

*Karl-Heinz Ladeur*

## Helmut Ridders Konzeption der Meinungsfreiheit als Prozessgrundrecht

### *I. Zur Unterscheidung einer formalen und einer materialen Konzeption der Meinungsfreiheit*

#### 1. Das Weimarer Vorspiel

Helmut Ridder hat die „allgemeinen Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit beschränken können, im Anschluss an eine in der Weimarer Zeit verbreitete Auffassung als solche Gesetze bezeichnet, die nicht die „rein geistige Wirkung“ der Meinungsäußerung tangieren.<sup>1</sup> Diesen Begriff kann man nur richtig verstehen, wenn man ihn nicht für sich, isoliert betrachtet, sondern ihn in den Kontext der Auseinandersetzung um die Grenzen der Meinungsäußerung versetzt, ihn innerhalb einer politischen Konstellation beobachtet: Im Angesicht eines Deutungskampfes um die Grenzen der Meinungsfreiheit – der zunächst an die in der Weimarer Zeit vertretenen materialen oder formalen Positionen anknüpfte<sup>2</sup> – nimmt Ridders Konzeption einen „Einsatz“ gegen den Versuch vor, die Grenzen des „Sagbaren“ so zu verschieben, dass vor allem sozialistische, kommunistische oder linksliberale Meinungen ins Zwielficht des Freund-Feind-Kampfes gerückt werden konnten.

Die materiale Konzeption der „allgemeinen Gesetze“<sup>3</sup> wollte für die Grenzbestimmung solche Werte in Anschlag bringen, die ohne Rücksicht auf die Freiheit der Meinung Schutz verdienen und deshalb den Vorrang beanspruchen. Damit waren die beiden „Attraktoren“ bestimmt, die das Kraftfeld des Kampfes um die Freiheit der Meinungen strukturierten.

#### 2. Die Auflösung der Unterscheidung durch das Bundesverfassungsgericht – Abwägung ist alles!

Das Bundesverfassungsgericht hat sich der Unterscheidung nur vordergründig entzogen, indem es beide, die formale und die materiale Position, gegeneinander verrechnet. Statt-

1 Helmut Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 2, 2. (unveränderte Aufl.), Berlin 1968, 243 (282); ders., Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, 80.

2 Kurt Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 2, Tübingen 1932, 651 (661).

3 Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44 (52).

dessen hat es die Abwägung der miteinander von Fall zu Fall konkurrierenden Interessen ins Zentrum gerückt, die – wie es bei Ridder heißt – im „getrübten Lichte“ der „wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit“ zu beobachten und gegeneinander abzuwägen sind.<sup>4</sup> Die „Werte“ werden beweglich, sie können schnell in Stellung gebracht werden, z.B. gegen die Einfuhr verfassungsfeindlicher Schriften,<sup>5</sup> die durch Gesetz deshalb verboten werden kann, weil sich das Gesetz gegen alle verfassungsfeindlichen Ideen richtet: Solche heute nicht mehr im Strafrecht zu findenden Vorschriften sind allein schon deshalb „allgemein“ – dies ist nichts anderes als die Anwendung der materialen Konzeption! Alle verfassungsfeindlichen Ideen sind „hors la loi“. Damit wird der Schutz der Meinungsfreiheit auf die zweite Argumentationsebene verschoben: die der Abwägung im Einzelfall, für die eigentlich kein Platz mehr sein kann.<sup>6</sup> Die Meinungsfreiheit wird durch ein allgemeines Gesetz beschränkt – Punctum! ... müsste es heißen. Der Rest ist situative Opportunität! Die verfassungsfeindliche Meinung wird markiert, doch darf sie noch „nach Lage der Dinge“ – wie es bei Abwägungen im Verwaltungsrecht heißt<sup>7</sup> – mitlaufen. Aber das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder die größten Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Werte und Interessen, die in der Abwägung zu berücksichtigen sind.

### 3. Die Abschaffung des nicht-allgemeinen Schrankengesetzes

Bis auf einen einzigen Fall, den Fall der „Holocaust-Leugnung“ ist – dort m.E. zu Unrecht – keinem Gesetz die Allgemeinheit i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG abgesprochen worden.<sup>8</sup> (Dort wurde eine Ausnahme für notwendig gehalten.)

