

JAHRBUCH  
DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

BAND 72

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 72

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,  
Christian Waldhoff und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. Dr. h.c. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Institut für Osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung, Klosterstraße 79d, D-50931 Köln

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-163843-5 / eISBN 978-3-16-163844-2

DOI 10.1628/978-3-16-163844-2

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von der Druckerei Stücke in Ettenheim auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

# Inhaltsverzeichnis

## *Schwerpunkt: Protest*

CHRISTOPH GUSY: Protest – Demokratie – politische Kultur. Der lange Weg zur Verfassung und zur Verfassungsrechtswissenschaft . . . . .	1
SVEN JÜRGENSEN: Die Vermittlung und Begrenzung von Protest im institutionellen Gefüge des Grundgesetzes . . . . .	35
SAMIRA AKBARIAN: Integration durch Protest? Grundlage, Ausgestaltung und Kritik des versammlungsrechtlichen Kooperationsgebots . . . . .	75
JOHANNES BUCHHEIM: Der Protest und die Anderen. Die Horizontalwirkungen als blinder Fleck des Versammlungsrechts . . . . .	105
AQILAH SANDHU: Digitaler Protest . . . . .	143
PASCAL BERGER: Klima-Aktivismus und Klima-Rechtsprechung. Eine soziologische Annäherung . . . . .	171
ARMIN STEINBACH: Protest à la française . . . . .	219
BARAK MEDINA: Legal Challenges of Mass Demonstrations. The Case of Israel . . . . .	239
ANDREAS GLASER: Integration von „Protest“ durch die Schweizerische Bundesverfassung. Zwischen grundrechtlichem Minderheitenschutz und politischer Mehrheitsentscheidung . . . . .	253

*Abhandlungen und Aufsätze*

SIEGFRIED BROSS: Herrschaft des (Verfassungs)Rechts. 70 Jahre Bundesverfassungsgericht . . . . .	275
CHRISTIAN WALTER: „Offene Staatlichkeit“ als Verfassungsauftrag. Wie Völkerrecht und Verfassungsrecht zur Bewältigung globaler Gemeinwohlherausforderungen zusammenwirken . . . . .	291
ACHIM JANSSEN: Zeitenwende. Die Verabschiedung der Körperschaftsbefugnisse öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften aus der Staatsgewalt . . . . .	305
JAN PHILIP FAHRBACH: Die Öffentlichkeitenbeteiligung im Planfeststellungsverfahren. Ein Stufenbau der Öffentlichkeitsdimensionen . . .	349

*Portraits und Erinnerungen*

MICHAEL KUBITSCHECK: Das Wunderkind der Weimarer Staatsrechtslehre. Fritz Ermarth (1909–1948) . . . . .	383
JAN-HENRIK HERCHENRÖDER: Ein Freund des Bundesverfassungsgerichts. Zum Wirken Adolf Arndts für die Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	441

*Debatte: Welche historischen Perspektiven braucht die Wissenschaft  
vom geltenden Recht*

CHRISTIAN WALDHOFF: Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungsgeschichte. Entwicklung, Bestandsaufnahme, Zukunft . . . . .	481
FRANK SCHORKOPF: Verfassungsgeschichte in der Europarechtswissenschaft. Warum es geboten ist, der europäischen Integration ihre Rechtsgeschichte zurückzugeben . . . . .	495
MAXIMILIAN SCHNEIDER: Autorität und Argument. Zur Bedeutung der Historie in der jüngeren US-amerikanischen Methodendebatte . . . . .	503
MATTHIAS JESTAEDT: Die Regelungsintention des Rechtsetzers. Und welche Rolle ihr bei der Rechtsgewinnung zukommen sollte . . . . .	517
JAN THIESSEN: Geschichtete Gerichte – gerichtete Geschichte. Wozu Gerichtsentscheidungen historisieren? . . . . .	535

*Entwicklungen des Verfassungsrechts außerhalb Europas*

KARL LOEWENSTEIN: Die Abwertung der amerikanischen Verfassung. Watergate oder die Nemesis der Macht . . . . .	561
XIE LIBIN/CLEMENS RICHTER: Chinas Verfassungsrecht seit 1949. Konstanz und Wandel . . . . .	597
AKIRA SAITO: „Doctrinal approach“ und Verfassungsrechtswissenschaft im Vergleich Deutschland – Japan . . . . .	631
DIEGO PLATZ PEREIRA: Die Bindung der Verfassungsgerichtsbarkeit an die Verfassungsziele. Bedingungen der Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und das Supremo Tribunal Federal . . . . .	665



# *Schwerpunkt: Protest*

## Protest – Demokratie – politische Kultur

Der lange Weg zur Verfassung und zur Verfassungsrechtswissenschaft

von

Prof. Dr. Christoph Gusy (Bielefeld)

