen, besitzen eine besonders hohe Eingriffsintensität, welche im Rahmen der *Angemessenheit* zu berücksichtigen ist.

Im Rahmen seines Beurteilungsspielraums bei der *Annahme einer Verfassungsbeschwerde* kann das Bundesverfassungsgericht die mögliche Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte durch Abschreckung maßgeblich berücksichtigen.

Strenge Anforderungen an die *Klarheit und Bestimmtheit von Normen* sind schon dann geboten, wenn sie objektive Grundrechtsgehalte durch ihre Abschreckungswirkung abstrakt zu gefährden vermögen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Normklarheit bzw. -bestimmtheit ist dann anzunehmen, wenn im Bereich eines Grundrechts selbst bei gewöhnlichen, alltäglichen Handlungen eine derart verworrene Rechtslage droht, dass die Handlung in vielen Fällen unterbleiben muss oder die Hinzuziehung eines Rechtsbeistands unumgänglich wird.

Die Vermeidung von Abschreckung ist als Ziel bei der *Entwicklung organisations- und verfahrensrechtlicher Grundrechtsgehalte* zu berücksichtigen und

kann z.B. durch die bessere Abschätzbarkeit rechtlicher Risiken durch (Vorab) verfahren erreicht werden.

In *Kapitel 5* wird das Abschreckungsargument unter Befolgung der bis dahin entwickelten Leitlinien in zwei Problemkomplexen der internetbasierten Grundrechtsverwirklichung angewendet. Online-gestützte Faktoren verändern die Ausübungssituation und Strukturen der Grundrechtswirklichkeit und damit auch Abschreckungsdynamiken besonders stark. Im Hinblick auf die Problemkomplexe „online-gestützte Überwachung“ und „Meinungsäußerungen online“ werden verfassungsrechtliche Maßstabsverschiebungen antizipiert bzw. angeregt.

Die Abschreckungswirkung *online-gestützter Überwachung* geht regelmäßig über diejenige von offline Überwachung hinaus. Online-Kommunikation besitzt eine große Reichweite, ist persistent, damit beobachtbar und maschinell durchsuchbar. Sie kann, wie jegliches Verhalten, das online Spuren hinterlässt, aufgrund der Informationskonzentration bei Intermediären kosteneffektiv und verdeckt erhoben werden. Subjektive Unsicherheiten über Anlass und Ausmaß der Überwachung führen ebenfalls zu einer Wirkungsverstärkung. Möglichkeiten pseudonymer oder anonymer Kommunikation wiegen diese Effekte nicht auf, wie sozialwissenschaftliche Studien belegen. Es ist bei diesen Maßnahmen regelmäßig von einer akuten Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte im oben definierten Sinne auszugehen.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt diese veränderten Dynamiken weitgehend und passt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Überwachungsmaßnahmen an. Noch kaum berücksichtigte Aspekte sind allerdings: Die Ballung von Informationen bei Intermediären, Ubiquität der Datenerhebung und die retrospektive Beobachtbarkeit und Durchsuchbarkeit auch von (netzwerk-)öffentlicher Kommunikation. Sie bedürfen daher, soweit sie in zukünftigen Fallkonstellationen einschlägig werden, besonderer verfassungsrechtlicher Evaluation und können mit Blick auf das Verbot der Totalüberwachung strikte Erhebungs-, Wertungs- und Kombinationsverbote erforderlich machen.

Aufgrund der besonders naheliegenden Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte durch diese Gesetze haben Regelungen zur Online-Überwachung die Kategorie der Abschreckungseffekte stets zu berücksichtigen. Ihr Fehlen in der Gesetzesbegründung indiziert die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes.

In Fällen der *Meinungsäußerungen online* konkurrieren durch Anonymität und Pseudonymität verursachte Enthemmungseffekte mit Möglichkeiten sozialer Disziplinierung (z.B. Schweigespirale). Der (verfassungs-) rechtliche Rahmen für öffentliche Äußerungen orientiert sich vor allem an den Möglichkeiten von professionellen Presse, Rundfunk- und Fernsehsendern. Besonders dynamische Veränderungen der Wirklichkeit schaffen diesbezüglich rechtliche Unsicherheiten. Zugleich können sich auch durch (vorübergehende) Prozesse der De-Professionalisierung (z.B. Blogs im Vergleich zum Pressewesen) bewährte Verfahren rechtlicher Risikoabschätzung auflösen und weniger rationaler Folgeneinschätzung

Platz machen. Fallstudien für die rechtliche Folgenabschätzung durch Blogbetreiber und Laienjournalisten – zudem aus dem Ausland – liefern hier lediglich vage Evidenz und reichen nicht dafür aus, gegenwärtig von einer Gefährdung objektiv-rechtlicher Gehalte auszugehen.

Sollten sich die Anhaltspunkte hierfür in Zukunft mehren, sind Maßstabsverschiebungen im Bereich des Äußerungsrechts zu erwägen. Diese können z. B. in Form der Differenzierung von Sorgfaltsstandards zwischen professionellen journalistischen Artikeln, laienjournalistischen Ausführungen und Jedermannsäußerungen erfolgen.

Da im Bereich der online Meinungsäußerungen eine Gefährdung objektiver Grundrechtsgehalte nicht ausgeschlossen werden kann und diese Form der Grundrechtsausübung einen Demokratiebezug aufweist, haben die Gerichte und der Gesetzgeber die veränderten Abschreckungsdynamiken bei Entscheidungen bzw. Gesetzen in diesem Bereich stets zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die verringerten Möglichkeiten der rechtlichen Risikoabschätzung durch nicht professionelle Akteure. Wird dies im Rahmen der richterlichen bzw. gesetzlichen Folgeneinschätzung unterlassen, kann das Bundesverfassungsgericht die gerichtliche Entscheidung bzw. das jeweilige Gesetz schon aus diesem Grund zurückweisen.

Diese Ergebnisse sind in ihrer Erklärungskraft im Hinblick auf das Phänomen „Abschreckung“ nicht unbegrenzt. Sie bleiben in Bezug auf das Rechtssystem insgesamt *einzuordnen*:

Die Verfassung eines nicht totalitären Staates kann das Leitbild eines tatsächlich unabgeschreckten Bürgers nie erreichen. Auch wenn die Grundrechtsausübung des Einzelnen heute mehr denn je von Kontext und Verwirklichungsbedingungen abhängig ist, die daher auch in den Blick des Verfassungsrechts geraten, liefern die Grundrechte keinen Anspruch auf umfassende Gesellschaftsgestaltung.⁷⁶³ Sie können aber subjektive Freiräume schaffen bzw. dort erhalten, wo sie schon vorliegen oder entstehen. Dies kann helfen, die Internalisierung von Abschreckungsmustern zu verhindern. Abschreckung aufgrund der Unklarheit von Folgen des eigenen Handelns beschränkt sich dabei als Phänomen nicht auf das Recht und nicht einmal auf den gesellschaftlichen Bereich. Dem Einzelnen bleibt immer noch die Abschreckung durch die mögliche Existenz einer allwissenden und omnipotenten Deität.⁷⁶⁴ Dem aufgeklärten Individuum bleibt hingegen die Unklarheit über die Grenzen des eigenen Gewissens oder der Moral.

Die Erwägung von Abschreckungseffekten im Verfassungsrecht ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zugleich Kristallisationspunkt langfristiger ver-

⁷⁶³ Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 39 (71).

⁷⁶⁴ Der großmütterliche Hinweis „Der Weihnachtsmann sieht alles.“ passt dieses Phänomen der kindlichen Lebenswelt an und nutzt es erzieherisch.

fassungsrechtlicher Entwicklungstendenzen. Von diesen sollen hier zwei Erwähnung finden:

Es konnte festgestellt werden, dass die Argumentation mit Abschreckungseffekten insgesamt über die Jahrzehnte zugenommen hat. Eine mögliche Erklärung ist, dass mit dem Ausbau der objektiven Dimension der Grundrechte eine Charakterisierung der Grundrechte in Richtung verfassungsrechtlicher Finalprogramme stattfand. Hiermit geht eine stärkere Ausrichtung der Argumentation auf Zweck und Folgen von Norm und Entscheidung einher, die auch Abschreckungseffekte umfassen.⁷⁶⁵

Eine weitere hiermit eng verbundene Entwicklung ist die Diversifizierung staatlicher Handlungsformen⁷⁶⁶ und das Aufkommen alternativer Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung, die zum Beispiel gegenwärtig unter dem Begriff des „Nudge“ wieder vermehrt Aufmerksamkeit erhalten⁷⁶⁷. Dies führt fast zwangsläufig dazu, dass sich der Blick des Verfassungsrechts von bestimmten staatlichen Handlungsformen als rechtlichen Anknüpfungspunkten weg auf die tatsächliche Wirkung und grundrechtliche Wirklichkeit richtet. Die Diskussion um Grundrechtseingriff und -beeinträchtigung⁷⁶⁸ ist neben dem Abschreckungseffekt das anschaulichste Beispiel dieser Entwicklung.