Die formale Konzeption der Meinungsfreiheit wird auch der Herausforderung durch die Strafbarkeit der Leugnung des Holocaust gerecht. Hier zeigt sich zunächst einerseits das Problem, dass das Bundesverfassungsgericht die Eigenständigkeit der Schranke der „persönlichen Ehre“ ignoriert.<sup>9</sup> Dies ist bei Ridder anders: Das Recht der persönlichen Ehre ist gerade ein Recht, das typischerweise die „rein geistige Wirkung“ einer Meinung tangiert. Die Gewalt, die der Holocaust gegen jeden einzelnen Juden gerichtet hat, wird durch die Negierung der Vergasung etwa in Auschwitz gerade fortgesetzt, zumal damit umgekehrt eine Verschwörungstheorie verbunden ist: Danach sind es die Juden selbst,

4 BVerfGE 7, 198 (208).

5 BVerfGE 33, 52 (55).

6 Allg. nur Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2006; ders., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 2001; Matthias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen 2013; vgl. zur Kritik Ridder, *Die soziale Ordnung* (Fn. 1), 142 f.; ders., *Das Zensurverbot*, in: Hase/Ladeur/Preuß (Hrsg.), *Kommunikation in der Demokratie. Kleine Schriften und Vorträge*, Tübingen 2019, 48 (52, N. 4); Andreas Fischer-Lescano, *Kritik der praktischen Konkordanz*, KJ 2008, 166 ff.; vgl. auch die Beiträge in: ders./Hannah Franzki/Johan Horst (Hrsg.), *Gegenrechte*, Tübingen 2018; Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004; anders Marcus Schladebach, *Praktische Konkordanz als Verfassungsprinzip. Eine Verteidigung*, Der Staat 53 (2014), 263.

7 Werner Hoppe, *Die „Zusammenstellung des Abwägungsmaterials“ und die „Einstellung der Belange“ in die Abwägung „nach Lage der Dinge“ bei der Bauplanung*, DVBl. 1977, 136.

8 BVerfG, K&R 2018, 621 m. Anm. Karl-Heinz Ladeur.

9 BVerfGE 12, 113 (124); kritisch Helmut Ridder, *Anmerkung (zu dieser Entscheidung)*, JZ 1961, 539.

die die Gaskammern erfunden haben, um dem deutschen Volk zu schaden. Dies ist eine extreme Form der Infragestellung der persönlichen Ehre jedes einzelnen Juden.

## II. Die Konzeption der Meinungsfreiheit: „Subjektivität des einzelnen als letzte Instanz“ (J. Masing) oder Schutz eines „Prozesses“ (H. Ridder)

### 1. Die Meinung als „unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit“ (Bundesverfassungsgericht) und die verdinglichende Beschwörung „historischer Gesetze“ (KPD-Verbotsurteil)

Die starke Akzentuierung der einzelnen Individuen, der „Subjektivität des einzelnen als letzte Instanz“, als „das a priori des demokratischen Rechtsstaats“<sup>10</sup> führt keineswegs zu einer Schärfung des Verständnisses der Meinungsfreiheit und der Ausdifferenzierung ihrer dogmatischen Infrastruktur. Sie führt eher, wie noch zu zeigen sein wird, zu einer Perspektivenverengung.<sup>11</sup> Ähnlich ist auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass nämlich die Meinungsäußerung „unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit“ sei.<sup>12</sup> Bedeutung gewinnt diese Akzentuierung erst in der Verweisung auf die Selbstinterpretation der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das KPD-Verbotsurteil<sup>13</sup> – im Rekurs also auf ihr Gegenteil: Dort wird nämlich der Sache nach die Frage aufgeworfen und bejaht, ob es auch Meinungen gibt, die nicht „unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit“ sind. Allerdings! Dies sind nämlich Meinungen, die sich scheinbar selbst als persönliche zum Verschwinden bringen, wenn sie das Individuum zum unpersönlichen Bestandteil der Bewegung historischer Gesetze machen, die im Klassenkampf ihren notwendigen Ausdruck findet. Dort entwickelt das Bundesverfassungsgericht eine ideale Konzeption der liberalen Meinungsbildung in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die von wechselseitiger Toleranz geprägt werde und die politische Gewalt in der freien Auseinandersetzung aufhebe. Diese Idealisierung nimmt eine normative Wendung darin, dass sie deren Infragestellung für verfassungsfeindlich hält. Jedenfalls zur Zeit des Urteils ist das Bundesverfassungsgericht davon ausgegangen, dass mit einem Parteiverbot auch die Ideen der verbotenen Partei aus dem politischen Prozess ausgeschlossen werden sollen.<sup>14</sup> D.h. die angenommene Selbstfestlegung der KPD auf ein substanzhaftes Denken erlaubt umgekehrt die Vorstellung der Eliminierung ihrer Ideen.

Widersprüche, Ambivalenzen, Paradoxien des Politischen werden damit ausgeblendet, dies gilt z.B. für die selbst geschaffenen Zwänge, im Fall eines Parteiverbots = Ideenverbots die Fortsetzung dieser Ideen oder die Schaffung von „Ersatzideen“, die an die Stelle der verbotenen treten, ihrerseits strafrechtlich verfolgen zu müssen und damit ein Klima des Verdachts zu erzeugen:<sup>15</sup> Ist ein liberaler Verein, der sich für die Aufhebung des

10 Johannes Masing, Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung, JZ 2012, 585.

11 Dieses Bekenntnis zum Individuum als „a priori“ wird begleitet von der „Skepsis“ gegenüber den „Selbstregulierungskräften der freien Meinungsbildung“, Masing, ebd.