### Inhalt

I.	<i>Grundrechtsschutz des Protests</i> . . . . .	2
1.	<i>Die Protestierenden und ihre Kommunikationsfreiheiten</i> . . . . .	2
2.	<i>Adressaten des Protests – Adressaten der Grundrechte</i> . . . . .	4
3.	<i>Gleicher Grundrechtsschutz – Ungleiche Wirkungen</i> . . . . .	7
4.	<i>Protest als Möglichkeit der Politisierung</i> . . . . .	10
5.	<i>Recht als Zuteilung und Begrenzung von Protestchancen</i> . . . . .	12
II.	<i>Demokratie als Staatsform des verrechtlichten Protests</i> . . . . .	13
1.	<i>Majoritäten – Oppositionen – Protest</i> . . . . .	13
2.	<i>Eine optimistische Deutung: Protest als Leistung in der und für die Demokratie</i> . . . . .	15
3.	<i>Eine pessimistische Deutung: Protest als Herausforderung der repräsentativen Demokratie</i> . . . . .	17
4.	<i>Von der Demokratie zur Protestdemokratie?</i> . . . . .	20
III.	<i>Auf der Suche nach dem Recht der politischen Kultur</i> . . . . .	23
1.	<i>Politische Kultur – rechtsfrei oder regelbar?</i> . . . . .	23
2.	<i>Akteure des Protests: Wer ist das Volk?</i> . . . . .	24
3.	<i>Protestadressaten: Schweigende Mehrheiten – schweigender Staat?</i> . . . . .	26
4.	<i>Einzelne Formen und Medien des Protests</i> . . . . .	27
a)	<i>Akteure: Recht auf Anonymität?</i> . . . . .	27
b)	<i>Inhalte des Protests I: Fake News und ihre Grenzen</i> . . . . .	29
c)	<i>Inhalte des Protests II: Unerfüllbare Begründungsgebote?</i> . . . . .	30
d)	<i>Virtuelle Versammlungen?</i> . . . . .	31
IV.	<i>Protest im Wandel – Protestrecht im Wandel?</i> . . . . .	33

Protest scheint omnipräsent: in Medien, in der Politik und in den Sozialwissenschaften. Hingegen nimmt der Begriff im Verfassungsrecht und in der Verfassungsrechtswissenschaft eher eine Nebenrolle ein.<sup>1</sup> Wir wissen sehr viel über Meinungs- und Versammlungsfreiheit, viel über zivilen Ungehorsam und behauptete Widerstandsrechte, den Rechtsstatus verfassungswidriger, aber nicht verbotener Parteien und das Recht der Oppositionen. Alles das hat mit Protest zu tun. Doch geht das Stichwort weiter und kann daher neue Fragen an Verfassungstheorie und Verfassungsrecht stellen. Gibt es ein Grundrecht auf Protest? Und welchen Beitrag kann er für die verfasste Demokratie leisten? Ist er für sie „schlechthin konstituierend“ oder ist er demokratiegefährdend? Nicht selten deutet sich ein Interpretationswandel an. Wurden etwa Demonstrationen früher vielfach als Beitrag der Zivilgesellschaft zur Demokratie, als „Demokratie von unten“ qualifiziert, finden sich in der Gegenwart immer mehr Stimmen, die ihn als Aufstand gegen die verfasste Demokratie sehen. Was hat sich verändert, das Protestverhalten oder seine öffentliche Wahrnehmung und Bewertung? Und sollten sich dann Recht oder Rechtswissenschaft gleichfalls ändern?

## I. Grundrechtsschutz des Protests

Die Sozialwissenschaften<sup>2</sup> sind sich einig: Protest ist eine Kommunikationsform oder jedenfalls der Versuch von Kommunikation. Er entsteht aus dem Zusammentreffen mehrerer Elemente. (1) Da sind zunächst *die Protestierenden selbst*, also seine Urheber. (2) Da sind weiter seine *Adressaten*, also diejenigen, von denen die Urheber ein Tun, Dulden oder Unterlassen fordern. Das können Unternehmen oder Personen sein, welche zum Protest Veranlassung gegeben haben (etwa autofahrende Verkehrsteilnehmer, welche die Umwelt beeinträchtigen) oder aber Dritte, von denen ein Abstellen empfundener Mängel erwartet werden: etwa die Verkehrsbehörden oder normsetzende Instanzen durch verstärkte Regulierung. Hier treten Adressaten und *Gegner* des Protests, von denen das anzuprangernde Verhalten ausgeht, auseinander. In unserem Beispiel: Die Autofahrenden sind die Gegner, die öffentlichen Hände die Adressaten. Beide können identisch sein, müssen es aber nicht. (3) Da ist schließlich die *Botschaft*, also das Thema des Protests und daraus ggf. abzuleitende Forderungen. Sie benennt im besten Fall Motive, Themen und Anliegen der Urheber, weiter das protestrelevante Verhalten der Gegner und schließlich Erwartungen an die Adressaten.

### 1. Die Protestierenden und ihre Kommunikationsfreiheiten

Ein Grundrecht auf Protest, eine Protestfreiheit, statuiert das Verfassungsrecht nicht explizit. Doch enthält es mehrere Kommunikationsfreiheiten. Nicht jede Kommuni-

<sup>1</sup> Stichprobe: Bei *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. A., 2003ff. findet sich das Stichwort „Protest“ eigenständig nicht. Bei *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2022, findet es sich im Stichwortverzeichnis nur einmal in einem Kompositum erwähnt (Protestkultur), genauer: „identitätsbildende Politisierungsschübe einer linken westdeutschen Protestkultur“ (in den 60er Jahren).