Doch auch aus noch größerer Entfernung lassen sich im Recht die Linien der Argumentation mit Abschreckungseffekten erkennen. Wie bereits am Anfang der Arbeit erwähnt, besitzt aus *Luhmanns* systemtheoretischer Perspektive Argumentation für das System des Rechts die Funktion, Redundanz herzustellen.⁷⁶⁹ Er

⁷⁶⁵ Zur Ablösung des Normtyps des Konditionalprogramms durch Finalprogramme und der aufkommenden Folgenorientierung schreibt *Grimm*: Die Folgenorientierung dringt nicht zufällig in den Methodenkanon ein, „sondern erweist sich als methodologische Konsequenz einer Veränderung der Normstruktur, der die klassischen Auslegungsregeln nicht mehr genügen“, *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 (141 ff.); kritisch zur Beobachtung von Finalisierungstendenzen, *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, S. 310 ff.

⁷⁶⁶ „Der sich nach dem ersten Weltkrieg ausbreitende Interventionsstaat hat bereits dem Planungs- und Lenkungsstaat Platz gemacht. Eingriffe bilden nicht mehr die einzige, nicht einmal die häufigste und sicher nicht die nachhaltigste Form der staatlichen Einwirkung auf die Gesellschaft. Es gibt kaum noch Sozialbereiche, die nicht Gegenstand der Politik sind. Das gilt insbesondere für das Wirtschaftssystem. Angesichts der grundrechtlich gesicherten Verfügungsbefugnis kann der Staat hier zur Erreichung seiner Ziele jedoch nur begrenzt die typischen Mittel von Befehl und Zwang einsetzen und muß verstärkt auf indirekte wirkende Motivationsdaten oder Bedingungsveränderungen zurückgreifen. Für die individuelle Freiheit sind sie deswegen aber nicht indifferent. Ohne in Grundrechte einzugreifen und die freie Entscheidung des einzelnen formell aufzuheben, verändern sie doch den Rahmen, in dem er seine Freiheit gebrauchen kann, und wirken sich dadurch oft einschneidender aus als der punktuelle Eingriff. Die am Eingriff orientierte Grundrechtsdogmatik geht aber an dieser Staatstätigkeit gänzlich vorbei, wie es jüngst für die Stufentheorie des Art. 12 GG gezeigt worden ist.“, *Grimm*, in: *Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach* (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, 39 (65).

⁷⁶⁷ Ausgehend von *Thaler/Sunstein*, *Nudge*.

⁷⁶⁸ Siehe z. B. die Nachweise in Fn. 626 f.

⁷⁶⁹ Siehe oben Fn. 56–61 und zugehöriger Haupttext. Zum Folgenden sei nochmals verwie-

bezeichnet diese Perspektive als „Beobachtung *dritter Ordnung*“. Während der Beobachter *erster Ordnung* nur den Gesetzes- bzw. Entscheidungstext liebt und in seinem unmittelbaren Wortsinn versteht, fragt ein Beobachter *zweiter Ordnung* methodengeleitet, wie der Text zu verstehen ist und welche Argumente für oder gegen ein Textverständnis sprechen. Der Beobachter *dritter Ordnung* befasst sich dann mit der Funktion der Argumentation und der Rolle des Beobachters *zweiter Ordnung*.

Das System des Rechts wird nach *Luhmann* durch externe Ereignisse zur Informationsverarbeitung angeregt, also durch seine Umwelt irritiert.⁷⁷⁰ Die Irritationen können bei tiefgreifenden, technisch veranlassten Veränderungsdynamiken beachtlich ausfallen. Sie können aber auch durch systeminterne Ereignisse wie zum Beispiel neue Gesetze entstehen.⁷⁷¹ Dies alles steigert die Varietät des Systems.

Das Rechtssystem ist aber für die Befriedigung seines Berechenbarkeitsbedürfnisses auf ein Gegengewicht zu den genannten Irritationen angewiesen. Die nötige Redundanz wird, *Luhmann* zufolge, durch Argumentation geschaffen.⁷⁷² Um die Anpassungskapazität des Rechtssystems nicht zu überfordern, werden bekannte Gründe verarbeitet. Die Qualität der Gründe ist dabei zunächst unerheblich. Für die Selbstvergewisserung des Systems reicht es aus, dass überhaupt argumentiert wird. Auf diese Ebene konnte sich diese Arbeit als rechtswissenschaftliche freilich nicht begeben.⁷⁷³ Ihr sind die Fragen nach den guten Gründen nicht erspart geblieben.

Die – nach dem späten *Luhmann* unvermeidbare⁷⁷⁴ – Folgenorientierung bewirkt eine weitere Varietätssteigerung: Sie geht mit den Wahrscheinlichkeiten prognostizierter Ereignisse um und zieht so Unsicherheiten in das Rechtssystem.⁷⁷⁵ Aus seiner Sicht lässt sie ein Gegengewicht an Redundanz vermissen.⁷⁷⁶ Auch durch die Berücksichtigung von Abschreckungseffekten als Folgen entsteht zunächst sicherlich Varietät. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass die in dieser Arbeit entwickelten Leitlinien zur Berücksichtigung von Abschreckung sie ein Stück weit reduzieren können. Als bereichsspezifische Auswahl von Folgen ist die Kategorie „grundrechtlicher Abschreckungseffekt“ hierzu jedenfalls geeignet.⁷⁷⁷

sen auf *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19 (27 f., 30); *ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 339 ff., 372 f.

⁷⁷⁰ *Luhmann*, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, S. 34 f.

⁷⁷¹ *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19 (28 f.).

⁷⁷² *Luhmann*, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, S. 35 ff.; *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19 (29).

⁷⁷³ Der Jurist würde sonst seine eigene Funktion untergraben, *Grimm*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 139 (158 f.).

⁷⁷⁴ Siehe Fn. 373.

⁷⁷⁵ *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19 (31).

⁷⁷⁶ *Luhmann*, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19 (32 ff.).

⁷⁷⁷ Zum Bedürfnis einer solchen Eingrenzung im Rahmen der Folgenorientierung, *Deckert*, in: Hof/Schulte (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht*, Bd. III, 177 (189).

Eine operable allgemeingültige verfassungsrechtliche Grenze von Abschreckungswirkungen konnte dabei indes nicht gefunden werden. So bleibt es auch für diesen Beobachter zweiter Ordnung und seinen Umgang mit Abschreckungseffekten dabei: „Die letzten Gründe sind immer nur vorletzte Gründe.“⁷⁷⁸

⁷⁷⁸ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 406.

English Summary

The title of this PhD thesis translates to “The chilling effect on the exercise of fundamental rights – structures of a constitutional argument”. It examines deterrence-based lines of argument in the jurisprudence of the Bundesverfassungsgericht (German constitutional court). The aim of the study is to encourage a more methodologically reflective use of these arguments in the judicial discourse. It was triggered by the initial intuition that chilling effects exhibit different patterns and have a more significant impact when it comes to online behaviour and emerging digital practices.

In the following, the most notable results of this study for the field of German constitutional law and the field of comparative constitutional jurisprudence will be summarised briefly.

A chilling effect is herein defined as the indirect and unintentional, predominantly supra-individual sanction-based negative effect of any state action on the exercise of fundamental rights. As a collateral effect, it does not correspond with the ascertainable purpose of a state action – i.e. the *telos* of a law or intention behind any other governmental measure.

The origins of the chilling effect as an argument in German constitutional law lie in cases on freedom of opinion and freedom of the press in the late 1960s and early 1970s. From there on, the argument was soon applied in other fields of constitutional law, most notably the fundamental personality rights: the inviolability of the home, privacy of correspondence and telecommunications, and the general right to personality.

From a more general, systematic perspective, “chilling” as an argument is to be viewed as a constitutional defence reaction against a malfunction of governance through law. It serves to detect, price, and account for a law’s unintended collateral effects. It also serves as an indicator for the Bundesverfassungsgericht to apply higher-scrutiny constitutional tests. It allows to take account of and protect the subjective preconditions of the exercise of fundamental rights. Finally, the chilling effect argument forms a link between two structural dimensions of fundamental rights that are characteristic for German constitutional law: the subjective-defensive dimension and the objective or value dimension.

The most viable counterarguments against chilling effect reasoning are: the (possible) ubiquity and broadness of the argument; its poor factual basis and evidence; the risk of false deductions resulting from the is-ought-problem; the dispu-

ted unwantedness or unintendedness of the actual effects of state actions; the differentiation between chilling resulting from public and private actors; and the unclear practical tests for chilling because of individual sensitivities.

The argument is based on the following premises: the relevance of the future constitutional reality for the interpretation of fundamental rights (methodological premise) and the freedom from deterrence – understood as real freedom of choice – as the desired state of reality (material premise). The desired state can be further distinguished depending on a speaker's constitutional preconceptions: merely formal freedom (or: freedom from the state), real factual freedom (or: the practical ability to make use of one's freedom), or actually used freedom (or: the actual display of the behaviour that the constitutional freedom protects).

The various constitutional tests in German constitutional law that can and should account for chilling effects are not summarised here. Overall, the study argues for a mixed subjective-objective standard that uses the value dimension of fundamental rights as a complementary objective normative basis to a more subjective-individual reasonableness test. The criteria for this reasonableness test should be: the severity and likelihood of impending sanctions; the available resources for a subject's risk assessment (e.g. information); the possibility to reduce prognosis' uncertainties (e.g. through professional legal advice); and the individual appropriateness of a reasonable risk assessment in the situation concerned. In any case, the precise disclosure of the (presumed) chilling effects and their origins are vital for the argument to be accepted (and possibly disproved) in legal and scientific discourse.