12 BVerfGE 7, 198 (208).

13 BVerfGE 5, 85.

14 BVerfGE 2, 1 (73) – SRP.

15 Vgl. allg. Alexander von Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, Frankfurt a.M. 1978.

KPD-Verbots einsetzt, eine Fortsetzung der KPD? Wie unterscheidet sich ein kommunistischer Verein, der dieses Ziel verfolgt, von einem liberalen, wenn er sich „verstellt“?

Später hat das Bundesverfassungsgericht diese verdinglichende Vorstellung politischer Ideen – die mit der Vorstellung der Meinungsbildung als Prozess kollidiert – allerdings aufgegeben.

Wenn man nun den Blick wieder auf Ridders Konzeption der Meinungsfreiheit und der sie beschränkenden „allgemeinen Gesetze“ lenkt, so muss auch für sein Verständnis der „allgemeinen Gesetze“ die Vermessung des Kraftfeldes den Grenzstein des KPD-Verbots beachten. Das für Ridder zentrale Rechtsproblem des KPD-Verbots besteht darin,<sup>16</sup> dass das Bundesverfassungsgericht ein paradoxes Bild der „Ideen“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entworfen hat: als einer toleranten, liberalen, pluralistischen experimentellen Ordnung, die eher durch eine variable Kombinatorik der Mittel als durch einen Bestand von Zielen bestimmt wird. Praxis und Ideologie der KPD sollen sich als eine Form der Festlegung der Politik unterscheiden lassen, die geradewegs auf die Errichtung einer Diktatur des Proletariats zustrebe. Doch das Verhältnis zwischen den Ideen einer Parteiformation und ihrer realen Politik kann sehr unterschiedlich je nach politischer Konstellation sein. Ridders Argumentation belegt an einer konkreten Konstellation, am Fall, was substanzhaftes Denken bedeutet und wie sich prozesshaftes Denken davon unterscheidet. Er sieht, dass der staatliche Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung selbst zu einer Gefahr für den gesellschaftlichen Prozess der Meinungsbildung werden kann, dem die Setzung scharfer Grenzen fremd ist.

## 2. Was heißt, die Meinungsfreiheit „prozesshaft“ zu verstehen?

Helmut Ridder hat die Meinungsfreiheit ebenso wie die Pressefreiheit gerade nicht primär als Individualgrundrechte gesehen (das heißt nicht, dass sie diesen Charakter nicht auch haben), sondern als Freiheit des gesellschaftlichen politischen Prozesses,<sup>17</sup> und dann ist anzunehmen, dass die „rein geistige Freiheit“ des Meinens nicht im Gegensatz zur Auseinandersetzung um politische Macht steht. Selbstverständlich geht es im Deutungskampf, im „Meinungen-System“, wie Georg Christoph Lichtenberg<sup>18</sup> formuliert hat, um *Sprechakte*, die Wirkungen erzeugen. Aber es gilt auch die andere Betonung: geschützt sind *Sprechakte*. Es geht um die Erhaltung und Ermöglichung des politischen Sprechens.

Gegen die Beschreibung des Gegenstandes der Meinungsfreiheit als „Prozess“ ist schon früh der Einwand erhoben worden, dann sei nicht mehr das Subjekt der Kommunikation Träger des Grundrechts.<sup>19</sup> Selbstverständlich kann auch dann, wenn insbesonde-

16 Helmut Ridder, Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots, in: Hase/Ladeur/Preuß (Hrsg.), Kommunikation in der Demokratie. Kleine Schriften und Vorträge, Tübingen 2019, 103, insb. 108 f. zur Problematik der Rechtskraft eines Verbotsurteils.

17 Ridder, Soziale Ordnung (Fn. 1), 85.

18 Georg Christoph Lichtenberg, Aphorismen (Sudelbücher), München/Zürich 1992, F 1222.

19 Ingrid Gross, Die Institution Presse, Berlin 1971, 22. In frühen Schriften hat Ridder statt des Begriffs „Prozess“ den Begriff „Institution“ verwendet, so Ridder, Meinungsfreiheit (Fn. 1), 243 (269). Der Sache nach besteht kein Unterschied zum Prozessbegriff. Ridder hat sich später von der missverständlichen Referenz auf die „Institution“ gelöst, die für die sehr ambivalente verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Bestandes von Normen des einfachen Rechts (z.B. das Beamtentum) steht, Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), 5. Auflage, Berlin 1970, 171, 173, 182.

re die Pressefreiheit als „inpersonales“ Grundrecht verstanden wird,<sup>20</sup> ein an diesem Prozess beteiligtes Individuum sein eigenes Interesse als subjektives Recht geltend machen.