<sup>2</sup> Lehrbuchartiger Überblick bei *Rucht*, Kollektive Proteste und soziale Bewegungen, 2023.

kation ist Protest, aber jeder Protest ist zumindest auch Kommunikation. *Protest enthält eine Botschaft*, eine Meinung,<sup>3</sup> sei es eine Tatsachenmitteilung, sei es ein Werturteil, sei es eine Kombination aus beiden. Deren Inhalt ist von dem Stattfinden des Protests regelmäßig verschieden. *Protestursachen* und *Protest* sind jedenfalls *analytisch zu trennen*. Seine Ursachen, seine Artikulation und mögliche Forderungen liegen zumeist nicht in seinem Stattfinden selbst, sondern liegen ihm voraus. Die Teilnehmenden protestieren nicht für oder gegen sich selbst, sondern artikulieren Ursachen und Anlässe, die außerhalb ihrer selbst liegen. In diesem Sinn will die Botschaft Aufmerksamkeit lenken nicht nur auf sich selbst, sondern auf die von ihr artikulierten Zu- oder Missstände in der Umwelt. Es geht um Kommunikation nicht nur über das eigene Stattfinden, sondern über die kommunizierten Inhalte. In diesem Sinne ist Protestkommunikation kaum je selbstbezüglich, sondern umweltbezogen. Dadurch weist sie über sich selbst hinaus. Die intendierte Reaktion ist dann nicht Beseitigung des Protests, sondern der Protestursachen.

Kommunikationsfreiheit garantiert die *Freiheit der Rede*, an welchem Ort und in welcher Form auch immer.<sup>4</sup> Sie begründet also die Freiheit der Urheber zur Meinungsäußerung, die Freiheit ihrer Wahl der Adressaten und die Freiheit des Themas, also der Botschaft. In diesem Sinne wirkt sie zunächst einseitig, sie fokussiert auf die Meinenden und Äußernden selbst. Aber sie garantiert keinen Kommunikationspartner, namentlich niemanden, der zuhört, diskutiert oder gar den Auffassungen der Redenden folgt.<sup>5</sup> Eine gelingende Kommunikation setzt mehrere Teilnehmende voraus, die sich jeweils auf ihre Äußerungsfreiheiten berufen können. Ganz ohne Adressaten lässt sich die Meinungsfreiheit gar nicht denken. Dadurch bilden sich gesellschaftliche Rollendifferenzierungen ab.<sup>6</sup> Für potenzielle Adressaten liegt die Botschaft mindestens darin, die Äußernden mit der Mitteilung zu identifizieren: „Ich bin dafür“ oder „Ich bin dagegen“. Sie kann durch explizite Äußerungen, durch zumindest interpretierbares Schweigen oder durch schlichte Anwesenheit etwa bei Versammlungen ausgedrückt werden. Die meisten *Proteste sind Rufe nach Antwort*, sei es als Anfrage, sei es als Anregung zu einem Verhalten. Sie richten sich nicht an die Protestierenden selbst, sondern an außenstehende Dritte, die Adressaten.

Soweit die Botschaft Dritten zugänglich wird, kann sie eine ambivalente Wirkung aufweisen. Sie kann entweder dissoziierend oder assoziierend wirken; sie kann beide Wirkungen gleichzeitig und nebeneinander begründen. Auf der einen Seite ist *Meinungsfreiheit* stets Ausdruck gesellschaftlicher Vielfalt. Als solche *kann sie Differenz begründen*: Die Einen haben diese Meinung, die Anderen jene. Die Einen äußern ihre Meinung, die Anderen nicht (explizit). Die Einen äußern diese, die Anderen jene Auffassung. Was für Art. 5 GG gilt, gilt sinngemäß für Art. 8, 9, 17, 21 GG. In der Garantie der Freiheit ist zugleich die Garantie der Vielfalt, des Miteinanders und des Gegeneinanders angelegt. Die Einen setzen sich dem Risiko des Widerspruchs aus, die Anderen nicht. Freiheit ist so Freiheit zum Anderssein, zum Heraustreten aus der „schweigenden Mehrheit“, zur Konfrontation Anderer mit der eigenen Auffassung.

<sup>3</sup> Am Beispiel der Meinungsfreiheit *Kaiser* in: Brosius–Gersdorf (Hrsg.), Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 60 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 93, 266, 289; BVerfGE 76, 171, 192; BVerfGE 60, 234, 241; BVerfGE 54, 129, 138 f.

<sup>5</sup> BVerfGE 104, 92, 117 (abw. Meinung).

<sup>6</sup> Zusammenfassung und Überblick bei *Rucht* (Fn. 2).

Die einen äußern ihre Meinung, die anderen fühlen sich gestört. Kommunikationsfreiheiten wirken dann als Rechtsgrundlagen nicht der Einheit, sondern der Verschiedenheit. Das prägt die grundgesetzliche Kommunikationsordnung: Freiheit der Rede enthält das Recht, die Äußerung und ihren Inhalt anderen zur Kenntnis zu geben. Diese anderen haben wiederum die Freiheit, das Mitgeteilte zur Kenntnis zu nehmen oder zu ignorieren. Der Freiheit der Einen zur und in der Kommunikation entspricht die Freiheit der Anderen zur oder von der Kommunikation. In diesem Sinne begründet Freiheit eher Vielfalt als Einheit: Sie ist die *Freiheit zum Anderssein, zur Artikulation von Differenz und Dissens*. Sie wirkt als Garantie nicht der Einheit, sondern der Verschiedenheit. Oder in der Terminologie unseres Themas: zur Artikulation von Protest. In diesem Sinn wird Protest zur Grundlage oder zum Ausdruck von Dissens.<sup>7</sup> Dieser Gehalt kann im Extremfall *gesellschaftsspaltend* wirken.

