

## A. Vereinbarkeit des Gesetzes mit den Grundrechten des Grundgesetzes

Es soll geprüft werden, ob das Gesetz über den Schutz der Integrität der Maueropfer (SIMG) mit der Verfassung vereinbar ist. Das ist nicht der Fall, wenn das Gesetz in den Schutzbereich eines Grundrechtes eingreift und dieser Eingriff des Weiteren nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

### **I. § 1 SIMG**

#### 1. Art. 5 I 1 HS 1 GG<sup>1</sup>, Meinungsfreiheit

§ 1 des SIMG könnte das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verletzen.

##### *a) Sachlicher Schutzbereich*

Zunächst ist festzustellen, ob der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet ist. Der Schutzbereich ist der Bereich, den die Grundrechtsnorm aus der Lebenswirklichkeit als Schutzgegenstand herauschneidet und unter verfassungsrechtlichen Schutz stellt<sup>2</sup>.

##### *aa) Meinungen*

In den Schutzbereich des Art. 5 I 1 HS 1 fällt das Recht, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten. Der Begriff „Meinung“ ist grundsätzlich weit zu verstehen<sup>3</sup>. Meinungen sind im Unterschied zur Tatsachenbehauptung durch Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung geprägt<sup>4</sup>. Meinungen sind also in erster Linie Werturteile, die „die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnen“<sup>5</sup>. Auf den Inhalt der Äußerungen kommt es indes nicht an, sie können vernünftig oder unvernünftig, politisch oder unpolitisch sein, sie können rational oder irrational begründet sein. Eine Differenzierung wäre in den meisten Fällen wohl nicht möglich<sup>6</sup>, auch würde eine Differenzierung nach der ethischen Qualität der Meinungen oder ihrer Wirkung auf andere den Schutzanspruch der grundrechtlichen Garantie weitgehend relativieren.

##### *bb) Tatsachenbehauptungen*

Weitaus schwieriger erweist sich die Einbeziehung von Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 HS 1, da diese im engeren Sinne keine Äußerung einer Meinung sind, da ihnen das subjektive Element fehlt. Außerdem scheinen der Wortlaut („Meinungen“) und die abweichende Formulierung in Art. 5 II („Freiheit der Berichterstattung“) dagegen zu sprechen<sup>7</sup>. Jedoch sind sie nach allgemeiner Auffassung durch das Grundrecht geschützt, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind, welche Art. 5 I 1 HS 1 gewährleistet<sup>8</sup>. Weiterhin kann die Abgrenzung

<sup>1</sup> Nicht gekennzeichnete Artikel sind im Weiteren solche des Grundgesetzes.

<sup>2</sup> Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 46, 69.

<sup>3</sup> BVerfGE 61, 1 (9); 71, 162 (179).

<sup>4</sup> BVerfGE 61, 1 (9); 85, 1 (14).

<sup>5</sup> BVerfGE 94, 1 (8).

<sup>6</sup> BVerfGE 30, 336 (347); 61, 1 (7); *Schmitt Glaeser*, in: AöR 113 (1988), 52 (71).

<sup>7</sup> *Wendt*, in: v. Münch, GG I, Art. 5 Rn. 8.

<sup>8</sup> BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8); *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 27.

von reinen Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen sich als schwierig herausstellen, insofern sind auch solche Äußerungen erfasst, in denen sich beides zu einem Sinn verbindet<sup>9</sup>.

#### cc) Erwiesen und bewusst unwahre Tatsachen

Unwahre Tatsachen werden nicht schlechthin aus dem Schutzbereich herausgenommen. Fraglich ist nämlich, ob eine Aussage, die erwiesenermaßen unwahr ist, sofort aus dem Grundrechtsschutz der Meinung desjenigen ausgeschlossen würde, der über die wirkliche Sachlage im Irrtum ist<sup>10</sup>. Selbst diese individuelle Überzeugung davon ist „Meinung“ im engeren Sinne. Prinzipiell verdient sie dadurch Schutz.

Von vornherein werden jedoch bewusste Unwahrheiten ausgegrenzt, da sie als unrichtige Informationen nichts zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut, was erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachen aus dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 HS 1 herausfallen lässt<sup>11</sup>. Die Lüge, d.h. die bewusst unwahre Tatsachenäußerung, fällt somit aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus<sup>12</sup>.

#### dd) Zwischenergebnis

Das begrenzende SIMG hat zum Inhalt, die Äußerungen wahrheitswidriger Aussagen über die Berliner Mauerschützen unter Strafe zu stellen. Diese sind unwahre Tatsachen, deren Überprüfung mit Mitteln des Beweises möglich ist. Augenzeugenberichte und geschichtswissenschaftliche Erkenntnisse beweisen dies. Die Leugnung der Mauerschützen ist demnach die Leugnung einer historisch gesicherten Tatsache. Zumal kann man von jedem Deutschen erwarten, dass ihm die Wahrheitswidrigkeit einer solchen Aussage bewusst ist, da das Geschehen in der deutschen Geschichte verankert ist und häufige Niederlegung und Erörterung erfahren hat<sup>13</sup>. Es kann sich somit auch nicht um einen Irrtum des Aussagenden handeln. Eine solche, möglicherweise auch unbewusst unwahre Tatsache, kann in dem Zusammenhang nicht als Voraussetzung für eine Meinungsbildung durchgehen, da sie die Geschichte Deutschlands verfälscht. Das SIMG hat demnach einen Inhalt, der nicht in den Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 I 1 HS 1 fällt.

#### b) Ergebnis

Der Schutzbereich ist nicht eröffnet. § 1 des SIMG verletzt Art. 5 I 1 HS 1 nicht.

#### 2. Art. 5 I 2, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit

Die Rechte aus Art. 5 I 2 könnten verletzt sein. Zwar überschneiden sich die Rechte aus Art. 5 I mit denen des Art. 5 I 2, jedoch bleibt es auch bei dem Schutz gem.

<sup>9</sup> NJW 1992, S. 1439 (1440).

<sup>10</sup> Sachs, Verfassungsrecht II, Art. 5 Rn. 7.

<sup>11</sup> BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (7); 66, 116 (149); 82, 43 (51); v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 5 Rn. 20; Hoffmann – Riem, in: AK I, Art. 5 I, II Rn. 21; Hesse, VerFR, Rn. 391.

<sup>12</sup> BVerfGE 85, 1 (15).

<sup>13</sup> Beispielsweise Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, 1998, u.v.m.

Art. 5 I 1 HS 1, solange Meinungsäußerungen in der Presse publiziert werden<sup>14</sup>. Die Pressefreiheit soll nur dann einschlägig sein, wenn es um die im Pressewesen tätigen Personen in der Ausübung ihrer Funktion als solche, um Presseerzeugnisse oder um die Institution einer freien Presse geht<sup>15</sup>. In dieser Form ist dies auch auf die Rundfunkfreiheit<sup>16</sup> als auch auf die Filmfreiheit anzuwenden. Die Rechte aus Art. 5 I 2 sind durch § 1 SIMG nicht verletzt.

### 3. Art. 5 III, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

Möglicherweise verletzt § 1 Art. 5 III. Man kann allerdings davon ausgehen, dass die Meinungsäußerungsfreiheit bei der Kommunikation im Meinungsprozess ihren Schwerpunkt in der Meinungsäußerung als solche und nicht in der Form hat<sup>17</sup>. Elemente aus Kunst und Wissenschaft fungieren hier vornehmlich als Instrumente der Meinungsäußerung. Somit kann man sagen, dass die Rechte aus Art. 5 III hinter die Rechte aus Art. 5 I zurücktreten und hier nicht einschlägig sind.