Der Rekurs auf den „Prozess“ der Meinungsbildung beschwört nicht einfach die Autonomie des „Flusses“ der Kommunikationen, sondern zugleich dessen Potential zur Struktur- und Ordnungsbildung, der Grenzziehung, z.B. durch die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem oder unterschiedlicher Teilöffentlichkeiten (z.B. von Kunst und Wissenschaft, Geschäftskommunikation).<sup>21</sup> Die dem Prozess eigene Reflexivität erlaubt die Herausbildung und Beobachtung produktiver Verhaltensmuster, professioneller Regeln (z.B. der Verdachtsberichterstattung)<sup>22</sup> und sozialer Normen (Respekt vor Persönlichkeitsrechten, Verhältnis von Öffentlichem und Privatem)<sup>23</sup> für die Bewältigung von Kollisionen innerhalb der Entfaltung seiner Eigenlogik und mit anderen Rationalitäten. Das prozesshafte Verständnis der Kommunikationsgrundrechte wendet sich gegen die Reduktion der kollektiven Seite der Meinungsbildung auf eine bloße „objektiv-rechtliche Dimension“, auf die dann doch nicht verzichtet werden kann, auf eine Angelegenheit des Schutz gewährenden Staates – vor allem in Gestalt der Richter, die die Verfassung zu einer „Juristenverfassung“ machen.<sup>24</sup> Die so verstandene Konstruktion der Meinungsfreiheit bedeutet keine Geringschätzung des Individuums, aber sie wendet sich gegen die Vorstellung, die Meinung sei als „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft“ zu schützen.<sup>25</sup> Als Gegenstand der Meinungsfreiheit ist ein Prozess deshalb anzusehen, weil es um ein transsubjektives Phänomen des „organizing intelligence“<sup>26</sup> geht, um die *Herstellung* einer „creative, progressive, exciting and intellectually robust community“.<sup>27</sup> Dies impliziert nach der einen, der individuellen Seite ein (Selbst-)Verhältnis, nämlich das der „Selbstreform“ („self reformation“),<sup>28</sup> der Selbstrelativierung, der Uneinigkeit mit sich selbst.<sup>29</sup> Auf der anderen Seite geht das Individuum mit seiner Meinungsäußerung „über sich hinaus“<sup>30</sup> und findet sich in einem Prozess wieder, der nicht primär von ihm selbst bestimmt wird, weil er „immer schon“ vorhanden war und seine eigene Struktur herausgebildet hat.

20 Vgl. dazu näher Ino Augsberg „Wer glauben will, muss zahlen?“ Erwerb und Aufgabe der Kirchenmitgliedschaft im Spannungsfeld von Kirchenrecht und Religionsverfassungsrecht, AöR 138 (2013), 493 (532 f.); Karl-Heinz Ladeur, A Critique of Balancing and the Principle of Proportionality in Constitutional Law – A Case for Impersonal Rights?, Transnational Legal Theory 7 (2016), 228.

21 Thomas Vesting, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschaft und Meinungsfreiheit, AöR 122 (1997), 337.

22 BVerfGE 99, 185 (196 ff.); BGHZ 143, 199 (203).

23 Karl-Heinz Ladeur, Persönlichkeitsschutz und Comedy, NJW 2000, 1979.

24 Brun-Otto Bryde, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I, Heidelberg 2004, § 17 Rn. 67.

25 BVerfGE 7, 198 (208).

26 So im Anschluss an Walter Lippmann, Public Opinion, New York 1965; Robert Cover, The Left, the Right and the First Amendment, Maryland Law Review 40 (1981), 349 (369).

27 Thomas I. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, New York 1966, 14 (59).

28 Kirk Wetters, The Opinion System. Impasses of the Public Sphere from Hobbes to Habermas, New York 2008, 137.

29 Ino Augsberg, Kassiber, Tübingen 2016, 91.

30 Wetters (Fn. 28), 137.

### III. Der Prozess der Meinungsbildung und seine „Kollisionsregeln“

#### 1. Kollisionsrechtliches Denken statt begriffsloser Abwägungen

Ridder geht es mit seiner Konzeption der Meinungsfreiheit eben um eine gesellschaftliche Freiheit,<sup>31</sup> die Freiheit der Selbstorganisation der Bedingungen der Meinungsbildung durch die Praktiken der Beteiligten (die selbstverständlich die staatliche Schranken- und Ausgestaltungsgesetzgebung nicht in Frage stellt, aber ihr Bedingungen für eine privat-öffentliche Kollisionsordnung diktiert). Insbesondere die Schrankengesetze werden Teil eines „Grenzregimes“, innerhalb dessen Kollisionsregeln grundrechtsgerecht auf die durch die Praktiken der Medien bestimmte Eigenlogik der sozialen Normen für Situationstypen abgestimmt werden, nicht aber begriffslos durch „Abwägungen“<sup>32</sup> von Fall zu Fall konkretisiert werden. Die von der Rechtsprechung praktizierten Abwägungen demonstrieren andererseits, was von dem „a priori“ individueller Freiheitsausübung bleibt: nicht viel. Das kann auch nicht anders sein, weil auf der anderen Seite, z.B. bei der Kollision der öffentlichen Meinungsbildung mit dem Ehrenschaft sich auch ein „a priori“ geltend macht. Zu den sich durch die Praxis herausbildenden Kollisionsregeln<sup>33</sup> gehört insbesondere eine Metaregel, die die Frage einführt, ob der Streit (z.B. um die Grenzen der Achtung von Persönlichkeitsrechten) nicht, IPR-rechtlich gesprochen, im Wege des „Renvoi“ an die Öffentlichkeit zurückgegeben werden kann (z.B. im „Mephisto“-Fall<sup>34</sup>), weil Kontroversen sich innerhalb der „schon immer“ fließenden Kommunikationsströme entwickeln.<sup>35</sup>