This study suggests that the requirements for the empirical foundation of chilling effects in constitutional court cases should depend on four factors: the prima facie measurability of the effect; the court's resources; the allocation of constitutional competencies; and especially the significance of the argument for the *ratio decidendi* of a decision.

In principle, the Bundesverfassungsgericht has to respect the legislator's assessment of a law's consequences and therefore also its possible chilling effects. Exceptions are necessary in cases where laws *have taken effect*: with pre-constitutional laws or when the legislator's prognosis of a law's consequence has become invalid, has proven wrong, or considerable chilling effects were not predicted. In cases where laws *have not taken effect yet* the constitutional court's focus of control shifts from the results to the process and methods of the assessment. Here, the legislator enjoys a margin of appreciation. However, prognosis of a law's consequences that are arbitrary, missing, intransparent, or methodologically unsound may render a law unconstitutional before it takes effect – at least in areas where regulation could deter actions vital to the democratic process. On the other hand, if legislators have considered chilling effects openly in their legislative reasoning, the constitutionality of a law is to be presumed with regards to chilling effects.

Finally, it was argued in two types of cases on the basis of partial empirical evidence that, firstly, online behaviour is particularly susceptible to the effects of governmental surveillance and, secondly, public online communication is likely to be influenced more significantly by speech regulation. Based upon this, the thesis suggests a re-assessment and possibly shift in constitutional standards. Prospective laws and judgments in these fields need to account for possible chilling effects. Otherwise, their constitutionality can be challenged on the grounds of a lack of a sufficient factual basis.

Among the most notable results of this study for the field of *international comparative constitutional law* are that the concepts of chilling effects in German and US constitutional law are not fully congruent.⁷⁷⁹

In German constitutional jurisprudence, the argument has a significantly more auxiliary function compared to US jurisprudence. Except for one field of case law – i.e. distinguishing different interpretation standards for speech based on the (presumed) chilling effects of damages and other retroactive sanctions in comparison to mere proactive injunctions – it is neither used to distinguish between cases nor to fully justify constitutional tests openly. It usually consolidates and supports already existing opinions. Possibly also due to the lack of a comparably memorable metaphor in the German language, it does not rise to comparable prominence as the American chilling effect. This is reflected in the scarce academic analysis of this argument in the German legal discourse. Further factors favouring the more prominent emergence of the chilling effect argument in US law are: high punitive damages, allocation of legal fees (“American rule”), certain cases of very politicised law enforcement, and general judicial openness for *explicit* consequentialist reasoning. Overall, US chilling effects jurisprudence is considerably shaped by First Amendment exceptionalism, while German jurisprudence focuses on constitutional personality protections in addition to fundamental rights that protect communication. With regards to the factual basis for chilling, both jurisdictions are dominated by adjudicative assumptions with a plausibility threshold to pass – not scientific evidence. *Amicus briefs* are a further source for factual assessments by the US Supreme Court that are denied to the Bundesverfassungsgericht.

An additional secondary finding should be mentioned here: The precautionary design of constitutional personality rights in German constitutional law leads to an early and preventive defence against governmental influences on the freedom of will and choice through chilling. The Bundesverfassungsgericht holds that al-

⁷⁷⁹ This is mainly a natural consequence of certain dogmatic structures of German constitutional law: If a certain behaviour is covered by a constitutional right and this behaviour is influenced negatively, it triggers a variety of constitutional tests. However, this is a mere first step in the assessment of whether that behaviour is allowed and therefore *effectively* “constitutionally protected”. The mere “chilling of a constitutional right” in itself, is therefore inconclusive as an argument.

most any governmental collection of personal data is an encroachment of a fundamental personality right and is therefore subject to constitutional scrutiny. Hence, the fundamental rights' initial scope of protection is effectively construed with the aim to protect against potential chilling effects as a precaution. This alone triggers the constitutional requirement for the government to justify the collection of data and enact a carefully balanced statute that proscribes its execution. In contrast, the US Supreme Court is more likely to request evidence for an actual change in constitutionally protected human behaviour (following a standard of "actual harm"). This makes it easier in the German jurisdiction to legally challenge (potentially) chilling state actions. Consequently, similar lines of arguments are employed and similar links of causality are examined when it comes to determining the scope of a German fundamental personality right and submitting evidence that an actual violation of a US constitutional right has occurred.

Literaturverzeichnis

- Abendroth, Wolfgang*, Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber, *Blätter für Deutsche und Internationale Politik* 18 (1973), 705–714.
- Adler, Michael*, Cyberspace, General Searches, and Digital Contraband: The Fourth Amendment and the Net-Wide Search, *Yale Law Journal* 105 (1996), 1093–1120.
- Ajzen, Icek*, The Theory of Planned Behaviour, in: van Lange/Kruglanski/Higgins (Hrsg.), *The Handbook of Theories of Social Psychology*, Vol. 1, London, Großbritannien 2012, 438–459.
- Alexander, Larry*, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge, New York, USA u. a. 2005.
- Alexy, Robert*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1986.
- Ders.*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 7. Aufl. 2012.
- Ders.*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 61 (2002), 7–33.
- Anderson, David A.*, *Is Libel Law Worth Reforming?*, *University of Pennsylvania Law Review* 140 (1991), 487–554.
- Assion, Simon*, *Überwachung und Chilling Effects*, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.), *Überwachung und Recht. Tagungsband zur Telemedicus Sommerkonferenz 2014*, Berlin 2014, 31–82.
- Bach, Thomas*, *Der Einfluss von Prognosen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Würzburg 1983.
- Badura, Peter*, in: Maunz/Dürig (Begr.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Lfg. 65 April 2012, Art. 6.
- Barendt, Eric/Lustgarten, Laurence/Norrie, Kenneth/Stephenson, Hugh*, *Libel and the Media. The Chilling Effect*, Oxford, Großbritannien 1997.
- Baumann, Zygmunt/Lyon, David*, *Liquid Surveillance. A Conversation*, New York, New York, USA 2013.
- Beck, Klaus*, *Soziologie der Online-Kommunikation*, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), *Handbuch Online Kommunikation*, Wiesbaden 2010, 15–35.
- Becker, Ulrich*, *Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1996.
- Bethge, Herbert*, *Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren*, Bd. IX, Heidelberg, 3. Aufl. 2011, § 203.
- Ders.*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, Lfg. 42 Oktober 2013, § 90.
- BeVier, Lillian/Harrison, John*, *The State Action Principle and Its Critics*, *Virginia Law Review* 96 (2010), 1767–1835.

- Blankenburg, Erhard*, Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung – Warum es so schwierig ist, die Wirksamkeit von Gesetzen zu erforschen, in: Plett/Ziegert (Hrsg.), Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung. Kolloquium im Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Hamburg, 30. u. 31. März 1982, Tübingen 1984, 45–68.
- Blankenburg, Erhard/Treiber, Hubert*, Interpretationsherrschaft über die Grundrechte als Konkurrenzproblem zwischen Rechts- und (empirisch orientierten) Sozialwissenschaftlern, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden, 1982, 9–37.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, 42–64.
- Ders.*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089–2099.
- Ders.*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529–1538.
- Ders.*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 42 (2003), 165–192.
- Ders.*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M., 2. Aufl. 1992, 67–91.
- Bode, Thomas A.*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, Berlin u. a. 2012.
- Boehme-Neßler, Volker*, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, Berlin 2008.
- Böhret, Carl/Hugger, Werner*, Test und Prüfung von Gesetzesentwürfen. Anleitungen zur Vorabkontrolle uns Verbesserung von Rechtsvorschriften, Köln 1980.
- Bosmajian, Haig*, Metaphor and Reason in Judicial Opinions, Carbondale, Illinois, USA u. a. 1992.
- Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Washington*, Merkblatt: Rechtsberatung und Rechtsverfolgung in Zivil- und Handelssachen in den USA, Juni 2013, abrufbar unter: http://www.germany.info/contentblob/3268694/Daten/3324257/Rechtsverfolgung_Merkblatt_PDF.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Brants, Kees*, Guest Editor's Introduction: The Internet and the Public Sphere, Political Communication 22 (2) (2005), 143–146.
- Brüggemann, Jürgen*, Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1971.
- Brugger, Winfried*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, München, 2. Aufl. 2001.
- Ders.*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987.
- Brünneck, Alexander von*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden 1992.
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik, Baden-Baden 1982.
- Bull, Hans Peter*, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz im Bereich der inneren Sicherheit. Rasterfahndung, Online-Durchsuchung, Kfz-Kennzeichenerfassung, Vorratsdatenspeicherung und Antiterrordatei in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden, 2. Aufl. 2015, 627–663.