### 4. Art. 3 I, Der allgemeine Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I könnte verletzt sein.

#### *a) Vergleichspaar*

Zuerst müsste ein Vergleichspaar definiert werden, welches unter einen Oberbegriff fällt. Der Oberbegriff könnte die sich in Berlin aufhaltenden Personen umfassen. Das Vergleichspaar sind die Einwohner Berlins auf der einen Seite und die sich nur in Berlin aufhalten Personen, die ihren Wohnsitz nicht dort haben, auf der anderen Seite.

#### *b) Ungleichbehandlung*

Es könnte eine Ungleichbehandlung vorliegen. Der Schutzbereich wäre erst dann betroffen, wenn wesentlich Gleiches ungleich, bzw. wenn wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird<sup>18</sup>. Eine Ungleichbehandlung ist gegeben, wenn eine Personengruppe in der einen Weise, eine andere Personengruppe in einer anderen Weise behandelt wird und beide Personengruppen unter einen gemeinsamen Oberbegriff fallen<sup>19</sup>, s.o. A.I.3.a). Eine Ungleichbehandlung liegt hier vor, da die Einwohner Berlins nach dem Wortlaut des § 1 SIMG zu schließen dem Gesetz unterworfen sind, jedoch Personen, die sich nur in Berlin aufhalten, nicht in den Tatbestand des Gesetzes fallen.

#### *c) Willkürliche Ungleichbehandlung*

Um verfassungswidrig zu sein, müsste die Ungleichbehandlung zusätzlich willkürlich sein, denn eine solche verletzt nicht unbedingt Art. 3 I. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich ein weit gefasstes Recht, solche Sachverhalte auszuwählen um nach seinen Krite-

<sup>14</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 571.

<sup>15</sup> BVerfGE 85, 1 (11); 86, 122 (128).

<sup>16</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 574.

<sup>17</sup> Vgl. Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 494.

<sup>18</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 5.

<sup>19</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 435.

rien ungleich zu behandeln<sup>20</sup>.

Der Landesgesetzgeber knüpft das Gesetz an die Einwohner Berlins, d.h. an Personen, die ihren Wohnsitz in Berlin haben. Jedoch stehen bei landesrechtlichen Regelungen keine Diskriminierungsverbote des Art. 3 I, III einer sachlich begründbaren Anknüpfung an den Wohnsitz entgegen<sup>21</sup>. Weiter könnte der Gesetzgeber es als wichtig erachtet haben, dass gerade Einwohner Berlins, die den Zustand in Berlin während der Mauer mitbekommen haben und die Geschichte der Stadt mitkonstituieren, wegen Verleumdung der Geschehnisse gesondert betrachtet werden müssen. Bei ihnen als unmittelbare Zeugen wiegen die Verleumdungen am schwersten und verletzen die Integrität der Betroffenen am meisten.

Andererseits muss die Willkür an fundamentalen Wertentscheidungen des GG erörtert werden. Die Menschenwürde, in Art. 1 I normiert, hält den höchsten Rang in der Verfassung<sup>22</sup>. Daran orientiert müsste es allen Menschen gleichermaßen auferlegt sein, diese zu schützen, ganz gleich ihrem Wohnsitz. Zudem müsste jeder Deutsche einen Bezug zu der ihm innewohnenden Geschichte haben, auch wenn er nicht Berliner ist.

Bezüglich der hohen Strafandrohung, die gem. § 1 SIMG mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bestraft wird, wiegt die Ungleichbehandlung besonders schwer. Gem. § 12 I i.V.m. § 38 II StGB wird so ein Verbrechen behandelt, welches mit Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren bestraft werden darf. Durch § 1 SIMG könnten demnach genauso schwere Sanktionen auferlegt werden wie z.B. bei Totschlag (§ 212 StGB) oder schwerem Raub (§ 250 StGB). Es ist nicht einzusehen, einer bestimmten Personengruppe nach dem Wohnsitzprinzip für wahrheitswidrige Äußerungen eine Strafe aufzuerlegen, die ein dermaßen hohes Strafmaß ansetzt und diesen Personenkreis solcher lebensbeeinflussenden Beeinträchtigungen aussetzt.

Dementsprechend ist die Ungleichbehandlung willkürlich, denn die Rechtfertigung durch sachliche Gründe ist nicht möglich.

#### *d) Ergebnis*

Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I ist verletzt.

#### 5. Art 33 I, Inländergleichheit

Der auf föderale Gleichbehandlung zielende Art. 33 I könnte als *lex specialis* zu Art. 3 I verletzt sein. Art. 33 I schützt vor einer Ungleichbehandlung von Deutschen eines Landes durch ein anderes Land bezüglich seiner staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten<sup>23</sup>. Das Land Berlin schließt nur die Einwohner Berlins in das Strafgesetz ein, nicht aber Personen, die sich lediglich in Berlin aufhalten. Jedoch fallen Differenzierungen

<sup>20</sup> BVerfGE 90, 145 (196); 75, 108 (157); 94, 241 (260).

<sup>21</sup> Herdegen, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 97 Rn. 10; vgl. Matthey, in: v. Münch, GG II, Art. 33 Rn. 10.

<sup>22</sup> BVerfGE 5, 85 (204).

<sup>23</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 2.

nach dem Wohnsitz unter den generelleren Gleichheitssatz des Art. 3 I<sup>24</sup>. Somit ist Art. 33 I nicht einschlägig.

#### 6. Art. 2 II 2, Freiheit der Person

§ 1 SIMG verletzt möglicherweise das Grundrecht auf Freiheit der Person.

##### *a) Schutzbereich und Eingriff*

Der Schutzbereich müsste eröffnet sein und ein Eingriff in diesen vorliegen. Freiheit der Person bedeutet körperliche Bewegungsfreiheit<sup>25</sup>. Präzisiert bedeutet das, dass das Grundrecht auf Freiheit der Person nur dann betroffen wäre, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit physisch, d.h. durch unmittelbaren Zwang, eingeschränkt würde<sup>26</sup>.

Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs, denen der Grundrechtsträger nicht aus eigenem Willen ausweichen kann, sind als Eingriffe in die Freiheit der Person zu sehen<sup>27</sup>.

Durch § 1 SIMG wird zwar die Freiheit zur Äußerung bestimmter Dinge eingeschränkt, jedoch behält jeder das Recht, sich frei zu bewegen. Das Gesetz als solches schränkt also nur mittelbar die körperliche Bewegungsfreiheit ein. Der Wortlaut des Art. 104, der als grundrechtsgleiches Recht<sup>28</sup> die Anforderungen an die Freiheitsbeschränkungen weiter definiert, bestätigt dies: „Festgehaltene Personen“, „Freiheitsentziehung“, „Gewahrsam“ beziehen sich auf den unmittelbar stattfindenden Eingriff, nicht auf ein mittelbar einschränkendes Gesetz.

##### *b) Ergebnis*

In § 1 SIMG ist keine Eingriff in Art. 2 II 2 zu sehen. Das Grundrecht auf Freiheit der Person ist nicht verletzt.

#### 7. Art. 2 I, Die allgemeine Handlungsfreiheit

##### *a) Auffangtatbestand*

Seit dem Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>29</sup> wird Art. 2 I gegenüber den anderen, spezielleren Freiheitsgrundrechten die Funktion des Auffangtatbestandes eingeräumt<sup>30</sup>. Im Falle der Nichteinschlägigkeit des Schutzbereichs eines anderen Grundrechts kann Art. 2 I einschlägig sein, ist bei Einschlägigkeit eines spezielleren Grundrechts allerdings thematisch verbraucht und tritt subsidiär hinter dieses zurück<sup>31</sup>. Sein Schutzbereich schützt jegliches menschliche Verhalten und ist „ein Grundrecht des Bürgers, nur auf Grund solcher Vorschriften mit einem Nachteil belastet zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind“<sup>32</sup>. Darunter fallen Betätigungen jedweder Art und Güte, ohne dass diese einen besonders prägenden Bezug zur Entfal-

<sup>24</sup> *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 126 Rn. 113.