Helmuth Ridders Sprachstil, der selbst ein Oszillieren zwischen Begriffen, Figuren, Formen, Assoziationen, literarischen Gattungen in Bewegung hält, an die immer neue Gedanken anschließen, ein Prozess, der sich selbst beobachtet, spiegelt und die „mille plateaux“ (Gilles Deleuze/Félix Guattari) des Politischen und der Kultur vielfach gegeneinander verschiebt, wirft stets aufs Neue die Frage auf: „What next?“ Ridders Sprache selbst rastet nicht in einer Doktrin ein, in der das Sprechen verstummt. Sie kennt keine scharfe Grenze zwischen dem Sagbaren und dem Unsagbaren, sondern hält deren Verhältnis in der Schwebe. Die „rein geistige Wirkung“ der Meinungen ist die Bewegung des politischen Prozesses<sup>36</sup> diesseits der Entscheidungsöffentlichkeit des Staates. Sie kann prinzipiell nicht Gegenstand einer staatlichen Entscheidung werden.

Die Eigenlogik des Meinens besteht zu einem erheblichen Teil darin, dass sie gerade nicht „höchstpersönlich“ ist, sondern – das wird schon bei John Locke betont – eher eine „disorderly force“<sup>37</sup> ist: Sie wird zum Platzhalter für eine „Gedankenarbeit“, die einmal in der Vergangenheit geleistet worden ist oder in die Zukunft aufgeschoben wird.<sup>38</sup> Das

31 Dies ist nach Ridder konstitutiv für die „dritte Dimension“ des Sozialstaats; Helmuth Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960, 16 ff.

32 Zur Kritik der Abwägung Ridder, Die soziale Ordnung (Fn. 1), 142 f; ders., Das Zensurverbot (Fn. 6), 52, N. 4.

33 Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz (Fn. 6).

34 BVerfGE 30, 173 – hier allerdings ging es um die Grenzen der Kunstfreiheit.

35 Wetters (Fn. 28), 138 (144).

36 Ridder, Die soziale Ordnung (Fn. 1), 85 f.

37 Wetters (Fn. 28), 132.

38 Wetters (Fn. 28), 133.

prozesshafte Verständnis der Meinungsfreiheit bedeutet keine Geringschätzung des Individuums. Es impliziert nach der einen Seite ein (Selbst-)Verhältnis, das der „Selbstreform“ („self reformation“),<sup>39</sup> der Selbstrelativierung, der Uneinigkeit mit sich selbst.<sup>40</sup> Auf der anderen Seite geht das Individuum mit seiner Meinungsäußerung „über sich hinaus“<sup>41</sup> und findet sich in einem Prozess wieder, der nicht primär von ihm selbst bestimmt wird, weil er „immer schon“ vorhanden war und seine eigene Struktur herausgebildet hat.

Auch wenn Ridder den Begriff des Prozesses nicht theoretisch ausgearbeitet, sondern nur am Fall spezifiziert hat, so lässt sich hier doch eine Brücke zur Prozessphilosophie schlagen:<sup>42</sup> Die Prozessphilosophie lässt sich mit einer Engführung auf eine rechtswissenschaftliche Anschlussfähigkeit charakterisieren durch die Annahme, dass die soziale Welt basal aus Ereignissen, entsprechenden Erfahrungen mit sich dynamisch wandelnden Materialitätsströmen in der Zeit besteht, die eher heterarchisch miteinander verknüpft oder verknüpfbar sind und Verknüpfungsmuster durch eine auf Wandel angelegte Kombinatorik selbst organisieren – und nicht durch substanzhafte, stabile, hierarchisch geordnete Ideen und Werte vorstrukturiert ist. Mit Hans-Jörg Rheinberger<sup>43</sup> könnte man im Hinblick auf die Erzeugung von Wissen von einer „Prozessepistemologie“ sprechen.

Einer Prozesstheorie der Meinungsfreiheit entspräche im Bereich des Konflikts von Öffentlichem und Privatem ein bewegliches „Kollisionsregime“, das die sozialen Normen über die Austragung politischer Konflikte auf die Erwartungen des Schutzes der Privatheit abstimmt. Mit der alten Schrankendogmatik oder der formlosen Abwägung hat dies nur noch wenig zu tun.

