

PROF. DR. BERNHARD SCHLINK
ÖFFENTLICHES RECHT
UND RECHTSPHILOSOPHIE

VIKTORIA-LUISE-PLATZ 4
10777 BERLIN
030 · 2186953

16. Juli 2021

Gutachtliche Stellungnahme

für die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di - zur Verfassungsbeschwerde, mit der sich Jan Böhmermann gegen die Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 15. Mai 2018 und des Landgerichts Hamburg vom 10. Februar 2017 wendet, die wesentliche Teile des Texts mit dem Titel „Schmähgedicht“ untersagen

Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 hat das Bundesverfassungsgericht der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di – Gelegenheit zur Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde von Jan Böhmermann gegeben und dabei besonders auf die Klärungsbedürftigkeit der Frage hingewiesen, "ob und gegebenenfalls wie die für die Meinungsfreiheit geltenden Schranken in Art. 5 Abs. 2 GG sowie die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Meinungsäußerungsfreiheit gebildeten Fallgruppen (Menschenwürdeangriff, Schmähkritik, Formalbeleidigung) auf die Kunstfreiheit übertragbar sind". Von der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di – betraut, lege ich diese gutachtliche Stellungnahme vor.

1. Übertragbarkeit von Schranken und Fallgruppen

Dass angesichts der vorbehaltlosen Gewährleistung der "Kunst in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit ... weder die 'Schrankentrias' des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG noch die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG ... unmittelbar oder analog [gelten]" (BVerfGE 67, 213/228), ist ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es ist in Wortlaut, Entstehung und systematischer Stellung des Grundrechts so deutlich vorgegeben, dass nichts für ein Abweichen von der ständigen Rechtsprechung spricht.

Damit verbietet sich auch die Übertragung der dogmatischen Ausgestaltung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG und der dabei entwickelten Fallgruppen auf Art. 5 Abs. 3 GG. Dass ein Kunstwerk als Schmähkritik oder Formalbeleidigung im dem Sinn gekennzeichnet werden kann, in dem eine Meinungsäußerung unter Art. 5 Abs. 2 GG als Schmähkritik oder Formalbeleidigung gekennzeichnet und verboten werden kann, reicht für ein Verbot des Kunstwerks nicht aus. Greift ein Kunstwerk die Menschenwürde an, kann allerdings auch für die Kunstfreiheit eine entsprechende Fallgruppe gebildet werden – nicht, weil schon zur Meinungsäußerungsfreiheit eine vergleichbare Fallgruppe besteht, die übertragen werden könnte, sondern weil die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit in der vorbehaltlos verbürgten Menschenwürde ihre Schranke finden kann.

In diesem Sinn führt W. Hoffmann-Riem in einem Sondervotum aus, dass "der Begriff der 'Schmähkritik' im Rahmen der Dogmatik zu Art. 5 Abs. 1 GG ein terminus technicus" ist und dass für Kunstspezifisches "solche Kategorien nicht oder jedenfalls nur als grobe Indizien [taugen]" (BVerfGE 119, 48/59).

Insoweit wendet Hoffmann-Riem sich nicht gegen die Mehrheit des Senats. Zwar findet er im Zusammenhang der zitierten Passage "unglücklich, dass die Mehrheit für das Gegenstück zum Kunstwerk den Begriff der 'Schmähung'

benutzt". Aber dabei handelt es sich um ein Missverständnis; die Mehrheit benutzt bei der Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot des Romans "Esra" den Begriff der Schmähung nicht als Gegenstück zum Kunstwerk; sie spricht dem Text, in dem es eine Schmähung sieht, deshalb nicht die Qualität als Kunstwerk ab, sondern stellt fest, dass bei einem Kunstwerk, das eine Schmähung ist und dadurch in Konflikt mit dem Persönlichkeitsrecht der geschmähten Person gerät, der Persönlichkeitsschutz überwiegen kann (BVerfGE 119, 1/31).

Dogmatisch sind sich die Mehrheit und der Sondervotant Hoffmann-Riem einig: Ob ein Kunstwerk unter den Begriff der Schmähkritik, wie er zu Art. 5 Abs. 2 GG entwickelt wurde, gefasst werden kann, ist für Art. 5 Abs. 3 GG irrelevant; wenn es eine Schmähung ist, kann dies allerdings ein Indiz dafür sein, dass der Persönlichkeitsschutz überwiegt. Dem Persönlichkeitsrecht "ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein besonders hoher Rang beigemessen worden. Das gilt insbesondere für seinen Menschenwürdekern. ... Damit kommt es auch als Schranke für künstlerische Darstellungen in Betracht." (BVerfGE 119, 1/23 f.). Eine Schmähung kann das Persönlichkeitsrecht so schwerwiegend beeinträchtigen, dass die Kunstfreiheit zurücktreten muss (BVerfGE 119, 1/27 ff.).