<sup>25</sup> *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 413.

<sup>26</sup> *Eberhard Grabitz*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 130 Rn. 5; BVerfGE 10, 302 (322).

<sup>27</sup> *Ipsen*, Staatsrecht II, § 5 Rn. 254.

<sup>28</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 Rn. 1; vgl. auch Art. 93 I 4a.

<sup>29</sup> Im Weiteren abgekürzt mit BVerfG .

<sup>30</sup> BVerfGE 6, 32 ff.

<sup>31</sup> BVerfGE 71, 1 (32); 95, 173 (188).

<sup>32</sup> BVerfGE 29, 402 (408).

tung der Individualpersönlichkeit haben müssten. Auch banale Tätigkeiten und alltägliche Verhaltensweisen fallen unter den Grundrechtsschutz des Art. 2 I<sup>33</sup>.

*b) Regressverbot*

Jedoch schützt Art. 2 I nicht ohne Weiteres jedes Verhalten, welches nicht anderweitig erfasst wird; er wird nur in solchen Fällen wirksam, in denen die Herausnahme des Verhaltens aus dem speziellen Grundrecht nicht mit einem bewussten und beabsichtigten Unwerturteil des Verfassungsgebers verbunden ist<sup>34</sup>. Die Herausnahme aus dem grundrechtlichen Regelungssystem ergibt sich aus einem ethisch misszubilligenden, nicht schutzwürdigen Verhalten<sup>35</sup>.

aa) Art. 2 I wird nicht dann als Auffangtatbestand aktiviert, wenn Art. 5 I 1 HS 1 bestimmte Verhaltensweisen vom Grundrechtsschutz ausnimmt, beispielsweise die Lüge<sup>36</sup>. Bei Art. 5 I 1 HS 1 wurde der Schutzbereich des Grundrechts nicht eröffnet, s.o. A.I.1. Somit ist nach der hier zu folgenden Meinung auch Art. 2 I nicht einschlägig<sup>37</sup>.

bb) Die Schutzbereiche der Art. 2 II 2 und Art. 5 I 2 waren nicht eröffnet. Wie in A.I.6.b) erörtert, ist Art. 2 I nicht einschlägig, wenn ein bestimmtes Verhalten bewusst aus dem Schutzbereich ausgegrenzt wird. Somit ist Art. 2 I auch hier nicht einschlägig.

*c) Ergebnis*

Art. 2 I ist als Auffangtatbestand nicht einschlägig.

**II. § 2 SIMG**

1. Art. 5 I 1 HS 1, Meinungsfreiheit (s.o. A.I.1.)

2. Art. 3 I, Der allgemeine Gleichheitssatz (s.o. A.I.3.)

3. Art. 12 I, Berufsfreiheit

§ 2 SIMG könnte die Berufsfreiheit aus Art. 12 I verletzen.

*a) Schutzbereich*

Der Schutzbereich müsste in sachlicher und persönlicher Hinsicht eröffnet sein.

aa) Schutzgegenstand: „Beruf“

Beruf ist jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient<sup>38</sup>.

aaa) Der Begriff „auf Dauer“ ist weit gefasst<sup>39</sup>, d.h. er umfasst alle Arten von Dauer der Tätigkeit, sofern sie sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpfen<sup>40</sup>.

bbb) Der Begriff „zur Schaffung einer Lebensgrundlage“ ist weit gefasst, denn die Tätigkeit muss lediglich geeignet sein, einen Beitrag zur Existenzsicherung zu leisten<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> Dreier, in: Dreier, GG, Art. 2 I Rn. 20.

<sup>34</sup> Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn. 77.

<sup>35</sup> Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 111 Rn. 178.

<sup>36</sup> Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 48a.

<sup>37</sup> Isensee, in: Festschrift für Martin Kriele, S. 5.

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 377 (397); 54, 301 (313); 97, 228 (252).

<sup>39</sup> BVerfGE 14, 19 (22), 68, 272 (281).

<sup>40</sup> BVerfGE 97, 228 (253).

<sup>41</sup> BVerfGE 7, 377 (397).

ccc) Das Kriterium des Erlaubtseins ist strittig. Dahinter steht das Anliegen, nicht dem einfachen Gesetzgeber Dispositionsbefugnis über den Begriff „Beruf“ zuzusprechen. Statt dem Kriterium des Erlaubtseins wird zunehmend gefordert, dass die Tätigkeit nicht „sozial unwertig oder gemeinschaftsschädlich“ sein darf<sup>42</sup> bzw. nicht „dem Menschenbild des Grundgesetzes entgegenstehen“ soll<sup>43</sup>. Jedoch sind auch diese Ersatzkriterien sehr schwer zu fassen und eine Abgrenzung fällt schwer. Für den vorliegenden Fall muss darauf nicht näher eingegangen werden.

ddd) Es ist unerheblich, ob die Tätigkeit sozial anerkannt ist. Sie kann sozialwertig neutral sein und muss nicht unter ein klassisches Berufsbild fallen<sup>44</sup>.

Der Begriff des Berufs des § 2 SIMG muss hier im Lichte der Verfassung ausgelegt werden. Der Begriff „Beruf“ aus § 2 SIMG meint dementsprechend „Beruf“ i.S.d. Art. 12 und knüpft daran an.

#### bb) Geschütztes Verhalten

Art. 12 I enthält, entgegen des nicht eindeutigen Wortlauts in Satz 2 („Berufsausübung“), ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit und schützt demnach die Berufswahl sowie die Berufsausübung<sup>45</sup>. Bei letzterer werden Ort, Dauer, Umfang, Erscheinungsform und Verfahrensweisen gewährleistet. Des Weiteren schützt Art. 12 I die negative Berufsfreiheit, d.h. die Freiheit, keinen Beruf auszuüben<sup>46</sup>.

§ 2 SIMG knüpft an Modalitäten an, unter welchen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht.

#### cc) Personaler Schutzbereich

Art. 12 I wird als Deutschenrecht gem. Art. 116 nur für Deutsche gewährleistet. Ausländer können sich gegebenenfalls auf Art. 2 I als Auffanggrundrecht berufen. Juristische Personen des Privatrechts können sich nach Maßgabe des Art. 19 III auf die Berufsfreiheit berufen, wenn eine zu Erwerbszwecken dienende Tätigkeit in der gleichen Weise von einer natürlichen wie von einer juristischen Person ausgeübt werden kann<sup>47</sup>. Das SIMG knüpft die Strafe an Einwohner Berlins an. Soweit diese Deutsche i.S.d. Art. 116 sind, ist für sie der Schutzbereich eröffnet.

#### b) Eingriff

aa) Des Weiteren ist zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, d.h. eine Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Verhaltens oder des grundrechtlich geschützten Rechtsguts. Ein Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs, d.h. jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines

<sup>42</sup> Gubelt, in: v. Münch, GG I, Art. 12 Rn. 9.

<sup>43</sup> Tettinger, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 38.

<sup>44</sup> Gubelt, in: v. Münch, GG I, Art. 12 Rn. 9.

<sup>45</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 808.

<sup>46</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 813.

<sup>47</sup> Gubelt, in: v. Münch, GG I, Art. 12 Rn.6.