- Bumke, Christian*, Menschenbilder des Rechts, JöR 57 (2009), 125–148.
- Calabrese, Brian*, Fear-Based Standing: Cognizing an Injury-in-Fact, Washington & Lee Law Review 68 (2011), 1445–1503.
- Canan, Penelope*, The SLAPP from a Sociological Perspective, Pace Environmental Law Review 7 (1989), 23–32.
- Carstens, Peter*, BND-Pläne rufen Unmut hervor, FAZ.net vom 17.6.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/-gpg-7a11w>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Cheer, Ursula Jan*, Reality and Myth: the New Zealand Media and the Chilling Effect of Defamation Law, Canterbury, Neuseeland 2008.
- Chen, Alan K.*, Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 38 (2003), 31–90.
- Coles, Christina*, Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß. Ein interdisziplinärer Ansatz, Frankfurt a. M. 1991.
- Cserne, Péter*, Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics, in: Mathis (Hrsg.), Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations, Dordrecht, Niederlande u. a. 2011, 31–54.
- Ders.*, Policy Arguments before Courts: Identifying and Evaluating Consequence-Based Judicial Reasoning, Humanitas Journal of European Studies 3 (2009), 9–30.
- Curry* (Hrsg.), Freedom at Risk. Secrecy, Censorship, and Repression in the 1980s, Philadelphia, Pennsylvania, USA 1988.
- Decker, John F.*, Overbreadth Outside the First Amendment, New Mexico Law Review 34 (2004), 53–107.
- Deckert, Martina Renate*, Folgenorientierte Auslegung, JuS 1995, 480–484.
- Dies.*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995.
- Dies.*, Praktische Durchführbarkeit folgenorientierter Rechtsanwendung – Auf dem Weg zu einer folgenorientierten Rechtswissenschaft, in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III. Folgen von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 2001, 177–194.
- Deiseroth, Dieter*, Sperrzeit und Gewissensfreiheit, info also 2008, 195–203.
- Denninger, Erhard*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren, Bd. IX, Heidelberg, 3. Aufl. 2011, § 193.
- Dennis, Everette E./Noam, Eli M.* (Hrsg.), The Cost of Libel. Economic and Policy Implications, New York, New York, USA 1989.
- Dent, Chris/Kenyon, Andrew T.*, Defamation Law's Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers, Media & Arts Law Review 9 (2004), 89–111.
- Diekmann, Andreas*, Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen, Reinbek, 6. Aufl. 2012.
- Di Fabio, Udo*, Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Bd. II, Heidelberg 2006, § 46.
- Dolderer, Michael*, Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 2000.
- Döring, Nicola*, Sozialkontakte online: Identitäten, Beziehungen, Gemeinschaften, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online Kommunikation, Wiesbaden 2010, 159–183.

- Dürig, Günther*, Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), 117–157.
- Durner, Wolfgang*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 57 Januar 2010, Art. 10.
- Eberle, Edward J.*, The German Idea of Freedom, Oregon Review of International Law 10 (2008), 1–76.
- Eckhoff, Rolf*, Der Grundrechtseingriff, Köln u. a. 1992.
- Ehmke, Horst*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53–102.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart, 11. Aufl. 2010.
- Ders.*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg, 1. Aufl. 1943.
- Erickson, Thomas*, Persistent Conversation: An Introduction, Journal of Computer-Mediated Communication 4 (4) (1999), 0.
- Epstein, Richard A.*, Was New York Times v. Sullivan Wrong?, University of Chicago Law Review 53 (1986), 782–818.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a. M. 1970.
- Evers, Hans-Ulrich*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im öffentlichen Recht und die Aufnahme von Lichtbildern zur Überwachung von Versammlungen, in: Pleyer/Klemens (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag. 7. Juni 1972, Köln 1972, 377–387.
- Farber, Daniel A.*, Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment, Harvard Law Review 105 (1991), 554–583.
- Feller, Urs*, Folgenerwägungen und Rechtsanwendung, Zürich 1998.
- Fiss, Owen M.*, Dombrowski, Yale Law Journal 86 (1978), 1103–1164.
- Forer, Lois G.*, A Chilling Effect. The Mounting Threat of Libel and Invasion of Privacy Actions to the First Amendment, New York, New York, USA u. a. 1987.
- Forsa*, Meinungen der Bundesbürger zur Vorratsdatenspeicherung, 2.6.2008, abrufbar unter: https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20080602_Forsa_VDS_Umfrage.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Forsthoff, Ernst*, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Barion/Böckenförde/Forsthoff/Weber (Hrsg.), Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt, Bd. I, Berlin 1968, 185–211.
- Foucault, Michael*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt a. M. 1976.
- Froming, William J./Walker, Rex/Lopyan, Kevin J.*, Public and Private Self-Awareness: When Personal Attitudes Conflict with Societal Expectation, Journal of Experimental Social Psychology 18 (5) (1982), 476–487.
- Frowein, Jochen Abr.*, Meinungsfreiheit und Demokratie, EuGRZ 2008, 117–121.
- Ders.*, Reform durch Meinungsfreiheit, AöR 105 (1980), 169–188.
- Führ, Martin*, Qualitätsstandards für die Gesetzesfolgenabschätzung, in: Hensel/Bizer/Führ/Lange (Hrsg.) Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung. Perspektiven und Entwicklungstendenzen, Baden-Baden 2010, 17–31.
- Garner, Bryan A.*, Black's Law Dictionary, 9th ed. 2009 (6th ed. 1990), St. Paul, Minnesota, USA.
- Gas, Tonio*, Die Variantenlehre des BVerfG bei mehrdeutigen Äußerungen – Vereinheitlichung ja, Aufgabe nein!, AfP 2006, 428–430.

- Gasser, Urs/Schulz, Wolfgang*, Governance of Online Intermediaries. Observations From a Series of National Case Studies, Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series 2015, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2566364>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Geiger, Andreas*, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatenbekämpfung, Berlin 1994.
- Gelinsky, Katja*, Rechtsvergleich auf oberster Ebene. Karlsruhe und der Supreme Court, FAZ.net vom 23.11.2012, abrufbar unter: <http://www.faz.net/-gso-74ha8>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Giegerich, Thomas*, Schutz der Persönlichkeit und Medienfreiheit nach Art. 8, 10 EMRK im Vergleich mit dem Grundgesetz, RabelsZ 63 (1999), 471–506.
- Goodin, Robert E./Jackson, Frank*, Freedom from Fear, Philosophy and Public Affairs 35 (3) (2007), 249–265.
- Gorby, John/Ress, Georg*, Demonstrationsfreiheit und Straßenverkehr in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Bleckmann (Hrsg.), Demonstration und Straßenverkehr. Landesberichte und Rechtsvergleichung. Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Niederlande, Österreich, Schweden, Schweiz, Vereinigte Staaten von Amerika, Köln u. a. 1970, 171–202.
- Graßhof, Karin*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München, Lfg. 23 Januar 2004, § 34.
- Dies.*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München, Lfg. 25 März 2006, § 93a.
- Graßhof, Malte*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg, 2. Aufl. 2005, § 78.
- Grchenig, Kristoffel R./Gelter, Martin*, The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, Hastings International and Comparative Law Review 31 (2008), 295–360.
- Grimm, Dieter*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697–1705.
- Ders.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M. 1991.
- Ders.*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, 139–159.
- Ders.*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und die soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, 39–76.
- Grzeszick, Bernd*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 48 November 2006, Art. 20 VII.
- Häberle, Peter*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962.
- Ders.*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43–131.
- Ders.*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, 913–919.
- Ders.*, Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische „Gesellschaftslehre“? Zu Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft, in: Ders. (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Berlin 1978, 246–270.

- Ders.*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Mer-ten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklungen und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 7.
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M., 2. Aufl. 1992.
- Ders.*, Wahrheitstheorien, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schultz zum 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, 211–265.
- Hall, Kermit/Urofsky, Melvin I.*, *New York Times v Sullivan: Civil Rights, Libel Law, and the Free Press*, Lawrence, Kansas, USA 2011.
- Hamann, Hanjo*, Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2014.
- Hampton, Keith N./Rainie, Lee/Lu, Weixu/Dwyer, Maria/Shin, Inyoung/Purcell, Kristen*, Social Media and the ‚Spiral of Silence‘, Pew Research Center, 2014, abrufbar unter: <http://www.pewinternet.org/2014/08/26/social-media-and-the-spiral-of-silence/>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Harper, Jim*, Reforming Fourth Amendment Privacy Doctrine, *American University Law Review* 57 (2008), 1381–1403.
- Haverkate, Görg*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977.
- Hayes, Andrew F./Scheufele, Dietram A./Huge, Michael E.*, Nonparticipation as Self-Censorship: Publicly Observable Political Activity in a Polarized Opinion Climate, *Political Behaviour* 28 (3) (2006), 259–283.
- Heidegger, Martin*, Sein und Zeit, Tübingen, 7. Aufl. 1953.
- Heilmann, Stefan*, Anonymität für User-Generated Content? Verfassungsrechtliche und einfach-gesetzliche Analyse der Informationspflichten für journalistisch-redaktionelle Angebote und andere Telemedien in §§ 5 TMG, 55 RStV, Baden-Baden 2013.
- Held, Cornelius*, Intelligente Videoüberwachung. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den polizeilichen Einsatz, Berlin 2014.
- Helle, Jürgen*, „Variantenlehre“ und Mehrdeutigkeit der verletzenden Äußerung, *AfP* 2006, 110–116.
- Helleberg, Max*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung. Bestandsaufnahme und Kritik unter besonderer Würdigung der Versammlungsfreiheit, Berlin 2016.
- Hennis, Wilhelm*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem, Berlin 1968.
- Hensel, Stephan/Bizer, Kilian/Führ, Martin/Lange, Joachim*, Einleitung – Auf dem Weg zu „Guten Gesetzen“?, in: Dies. (Hrsg.) Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung. Perspektiven und Entwicklungstendenzen, Baden-Baden 2010, 9–14.
- Herdegen, Matthias*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 44 Februar 2005, Art. 1 Abs. 3.
- Ders.*, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, *JZ* 2004, 873–879.
- Ders.*, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechung im Zivilrecht, *WM* 2009, 2202–2210.
- Hermstrüwer, Yoan*, Informationelle Selbstgefährdung. Zur rechtsfunktionalen, spieltheoretischen und empirischen Rationalität der datenschutzrechtlichen Einwilligung und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Tübingen 2016 (im Erscheinen).
- Herzog, Roman*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 27 1988, Art. 4.