## 2. Historische Reminiszenzen zum „Meinungen-System“ (G. Ch. Lichtenberg)

Erst etwa seit dem 17./18. Jahrhundert entsteht so etwas wie die Vorstellung des Meinungsstreits in einem (beinahe) modernen Sinne: Insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse hören auf, als natürliche Evidenzen in einem stabilen kulturellen Kontext erlebt zu werden. Mehr Möglichkeiten der Abstraktion vom Gegebenen der Erfahrung werden sichtbar und lösen Debatten über politische Optionen und Entscheidungen zwischen diesen mehreren Möglichkeiten aus.

Das Politische des so entstehenden „Meinungen-Systems“ zwingt nicht zur Sachlichkeit. „Ironie und Satire, Hohn und Zorn, einer hohen Kultur Salz und Zierde“ (Otto Küster),<sup>44</sup> die jetzt allerdings auf der Schwundstufe der „Comedy“ angelangt ist, sind legitime Formen des politischen Meinungskampfes. Auch die Sprache des Hasses gehört dazu – so ließe sich im Anschluss an das neue Buch Karl Heinz Bohrer<sup>45</sup> sagen –, aber: Das gilt nur, soweit sie ihre Kraft aus dem Angriff auf die Grenze des Sagbaren, aus dem

39 Wetters (Fn. 28), 137.

40 Augsburg (Fn. 29), 91.

41 Wetters (Fn. 28), 137.

42 Johanna Seibt, „Process Philosophy“, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stand 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/process-philosophy/>.

43 Hans Jörg Rheinberger, *Iterationen*, Berlin 2005, 108.

44 Zit. bei Helmut Ridder, Anmerkung zum Richard Schmid-Beschluss, BVerfG, JZ 1961, 537 (538).

45 Karl Heinz Bohrer, *Mit Dolchen sprechen. Der literarische Hass-Effekt*, Berlin 2019.



sprachlichen Exzess gewinnt – und nicht aus der reduzierten Sprache der „Blindbegriffe“ (R. Koselleck), die nur die dünne Tünche vor der Gewalt bilden.

Das ist nicht begrifflich scharf, weil wir es mit beweglichen Zielen zu tun haben! Es bedarf der Ausdifferenzierung von Mustern und Fallgruppen und Konstellationen, die praktikable Stabilisierungen erlaubt. Wir brauchen Kollisionsregeln, aber eben Kollisionsregeln, keine Abwägungen im Einzelfall!

### 3. Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die unterscheidungslose Abwägung

Das Lüth-Urteil<sup>46</sup> zeigt die Grenzen der Abwägung, die oft übersehen werden, weil das Urteil im Ergebnis ja durchaus liberal zu nennen ist. Das hat Helmut Ridder gesehen.<sup>47</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat auf alle möglichen Einzelgesichtspunkte in der Lüth-Konstellation abgestellt: Paul Lüth war Sprecher des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg, er hatte sich für ein neues Verhältnis zu den Juden in Deutschland eingesetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass dieses Ziel für die Bundesregierung und viele Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens von hoher Bedeutung sei.<sup>48</sup> Andererseits ging es um frühere Filme, deren Regisseur Veit Harlan war, der für NS-Propagandafilme verantwortlich war. In den 50er Jahren hat Harlan in vielen Heimatfilmen Regie geführt – und genau diese waren Gegenstand des Boykottaufrufs. Das Bundesverfassungsgericht hat in die Begründung des Urteils vor allem die erwähnten Gesichtspunkte in die Abwägung eingestellt. Helmut Ridder<sup>49</sup> hat hierzu mit Recht gefragt: Wie wäre der Fall entschieden worden, wenn eine Person ohne ein öffentliches Amt und ohne das vorangegangene Engagement für eine auch von der Bundesregierung gutgeheißenen Sache zum Boykott aufgerufen hätte? Hätte dann die Verfassungsbeschwerde abgewiesen werden können?

Es ist vielleicht ein unglücklicher Zufall gewesen, dass das Urteil auch die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht aufwerfen musste, weil hier in der Ausgangskonstellation vor einem Zivilgericht, dem LG Hamburg, über die Sittenwidrigkeit des Aufrufs zu einer vorsätzlichen wirtschaftlichen Schädigung verhandelt worden war. Bis dahin war dies beinahe undenkbar gewesen – so wie es heute noch in den USA der Fall ist, wo ein „state act“ als Voraussetzung für die Grundrechtsrelevanz verlangt wird. Und zivilgerichtliche Urteile sind in diesem Sinne keine „state acts“.<sup>50</sup>

46 BVerfGE 7, 198 (208); kritisch dazu Ridder (Fn. 44), 538.

47 Helmut Ridder, Das Recht auf Information, in: Hase/Ladeur/Preuß (Hrsg.), Kommunikation in der Demokratie. Kleine Schriften und Vorträge, Tübingen 2019, 60 (70).