Grundrechts fällt, erschwert oder ganz oder teilweise unmöglich macht<sup>48</sup>. Insbesondere bei strafrechtlichen Sanktionen spricht man dann von einem Eingriff, wenn ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, zum Anknüpfungspunkt staatlicher Sanktionen gemacht wird.

bb) Ein Eingriff liegt bei Art. 12 I jedoch nicht schon dann vor, wenn eine staatliche Regelung oder Maßnahme irgendwie geartete, entfernte nachteilige Folgen für die berufliche Tätigkeit hat. So liegt ein Eingriff nur dann vor, wenn die Regelung speziell auf die berufliche Tätigkeit zielt (subjektiv berufsregelnde Tendenz) oder sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht ist (objektiv berufsregelnde Tendenz)<sup>49</sup>.

Dem Gesetzgeber kommt es beim Erlass des SIMG darauf an, die Integrität der Mauropfer zu schützen; sein Hauptziel ist es nicht, bestimmten Berufen oder Berufsgruppen ein Verbot aufzuerlegen. Jedoch hat das Gesetz unmittelbare Auswirkungen auf die Berufsausübung, da es bestimmte Äußerungen mit einer strafrechtlichen Sanktion belegt und diese dann nicht mehr ohne Weiteres im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit gemacht werden können. Von einigem Gewicht ist dies deshalb, weil es mit dem Berufsverbot sanktioniert wird, welches ein schwerer Eingriff in die Berufsfreiheit ist. Somit ist eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar, da das Strafgesetz unmittelbar eine Einschränkung des Berufstätigen bedingt. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I liegt demnach vor.

cc) Qualifizierung des § 2 SIMG nach Maßgabe der Dreistufentheorie

Nach Maßgabe der Dreistufenlehre, die im „Apothekenurteil“<sup>50</sup> des BVerfG entwickelt wurde, ist bei Eingriffen in die Berufsfreiheit zwischen bloßen Berufsausübungsregelungen einerseits und Zulassungsbeschränkungen andererseits zu unterscheiden, wobei letztere wiederum in subjektiv und objektiv unterteilt werden.

aaa) Wenn es sich bei einer Beschränkung nur um eine *Berufsausübungsregelung* handelt, beschränkt diese die Modalitäten und Umstände der Berufsausübung, unter denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht. Es handelt sich um den mildesten Eingriff. Er kann bereits durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.

bbb) Es handelt sich dann um *subjektive Berufswahlbeschränkungen*, wenn die Aufnahme eines Berufes von persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen abhängig gemacht wird. Das Subjekt hat hier noch einen Einfluss auf seine Zulassung. Es handelt sich um den mittelschärfsten Eingriff, der durch die Erforderlichkeit des Schutzes wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt werden kann.

ccc) Die *objektiven Berufswahlbeschränkungen* bestimmen sich nach Kriterien, die

<sup>48</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 240.

<sup>49</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 823; BVerfGE 97, 228 (253); 95, 267 (302); Tettinger, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 71 ff.

<sup>50</sup> BVerfGE 7, 377 ff.



unabhängig von der Qualifikation des Berufswilligen bestehen und seinem Einfluss nicht unterliegen. Es handelt sich hierbei um den schärfsten Eingriff. Dieser kann nur gerechtfertigt werden, wenn er dem Schutz nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dient.

#### ddd) Zwischenergebnis

Es könnte sich hier um Berufsausübungsregelungen handeln. Die Ausübung des Berufes wird dadurch beschränkt, dass eine bestimmte Verhaltensweise, hier die Äußerung unwahrer Tatsachen, unter strafrechtliche Sanktion gestellt und mit einem zeitlich begrenzten Berufsverbot belegt wird. Jedoch bedeutet freie Berufswahl nicht nur hindernislose Aufnahme eines Berufes, sondern auch dessen ungehinderte Fortführung und Beendigung auf Grund freier EntschlieÙung, denn Freiheit der Berufswahl schließt auch das zum Berufe Zugelassen-Bleiben ein<sup>51</sup>. Das zeitlich begrenzte Berufsverbot fällt somit unter die (wiederholte) Zulassung zum Beruf, welche der Betroffene selbst beeinflussen kann, indem er den Tatbestand der Strafnorm nicht erfüllt. Somit handelt es sich bei § 2 SIMG um eine subjektive Zulassungsvoraussetzung.

#### c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff von § 2 SIMG in die Berufsfreiheit ist nur dann zulässig, wenn er verfassungsmäßig gerechtfertigt ist.

##### aa) Schrankenbereich

Dazu müsste der Schrankenbereich eröffnet sein. Seinem Wortlaut nach stellt Art. 12 I 2 zwar lediglich einen Regelungsvorbehalt dar, der allerdings gemäß der Interpretation des Art. 12 I 1 als einheitliches Grundrecht, s.o. A.II.2.a)bb), zu Eingriffen in den gesamten Schutzbereich des Grundrechts ermächtigt. Art. 12 I 2 besagt, dass die Berufsfreiheit nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann. Unter Gesetz i.S.d. Art. 12 I ist ein formelles Gesetz zu verstehen<sup>52</sup>; egal, ob es sich um ein Bundes- oder ein Landesgesetz handelt<sup>53</sup>.

Der Eingriff erfolgt hier durch ein Landesgesetz des Berliner Abgeordnetenhauses. Der Schrankenbereich ist somit eröffnet.

##### bb) Schranken-Schrankenbereich

Die Beschränkung durch ein Gesetz ist jedoch nur zulässig, wenn dieses auch formell und materiell verfassungsmäßig ist.

##### aaa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 2 SIMG bezieht sich auf § 1 SIMG, denn § 2 regelt das Äußerungsverbot von Wahrheitswidrigkeiten des § 1 im Zusammenhang mit der Berufstätigkeit. Da § 2 SIMG ohne § 1 keinen Sinn mehr machen würde, sondern vielmehr eine Spezifizie-

<sup>51</sup> BVerfGE 9, 338 (344).

<sup>52</sup> Jarass, in: Jarass-Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 18; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG II, Art. 12 Rn. 305.

<sup>53</sup> BVerfGE 7, 377 (433); 47, 285 (313).

rung von § 1 darstellt, bezieht sich hier die Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit gleichzeitig auf §§ 1 und 2 des SIMG.

#### (1) Gesetzgebungskompetenz

Grundsätzlich sind gem. Art. 30, 70 die Länder gesetzgebungskompetent. Ansonsten müsste ein Kompetenztitel aus der Enumeration der Art. 73-75 vorliegen, der dem Bund die Gesetzeskompetenz einräumt. Ein Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung der Art. 71, 73 ist nicht ersichtlich. Allerdings könnte sich der Erlass des SIMG aus den Kompetenztitel des Strafrechts in Art. 74 I 1 ergeben, welcher unter die konkurrierende Gesetzgebung fällt. Strafrecht ist die Gesamtheit aller Rechtsnormen, die für eine rechtswidrige und schuldhafte Tat als Rechtsfolge eine Strafe, Buße oder eine Maßnahme der Sicherung oder Besserung festsetzen<sup>54</sup>. Gem. Art. 72 haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht schon durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

#### (a) Besonderheit des Art. 74 I 1 (Strafrecht)

Die Rechtsfolge der Strafsanktion kann mit jeder Art von Tatbestand verbunden werden. Demnach ist fraglich, ob nicht Tatbestand und Sanktion je gesondert kompetenziell zuzuordnen sind<sup>55</sup>. Jedoch kann der Bundesgesetzgeber, wenn er ein Verhalten als strafwürdig erachtet, Straftatbestände schaffen, ohne dabei an die ihm sonst durch die Zuständigkeitskataloge gezogenen Grenzen gebunden zu sein<sup>56</sup>. Grenzen bestehen darin, dass auf dem Umweg über die Zuständigkeit für das Strafrecht die Sphäre der Zuständigkeit der Landesgesetzgeber nicht ausgehöhlt werden darf<sup>57</sup>.