Damit ist noch nicht geklärt, wann ein Kunstwerk eine persönlichkeits- und menschenwürdeverletzende Schmähung ist. Die Klärung erweist sich für satirische Kunst als besonders schwierig; zur Satire gehören Über- und Untertreibungen, Entstellungen, Verfremdungen und Verzerrungen, das Verächtlich- und das Lächerlich-Machen, Hohn und Spott, das Schmähen – satirische Schriften wurden früher gerne auch als Schmähschriften bezeichnet.

2. Satire als Kunst

Die Klärung verlangt als erstes eine Antwort auf die Frage, ob alle Satire Kunst ist beziehungsweise wann Satire Kunst ist und wann nicht.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Rechtswissenschaft sind sich einig, dass sich die Kunst wegen ihrer Vielgestaltigkeit, Wandelbarkeit und Gestaltungs- und Entwicklungsoffenheit Definitionen sperrt, dass sie aber gleichwohl bestimmt werden muss, damit sie geschützt werden kann. Der der Kunst eigenen Offenheit wird bei der Bestimmung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft auf mehrfache Weise Rechnung getragen.

Zum einen soll die Bestimmung sich nicht auf "einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen

allgemeinen Begriff" festlegen, sondern für die Unterschiede der verschiedenen Sparten künstlerischer Betätigung offen sein (BVerfGE 67, 213/224 f.).

Zum anderen reichen, um "das Wesentliche eines Kunstwerks" zu erfassen, weder "materiale, wertbezogene Umschreibungen" der künstlerischen Betätigung noch eine "formale, typologische Betrachtung" des künstlerischen Werks; hinzu kommt, dass man "das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin sieht, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Weg einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt" (BVerfGE 67, 213/226 f.). Dieser sogenannte offene Kunstbegriff hat den Vorteil, dass er die der Kunst eigene Offenheit in die dem Recht aufgebene Bestimmung der Kunst als Merkmal hinein nimmt. Er lässt auch die innere Rechtfertigung für die vorbehaltlose Gewährleistung der Kunst erkennen: Weil die Kunst vielfältig interpretierbar ist, entbehrt sie weithin der eindeutigen Aussage- und Stoßrichtung, die sie mit anderen Rechten in Konflikt bringen und einzuschränken verlangen würde. Er lehrt, bei einem Kunstwerk, das in einer Interpretation mit anderen Rechten in Konflikt gerät, nach anderen Interpretationen zu schauen, in denen es dies nicht tut (BVerfGE 67, 213/230; 81, 298/307).

In seiner letzten Entscheidung zur Kunstfreiheit, der Entscheidung zum Verbot des Romans "Esra", greift das Bundesverfassungsgericht die Frage der Bestimmung der Kunst und den offenen Kunstbegriff nicht wieder auf. Es muss dies nicht, denn "unabhängig von der vom Bundesverfassungsgericht wiederholt hervorgehobenen Schwierigkeit, den Begriff der Kunst abschließend zu definieren, stellt der Roman 'Esra' ... ein Kunstwerk dar" (BVerfGE 119, 1/20). Aber die Frage, ob und wie interpretationsoffen der Roman ist, bleibt zentral. Entscheidend für die Bejahung der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch die Schilderung mehrerer Ereignisse ist, "dass dem Leser ... nicht nahegelegt wird, diese Geschehnisse als Fiktion zu verstehen"; ihm wird vielmehr nahegelegt, dass "sich die dort berichteten Geschehnisse auch in der Realität zugetragen haben" (BVerfGE 219, 1/34). Was Leser als Fiktion verstehen, ist interpretationsoffen; die Leser interpretieren es auf vielfältige Weise, sie transponieren die Personen des Romans in ihre Welt, oder sie phantasieren sich in die Welt des Romans, sie spielen mit der Porosität, die Romanen eignet. Sie mögen sich dabei fragen, wie viel vom Autor oder der Autorin und deren Welt im Roman steckt, finden aber keine Antwort und stellen Vermutungen an. Wo die Fiktion endet, ist die Aussage- und Stoßrichtung klar und gibt es nichts mehr zu fragen und zu vermuten. Das ist der Autor oder die Autorin, das sind die wirklichen Personen, das ist das wirkliche Geschehen – die Interpretation ist vorgegeben.