48 Ridder, Die soziale Ordnung (Fn. 1), 79 ff.

49 Ridder (Fn. 44), 539; BVerfGE 12, 113 (128).

50 Jürgen Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971: dort wird die Drittwirkung der Grundrechte aus der Bindung der Richter abgeleitet. Es kommt aber darauf an, ob die Grundrechte zwischen Privaten gelten, nur dann kann der Richter die Grundrechte auf diesen Fall anwenden.



#### 4. Drittwirkung der Meinungsfreiheit über die Generalklauseln oder: die Suche nach den „inneren Gesetzen“ der Meinungsbildung

Auch in Deutschland waren Zivilrecht und Öffentliches Recht strikt getrennt: Und auch darüber hinaus, im Strafrecht, galt, dass ein Journalist nicht in „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ handelt, i.S.v. § 193 StGB, wenn er etwa im Interesse der Öffentlichkeit einen Verdacht gegen einen Politiker verbreitet, § 186 StGB.<sup>51</sup> Die Privatheit der Reputation durfte früher nur in den engen Grenzen des allgemeinen Strafrechts und des bürgerlichen Rechts primär im eigenen privaten Interesse angegriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat bekanntlich im Lüth-Fall eine Drittwirkung der Grundrechte in mittelbarer Form, nämlich in Gestalt der Ausstrahlung der Grundrechte in das Privatrecht über die Vermittlung der Generalklauseln zur Geltung gebracht, hier über den Begriff der „Sittenwidrigkeit“. Aber warum gerade über die Generalklauseln? Offenbar, weil sie den Meinungen freien Raum geben. Helmut Ridder<sup>52</sup> hat demgegenüber einen ganz anderen, theoretisch reflektierten Ansatz entwickelt, wenn er zunächst im Hinblick auf die Frage der Allgemeinheit des Gesetzes darauf aufmerksam gemacht hat, dass es nicht auf die Formulierung des Gesetzes ankommt, sondern auf den konkreten Obersatz, den das Gericht für den Fall entwickelt.<sup>53</sup> Er hat an anderer Stelle dann präzisierend genauer darauf abstellen wollen, welches die Anforderungen der Eigengesetzlichkeit des Öffentlichen sind.<sup>54</sup> Diese ist die Referenz des auf der Grundlage der Generalklauseln zu bildenden Obersatzes. Hier hätte man berücksichtigen können und müssen, dass der Gegenstand des Boykotts der Filme Veit Harlans, um den es im Lüth-Urteil ging, selbst eine an die Öffentlichkeit und nicht eine Menge von Privaten adressierte Leistung war und ein politisch begründeter Boykottaufruf, der sich nur auf die Kraft der Sprache verlässt, von der Meinungsfreiheit gedeckt sein muss, auch wenn private wirtschaftliche Interessen davon betroffen sind. Hier wäre von einem hybriden privat-öffentlichen Bereich auszugehen, innerhalb dessen die Regeln der öffentlichen Meinungsbildung Vorrang beanspruchen müssten. Die „öffentliche Meinungsfreiheit (muss) ihre Begrenzungen nach ihren eigenen inneren Gesetzen finden“. So heißt es bei Helmut Ridder in dem jetzt wieder durch die neue Sammlung von „kleinen Schriften und Vorträgen“ zugänglich gewordenen Vortrag im Wiener Justizpalast von 1962.<sup>55</sup>

So hätte man den Fall begrifflich klarer und vor allem unter Beachtung der Regeln der öffentlichen Meinungsbildung entscheiden können und sollen. Für die (private) Kritik an der Qualität von Produkten bedarf es ggf. einer genaueren Differenzierung, gerade weil es möglicherweise keinen „immer schon“ vorhandenen Strom der Meinungen gibt, an den die Kritik anknüpft (Gen-Milch-Fall).<sup>56</sup>

51 Vgl. etwa RGSt 5, 239 (16.12.1881); Jörg Requate, Kennzeichen der deutschen Mediengesellschaft des 19. Jahrhunderts, in: ders. (Hrsg.), Das 19. Jahrhundert als Mediengesellschaft, München 2009, 30 (33).

52 Ridder, Soziale Ordnung (Fn. 1), 79.

53 Ridder (Fn. 44), 539.

54 Ridder, (Fn. 48), 74; ähnlich ders., Meinungsfreiheit (Fn. 1), 254.

55 Helmuth Ridder, Die öffentliche Aufgabe der Presse im System des modernen Verfassungsrechts, in: Hase/Ladeur/Preuß (Hrsg.), Kommunikation in der Demokratie. Kleine Schriften und Vorträge, Tübingen 2019, 16 (32).