#### (b) Persönlichkeitsschutz und Berufsverbot im Strafgesetzbuch<sup>58</sup>

Bestimmte Verbote zum Persönlichkeitsschutz hat der besondere Teil des Strafgesetzbuches in den §§ 185, 194 I 2 StGB (Beleidigung), 189 StGB (Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener) und 130 StGB (Volksverhetzung) normiert<sup>59</sup>. Zusätzlich regeln die §§ 70, 70a und 70b StGB explizit ein bei Missbrauch des Berufes zu verhängendes Berufsverbot. Das StGB geht zurück auf das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und wurde vom Bundesgesetzgeber erstellt. Somit hat der Bund von seiner in Art. 72, 74 I 1 normierten Befugnis bereits Gebrauch gemacht. Zusätzlich bleibt gem. § 4 II EGStGB kein Raum mehr für landesrechtliche Regelungen, da diese bereits im StGB abschließend normiert wurden.

#### (c) Zwischenergebnis

Gem. Art. 30, 70, 72, 74 I 1 hat das Land Berlin keine Gesetzgebungsbefugnis, da der Bund schon abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Rahmen der kon-

<sup>54</sup> *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 74 Rn. 63.

<sup>55</sup> *V. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, Art. 74 I 1, Rn. 87.

<sup>56</sup> BVerfGE 23, 113 (124).

<sup>57</sup> *Herzog*, in: *M/D/H/Sch*, Art. 74 Rn. 15.

<sup>58</sup> Im Folgenden StGB.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241 (243).

kurrierenden Gesetzgebung Gebrauch gemacht hat.

(2) Gesetzgebungsverfahren

Mithin müsste das Gesetz auf Grund eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beschlossen worden sein. Da es sich hier um ein Landesgesetz handelt, Landesverfassungsrecht jedoch außer Betracht bleibt, muss darauf nicht weiter eingegangen werden.

(3) Zwischenergebnis

Das SIMG ist nicht kompetenzgerecht zustande gekommen. Es ist hiernach verfassungswidrig.

bbb) Materielle Verfassungsmäßigkeit (Hilfsgutachten)<sup>60</sup>

(1) Verbot des Einzelfallgesetzes, Art. 19 I 1, und Zitiergebot, Art 19 I 2

Gem. Art. 19 I 1 muss ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muss gem. Art. 19 I 2 das Gesetz das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Jedoch hat Art. 19 I nur einen beschränkten Anwendungsbereich, da die Vorschrift nur bei Grundrechten zur Anwendung kommen soll, die auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen, jedoch nicht bei solchen, denen ein Gesetzesvorbehalt fehlt<sup>61</sup>. Art. 12 I gehört auf Grund seines Regelungsvorbehaltes nicht zu den Grundrechten, die Art. 19 I anwenden.

(2) Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II

Die Wesensgehaltsgarantie müsste eingehalten worden sein. Sie verlangt, dass vom Grundrecht trotz aller Eingriffe noch etwas übrig bleiben muss<sup>62</sup>. Durch die zeitliche Begrenzung des Berufsverbots ist die Ausübung des Berufs nur vorübergehend nicht möglich. Der Wesensgehalt des Grundrechts ist demnach nicht verletzt.

(3) Bestimmtheitsgrundsatz i.V.m. Art. 103 II

Um umfassend verfassungsmäßig zu sein, dürfte das SIMG nicht gegen die Strukturprinzipien des Grundgesetzes verstoßen, insbesondere nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III, 28 I 1. Hinreichende Normenklarheit wird vorausgesetzt, damit der Einzelne von vornherein weiß, welches Verhalten von ihm verlangt wird<sup>63</sup>. Es handelt sich beim SIMG um eine Strafnorm. Besonders im Strafrecht soll jeder wissen, was verboten ist und mit welcher Strafe es sanktioniert ist<sup>64</sup>. Art. 103 II als grundrechtsgleiches Justizgrundrecht ist spezieller als der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz, fordert aber für Strafgesetze umso präzisere Angaben, je schwerer die Strafe ist<sup>65</sup>.

Das SIMG bestimmt, dass bei besonderer Schwere der Schuld ein zeitlich begrenztes Berufsverbot verhängt werden kann. Die „Schwere“ kann jedoch anhand des Wort-

<sup>60</sup> Trotzdem die Kompetenzen nicht verfassungsrechtlich eingehalten wurden, wird das Gutachten umfassend erstellt.

<sup>61</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 311.

<sup>62</sup> BVerfGE 2, 266 (285).

<sup>63</sup> BVerfGE 25, 269 (285); 92, 1 (12); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 48.

<sup>64</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 1091.

<sup>65</sup> BVerfGE 75, 329 (324 f.).

lauts interpretiert werden, indem man sagt, dass sich die Schwere durch den Zusammenhang mit der Berufstätigkeit ergibt. Zudem ergibt sich diese Strafzumessung aus der Verhältnismäßigkeit und der gesetzlichen Grundlage des § 46 StGB.

Auch unter der zeitlichen Begrenzung ist nichts Einheitliches zu verstehen. Es ist nicht möglich, sich eine genaue Zeitspanne vorzustellen, wobei dies für den Einzelnen wichtig wäre, um den Einkommensausfall im Falle des Verbots zu überschauen.

Das Erfordernis der Bestimmtheit wird in § 2 SIMG nicht gewahrt, da die Begriffe nicht genau definiert werden und die Vorhersehbarkeit schwierig ist. Das BVerfG bejaht, dass Strafnormen mangels Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes verfassungswidrig sein können<sup>66</sup>. § 2 ist unzureichend bestimmt und kann somit den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 in materieller Hinsicht nicht hinreichend rechtfertigen.

#### (4) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Insbesondere müsste § 2 SIMG verhältnismäßig im weiteren Sinne sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) wird aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. „dem Wesen der Grundrechte“ hergeleitet; so dürfen diese als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat jeweils nur insoweit beschränkt werden, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist<sup>67</sup>. Eine Regelung, die verhältnismäßig sein soll, muss einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dessen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Als besondere Ausprägung hat das BVerfG bei Art. 12 I die Dreistufenlehre, s.o. A.II.2.b)cc), entwickelt<sup>68</sup>. In ihr kommt die Verhältnismäßigkeit zur Geltung. Sie unterscheidet die Stufen der Regelung der Berufsausübung und der subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen als drei Stufen unterschiedlicher Eingriffsintensität<sup>69</sup>. Je höher die Stufe ist, auf der die Regelung stattfindet, desto höher muss die Eingriffsrechtfertigung sein. Wie oben festgestellt, fällt das zeitlich begrenzte Berufsverbot unter einen Eingriff in die subjektive Berufswahlbeschränkung. Die Rechtfertigungsanforderungen hieran sind der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter<sup>70</sup>.

##### (a) Legitimer Zweck

Die Stufenlehre sowie das Übermaßverbot verlangen zunächst einen legitimen Zweck, d.h., der Grundrechtseingriff muss gemeinwohlorientiert sein<sup>71</sup>. Mit § 2 SIMG wird der Zweck verfolgt, dass keine wahrheitswidrigen Dinge im Zusammenhang mit der Berufstätigkeit behauptet werden, um die Integrität von Mauern zu schützen. Dies müsste eine vernünftige Erwägung zum Schutz eines wichtigen Gemeinwohls sein. In unserer von der Vergangenheit negativ beeinflussten Gesellschaft ist es besonders wich-

<sup>66</sup> BVerfGE 25, 269 (285); 45, 263 (371).

<sup>67</sup> BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>68</sup> S.o. Fn. 46.

<sup>69</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 846.

<sup>70</sup> BVerfGE 7, 377 (406).