Wenn Satire mannigfaltig in ihrer Aussage und entsprechend interpretationsoffen ist, ist sie Kunst. Das ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zweifelhaft. Schon der "Anachronistische Zug", bei dessen Beurteilung das Bundesverfassungsgericht den offenen Kunstbegriff entwickelt hat (BVerfGE 67, 213), trug satirische Züge. Dass Satire eine Meinung zum Ausdruck bringt, nimmt ihr nicht die Eigenschaft als Kunstwerk (BVerfGE 75, 369/377). Das Bundesverfassungsgericht schreibt der Satire als Kunstform allerdings eine Sonderstellung zu und will ihr durch eine gewissermaßen Doppelbeurteilung Rechnung tragen: Es will zwischen dem eigentlichen Inhalt und dessen satirischem Gewand unterscheiden und den "Aussagekern und seine Einkleidung ... gesondert daraufhin ... überprüfen, ob sie eine Kundgabe der Missachtung gegenüber der karikierten Person enthalten. Dabei muss beachtet werden, dass die Maßstäbe für die Beurteilung der Einkleidung anders und im Regelfall weniger streng sind als die für die Bewertung des Aussagekerns; denn ihr ist die Verfremdung wesenseigen" (BVerfGE 75, 369/378).

Diese Aufspaltung in Aussagekern und Einkleidung ist problematisch; das Bundesverfassungsgericht selbst sieht bei der Beurteilung des "Anachronistischen Zugs", dass "künstlerische Äußerungen ... interpretationsfähig und interpretationsbedürftig [sind]; ein unverzichtbares Element dieser Interpretation ist die Gesamtschau des Werks. Es verbietet sich daher, einzelne Teile eines Kunstwerks aus dessen Zusammenhang zu lösen und gesondert darauf zu untersuchen, ob sie als Straftat zu würdigen sind" (BVerfGE 67, 213/228 f.). Die Aufspaltung bleibt in der Entscheidung zur Karikatur von Franz Josef Strauß als Schwein, das mit einem anderen, in richterliche Amtstracht gekleideten Schwein kopuliert, in der sie eingeführt wurde, auch einigermaßen beliebig und überdies dogmatisch unergiebig. Der Aussagekern soll Strauß' tierisches Vergnügen an einer ihm willfährigen Justiz und die Einkleidung die Darstellung als kopulierendes Schwein und beides soll voneinander zu trennen und beides ehrverletzend sein. Ebenso lässt sich als ehrschonender Aussagekern Strauß' Wunsch, die Justiz möge zu seinen Gunsten entscheiden, und seine tierische, geradezu sexuelle Freude an einer willfährigen Justiz als ehrverletzende Einkleidung würdigen oder auch der ehrverletzende Aussagekern darin sehen, Strauß, das Schwein, ficke die bayerische Justiz und erreiche, dass sie sich mit ihm gemein macht, wonach für die Einkleidung nichts Ehrverletzendes mehr bleibt. Soll, wenn der Aussagekern ehrschonend und die tierische, geradezu sexuelle Freude Strauß' an einer willfährigen Justiz als Einkleidung gewürdigt wird, das Ergebnis ein anderes sein, weil "die Maßstäbe für die Beurteilung der Einkleidung anders und im Regelfall weniger streng sind, als die für die Bewertung des Aussagekerns"? Das einigermaßen beliebige Hin- und Herschieben von Aussagekern- und Einkleidungsgehalten kann schwerlich dogmatisch den Ausschlag dafür geben, ob eine Satire das Persönlichkeitsrecht verletzt – das Bundesverfassungsgericht meint in seiner

Entscheidung zur Strauß-Karikatur stets die Persönlichkeitsrechtsverletzung, auch wenn es oft von der Ehrverletzung spricht.

3. Schranken der Freiheit satirischer Kunst

Als Schranke für die Kunstfreiheit kommt, wie das Bundesverfassungsgericht behutsam formuliert, das Persönlichkeitsrecht mit seinem Menschenwürdekern "in Betracht" (BVerfGE 119, 1/24). Entscheidend ist, wie schwerwiegend das Persönlichkeitsrecht der mit der Satire gemeinten Person beeinträchtigt ist. "Eine geringfügig Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung reichen ... angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nicht aus. Lässt sich freilich eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zweifelsfrei feststellen, so kann sie auch nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden." (BVerfGE 119, 1/27)

Im Aussagekern und in der Einkleidung oder, treffender, in der Gesamtschau der Satire gilt es also zunächst zu prüfen, wie mannigfaltig und interpretationsoffen die Aussage der Satire ist. Wenn die Satire in einer Interpretation das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist weiter zu prüfen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung ist, und schließlich, ob es noch andere Interpretationen gibt, in denen die Satire das Persönlichkeitsrecht nicht oder nicht schwerwiegend beeinträchtigt. Dabei kann von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung nur dann die Rede sein, wenn der Menschenwürdekern beeinträchtigt ist; nur wegen der vorbehaltlos verbürgten Menschenwürde als seinem Kern taugt das Persönlichkeitsrecht als Einschränkung der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit.