- Hesse, Hans Albrecht*, Die Einbeziehung der Soziologie in die juristische Dogmatik am Beispiel der Auslegung von Art. 12 GG, DVBl. 1976, 657–662.
- Hesse, Konrad*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 484–502.
- Ders.*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, Eu-GRZ 1978, 427–438.
- Ders.*, Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung, Tübingen 1959.
- Ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 20. Aufl. 1999.
- Hilgendorf, Eric*, Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, Berlin 1991.
- Hill, Hermann*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982.
- Hillgruber, Christian*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeiner Grundrechtslehren, Bd. IX, Heidelberg, 3. Aufl. 2011, § 200.
- Ho, Shirley S./McLeod, Douglas M.*, Social-Psychological Influence on Opinion Expression in Face-to-Face and Computer-Mediated Communication, Communication Research 35 (2) (2008), 190–207.
- Hochhuth, Martin*, Kein Grundrecht auf üble Nachrede. Der Stolpe-Beschluss des BVerfG schützt das Personal der Demokratie, NJW 2006, 189–191.
- Ders.*, Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2 Abs. 1 GG, JZ 2002, 743–752.
- Hoeren, Thomas*, Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet, MMR 2007, 3–6.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009–1022.
- Ders.*, Die Bedeutung von Medienforschung für das Medienrecht, in: Hasebrink/Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand Öffentliche Kommunikation. Funktionen, Aufgaben und Strukturen der Medienforschung, Baden-Baden 2001, 15–37.
- Ders.*, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht, in: Scherzberg/Betsch/Blanke/Walgenbach/Waschkuhn/Wegner (Hrsg.), Kluges Entscheiden. Disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen, Tübingen 2006, 3–23.
- Ders.*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Brandt/Eifert/Holz-nagel/Schneider/Schuler-Harms/Schulz/Vesting (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, Tübingen 2010, 407–434.
- Ders.*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), 203–233.
- Ders.*, Justice, Bundesverfassungsgericht (Constitutional Court). Constitutional court judges' roundtable, International Journal of Constitutional Law 3 (2005), 556–559.
- Ders.*, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

- Ders.*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, 9–72.
- Ders.*, Sozialwissenschaftlich belebte Rechtsanwendung, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin 2005, 515–537.
- Holländer, Pavel*, Verfassungsrechtliche Argumentation – zwischen dem Optimismus und der Skepsis, Berlin 2007.
- Hruschka, Joachim*, Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, Berlin 1965.
- Huber, Peter Michael*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 2.
- Human Rights Watch/American Civil Liberties Union*, With Liberty to Monitor All. How Large-Scale US Surveillance is Harming Journalism, Law, and American Democracy, 28.07.2014, abrufbar unter: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usnsa0714_ForUpload_0.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Isensee, Josef*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren, Bd. IX, Heidelberg, 3. Aufl. 2011, § 190.
- Jarass, Hans*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Bd. II, Heidelberg 2006, § 38.
- Jick, Todd D.*, Mixing Qualitative and Quantitative Methods: Triangulation in Action, Administrative Science Quarterly 24 (4) (1979), 602–611.
- Kahl, Wolfgang*, Die Schutzzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen, Tübingen 2000.
- Ders.*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), 167–202.
- Kalven, Harry Jr.*, The New York Times Case: A Note on „the Central Meaning of the First Amendment“, The Supreme Court Review 1964, 191–221.
- Kant, Immanuel*, Kritik der reinen Vernunft, Neudruck der 2. Aufl., Hamburg 1956.
- Karpen, Ulrich*, Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – methodische Aspekte, in: Rieble/Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, München 2007, 13–36.
- Kau, Marcel*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts. United States Supreme Court and Federal Constitutional Court of Germany, Berlin u. a. 2007.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- Kendrick, Leslie*, Speech, Intent and The Chilling Effect, William & Mary Law Review 54 (2013), 1633–1691.
- Kielmansegg, Sebastian Graf*, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, 23–29.
- Kindermann, Harald*, Gesetzgebungstheorie als Forschungsaufgabe, ZRP 1983, 204–206.
- Kirchhof, Gregor*, Grundrechte und Wirklichkeit, Heidelberg 2007.
- Ders.*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732–736.
- Kirchhof, Paul*, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, NJW 1996, 1497–1505.

- Ders.*, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 21.
- Ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche, München 1998, 5–22.
- Klein, Hans H.*, Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart, Stuttgart u. a. 1974.
- Ders.*, Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit, *Der Staat* 10 (1971), 145–172.
- Klement, Jan Henrik*, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, *AöR* 134 (2009), 36–82.
- Kleuker, Matthias*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1993.
- Koch, Hans-Joachim*, Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, 39–60.
- Ders.*, Die Begründung von Grundrechtinterpretationen, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, 179–216.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Kokott, Juliane*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 22.
- Kolo, Castulus*, Online-Medien und Wandel: Konvergenz, Diffusion, Substitution, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online Kommunikation, Wiesbaden 2010, 283–307.
- Korinek, Karl/Dujmovits, Elisabeth*, Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsverwirklichung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 23.
- Kötter, Matthias*, Von den Daten zur Empfehlungen: Folgerungen aus der wirkungsbezogenen und der juristisch-normativen Evaluierung von Sicherheitsgesetzen, in: Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, Wiesbaden 2014, 59–84.
- Kranenpohl, Uwe*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2010.
- Krebs, Walter*, Rechtliche und reale Freiheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Bd. II, Heidelberg 2006, § 31.
- Ders.*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte. Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Berlin 1975.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin, 2. Aufl. 1976 (1. Aufl. 1967).
- Krueger, Brian S.*, Government Surveillance and Political Participation on the Internet, *Social Science Computer Review* 23 (4) (2005), 439–452.
- Krüger, Herbert*, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart u. a., 2. Aufl. 1966.
- Ders.*, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meessen/Rüfner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, 285–306.

- Lachenmeyer, Jan/Maier, Timo/Puskas, Laszlo/Lehmann, Babette/Horn, Gabriele/Sehat, Fetsum/Holste, Jens/Perkovic, Toni*, Internet-Tsunamis – Politische Massen im digitalen Zeitalter, Eine Studie von xaidialoge und der Europa-Universität Viadrina, 2013, abrufbar unter: http://www.internet-tsunamis.de/wp-content/uploads/INTERNET-TS-UNAMIS__Politische_Massen_im_digitalen_Zeitalter_v1.2.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Neue Medien brauchen neues Medienrecht! Zur Notwendigkeit einer Anpassung des Rechts an die Internetkommunikation, in: Bieber/Eifert/Groß/Lamla (Hrsg.), Soziale Netze in der digitalen Welt. Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht, Frankfurt a. M. u. a. 2009, 23–52.
- Lange, Friederike Valerie*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 6. Aufl. 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u. a., 3. Aufl. 1995.
- Lashner, Marilyn A.*, The Chilling Effect in TV News. Intimidation by the Nixon White House, New York, New York, USA u. a. 1984.
- Lautmann, Rüdiger*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt a. M. 1972.
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München, 7. Aufl. 2015, § 90.
- Lerche, Peter*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren, Bd. V, Heidelberg, 1. Aufl. 1992, § 121.
- Levi, Edward H.*, An Introduction to Legal Reasoning, University of Chicago Law Review 15 (1948), 501–574.
- Lewis, Anthony*, Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment, New York 1991.
- Ders.*, New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to „The Central Meaning of the First Amendment“, Columbia Law Review 83 (1983), 603–625.
- Lichtmann, Robert M.*, The Supreme Court and McCarthy-Era Repression: One Hundred Decisions, Illinois 2012.
- Lindner, Josef Franz*, Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung. Die „Entscheidungsalternative“ als Grundrechtsproblem, AöR 140 (2015), 542–570.
- Lorenz, Rupert*, Die verdeckte Online-Durchsuchung als Herausforderung an die Grundrechtsdogmatik, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza/Kloepfer/Jarras/Degenhart/Lepsius (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht. Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Peter Lerche, Berlin 2008, 17–29.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg u. a. 1981.
- Lücke, Jörg*, Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl. 2001, 1469–1478.
- Lüdemann, Christian/Schlepper, Christina*, Der überwachte Bürger zwischen Apathie und Protest. Ein empirische Studie zum Widerstand gegen staatliche Kontrolle, in: Zurawski (Hrsg.), Überwachungspraxen – Praktiken der Überwachung. Analysen zum Verhältnis von Alltag, Technik und Kontrolle, Opladen 2011, 119–138.
- Luhmann, Niklas*, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1999.