<sup>71</sup> BVerfGE 78, 77 (85); 95, 173 (183).

tig, den Menschen in seiner Würde hervorzuheben, im Gegensatz dazu, dass man dies in der Vergangenheit versäumt hat. Einzelne Grundrechte werden auch für Tote anerkannt, beispielsweise Art. 1 I, die Menschenwürde: „Es würde mit dem verfassungsverbürgten Verbot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zu Grunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte<sup>72</sup>.“ Somit ist der Schutz der Integrität der Maueropfer ein legitimer Zweck.

#### (b) Geeignetheit

Des Weiteren müsste § 2 SIMG zur Zweckverfolgung geeignet sein, d.h., das Verbot zur Äußerung von Wahrheitswidrigkeiten im Zusammenhang mit der Berufstätigkeit müsste die Zielverfolgung fördern. Gerade Verleumdungs- und Beleidigungsäußerungen können durch eine gezielte Strafandrohung, hier dem Berufsverbot, vermieden oder zumindest vermindert werden. Somit ist zur Erreichung des intendierten Zwecks ein zeitlich begrenztes Berufsverbot geeignet.

#### (c) Erforderlichkeit

Die Regelung müsste auch erforderlich sein. D.h., es dürfte kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, welches den Zweck in gleich geeigneter Weise verfolgt, jedoch für den betroffenen Grundrechtsträger weniger einschneidend wäre. Da der Eingriff auf der mittelschärfsten Stufe stattfindet, könnte noch ein Eingriff auf der Stufe der Berufsausübung stattfinden. Man könnte hier an eine Verwarnung seitens des Arbeitgebers denken, welches nicht mit einer strafrechtlichen Sanktion belegt würde. Sicher wäre dieses Mittel milder, aber es wäre nicht in gleichem Maße geeignet, da man sich ohne härtere Konsequenzen nicht an das Verbot halten müsste und Selbstständige beispielsweise nicht tangiert würden. Auch könnte man daran denken, eine wahrheitswidrige Aussage mit einer Geldbuße zu ahnden. Diese Geldstrafe wäre sicher ein milderes Mittel, da der Beruf weiter ausgeübt werden könnte. Allerdings könnten Personen, bei denen Geld keine Rolle spielt oder denen gerade diese Äußerung es wert ist, die Geldbuße billigend in Kauf nehmen. Somit wäre dies kein gleich geeignetes Mittel.

Es könnte des Weiteren einen milderen, aber gleich wirksamen Eingriff auf der gleichen Stufe geben. Beispielsweise könnte das Berufsverbot nur dann erlassen werden, wenn die Äußerungen vor einer größeren Anzahl von Menschen gemacht wird. Dieses Kriterium erschöpft sich allerdings in der Bestimmung „bei besonderer Schwere der Tat“. Ein milderer Eingriff auf derselben Stufe ist nicht ersichtlich. Das zeitliche Berufsverbot ist somit erforderlich.

#### (d) Angemessenheit

Schließlich müsste die Regelung verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Hierfür wird

---

<sup>72</sup> BVerfGE 30, 137 (197).

zwischen dem Zweck, dem der Eingriff dient, und der Grundrechtspositionen der vom Gesetz Betroffenen, eine Güterabwägung durchgeführt<sup>73</sup>.

Gegen die Angemessenheit könnte die Frage sprechen, ob ein Berufsverbot die Integrität der Opfer genügend wahrt. Trotz des Berufsverbotes innerhalb Berlins können dieselben Wahrheitswidrigkeiten in nicht ortsansässigen Zeitungen veröffentlicht oder in nicht ortsansässigen Radiosendungen kundgetan werden. Außerdem können Personen, die sich in Berlin aufhalten, jedoch nicht Einwohner Berlins sind, wahrheitswidrige Aussagen von sich geben, ohne dass sie in den Tatbestand des Gesetzes fallen. Des Weiteren ist es immer noch möglich, in der Freizeit diese Äußerungen abzugeben, welche hier im gleichen Umfang die Würde der Betroffenen beeinträchtigt. Es ist weiter daran zu denken, dass der Beruf der Existenzsicherung dient und der Wegfall jener ein beachtlicher Eingriff in das Leben des Betroffenen darstellt.

Für die Angemessenheit spricht, dass der Eingriff nur auf der Ebene der subjektiven Berufswahlbeschränkungen angesiedelt ist, welcher nach der Stufentheorie zwar einen mittelschweren Eingriff in die Berufsfreiheit bildet, jedoch nicht den höchsten Rechtfertigungsstandards genügen muss. Er ist hinnehmbar aus dem Grund, dass der Einzelne selbst Einfluss darauf nehmen kann. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass es dem Betroffenen unbenommen bleibt, über seine Äußerungen und den Ort, wo er diese macht, selbst zu bestimmen. Außerdem ist er nicht in seiner sonstigen Meinungsfreiheit beschränkt.

Des Weiteren kommt dem mit der Regelung intendierten Zweck auch verfassungsrechtlich ein besonderes Gewicht zu. Durch die Regelung soll die Würde der Maueropfer geschützt werden, worunter auch der oben bereits angesprochene postmortale Persönlichkeitsschutz fällt. Die Regelung fällt in den Bereich der Menschenwürde aus Art. 1 I, welche sogar schrankenlos gewährleistet wird. Sie wird zumal als oberster Wert der freiheitlichen Demokratie gewertet<sup>74</sup>. Insofern wiegen die Gemeinwohlbelange besonders schwer. Auch muss es im Hinblick auf die menschenverachtende Haltung der Deutschen im und nach dem Zweiten Weltkrieg als besonders wichtig erscheinen, dass die Belange der Betroffenen heute mehr beachtet und unter Schutz gestellt werden. Deutschland ist es den Betroffenen schuldig, sie besonders zu achten und ihrer zu gedenken, damit die Menschenwürde zumindest Jahre später wieder die wichtige Bedeutung erlangt, die ihr eigentlich gebührt. Historische Tatsachen sind schließlich wiederum eine identitätsbildender Teil eines jeden Menschen. Deren Verfälschung muss insoweit entgegengewirkt werden, da sie die politische sowie die persönliche Identität der Maueropfer und ihrer Angehörigen verletzt. Dem kann auf Grund unseres Geschichtsverständnisses und der Aufgabe, die daraus erwächst, das Ziel der Wahrung

---

<sup>73</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 855.

<sup>74</sup> BVerfGE 5, 85 (204).

des Gemeinwohlgutes entnommen werden.

(e) Zwischenergebnis

Die Rechtfertigungsgründe stehen angesichts ihrer Schwere und Dringlichkeit in keinem unangemessenen Verhältnis zu den damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen. Im Ergebnis kann die Verhältnismäßigkeit bejaht werden.

d) Ergebnis

§ 2 SIMG ist nicht mit Art. 12 I zu vereinbaren, da es an der kompetenzmäßigen Verfassungsmäßigkeit sowie am Bestimmtheitsgrundsatz fehlt. Somit ist § 2 SIMG nicht verfassungsmäßig.

4. Art. 14, Eigentumsgarantie

§ 2 SIMG könnte die Eigentumsgarantie aus Art. 14 I verletzen. Grundsätzlich ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Regelung der Berufsausübung auch die Eigentumsgarantie tangiert, unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, welche Freiheitsbereiche von beiden Grundrechten geschützt werden<sup>75</sup>. Art. 14 I schützt das Erworbenene, dagegen Art. 12 den Erwerb. Beschränkt das Gesetz mehr die Verwendung schon erworbener Vermögensgüter, so ist der Schutz des Art. 14 I aktiviert, greift das Gesetz eher in die Freiheit der individuellen Erwerbsbetätigung ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 I berührt<sup>76</sup>. § 2 SIMG greift in den Bereich der Berufsausübung und daher in den Bereich der Erwerbsbetätigung, Art. 12 I, ein. Art. 14 I scheidet somit aus.