Anschaulich spricht das Bundesverfassungsgerichts gelegentlich statt von Persönlichkeitsrecht denn auch von "personaler Würde" (BVerfGE 75, 369/379). Es geht um die Person, nicht um ihr Ansehen in einer bestimmten, begrenzten, zum Beispiel beruflichen Rolle oder ihr Auftreten in einer bestimmten, begrenzten, zum Beispiel gesellschaftlichen Konstellation. Die Person kann verlangen, als Subjekt respektiert und nicht zum Objekt herabgewürdigt und mit der Identität, zu der sie sich gebildet, und der Selbstdarstellung, die sie für sich gefunden hat, anerkannt zu werden. Dabei schließt die Respektierung als Subjekt nicht aus, dass einem widerfährt, wovon man lieber hätte, es würde einem nicht widerfahren, und die Anerkennung der Identität und Selbstdarstellung nicht, dass man anders gesehen wird, als man sich selbst sieht und darstellen will. Die Beeinträchtigung der Menschenwürde beginnt da, wo die Person dem, was ihr widerfährt, ausgesetzt ist, sich nicht mehr dazu verhalten und für ihre Identität und Selbstdarstellung nicht mehr eintreten kann, etwa weil sie von einer überlegenen Macht, im Fernsehen oder Rundfunk, in einer Zeitschrift oder Zeitung oder einem Buch angegriffen wird.

Hierzu rechnen auch die vom Bundesverfassungsgericht eigens angesprochenen Schilderungen oder Karikierungen des intimen und sexuellen Verhaltens einer Person; auch wenn sie nicht von einer überlegenen Macht erfolgen und die Person ihnen gewissermaßen auf Augenhöhe begegnen kann – eine Auseinandersetzung "auf diesem Gebiet" ist der Person nicht "zumutbar" (BVerfGE 119, 1/34).

4. Böhmermanns satirisches Gedicht

Böhmermanns satirisches Gedicht ist Kunst. Es mag von schwer erträglicher Geschmacklosigkeit sein – es gibt auch Kunst, die von schwer erträglicher Geschmacklosigkeit ist. Man mag Böhmermann eine größere künstlerische Gestaltungskraft wünschen – auch Künstler mit dürftiger künstlerischer Gestaltungskraft können Kunst schaffen. Es geht nicht um die Qualität von Kunst und um die Qualität von Satire. Entscheidend ist, dass Böhmermanns Gedicht – materiale Betrachtung – Ausdruck seiner individuellen Persönlichkeit und – formale Betrachtung – eine klassische Form künstlerischer Äußerung und vor allem, dass es mannigfaltig und interpretationsoffen ist.

Böhmermann selbst sieht im Gedicht nur ein Beispiel, an dem er den Zuschauern der Sendung demonstrieren wollte, wie eine satirische Schmähkritik aussähe, also eine Äußerung, die sich nicht mehr auf den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG berufen kann, darum aber noch nicht aus dem Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG fällt. Das Hanseatische Oberlandesgericht sieht in ihm "eine konkret auf den Kläger bezogene Kritik an dessen Person, die in Form einer Anhäufung zuvor als unerlaubt charakterisierter Beschimpfungen erfolgt" (S. 17) und rügt besonders die Zeilen des Gedichts, die derbe Schimpfworte aus dem Bereich der Intim- und Sexualsphäre gebrauchen; mit der willkürlichen Zuordnung einer Fehldisposition und eines Fehlverhaltens in diesem Bereich werde die Menschenwürde des Klägers verletzt. Sehen lässt sich das Gedicht, dessen Beschimpfungen die wirklichen Dispositionen und das wirkliche Verhalten des Klägers offenkundig nicht meinen, aber vom Schwulen bis zum Ziegenficker geläufige türkische Schimpfworte gebrauchen, als eine Art von Retourkutsche, mit der Böhmermann dem Kläger, der eine frühere satirische Äußerung Böhmermanns durch seinen Botschafter in Deutschland erledigen lassen wollte, zeigen will, dass er zwar keinen Botschafter in der Türkei einsetzen, aber Beschimpfungen auffahren kann, die in der Türkei treffen. Auch eine Sicht des Gedichts als Verhöhnung des Getues um die Stellung des Klägers als Staatsoberhaupt kommt in Betracht; die Beschimpfungen kommen aus der Gosse, sie werden in der Gosse nicht zum Anlass genommen, staatliche Gerichte einzuschalten, und ihr Gebrauch im Gedicht macht lächerlich, dass der Kläger, der in seiner Abqualifizierung und Aburteilung kritischer Stimmen

Gossenniveau beweist, als Staatsoberhaupt sogleich staatliche Instanzen aufführt.