- Ders.*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M., 6. Aufl. 2013.
- Ders.*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt a. M. 1986.
- Ders.*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin, 3. Aufl. 1976.
- Ders.*, Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, 19–37.
- Ders.*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin, 1. Aufl. 1966.
- Ders.*, Rechtssoziologie, Wiesbaden, 4. Aufl. 1972.
- Ders.*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u. a. 1974.
- Lyon, David*, Surveillance Studies. An Overview, Cambridge, Großbritannien 2007.
- Ders.*, The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society, Minneapolis, Minnesota, USA 1994.
- MacCormick, Neil*, On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, New York University Law Review 58 (1983), 239–258.
- Marder, Ben/Joinson, Adam/Shankar, Avi/Houghton, David*, The extended ‚chilling‘ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking, Computers in Human Behavior 60 (2016), 582–592.
- Marthews, Alex/Tucker, Catherine*, Government Surveillance and Internet Search Behavior, 29.4.2015, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2412564>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Massing, Michael*, The libel chill: How cold is it out there?, Columbia Journalism Review 24 (1985), 31–43.
- Mayer-Schönberger, Victor*, Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age, Princeton, New Jersey, USA 2009.
- Mayer-Uellner, Robert*, Das Schweigen der Lurker. Politische Partizipation und soziale Kontrolle in Online-Diskussionsforen, München 2003.
- McCormack, Thelma* (Hrsg.), Censorship and Libel: The Chilling Effect, Greenwich, Connecticut, USA 1990.
- McKenna, Katelyn Y. A./Buffardi, Laura/Seidman, Gewndolyn*, Selbstdarstellung gegenüber Freunden und Fremden im Netz, in: Renner/Schütz/Machilek (Hrsg.), Internet und Persönlichkeit. Differentiell-psychologische und diagnostische Aspekte der Internetnutzung, Göttingen u. a. 2005, 175–188.
- Merten, Detlef*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Allgemeine Lehren II, Bd. III, Heidelberg 2009, § 68.
- Meskouris, Johannes*, Der Stolpe-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in rechtsvergleichender Betrachtung. Der Schutz vor gerichtlichen Verurteilungen zur Unterlassung von Meinungsäußerungen nach dem Grundgesetz und nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Der Staat 48 (2009), 355–385.
- Michelman, Scott*, Who Can Sue Over Government Surveillance, UCLA Law Review 57 (2009), 71–114.
- Mill, John Stuart*, On Liberty. Über die Freiheit. Englisch/Deutsch, Stuttgart 2009.
- Misoch, Sabina*, Online-Kommunikation, Konstanz 2006.
- Möllers, Christoph*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 47–121.
- Ders.*, Staat als Argument, Tübingen, 2. Aufl. 2011.
- Mössner, Jörg Manfred*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), 193–242.

- Müller, Friedrich, Strukturierende Rechtslehre, Berlin, 2. Aufl. 1994.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Bd. I, Berlin, 11. Aufl. 2013.
- Naucke, Wolfgang, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M. 1972.
- Neuberger, Christoph/Quandt, Thorsten, Internet-Journalismus: Vom traditionellen Gate-keeping zum partizipativen Journalismus?, in: Schweiger/Beck (Hrsg.), Handbuch Online Kommunikation, Wiesbaden 2010, 59–79.
- Neumann, Ulfrid, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986.
- Noelle-Neumann, Elisabeth, Die Schweigespirale. Über die Entstehung der öffentlichen Meinung, in: Forsthoff/Hörstel (Hrsg.), Standorte im Zeitstrom. Festschrift für Arnold Gehlen zum 70. Geburtstag am 29. Januar 1974, Frankfurt a. M. 1974, 299–330.
- Dies., The Spiral of Silence. A Theory of Public Opinion, Journal of Communication 24 (2) (1974), 43–51.
- Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973.
- Note (Verf. unbekannt), HUAC and the „Chilling Effect“: The Dombrowski Rationale Applied, Rutgers Law Review 21 (1967), 679–713.
- Note (Verf. unbekannt), The Chilling Effect in Constitutional Law, Columbia Law Review 69 (1969), 808–842.
- O'Donnell, Aisling T./Jetten, Jolanda /Ryan, Michelle K., Who is watching over you? The role of shared identity perceptions of surveillance, European Journal of Social Psychology 40 (2010), 135–147.
- Oermann, Markus/Staben, Julian, Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung? Zur grundrechtlichen Bewertung polizeilicher „Online-Streifen“ und „Online-Ermittlungen“ in sozialen Netzwerken, Der Staat 52 (2013), 630–661.
- Orive, Ruben, Group similarity, public self-awareness, and opinion extremity: A social projection explanation of deindividuation effect, Journal of Personality and Social Psychology 47 (4) (1984), 727–737.
- Ortmann, Günther, Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung, Frankfurt a. M. 2003.
- Ossenbühl, Fritz, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 15.
- Ders., Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649–661.
- Papier, Hans-Jürgen, Das Versammlungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 2010, 225–233.
- PEN American Center, Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor, 12.11.2013, abrufbar unter: https://www.pen.org/sites/default/files/Chilling%20Effects_PEN%20American.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Dass., Global Chilling. The Impact of Mass Surveillance on International Writers, Results from PEN's International Survey of Writers, 5.1.2015, abrufbar unter: http://www.pen.org/sites/default/files/globalchilling_2015.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Peters, Jonathan, WikiLeaks Would Not Qualify to Claim Federal Reporter's Privilege in Any Form, Federal Communications Law Journal 63 (2011), 667–695.
- Petticrew, Mark/Roberts, Helen, Systematic Reviews in the Social Sciences. A Practical Guide, Malden, Massachusetts, USA u. a. 2006.

- Philippi, Klaus Jürgen*, Die Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Köln u. a. 1971.
- Pieroth, Bodo*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 70 (2011), 90–91.
- Podlech, Adalbert*, Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), 185–223.
- Poitras, Laura/Rosenbach, Marcel/Stark, Holger*, NSA überwacht 500 Millionen Verbindungen in Deutschland, SPIEGEL-ONLINE vom 30.6.2013, abrufbar unter: <http://spon.de/adYvF>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Poscher, Ralf/Miller, Russell*, Präventiver Datenschutz – Kampf der Kulturen, FAZ vom 28.11.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/-gq7-7jwf8>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Posner, Richard A.*, The Problems of Jurisprudence, Cambridge, Massachusetts, USA u. a. 1993.
- Puschke, Jens*, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung. Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten, Berlin 2006.
- Rath, Christian*, Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt, KJ Beiheft 2009 (1), 65–80.
- Redish, Martin H.*, The Value of Free Speech, University of Pennsylvania Law Review 130 (1981), 591–645.
- Remmert, Barbara*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, München, Lfg. 52 Mai 2008, Art. 19 Abs. 2.
- Rennert, Dominik*, Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung, Der Staat 53 (2014), 31–59.
- Ress, Georg/Ukrow, Jörg*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Kommentar, München, Lfg. 52 Januar 2014, Art. 63 AEUV.
- Richter, Ingo*, Experiment und Begleitforschung bei der Grundrechtsverwirklichung, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, 77–99.
- Roellecke, Gerd*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Demokratie – Bundesorgane, Bd. III, Heidelberg, 3. Aufl. 2005, § 67.
- Roggan, Fredrik*, Der Einsatz von Video-Drohnen bei Versammlungen. Verdeckte und andere nicht erkennbare Datenerhebungen im Gewährleistungsbereich von Art. 8 I GG, NVwZ 2011, 590–595.
- Roth, Wolfgang*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, Berlin 1994.
- Rottleuthner, Hubert*, Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, ARSP Beiheft 13 (1980), 97–118.
- Rule, James B.*, Private Lives and Public Surveillance, London, Großbritannien 1973.
- Rusteberg, Benjamin*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009.
- Rüthers, Bernd/Birk, Axel*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, München, 3. Aufl. 2007.
- Sachs, Michael*, Abwehrrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Bd. II, Heidelberg 2006, § 39.

- Ders.*, Abwehrrechte, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/1, München 1988, § 66.
- Ders.*, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, München u. a. 1977.
- Ders.*, Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/1, München 1988, § 65.
- Ders.*, Die Menschenwürde als Fundament der Grundrechte, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, § 58.
- Ders.*, Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/1, München 1988, § 69.
- Ders.*, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/2, München 1994, § 78.
- Sambuc, Thomas*, Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977.
- Schauer, Frederick*, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the „Chilling Effect“, Boston University Law Review 58 (1978), 685–732.
- Ders.*, Slippery Slopes, Harvard Law Review 99 (1985), 361–383.
- Ders.*, The Dilemma of Ignorance: PGA Tour, Inc. V. Casey Martin, Supreme Court Review 2001, 267–297.
- Ders.*, The Exceptional First Amendment, in: Ignatieff (Hrsg.), American Exceptionalism and Human Rights, Princeton, New Jersey, USA u. a. 2005, 29–56.
- Ders.*, The Ubiquity of Prevention, in: Ashworth/Zedner/Tomlin (Hrsg.), Prevention and the Limits of the Criminal Law, Oxford, Großbritannien 2013, 10–22.
- Schippan, Martin*, Keine überhöhten Anforderungen an eine Klarstellungserklärung nach der „Stolpe“-Rechtsprechung (Zugleich Besprechung von OLG Stuttgart ZUM 2015, 1009), ZUM 2015, 974–980.
- Schlesinger, Steven R./Large, Deborah*, Chilling Effects in Criminal Trial Procedure: A Balancing Approach, Cumberland Law Review 10 (1979), 1–45.
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, Berlin, 1. Aufl. (Neudruck) 1954.
- Schmitt Glaeser, Walter*, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Demokratie – Bundesorgane, Bd. III, Heidelberg, 3. Aufl. 2005, § 38.
- Ders.*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 113 (1988), 52–106.
- Scholz, Rupert*, Das Bundesverfassungsgericht – Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?, APuZ 1999 (16), 3–8.
- Schroth, Ulrich*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg u. a., 8. Aufl. 2011, 270–297.
- Schulte, Martin*, Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 1995.
- Schulz, Anne/Rössler, Patrick*, Schweigespirale Online. Die Theorie der öffentlichen Meinung und das Internet, Baden-Baden 2013.