5. Art. 5 I 2, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit

§ 2 SIMG könnte in die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit eingreifen. Diese (als auch Art. 5 III) stehen, soweit der Zugang zu Presseberufen und Wissenschaftsberufen betroffen ist, in Idealkonkurrenz zu Art. 12<sup>77</sup>.

a) Schutzbereich

aa) Presse

Herkömmlich sind im Begriff Presse alle zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse umfasst<sup>78</sup>, einschließlich auch einmalig gedruckte Erzeugnisse. Der Schutz reicht „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen“<sup>79</sup>. Der Schutz umfasst alle Personen und Unternehmen, die beruflich im Pressewesen tätig sind.

bb) Rundfunk

Der Begriff umfasst neben dem Hörfunk auch das Fernsehen<sup>80</sup>. Essenz des Rundfunks ist eine entweder drahtlose oder drahtgebundene Übermittlung von Gedankeninhalten durch physikalische Wellen an einen weiten Kreis von Empfängern. Der Umfang des

<sup>75</sup> Leibholz/Rinck/Hesselberger; GG I, Art. 14 Rn. 22.

<sup>76</sup> BVerfGE 30, 292 (334f.)

<sup>77</sup> Starck, in: V. Mangold/Klein/Starck, GG I, Art. 5 I, II Rn. 69.

<sup>78</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 567.

<sup>79</sup> BVerfGE 20, 162 (176).

<sup>80</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 573.

Schutzes reicht so weit wie der der Pressefreiheit, siehe aa). Grundrechtsberechtigt sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie private Rundfunkveranstalter. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind normalerweise als Person des öffentlichen Rechts nicht grundrechtsberechtigt, doch hier werden sie ausnahmsweise unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet und erfahren somit Grundrechtsschutz<sup>81</sup>.

#### cc) Film

Unter Film versteht man eine Übermittlung von Gedankeninhalten durch Bilderreihen, die zur Projektierung bestimmt sind<sup>82</sup>. Zum Gewährleistungsbereich siehe bb), Rundfunkfreiheit.

#### dd) Zwischenergebnis

Presse, Rundfunk und Film fallen unter das Berufsverbot des § 2 SIMG, denn sie stellen drei Berufsfelder dar, die durch das Berufsverbot potentiell verletzt werden können.

#### b) Eingriff

Ein Eingriff ist in alle drei Grundrechte unter den gleichen Voraussetzungen gegeben. Eingriffe liegen z.B. bei Verboten, Meinungen zu äußern und bei Sanktionen der Verbote vor<sup>83</sup>. Durch das Berufsverbot wird die Äußerung wahrheitswidriger Tatsachen sanktioniert. Ein Eingriff liegt demnach vor.

#### c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Das beschränkende Gesetz müsste hierfür formell und materiell verfassungsmäßig sein.

#### aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Diese wurde bereits bei Art. 12 verneint.

#### bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

##### aaa) Die Schranken des Art. 5 II

Die Schranken der Freiheiten in Art. 5 I 2 sind identisch<sup>84</sup>. Art. 5 I 2 unterliegt dem Gesetzesvorbehalt des Abs. 2: der „allgemeinen Gesetze“, dem Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre.

(1) „Allgemeine Gesetze“ werden nach der Sonderrechtslehre als solche definiert, die nicht eine Meinung als solche auf Grund ihrer Zielrichtung verbieten<sup>85</sup>. Demnach wäre das SIMG nicht allgemein, denn es verbietet final eine Meinung. Jedoch wurde der Begriff schon bald als zu formal kritisiert und eine Modifizierung verlangt.

(2) Demgegenüber stellt die Abwägungslehre auf die Wichtigkeit des durch den Eingriff geschützten Rechtsgutes ab, welche gegen die Meinungsäußerungsfreiheit abgewogen werden soll. Dies wird nach heutiger Grundrechtsdogmatik allerdings in der

<sup>81</sup> BVerfGE 31, 314 (322).

<sup>82</sup> Herzog, in: Maunz/Dürig, GG I, Art. 5 I, II Rn. 198.

<sup>83</sup> Pieroth/Schlink, GR, Rn. 581.

<sup>84</sup> Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 47.

<sup>85</sup> Kimms/Schlünder, GR, § 7 Rn. 25.



Verhältnismäßigkeitsprüfung angesprochen.

(3) Gemäß der modifizierten Sonderrechtslehre, die beide Lehren kombiniert, sind „allgemeine Gesetze“ solche, die „nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“<sup>86</sup>. Die Sonderrechtslehre bleibt dadurch intakt, sie wird nur durch das zusätzliche Erfordernis einer besonders wertvollen Zweckverfolgung noch verstärkt<sup>87</sup>. Hier wird jedoch der Jugend- und Ehrenschatz als Einschränkungsmöglichkeit quasi von der weitgreifenden Einschlägigkeit der allgemeinen Gesetze umfasst, und die Differenzierung läuft ins Leere<sup>88</sup>.

(4) Zu folgen wäre der modifizierten Sonderrechtslehre. § 2 SIMG hat als Ziel, wahrheitswidrige Äußerungen zum Schutz der Integrität der Berliner Maueropfer zu unterbinden. Es ist somit kein Gesetz, das gegen die Äußerung der Meinung im Allgemeinen gerichtet ist, sondern dem Schutz eines anderen Rechtsgutes dienen soll. Demnach ist es ein „allgemeines Gesetz“.

#### bbb) Wechselwirkungslehre

Aus der Entwicklung des Begriffs der „allgemeinen Gesetze“ heraus wurde die sog. „Wechselwirkungslehre“ entwickelt: Eine Wechselwirkung finde „in dem Sinne statt, dass die „allgemeinen Gesetze“ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen“<sup>89</sup>. Notwendig ist demnach eine fallbezogene Güterabwägung, die eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Ergebnis hat<sup>90</sup>. Somit muss das grundrechtsbeschränkende Gesetz einen legitimen Zweck verfolgen und zusätzlich geeignet, erforderlich und angemessen sein.

#### ccc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (s.o. Art. 12)

#### ddd) Sonstige Schranken-Schranken

##### (1) Art. 5 I 3, Zensurverbot

Das Zensurverbot richtet sich nur gegen die Vor- oder Präventivzensur. Jedoch liegt laut Sachverhalt keine Zensur vor.

##### (2) Sonstige (s.o. Art. 12)

#### d) Ergebnis

§ 2 SIMG verletzt die Grundrechte aus Art. 5 I 2, denn es ist weder formell noch materiell verfassungsmäßig zustande gekommen.

<sup>86</sup> BVerfGE 7, 198 (209 f.); 28, 282 (292).

<sup>87</sup> Pieroth/Schlink, Rn. 592.

<sup>88</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 120.

<sup>89</sup> BVerfGE 7, 198 (209).

<sup>90</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 57.

## 6. Art. 5 III, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

§ 2 SIMG könnte die Rechte aus Art. 5 III verletzen. Hinsichtlich des Künstlerberufes und des wissenschaftlichen Berufes ist Art. 5 III speziell zu Art. 12 I<sup>91</sup>.

### *a) Schutzbereich*

#### aa) Kunstfreiheit

Die Kunstfreiheit schützt die Personen, die Träger des Grundrechts sind und gleichzeitig die Kunst als Beruf ausüben. Träger des Grundrecht können sein derjenige, der das Kunstwerk erstellt, aber auch die Person, die das Kunstwerk der Öffentlichkeit zugänglich macht<sup>92</sup>.

#### bb) Wissenschaftsfreiheit

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die Personen, die Träger des Grundrechts sind und die Wissenschaft als Beruf ausüben, beispielsweise in der Lehre.