Doch ist das nur die eine Seite. Auf der anderen Seite kann die Botschaft zugleich eine *gesellschaftsbildende* Wirkung zeigen, wenn sie den *Appell* zur expliziten oder impliziten Kenntnisnahme, Zustimmung oder gar Unterstützung ausdrückt. In diesem Sinne intendiert sie die Aufforderung an Außenstehende, sich die Botschaft inhaltlich zu eigen zu machen und ihr zuzustimmen. Noch weiter gefasst lassen sich Proteste fassen als Kommunikationen, die an andere adressiert sind und deren Verantwortung anmahnen.<sup>8</sup> Im Erfolgsfall wirkt der *Protest* dann als mögliche Grundlage eines neuen Konsenses; er *wirkt* insoweit nicht spaltend, sondern *einend*. Beide möglichen Wirkungen stehen nicht notwendig isolierbar nebeneinander. Eine Äußerung kann gegenüber einzelnen Dritten spaltend, gegenüber anderen hingegen solidarisiertend wirken. In diesem Sinne können Dissoziation und Assoziation nebeneinander treten. Doch bleiben Erfolge möglicherweise fragil und vorläufig. Fast jede Form der Inklusion schafft neue Formen von Exklusion. Die neue Assoziation kann grenzverschiebend wirken und so neue Dissoziationsformen schaffen. Auf den erfolgreichen Protest der Einen können dann Gegenproteste der Anderen folgen, die neue Einheit kann so neue Spaltungen begründen.

## 2. Adressaten des Protests – Adressaten der Grundrechte

Fast alle Protestierenden sind keine Rufer in der Wüste. Wer nur mit sich selbst kommuniziert, braucht regelmäßig keinen Schutz durch Kommunikationsfreiheiten.<sup>9</sup> Ihre Äußerungen werden rechtlich relevant in dem Moment, in welchem sie zur Kenntnis genommen werden können. Sie richten sich zumeist nicht nur an die Urheber selbst, sondern auch an Dritte.

<sup>7</sup> Das gilt jedenfalls, wenn die Botschaft ihrer kollektiven Artikulation vorausgeht. Doch ist deren Stabilität und Kontinuität nirgends festgeschrieben. Denkbar sind zudem protestierende Organisationen auf der Suche nach neuen Themen. Am Beispiel der AfD Decker, in: ders./Henningsen/Lewandowsky/Adorf (Hrsg.), *Aufstand der Außenseiter*, 2022, 133, 141 ff.

<sup>8</sup> Formulierung nach Hellmann, in: Luhmann, *Protest*, 1996, 17; unter Berufung wohl auf Luhmann ebd., 205 f.

<sup>9</sup> BGHSt 57, 71 Rn. 14; s. a. BVerfGE 130, 1, 22; 120, 274, 335; 119, 1, 29 f.; eher Art. 1, 2 GG als Art. 5 GG.

Hier geraten die *Adressaten* der Botschaften ins Blickfeld. Wie gesehen<sup>10</sup> können sie sich von dessen Gegnern unterscheiden.<sup>11</sup> Seine *Adressaten* sind Personen oder Institutionen, von denen die Protestierenden Abhilfe erwarten. Das können die Gegner sein, wenn etwa Arbeitgeber veranlasst werden sollen, höhere Löhne zu zahlen, oder Autofahrer, die zum Umstieg auf klimaschonendere Verkehrsmittel bewogen werden sollen. Das können aber auch Dritte sein, die veranlasst werden sollen, Abhilfe zu schaffen oder jedenfalls Gegner zum Einlenken zu veranlassen. Dazu zählt prominent die öffentliche Gewalt, wenn von ihr verstärkte Regulierung, Überwachung oder Sanktionierung des Verhaltens Dritter erwartet wird. Hier geht es nicht allein um zweiseitige Antwort gegenüber den Trägern des Protests, sondern um weiterreichende Sozialgestaltung mit Wirkung für und gegen Dritte.<sup>12</sup>

Protest setzt Adressaten voraus; die Kommunikationsfreiheiten garantieren diese jedoch nicht. Sie sind nicht Teil des Grundrechtsschutzes der Urheber – niemand hat aus ihnen Ansprüche darauf, dass andere eine ihnen zustehende Freiheit in bestimmter Weise ausüben bzw. nicht ausüben. Daher hat niemand ein Grundrecht darauf, dass ihnen Kommunikationsthemen oder -partner geschaffen oder erhalten werden. Doch ohne sie läuft der Protest leer. Und er wird sinnlos, wenn er das Gegenüber zerstört. Dessen Erhaltung ist Ausübungsbedingung und Grenze des Protests zugleich. Der Blick auf die notwendigen Adressaten erweitert die Perspektive von der einseitigen Botschaft auf die durch sie eröffnete Möglichkeit von Kommunikation. Erstere mag einseitig sein, letztere wird regelmäßig mehrseitig sein.

Freiheitsrechte garantieren keine Kommunikationspartner, setzt diese aber voraus. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Andere ist zwar nicht garantiert, wohl aber intendiert. Das können Private, Unternehmen, gesellschaftliche Organisationen oder Einzelne sein. Sind sie gleichfalls Grundrechtsberechtigte, im Verhältnis zu ihnen wirken *Kommunikationsfreiheiten der Grundrechtsberechtigten untereinander*. Hier treten Meinungsfreiheiten neben- und ggf. gegeneinander. Was auf der individuellen Ebene als einseitiger Vorgang der Meinungsäußerung erscheint, erweitert sich auf der interaktiv-gesellschaftlichen Ebene um eine korrespondierende Äußerung, zum Kommunikationsvorgang. Er ist die Resultante zweier Freiheiten, deren Ausübung intentional, aber nicht rechtlich miteinander verknüpft ist: Die Möglichkeit von Gegenrede ist eine Ausübungsmodalität der Freiheit der Rede. Ihr Berechtigter ist nicht der Redende, sondern der Gegenredende.