Dass das Gedicht in den anderen Interpretationen als der des Hanseatischen Oberlandesgerichts das Persönlichkeitsrecht des Klägers nicht beeinträchtigt, ist offenkundig. Aber auch in der Interpretation des Hanseatischen Oberlandesgerichts kann die Würdigung des Gedichts als, wie das Bundesverfassungsgericht verlangt, zweifelsfrei festzustellende schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts nicht überzeugen. Auch bei ihr richtet sich das Gedicht tatsächlich nicht gegen die Person des Klägers, sondern gegen ihn in seiner Rolle als Staatsoberhaupt, in der er beansprucht, ihm geltende Kritik unterdrücken zu dürfen, und in der er sie unterdrückt. Dieses Verhalten, von ihm selbst gewählt und in seine Selbstdarstellung integriert, wird im Gedicht ernst genommen und satirisch angegriffen. In seinem Herrschaftsbereich ist er diesem Angriff auch nicht ausgesetzt, er kann ihm begegnen, wie er allen ihm geltenden kritischen, karikierenden, satirischen Angriffen mit überlegener Macht unterdrückend begegnet. Die Intim- und Sexualschimpfworte meinen erkennbar nicht die wirkliche Intim- und Sexualsphäre des Klägers, sondern beziehen sich auf diese nur formelhaft. Angesichts dessen, wie sich der Kläger selbst auf der politischen Bühne und in den Medien darstellt, darf auch davon ausgegangen werden, dass er sich zwar von dem Niemand Böhmermann ungehörig oder auch unverschämt angegangen fühlt, dass er aber nicht seine Würde beeinträchtigt sieht.

Man mag den Einwand erwägen, auch bei der Darstellung von Strauß als Schwein, das mit einem anderen, in richterliche Amtstracht gekleideten Schwein kopuliert, sei nicht seine wirkliche Intim- und Sozialsphäre gemeint gewesen und habe gleichwohl eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts vorgelegen. Aber wichtiger als diese vordergründige Ähnlichkeit der beiden Fälle sind deren Unterschiede. Die Strauß-Karikatur wurde vom Bundesverfassungsgericht so interpretiert: "Nicht seine menschlichen Züge, seine persönlichen Eigenarten sollten dem Betrachter durch die gewählte Verfremdung nahegebracht werden. Vielmehr sollte gezeigt werden, dass er ausgesprochen 'tierische' Wesenszüge habe und sich entsprechend benehme." (BVerfGE 75, 369/379 f.) Umgangssprachlich übersetzt wird Strauß vorgeworfen, er versauere die Justiz, er benehme sich wie eine Sau, er sei eine Sau. Böhmermann wirft dem Kläger nichts dergleichen vor. Er greift die Überempfindlichkeit gegen Kritik auf, einen menschlichen Zug, der wie alle menschlichen Züge verständlich und akzeptabel ist, den der Kläger aber in seiner Rolle als Staatsoberhaupt derart zur Geltung bringt, dass er alle Kritik unterdrückt. Die Schimpfworte sollen nichts Tierisches und auch keine sexuellen Dispositionen und Verhalten beim Kläger aufzeigen; sie sind einfach die Steine, die David aufsammelt, in seine Schleuder legt und in der Hoffnung auf Goliath zielt, sie könnten ihn, der alle Kritik verbieten, der sich gegen alle

Kritik schützen kann, doch verletzen, weil sie in der Türkei geläufige verletzende Schimpfworte sind. Die Strauß-Karikatur sollte, so das Bundesverfassungsgericht, Strauß "als Person entwerten, ihn seiner Würde als Mensch entkleiden" (BVerfGE 75, 369/380). Böhmermanns Satire meint nicht die Person und nicht den Menschen, sondern allein das an Macht überlegene, alle Kritik unterdrückende Staatsoberhaupt.

So ist die Verfassungsbeschwerde, mit der sich Jan Böhmermann gegen die Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 15. Mai 2018 und des Landgerichts Hamburg vom 10. Februar 2017 wendet, die wesentliche Teile des Texts mit dem Titel „Schmähgedicht“ untersagen, begründet.

Barbara Schmitz