### *b) Eingriff*

Ein Eingriff in die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit kann durch Ge- oder Verbote erfolgen<sup>93</sup>. § 2 SIMG auferlegt ein Berufsverbot hinsichtlich einer wahrheitswidrigen Äußerung. Ein Eingriff liegt vor.

### *c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Die Rechte aus Art. 5 III unterliegen weder den Schranken des Abs. 2 noch denen des Auffangtatbestandes, Art. 2 I<sup>94</sup>. Beide können nur durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden. Hierfür sind wiederum vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen, s.o. Art. 12.

### *d) Ergebnis*

Art. 5 III ist verletzt, da das SIMG nicht verfassungsgemäß zustande gekommen ist.

## 7. Art. 2 I, Die allgemeine Handlungsfreiheit

§ 2 SIMG könnte außerdem Art. 2 I als Auffangtatbestand verletzen. Er ist jedoch wieder thematisch verbraucht und deshalb nicht einschlägig.

## **III. Ergebnis**

Das SIMG ist mit den Grundrechten des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren. Es scheidet sowohl an der formellen als auch an der materiellen Verfassungsmäßigkeit und an der Nichtvereinbarkeit mit Art. 3 I.

## **B. Darf die Strafkammer den J freisprechen?**

Die Strafkammer hält den Angeklagten J zwar für schuldig, doch das Gesetz hält sie für grundgesetzwidrig. Bei formellen Rechtsnormen haben Gerichte zwar ein Prüfungsrecht bzw. sogar eine Prüfungspflicht, allerdings keine Verwerfungskompetenz.

<sup>91</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rn. 75.

<sup>92</sup> BVerfGE 30, 173 (191); 36, 321 (331).

<sup>93</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 70; Sachs, Verfassungsrecht II, Art. 5 Rn. 86 sowie Rn. 117.

<sup>94</sup> BVerfGE, 30, 173 (191 f.); 67, 213 (228); 83, 130 (139).

Vielmehr hat ein Gericht bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eine Vorlagepflicht vor das BVerfG in Form einer konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 I GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG. Zweck der Vorlagepflicht ist es, „die Autorität des unter der Herrschaft des Grundgesetzes tätig gewordenen Gesetzgebers zu wahren und zu verhüten, dass sich jedes einzelne Gericht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, indem es die von ihm erlassenen Gesetze nicht anwendet“<sup>95</sup>. Es würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, wenn jedes Gericht eine nach seiner Auffassung für verfassungswidrig gehaltene Norm bei seiner Entscheidung schlichtweg nicht beachten würde.

Um den J freisprechen zu können, müsste die Strafkammer eine konkrete Normenkontrolle vor dem BVerfG anstrengen. Diese müsste erfolgreich sein, damit das BVerfG gem. § 82 i.V.m. § 78 BVerfGG das Gesetz ex tunc für nichtig erklären könnte. Seine Entscheidungen haben Gesetzeskraft und binden somit alle Gerichte gem.

§ 31 BVerfGG in ihrer Entscheidung<sup>96</sup>.

Die konkrete Normenkontrolle wäre erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

## **I. Zulässigkeit einer konkreten Normenkontrolle**

### 1. Vorlageberechtigung

Die Strafkammer müsste vorlageberechtigt sein. Gem. Art. 100 ist vorlageberechtigt „ein Gericht“. Vorlageberechtigt ist grundsätzlich nur das Gericht in voller Besetzung, ausnahmsweise auch einzelne Richter, wenn sie allein mit dem Fall betraut waren. Im vorliegenden Fall erachtet die Strafkammer eines Strafgerichtes, vor dem der J angeklagt wird, das Gesetz als verfassungswidrig. Diese ist Teil eines Gerichts. Also ist sie vorlageberechtigt.

### 2. Vorlagegegenstand

Es müsste ein gültiger Vorlagegegenstand vorliegen. Vorlagegegenstand ist nach Art. 100 I 1 „ein Gesetz“. Darunter zählen Bundes- als auch Landesgesetze, die allerdings formell, also vom Parlament erlassen worden sein müssen. Des Weiteren zählen dazu nur nachkonstitutionelle Gesetze, d.h. solche, die erst nach Inkrafttreten des GG erlassen worden sind bzw. „in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers aufgenommen wurden“<sup>97</sup>. Landesgesetze hingegen sind dem BVerfG dann vorzulegen, wenn das Gericht sie im Widerspruch auch zu sonstigem Bundesrecht sieht. Das SIMG ist ein vom Berliner Parlament erlassenes, daher formelles Gesetz. Das Gesetz ist ein gültiger Vorlagegegenstand.

### 3. Entscheidungserheblichkeit der Gesetzesvorschrift

Die Norm müsste entscheidungserheblich sein, d.h., das Gericht dürfte nur vorlegen, wenn es darauf für seine Entscheidung ankäme und die Entscheidung bei Gültigkeit

<sup>95</sup> BVerfGE 68, 337 (344 f.).

<sup>96</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 517.

<sup>97</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 513.

der Norm anders ausfiel als bei Ungültigkeit<sup>98</sup>. Hier dürfte im Falle der Ungültigkeit der Norm die Strafkammer den J freisprechen, was sie im Falle der Gültigkeit nicht dürfte. Somit ist die Norm entscheidungserheblich.

#### 4. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Das Gericht müsste von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein, Art. 100 I 1. In diesem Zusammenhang bedeutet das, dass eine bundesrechtliche bzw. landesrechtliche Vorschrift mit dem GG oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar ist<sup>99</sup>. Zweifel genügen dabei nicht. Der Sachverhalt überzeugt zu diesem Punkt nicht. Da sich aber der Wortlaut des Gesetzes („hält“) und der Wortlaut des Sachverhalts decken, wird von der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit ausgegangen.

#### 5. Form

Zusätzlich müsste die Form des Antrags eingehalten sein. Gem. Art. 100 I 1 wird das Verfahren durch Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des vorlegenden Gerichts eingeleitet. Des Weiteren müsste der Antrag gem. § 23 I BVerfGG erfolgen, d.h. schriftlich, begründet und unter Vorlage der erforderlichen Beweismittel. Zusätzlich müsste gem. § 80 II BVerfGG eine Begründung vorliegen, inwiefern von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gerichts abhängt und mit welcher übergeordneten Norm sie unvereinbar ist. Außerdem sind Akten beizufügen.

Da das Gericht die Normenkontrolle erst anstrengen müsste, bleibt dies hier außer Betracht; das Gericht hätte die Form bei endgültiger Vorlage aber zu beachten.

#### 6. Ergebnis

Die konkrete Normenkontrolle wäre zulässig.

### **II. Begründetheit einer konkreten Normenkontrolle**

Um Erfolg zu haben, müsste die konkrete Normenkontrolle außer zulässig noch begründet sein. Die Rechtsvorschrift muss hierfür in formeller und materieller Hinsicht geprüft werden.

Die Norm wird auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht überprüft<sup>100</sup>. Wie oben dargelegt, verletzt das SIMG das Grundgesetz in formeller und materieller Hinsicht. Gleichwohl darf die Strafkammer den J nicht freisprechen. Die Strafkammer muss sich also an das Normenverwerfungsmonopol des BVerfG halten und darf nicht unmittelbar selbst handeln<sup>101</sup>. Die Strafkammer hat somit gem. Art. 100 i.V.m. §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG abzuwarten.

<sup>98</sup> BVerfGE 80, 96 (100).

<sup>99</sup> Hendler, Staatsorganisationsrecht, Rn. 418.

<sup>100</sup> Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 517.

<sup>101</sup> Pestalozza, VerfProzR, § 13 Rn. 1.