Anders stellt sich die *Rolle der öffentlichen Hände als Adressaten* dar. Hier geht es um die vertikale Grundrechtswirkung gegenüber der öffentlichen Gewalt als unmittelbarer Grundrechtsadressat. Dort wirken die Grundrechte einseitig, nicht mehrseitig. Die Menschen sind berechtigt, die öffentlichen Hände verpflichtet. Ihnen gegenüber begründet die Rechtsfolge der Freiheit primär die Pflicht, die Freiheitsausübung der Menschen untereinander zu respektieren und zu garantieren. Sie ist primär Unterlas-

<sup>10</sup> S.o. vor 1.

<sup>11</sup> Luhmann, Protest, 1996, 205. Vertiefend und erweiternd unter Berufung auf Luhmann Nassehi, Das große Nein, 2022, 37 ff., 66 ff.

<sup>12</sup> Dabei kann und soll nicht verkannt werden: Ein solches Verhalten kann ebenso wie sein Unterlassen eine jedenfalls implizite Antwort auf den Protest darstellen.

sungspflicht<sup>13</sup> und sodann Schutzpflicht.<sup>14</sup> Hingegen begründet Art. 5 GG für sie keine Kommunikationspflicht und kein Kommunikationsrecht. *Im Staat-Bürger-Verhältnis ist die grundrechtliche Kommunikationsordnung hochgradig asymmetrisch.* Da die binär denkende Grundrechtswissenschaft strikt trennt zwischen Grundrechtsberechtigten und -verpflichteten, wird die Staatskommunikation als Ausübung von Staatsgewalt qualifiziert und rechtlich anderen Voraussetzungen und Grenzen unterworfen.<sup>15</sup> Aus einer solchen Sicht sind staatliche Äußerungen weniger Freiheit als vielmehr Eingriff und daher freiheitsrechtlich nicht mitgarantiert, sondern eher abzuwehren. Doch ist das nur eine, ganz unvollständige und daher verzerrende Dimension der Staat-Bürger-Kommunikation. Und die ausschließliche Fokussierung auf die Protestgrundrechte wäre geeignet, diese Einseitigkeit noch zu verstärken und zu verrechtlichen.

Hinzu tritt das *Demokratieprinzip* als Bündel von Rechten der Wählenden und der Gewählten. Dessen kommunikative Dimensionen werden in jüngerer Zeit überwiegend von ihren Grenzen her beleuchtet. Eine freie politische Diskussion zwischen Bürgerinnen und Staat, zwischen Repräsentierten und Repräsentanten stößt jedenfalls dann auf hohe rechtliche Hürden, wenn das Sujet auch von politischen Parteien besetzt wird.<sup>16</sup> Und was ist im demokratischen Parteienstaat nicht parteipolitisch imprägniert oder jedenfalls imprägnierbar? So wichtig diese Fragen sind, so wichtig ist die andere Seite der Staatskommunikation. Doch ist es gerade das *Demokratieprinzip, welches die Einseitigkeit der Protestbotschaft zu einem mehrseitigen Kommunikationsverhältnis erweitern kann* und muss. Deren Aufgabe ist die Suche der Kandidierenden und der Gewählten nach Legitimation durch die Wählenden. Die einen wählen – das ist ihre Botschaft. Die anderen versuchen zu erklären, warum gerade sie (wieder) gewählt werden sollten – das ist die andere Botschaft. Beide stehen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, von Angebot und Nachfrage. Dieses Verhältnis lässt sich optimieren, je eher beide zueinander passen. Das gilt für potentielle Mehrheiten und potentielle Minderheiten, für Konsentierende, Dissentierende und Protestierende: Beide fragen nach Leistungen der Gewählten, die nicht nur kommuniziert, sondern tatsächlich erbracht worden sind. Und die öffentlichen Hände müssen ihre Leistungen nicht nur erbringen, sondern auch kommunizieren. Das gilt erst recht für Leistungen, die sie nicht erbracht haben, trotzdem aber gewählt werden wollen. Hier tritt die Erklärung nicht an die Stelle der Leistung, sondern sie soll die Motive der Erklärenden plausibilisieren.

Für die öffentlichen Hände als Protestadressaten bedeutet dies: Aus der Demokratie-dimension als Kommunikationsordnung entsteht eine nicht nur politische Notwendigkeit zur Antwort – gerade gegenüber Protestierenden. Inhalt, Zeitpunkt und Modalitäten der Antworten bestimmen sie nach Maßgabe ihrer demokratischen Handlungsaufträge und -freiheiten selbst. *Im demokratischen Verfassungsstaat ist Dialog besser als Monolog, Inklusion besser als Exklusion.* Und umgekehrt ist fast nichts alternativlos.

<sup>13</sup> Kaiser, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 118 ff.

<sup>14</sup> S. BVerfGE 25, 256, 268 (noch ohne den Ausdruck „Schutzpflicht“).

<sup>15</sup> Überblick jüngst bei Conrad/Grünwald/Kalscheuer/Milker (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Äußerungsrecht, 2022.

<sup>16</sup> BVerfGE 162, 276, Rn. 75 ff., 77.

Das Grundgesetz begründet und regelt also nicht nur einseitige, sondern auch mehrseitige Kommunikationsbeziehungen. Es regelt sie freilich unterschiedlich. *Zwischen Privaten wirken die Kommunikationsfreiheiten symmetrisch*; beide sind gleichermaßen berechtigt zu Reden und Zustimmung, zu Rede und Gegenrede, zu Rede und Schweigen. Im *Verhältnis zu den gewählten Organen ist die Verfassungsrechtslage hingegen asymmetrisch*: Die Einen sind grundrechtsberechtigt, die Anderen nicht. Die Anderen sind demokratisch verpflichtet, die Einen nicht.