- Schulz, Wolfgang*, Soziale Ordnung und Kommunikationsstrukturen: Die normative Perspektive, in: Altmeppen/Donges/Künzler/Puppis/Röttger/Wessler (Hrsg.), Soziale Ordnung durch Kommunikation?, Baden-Baden 2015, 89–103.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein 1980.
- Schwabenbauer, Thomas*, Heimliche Grundrechtseingriffe. Ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen sicherheitsbehördlicher Ausforschung, Tübingen 2013.
- Schwartz, Richard D./Orleans, Sonya*, On Legal Sanctions, University of Chicago Law Review 34 (1967), 274–300.
- Sedler, Robert Allen*, Dombrowski in the Wake of Younger: The View from Without and Within, Wisconsin Law Review 1972, 1–61.
- Sidhu, Dawinder S.*, The Chilling Effect of Government Surveillance Programs on the Use of the Internet by Muslim-Americans, University of Maryland Journal of Race, Religion, Gender and Class 7 (2007), 375–393.
- Siegel, Jonathan R.*, Chilling Injuries as a Basis for Standing, Yale Law Journal 98 (1989), 905–924.
- SINUS-Institut Heidelberg*, Überwachung elektronischer Daten und ihr Einfluss auf das Nutzungsverhalten im Internet. Repräsentativ-Befragung im Auftrag des DIVSI, 3. Juli 2013, abzurufen unter: <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-03-DIVSI-PRISM-Blitzumfrage-PK.pdf>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Slobogin, Christopher*, Die Zukunft des Datenschutzes in den USA, Die Verwaltung 44 (2011), 465–497.
- Smend, Rudolf*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. Rede, gehalten bei der Reichsgründungsfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin am 18. Januar 1933, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin, 2. Aufl. 1968, 309–325.
- Ders.*, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, in: Bundesverfassungsgericht (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht 1951–1971, Karlsruhe 1971, 15–29.
- Soering, Jörg*, Presserecht. Recherche, Darstellung, Haftung im Recht der Presse, des Rundfunks und der neuen Medien, Köln, 5. Aufl. 2013.
- Solove, Daniel J.*, The First Amendment as Criminal Procedure, New York University Law Review 82 (2007), 112–176.
- Sommermann, Karl-Peter*, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleiche, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 16.
- Specht, Luisa/Müller-Riemenschneider, Severin*, Der Unterlassungsanspruch bei mehrdeutigen Äußerungen, NJW 2015, 727–732.
- Staben, Julian*, Consent under pressure and the Right to Informational Self-Determination, Internet Policy Review 1 (2012) (4), 1–6.
- Stanley, Jay*, Radar Speed Signs, Machine Monitoring, and Chilling Effects, 3.7.2014, abrufbar unter: <https://www.aclu.org/blog/technology-and-liberty/radar-speed-signs-machine-monitoring-and-chilling-effects>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Starck, Christian*, Die Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Bd. VII, Heidelberg, 1. Aufl. 1992, § 164.

- Ders.*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Demokratie – Bundesorgane, Bd. III, Heidelberg, 3. Aufl. 2005, § 33.
- Stein, Ralph Michael*, Laird v. Tatum: The Supreme Court and a First Amendment Challenge to Military Surveillance of Lawful Civilian Political Activity, Hofstra Law Review 1 (1973), 244–275.
- Stern, Klaus*, Die Auslegung der Grundrechte, in: Ders. (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/2, München 1994, § 95.
- Strömer, Tobias H.*, Mogelpackung Internet-Rechtsschutz, Dezember 2004, abrufbar unter: <http://www.netlaw.de/beitraege/2004/internetversicherung.htm>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Struck, Gerhard*, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977.
- Suler, John*, The Online Disinhibition Effect, CyberPsychology & Behavior 7 (3) (2004), 321–326.
- Sunstein, Cass R.*, Why Societies Need Dissent, Cambridge, Massachusetts, USA u. a. 2003.
- Teubel, Kirsten*, Unterlassungsanspruch bei mehrdeutigen Äußerungen und zweifelhaftem Wahrheitsgehalt, AfP 2006, 20–24.
- Teubner, Gunther*, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 6 (1975), 179–204.
- Teubner, Gunther/Wilke, Helmut*, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 5 (1984), 4–35.
- Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R.*, Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New Haven, Connecticut, USA u. a. 2008.
- The Economist*, Everybody wants to rule the world, The Economist vom 29.11.2014, abzurufen unter: <http://econ.st/1vopHuH>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Thiel, Markus*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Tübingen 2011.
- Thoma, Richard*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102–117, Bd. I, Berlin 1929, 1–53.
- Tiller, Emerson H./Cross, Frank B.*, What is Legal Doctrine?, Northwestern University Law Review 100 (2006), 517–533.
- Townend, Judith*, Navigating digital publishing law without a ‚night lawyer‘: an exploration of informal legal support networks, Cultural Policy, Criticism and Management Research 5 (2011), 27–46.
- Dies.*, Online chilling effects in England and Wales, Internet Policy Review 3 (2014) (2), 1–12.
- Tugendhat, Ernst*, Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht, ARSP Beiheft 14 (1980), 1–20.
- Turkle, Sherry*, Looking Toward Cyberspace: Beyond Grounded Sociology, Contemporary Sociology 28 (6) (1999), 643–648.
- Ulbricht, Carsten*, Urheberrechtliche Abmahnung wegen Facebook Sharing verursacht (irrtümliche) Panikwelle – Der Versuch einer rechtlichen Aufklärung, 24.3.2015, abrufbar unter: <http://www.rechtzweinnull.de/archives/1801-abmahnung-wegen-facebook-sharing-urheberrecht.html>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.

- Ullrich, Peter*, Gesundheitsdiskurse und Sozialkritik – Videoüberwachung von Demonstrationen. Zwei Studien zur gegenwärtigen Regierung von sozialen Bewegungen und Protest, Deutsches Jugendinstitut, 2011, abrufbar unter: http://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs/9_14638_Videoueberwachung_Ullrich_2012.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, International Comparisons of Litigation Costs: Canada, Europe, Japan, and the United States, 14.6.2013, abrufbar unter: http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Vagle, Jeffrey*, When Algorithmic Surveillance Becomes Structural Surveillance, 30.1.2015, abrufbar unter: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/01/when-algorithmic-surveillance-becomes-structural-surveillance>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.
- Viehweg, Theodor*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, München, 1. Aufl. 1953.
- Vogelsang, Klaus*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987.
- Volkman, Uwe*, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, AöR 134 (2009), 157–196.
- Volokh, Eugene*, The Mechanism of the Slippery Slope, Harvard Law Review 116 (2003), 1026–1137.
- Wahl, Rainer*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Entwicklung und Grundlagen, Bd. I, Heidelberg 2004, § 19.
- Wälde, Thomas W.*, Juristische Folgerorientierung. „Policy analysis“ und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgerorientierung im Rechtssystem, Königstein 1979.
- Waldman, Thomas A.*, SLAPP Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation, UCLA Law Review 39 (1992), 979–1052.
- Wank, Rolf*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.
- Warren, Samuel D./Brandeis, Louis, D.*, The Right to Privacy, Harvard Law Review 4 (1890), 193–220.
- Weaver, Russell L./Bennett, Geoffrey*, Is The New York Times „Actual Malice“ Standard Really Necessary? A Comparative Perspective, Louisiana Law Review 53 (1993), 1153–1190.
- Westin, Allen*, Privacy and Freedom, New York, New York, USA 1967.
- White, Gregory L./Zimbaro, Philipp G.*, The Chilling Effect of Surveillance: De-individualization and Reactance, Office of Naval Research, Technical Report Z-15 (1975), abrufbar unter: www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a013230.pdf, zuletzt abgerufen am 26.6.2015.
- Wicklund, Robert A./Frey, Dieter*, Die Theorie der Selbstaufmerksamkeit, in: Frey/Irle (Hrsg.), Theorien der Sozialpsychologie. Kognitive Theorien, Bd. I, Bern, 2. Aufl. 1993, 155–173.
- Wiekens, Carina J./Stapel, Diedreck A.*, Self-Awareness and Saliency of Social Versus Individualistic Behavioral Standards, Social Psychology 41 (1) (2010), 10–19.
- Willke, Helmut*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Berlin 1975.
- Winkler, Daniela*, Der „additive Grundrechtseingriff“: Eine adäquate Beschreibung kumulierender Belastungen?, JA 2014, 881–887.
- Wischmeyer, Thomas*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, Tübingen 2015.