### 3. Gleicher Grundrechtsschutz – Ungleiche Wirkungen

Bekanntlich enthält das Grundgesetz zahlreiche Normen, die Protest garantieren und rechtfertigen können. Eine Protestfreiheit jedoch findet sich dort nicht explizit. Art. 5, 8, 9, 17, 21 GG buchstabieren diese Freiheit näher aus: von der individuellen Meinungsäußerung über gemeinsam artikulierte Äußerungen (etwa in Massenpetitionen, Versammlungen oder den Medien) und den organisierten Protest in Vereinen, Gesellschaften und Parteien bis hin zur garantierten Mitwirkung aller politischen Strömungen an der Willensbildung des Volkes. Die Regelungen differenzieren. Sie versuchen einen abgestuften Ausgleich zwischen der individuellen Freiheit und davon potentiell betroffenen Schutzgütern Dritter oder der Verfassung. Schutzbereichs- und Schrankenbestimmungen lassen erkennen, wie spezifisch die Rechtsgüter sowohl der Protestierenden wie auch ihrer Gegner und Adressaten aufeinander bezogen werden sollen. Bei allen feinen Unterschieden lassen sich einzelne Grundentscheidungen entnehmen. *Proteste sind rechtlich frei* und dürfen nur im Interesse mindestens gleichwertiger Rechtsgüter eingeschränkt werden. Im Detail sind *abgestufte Grundrechtsschranken* zu erkennen. Rein geistige Wirkungen abweichender Meinungen sind stets zulässig und dürfen nicht begrenzt werden. Notwendig und zulässig sind dagegen rechtliche Vorkehrungen zum Schutz gegen Drohungen mit oder Befürwortung von Gewalt, gegen Friedlichkeitsgebote und „aktives Handeln zur Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“<sup>17</sup> über bloße Meinungsäußerungen hinaus. Auch wenn hier ein gewisser demokratischer Einschätzungs- und Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers anerkannt ist: Sichtbar wird das Bild eines politischen Pluralismus in Freiheit und Vielfalt im Wettbewerb konkurrierender Auffassungen mit geistigen, friedlichen Mitteln.<sup>18</sup> Was dazu beiträgt, ist grundrechtlich geschützt; was diesen Rahmen überschreitet, kann in unterschiedlichem Maße eingeschränkt werden.

Im Kollisionsfall fragt die Verfassungsrechtsprechung zu Recht nach „symbolischen“ oder „kommunikativen“ Gehalten einzelner Verhaltensweisen im Unterschied zu bloßer Selbsthilfe.<sup>19</sup> Die Schrankentatbestände folgen nur eingeschränkt einem einheitlichen Schema,<sup>20</sup> sondern reagieren differenziert auf von unterschiedlichen Freiheiten ausgehende unterschiedliche Gefährdungslagen. Sie fordern also grund-

<sup>17</sup> BVerfGE 144, 220 ff., Rn. 571 ff., 574, unter Hinweis auf BVerfGE 5, 85, 141.

<sup>18</sup> Dazu *Nußberger*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 20 Rn. 102 f. u. pass.; s. a. *Möllers*, ebd., § 5 Rn. 19 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 104, 92, 105; BVerfG, NJW 1985, 2395; BVerwG, NJW 1989, 2411, 2412. Sehr instruktiv *Butler*, *Anmerkungen zu einer performativen Theorie der Versammlung*, 2016, 201 ff. u. pass.

<sup>20</sup> Etwa demjenigen deiner „militant democracy“ oder „streitbaren Demokratie“, dazu grundsätz-

rechtsspezifische Abwägungen. Dadurch wird es ansatzweise möglich, auch auf die Durchsetzungs- und Verwirklichungschancen von Protest zu reagieren. Dieser wird desto eher Erfolg haben, wenn er sich nicht punktuell in einem solitären – und sei es noch so großen – Ereignis äußert. Wichtiger für seinen Erfolg ist, dass er nachhaltig wirken kann, indem er sich organisiert und über den singulären Anlass oder Tatbestand hinaus auf Dauer angelegt in die Willens- und Entscheidungsbildung des Volkes einbringen kann.<sup>21</sup> Erfolgreich sein wird nicht schon, wer nervt, sondern wer längerfristig nervt und in einen Dialog mit den Genervten eintreten kann. Die *Fähigkeit zu Organisation und einer zumindest mittelfristigen Permanenz sind zentrale Erfolgsbedingungen*. Im Versammlungsrecht wird auch von „Macht durch Masse“ gesprochen.

Schutzbereiche und fast alle Schrankenbestimmungen *formulieren politisch neutral*.<sup>22</sup> Ihrem Text nach sind sie nicht nur auf dissentierende, sondern gleichermaßen auf konsentierende Verhaltensweisen anwendbar. Rechtlich garantieren sie also das „große Nein“ und ein kleines oder großes „Ja“. Das gilt für GG und EMRK<sup>23</sup> nach der sie konkretisierenden Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

Der Weg vom neutralen Normtext zur Protestfreiheit führt weniger über die Textexegese als vielmehr über seine Anwendungsfälle, -situationen und -bedingungen. Faktisch wird sich auf sie insbesondere berufen, wer dissentieren will. Dann wirken sie als Garant eines „Dagegen“: gegen öffentliche Gewalten, gegen Auffassungen oder Verhaltensweisen anderer Unternehmen, Gruppen oder Personen. Oder klassisch formuliert: gegen „Staat“ und/oder „Gesellschaft“. In der Anwendungssituation wirken *Freiheits- und Gleichheitsrechte am ehesten als Garantien der Möglichkeit von Dissens*. Demgegenüber sind Rechtsstreitigkeiten, welche den Konsens betreffen, selten. Doch können Kommunikationsrechte gerade wegen ihrer politischen Neutralität auch zustimmende Meinungen, Versammlungen und Vereinigungen rechtfertigen. Sie eröffnen jedenfalls die Möglichkeit der Artikulation eines „Dafür“.

Der *Gleichheit der Grundrechtsträgerschaft kontrastiert eine Ungleichheit der Grundrechtswirkung*.<sup>24</sup> Dissens ist eher geregelt als Konsens. Dies hängt nicht primär am Inhalt der geäußerten Ansichten, sondern eher an ihrer rechtlichen Schutzbedürftigkeit. Wer dafür ist, kann bei denjenigen, denen zugestimmt wird, gleichfalls Zustimmung erwarten. Konsens ist angesichts gesellschaftlicher Vielfalt eine knappe Ressource, deren Gewinnung ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung begründen kann. Wer

---

lich und gründlich *Lameyer*, Streitbare Demokratie. Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, 1978; *Flümann*, Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten, 2015.

<sup>21</sup> *Rucht*, Kollektive Proteste und soziale Bewegungen, 2023, 146 ff.; *Nassehi* (Fn. 11), 100 ff.

<sup>22</sup> Am Beispiel des Art. 8 GG *Kaiser*, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 4. Aufl., 2023, Art. 8 Rn. 41; *Gusy*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band I, 8. Aufl., 2023, Art. 8 Rn. 17; *Koll*, Liberales Versammlungsrecht, 2015, 295 ff. (alle mit Nachw.).

<sup>23</sup> Zu ihr umfassend *Gassner*, Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich, 2012, 34, 88 u. pass.; aktuell *Eickenjäger/Fischer-Lescano*, in: Ridder u. a., Versammlungsrecht, 2. Aufl., 2020, 302 ff. (Nachw.). Zu Vorgaben der EMRK für die demokratische Organisation der Euro-paratsstaaten jetzt *Buckler*, AöR 148 (2023), 587.

<sup>24</sup> Die Dogmatik der Kommunikationsgrundrechte darf beim Leserkreis dieser Zeitschrift als bekannt vorausgesetzt werden. Neuester Überblick: *Kaiser*, in Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 38 ff., Art. 8 Rn. 19 ff.; *Nußberger*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 20.

zustimmt, kann auf Anerkennung oder Prämien hoffen, etwa Zugang zu gesellschaftlichen Kreisen, Empfehlungen, vielfältige Formen gesellschaftlicher „Recognition“ oder materielle Vorteile wie etwa bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe beruflicher oder wirtschaftlicher Vorteile. Solche Prämien bleiben meist unsichtbar. Überdies erfolgen sie zumeist rechtlich freiwillig.<sup>25</sup> Sie sind typischerweise informell, ihre Formalisierung durch Recht kann derartige Gegenseitigkeitsverhältnisse eher stören als stärken. Daher sind sie zumeist rechtsfrei, möglicherweise sogar rechtsfeindlich und manchmal sogar rechtlich unwirksam. Im sozialen Zusammenleben können sie aber wesentlich wirksamer sein als rechtliche Ge- oder Verbote.<sup>26</sup> Gegenseitigkeitsbeziehungen auf der Basis gesellschaftlicher Erwartungen oder Vertrauen sind in der freien Gesellschaft ungleich verteilt und schaffen Ungleichheiten. Wer Vertrauen schenkt, erwartet Vertrauen. Es schafft eine Ordnung limitierter und differenzierter Loyalität. Deren Stabilität folgt nicht zuletzt daraus, dass ihr Inhalt gerade nicht geregelt und Sanktionen bei Verstößen nirgends limitiert sind. *Konsens funktioniert desto eher, wo und wenn er nicht verrechtlicht ist.* Daher bedarf er kaum grundrechtlicher Regelungen.

Wer nicht dafür, sondern dagegen ist, wird selbst eher auf Ablehnung, Kritik oder gar Widerstand stoßen, jedenfalls bei denjenigen, gegen die protestiert wird.<sup>27</sup> In diesem Sinne ist *Dissens tendenziell konflikträchtiger als Konsens.* Wer einerseits Protest zulassen und andererseits daraus entstehende Konflikte ermöglichen, kanalisieren oder begrenzen will, muss für Alle verbindliche Regelungen treffen. Sie sind Mechanismen der Rechtfertigung und Begrenzung gegenläufiger Meinungen und Anschauungen, von Demonstrationen und Gegendemonstrationen sowie von Protest und Protestbetroffenen (Beispiel: von Blockadeaktionen und Blockadebetroffenen).<sup>28</sup> In diesem Sinne wirken *Grundrechte* – wie alles sonstige Recht – *eher als Konflikt- denn als Konsensordnungen.* Je schärfer der mögliche Dissens, desto größer das Regelungsbedürfnis. Je mehr die grundrechtliche Kommunikationsordnung Vielfalt und Gegeneinander zulässt und begründet,<sup>29</sup> desto größer ist das Bedürfnis nach Garantie und Regulierung daraus möglicherweise entstehender Dissense oder Konflikte. Mag die *Grundrechtsträgerschaft gleich* sein, so ist doch ihre *Wirkungsweise unterschiedlich.*

Der Dissens ist also eher regulierungsbedürftig als der Konsens. *Politisch neutrale Regelungen gelten für alle in gleichem Maße, aber sie wirken unterschiedlich.* Sie sind formelle Kompensationen fehlender informeller Prämien. Deshalb ist der erste Eindruck zutreffend: Grundrechte wirken eher als Grundlagen des Dissenses, nicht des Konsenses. Sie eröffnen, stabilisieren und limitieren die Möglichkeit von Protest durch

<sup>25</sup> Das Recht begründet solche Prämien nicht, sondern ist eher auf deren Begrenzung angelegt. Am Beispiel des Art. 33 Abs. 2 GG *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 33 Rn. 25 ff.