- Wolter, Jürgen*, Potenzial für eine Totalüberwachung im Strafprozess- und Polizeirecht, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, München 2004, 733–748.
- Worrall, John L./Els, Nicole/Piquero, Alex R./TenEyck, Michael*, The Moderating Effect of Informal Social Control in the Sanctions-Compliance Nexus, *American Journal of Criminal Justice* 39 (2014), 341–357.
- Wrase, Michael*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, Berlin 2016.
- Wunderlich, Stefan*, Vom digitalen Panopticon zur elektrischen Heterotopie – Foucaultsche Topographien der Macht, in: Maresch/Weber (Hrsg.), Kommunikation, Medien, Macht, Frankfurt a. M. 1999, 342–367.
- Würtenberger, Thomas/Tanneberger, Steffen B.*, in: Fischer, Susanne/Masala, Carlo (Hrsg.), Innere Sicherheit nach 9/11. Sicherheitsbedrohungen und (immer) neue Sicherheitsmaßnahmen?, Wiesbaden 2016, 35–59.
- Youn, Monica*, The Chilling Effect and the Problem of Private Action, *Vanderbilt Law Review* 66 (2013), 1471–1539.
- Zeh, Wolfgang*, Gesetzesfolgenabschätzung – Politikgestaltung durch Gesetze?, in: Jann/König/Landfried/Wordelmann (Hrsg.), Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft. Carl Böhrer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1998, 365–374.
- Zhang, Qingbo*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung. Die Bedeutung der juristischen Argumentation für China, Baden-Baden 2010.
- Zimmermann, Ralph*, Die Meinungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJ 2011, 145–154.
- Zschoch, Diana*, Die präventiv-polizeiliche Rasterfahndung. Im Spannungsverhältnis zwischen der Staatsaufgabe Sicherheit und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Nichtverantwortlichen, Frankfurt a. M. 2007.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen, 3. Aufl. 1996.

Sachregister

- Abschreckung(seffekt)
– Abschreckungsdivergenz 74, 133 f.
– Abschreckungskumulation 74
– Anforderungen 98 ff., 108 ff.
– Begriff 1 ff., 3 f., 21, 172
– Einschätzungskontrolle 115 ff., 120 ff., 163 f., 170 f.
– Gegenargumente 69 ff.
– Geschichte 14 ff.
– individuelle Bewertung von 74, 132 ff., 166 ff.
– Kritik 69 ff.
– Messung, *siehe* Empirie
– private/horizontale 5 f., 73 f., 101, 126 ff.
– Zurechnung von 5 f., 101
Amicus curiae 60, 131, 173
Angemessenheit, *siehe* Verhältnismäßigkeit
Annahmeentscheidung bei Verfassungsbeschwerden 148 f.
Argument 7, 67 f., 99 f.
Argumentationstheorie(en) 6 ff., 76 ff., 182 f.
Äußerungsrecht 31 f., 113, 168 ff.
- Beobachter erster, zweiter und dritter Ordnung 11, 181 ff.
Beschwerdebefugnis 24, 48, 53 f., 102, 119, 131, 148 ff.
Bestimmtheitsgebot, *siehe* Normbestimmtheit
- Chilling effect 3 f., 42 ff., 184 ff.
Consequentialism, *siehe* Folgenorientierung
- Darstellung einer Entscheidung 10, 68, 81, 95, 149
Dogmatik 8, 13, 33 ff., 76 ff., 95, 146, 162
- Eingriff 4, 24, 37, 126 ff., 146
Einschüchterung(seffekt) 3, 21, *siehe auch* Abschreckungseffekt
- Empirische Forschung 109 ff., 121 ff., 155 ff., 164 ff.
Erstinterpret der Verfassung 117
- Finalität 72, 97 f., 103, 124 ff., 146
Folgenorientierung 67, 78 ff., 89 ff., 181
Folgenverantwortung 93, 112, 120
Forum
– externum 36 f.
– internum 18, 36 f.
Freiheit
– ausgeübte 87 ff.
– rechtliche 83 ff.
– tatsächliche 85 ff.
Funktionalisierung, demokratische 88 f., 106 ff., 167 f.
- Gesetzesfolgenabschätzung 89 ff., 97 ff., 120 f.
Gewährleistungsgehalt 102, 145, *siehe auch* Schutzbereich
Gleichheitssatz 22 f., 26, 35, 99, 140
Grund, 7, *siehe auch* Argument
Grundrecht auf Abschreckungsfreiheit 135, 142 f.
Grundrechtsauslegung 76 ff., *siehe auch* Methodik
Grundrechtsausübung 44, 65, 72 f., 99 ff.
– internetbasierte 2, 153 ff.
Grundrechtsdogmatik, *siehe* Dogmatik
Grundrechtseingriff, *siehe* Eingriff
Grundrechtsgehalte
– objektive 39 ff., 65, 103 ff., 121, 128, 137 ff., 159, 168
– subjektive 39 ff., 65, 130 ff.
Grundrechtskonstellationen 2, 19 ff., 27, 50 ff.
Grundrechtstheorie(en) 75 ff., 82 ff.
Grundrechtsverwirklichung, *siehe* Grundrechtsausübung

- Grundrechtsvoraussetzungen 65, 84 ff.
 Grundrechtswirklichkeit 78 ff.
- Herstellung einer Entscheidung 10 f., 68, 81, 149
- Informationelle Selbstbestimmung 17, 29 f., 37, 85 f., 132, 145
- Klagebefugnis, *siehe* Beschwerdebefugnis
 Kommunikationsgrundrechte 20 f., 52 ff., 63 f., 107, 121 ff., 143 f., 164 ff.
- Letztinterpret der Verfassung 9
- Meinungsklima 3, 46, 74, 141, 165
 Meinungsvielfalt 107 f.
 Menschenbild des Grundgesetzes 135 f.
 Methodik/Methoden 6 ff., 42 ff., 75 ff., 89 ff.
- Nebeneffekt, *siehe* Wirkung, kollaterale
 Normbereich, *siehe* Grundrechtswirklichkeit
 Normenbestimmtheit
 – Normenklarheit und 26, 34, 127, 150 f.
 – Überbreite (overbreadth) 53
 – Vagheit (vagueness) 53
- Ökonomische Ansätze 137 f.
 Onlinekommunikation 156 ff., 164 ff.
- Persönlichkeitsgrundrechte 21 f., 36 f., 65 f., 144 f.
 Prämissen des Abschreckungsarguments
 – materiell-rechtliche 82 ff., 142 f.
 – methodische 78 ff., 93 f.
 Prognose, *siehe* Tatsachengrundlage
 Prüfungsdichte,
 verfassungsgerichtliche 16 ff., 24 f., 35
- Realbereich, *siehe* Grundrechtswirklichkeit
 Rechtsschutz, einstweiliger 26 f., 114
 Rechtsvergleich 12, 42 ff., 62 ff.
- Schutzbereich 23 f., 66 f., 101 f., 127, 144 f.
 Schutzpflicht 5 f., 43 f., 101, 127 f.
 Schweigespirale 122, 165
 Sein-Sollens-Schluss 71 f., 79 f.
 Selbstzensur 4, 158 f.
 Spielraum-Doktrin 52, 63
- Staatshervorbringung 88, 104 ff., 175
 Standing Doktrin 48, 53 f.
 State action Doktrin 43 f.
- Tatsachengrundlage 28 ff., 62 f., 70 f., 100 ff., 108 ff., 121 ff.
 – gegenwärtige 79 f., 108 ff.
 – Kontrolle der 115 ff., 163 f., 170 f.
 – Plausibilitätsannahmen als 32 f., 62, 110, 112
 – prognostizierte 80 f., 114 f., 120 f.
 Telos 72, 80 f., 103, 124 ff.
 Topik 7
 Totalüberwachung, Verbot der 141, 159, 163
- Überwachung 18, 30, 47 f., 54, 59 f., 122 f., 155 ff.
 Überwachungsdruck 25, 30, 122 f., 158 ff.
 Unbefangenheit 82 ff., 135 f., 142 f., 180
 Ungleichbehandlung, *siehe* Gleichheitssatz
- Verfahren, Grundrechtsschutz durch 133, 151 f.
 Verfassungserwartungen 84 f.
 Verfassungsmethodik, *siehe* Methodik
 Verfassungswirklichkeit 79, *siehe auch* Grundrechtswirklichkeit
 Verhältnismäßigkeit 25, 124 ff., 147 f.
 Vorannahmen, außerrechtliche 28 ff., 58 ff., 70 f.
 – konfligierende 30 f., 60 ff., 115 ff.
 Vorfeldschutz, grundrechtlicher 22, 29 f., 36 f., 66, 132, 144 f.
- Wertordnung 40, 105, *siehe auch* Grundrechtsgehalte, objektive
 Wesensgehaltsgarantie 140 f.
 Willensentschlussfreiheit 35 ff., 66, 85 f., 101, 131 ff., 142
- Wirkung
 – intentionale 6, 124 ff.
 – kollaterale 4 f., 67 f., 72, 102 ff., 118 f., 147
- Zensur 16, 152
 Zielzustand des
 Abschreckungsarguments 82 ff., 142 f.
 Zweckmäßigkeit, *siehe* Finalität