<sup>26</sup> Zur Differenz zwischen sozialen und Rechtsnormen aus systemtheoretischer Sicht *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 124 ff. Zum Kommunikationsrecht *ders.*, Grundrechte als Institution, 5. Aufl., 2009, 84 ff.

<sup>27</sup> *Nassehi* (Fn. 11), 24: Das Ja bleibt unsichtbarer als das Nein. Daher wirkt die Demokratie u. a. als ein „Auf-Dauer-Stellen“ durch Institutionalisierung des Umgangs mit dem Nein.“

<sup>28</sup> Zu deren grundrechtlicher Zulässigkeit und ihren Grenzen BVerfGE 73, 206, 250; BVerfGE 82, 236, 264; BVerfGE 104, 92, 105.

<sup>29</sup> *Nassehi* (Fn. 11), 13 ff., sieht den Sinn der freien Kommunikation in der Eröffnung eines Protestpotentials durch „Nein“-Botschaften. Sie seien durch die freie Kommunikationsordnung institutionalisiert, ebd., 25 ff.

- Soziale Anerkennung des Protests,
- Juristische Rechtfertigung des Protests,
- Politische Prozeduralisierung, Kanalisierung und Limitierung des Protests.

In der Konfliktsituation mutieren neutrale Kommunikationsrechte daher von Garantien auch des „Pro“ zu solchen vorzugsweise des „Contra“.

#### 4. *Protest als Möglichkeit der Politisierung*

Nicht jede Kommunikation ist politisch. Aber Politisches ist im Wesentlichen ein Kommunikationsraum. Was in ihn eingeführt wird, unterliegt dort nicht (mehr) allein den Regeln des persönlichen Meinungsaustauschs von Mensch zu Mensch, sondern der Logik des Politischen. *Protest kann*, muss aber nicht die *Kommunikationsebenen verschieben*. Ob und wie dies geschieht, ist wiederum Gegenstand der Freiheit der Protestierenden. Er kann sich äußern im schlichten Widerspruch: Die Meinung eines Kommunikationspartners stößt auf den Dissens des Anderen. Dieser Dissens wird zum Ausdruck gebracht; die Differenz explizit gemacht. Das ist mehr und anderes als die bloß stillschweigend ablehnende Duldung. Redende motivieren zur Gegenrede, die sodann erstere zu einer Antwort motivieren kann. *Protest ist Ausdruck der Bereitschaft, ein Verhalten nicht ohne Widerspruch hinzunehmen* und darüber mit den Adressaten in einen Meinungsaustausch einzutreten. In diesen tritt neben die gesellschaftliche Machtverteilung die Kommunikationsmacht, die deren Regeln folgen, sie aber zugleich thematisieren, hinterfragen und ggf. verändern kann.<sup>30</sup> Doch bleibt dies alles zunächst binär zwischen den Beteiligten; eine Verschiebung der Kommunikationsebenen findet dadurch (noch) nicht statt. Sie steht allenfalls als Möglichkeit im Raum.

Das ändert sich, sobald der *Protest Dritten zur Kenntnis gelangen kann*, die in einen Konflikt einbezogen werden sollen, an dem sie selbst nicht beteiligt waren. Ihnen gegenüber kann Protest nicht bloß dissoziierend, sondern als Appell um Unterstützung und damit assoziierend wirken,<sup>31</sup> um Außenstehende zu motivieren, vom Konflikt Kenntnis zu nehmen, auf ihn zu reagieren, zu ihm Stellung zu beziehen und sich ggf. in dessen Austragung einzuschalten, sei es Partei ergreifend, intervenierend, schlichtend oder regulierend. Ihre Intervention kann die vorgefundene gesellschaftliche Machtverteilung verändern. In diesem Sinne *kann Protest also Kommunikationsebenen verschieben*. Solche Verschiebungen können sich beziehen auf

- Den *Gegenstand des Konflikts*:<sup>32</sup> Ist er als allein binärer oder aber als zudem gesellschaftlicher, überindividueller zu verstehen? Geht es um einen konkreten Lohnstreit oder um Tarifvertragsfragen insgesamt?

<sup>30</sup> Exemplarisch BVerfGE 25, 256, 264f.

<sup>31</sup> Dazu o. I. 1.

<sup>32</sup> Hieran knüpft die Frage nach der prinzipiellen Eignung bestimmter Themen für Proteste an. Luhmann, *Protest aaO.*, 66, hält Angst für kein geeignetes Thema, weil sie keine konkretisierbaren Botschaften oder Forderungen enthält. Mir scheint dafür weniger die begriffliche Abgrenzung von Angst und Furcht wesentlich als vielmehr die Frage danach, ob sich die Angstformel in die Sprache politischer Forderungen und Gegenforderungen übersetzen lässt. Das scheint mir bei den – im Zentrum solcher Fragen stehenden – Anti-Atomkraft-Demonstrationen der 70er/80er Jahre sehr wohl möglich