56 Kriterien für das Recht auf Bezeichnung von (Müller-)Milch als „Gen-Milch“ wegen des bei der Ernährung der Kühe verwendeten Futters, BGH, NJW 2008, 2110; dazu Tobias Gostomzyk,

## 5. Die Öffnung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts und die Bestimmung der „persönlichen Ehre“

Man muss anmerken, dass das Bundesverfassungsgericht, auch wenn es an der Methode der Abwägung festgehalten hat, vor allem in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts sich sehr viel mehr auf die Beobachtung der sich herausbildenden und als rechtlich relevant anzuerkennenden professionellen Regeln der Presse eingestellt hat (Verdachtsberichterstattung,<sup>57</sup> Satire,<sup>58</sup> Abgrenzung von Tatsachen und Meinung<sup>59</sup> etc.) – dies entsprach durchaus den Gesichtspunkten, die Ridder gegen das Lüth-Urteil in Anschlag gebracht hatte.

Im Übrigen hat Helmut Ridder mit Recht darauf hingewiesen, dass das Recht der persönlichen Ehre nicht nur eine partielle Wiederholung der Schranken der allgemeinen Gesetze ist.<sup>60</sup> Der Schutz der persönlichen Ehre kollidiert typischerweise mit der Meinungsfreiheit. Die „rein geistige Freiheit“ findet sich auf beiden Seiten des Konflikts. Die „Ehre“ kann nicht mehr begrifflich scharf definiert werden, sie ist selbst in den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung einbezogen,<sup>61</sup> deshalb kann sie nicht ohne den Blick auf die Erfordernisse der Öffentlichkeit bestimmt werden. Eine leere Abwägung, die die „Ehre“ ganz unterbestimmt lässt, ist aber nicht akzeptabel. Man muss vielmehr Meinungsfreiheit und Ehrenschatz aufeinander spiegeln: Wie ein Sprechakt, der den anderen zum Schweigen bringt, mit dem Prozess des öffentlichen Rationierens nicht vereinbar ist, so schränkt m.E. auch eine persönlich herabsetzende Äußerung die Freiheit eines anderen dann ein, wenn der Betroffene nicht durch Äußerung einer Gegenmeinung reagieren kann oder wenn dies unzumutbar erscheint.

## 6. Aporien der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit

In den letzten Jahren hat die 3. Kammer und später die 2. Kammer des Ersten Senats die – man könnte sagen – kollisionsrechtliche Problematik der Koordination von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht mehr und mehr zurücktreten lassen und ganz auf den Vorrang des Schutzes der Meinungsäußerung vor dem Ehrenschatz abgestellt. Muss sich nach einem Strafprozess eine Staatsanwältin ohne nähere Begründung von einem Rechtsanwalt als „durchgeknallte Staatsanwältin“<sup>62</sup> bezeichnen lassen? Die zuständige Kammer des mit dieser Frage befassten Bundesverfassungsgerichts hatte in dieser Konstellation

Äußerungsrechtliche Grenzen des Unternehmenspersönlichkeitsrechts, NJW 2008, 2082; Vorinstanz: OLG Köln, GRUR-RR 2005, 363.

57 BVerfGE 99, 185 (196 ff.); BGHZ 143, 199 (203); des Rückgriffs auf § 193 StGB bedarf es nicht mehr; dies wird unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 GG abgeleitet; § 193 StGB enthält im Übrigen einen Vorbehalt der Notwendigkeit (BGH, MDR 1953, 401), der mit Art. 5 Abs. 1 GG kaum vereinbar wäre.

58 BVerfGE 81, 278; 82, 1; 86, 1.

59 Vgl. nur BVerfG, NJW 2003, 661.

60 Helmut Ridder (Fn. 44), 539.

61 Karl-Heinz Ladeur, Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit, Köln 2007, 19 ff., 29 ff.

62 BVerfG, AfP 2016, 431; dazu Karl-Heinz Ladeur, Die „durchgeknallte Staatsanwältin“ – Ende des Schutzes der persönlichen Ehre in öffentlichen Auseinandersetzungen, AfP 2016, 402.

angenommen, die Frage hänge davon ab, ob der Rechtsanwalt Gründe für seine Meinung gehabt habe. Infolgedessen habe das Fachgericht den Anwalt dazu befragen müssen. Dabei wird übersehen, dass auch die betroffene Staatsanwältin selbst damit praktisch, bevor sie auf zivil- oder strafrechtlichem Weg gegen die Kränkung vorgehen konnte, bei deren Urheber hätte nachfragen müssen: „Haben Sie einen Grund, mich für ‚durchgeknallt‘ zu halten?“ Aber das ist unzumutbar!

Die Fachgerichte wissen im Grunde nicht mehr, was überhaupt in die Abwägung zugunsten des Ehrenschatzes eingestellt werden kann. Dies um so mehr, als das Bundesverfassungsgericht ja meistens das angegriffene Urteil nur aufhebt, wenn es die Freiheit der Meinungsäußerung durch Einordnung der Äußerung als Schmähkritik zurückgesetzt sieht,<sup>63</sup> aber nicht über die eigentliche Abwägung entscheidet. Die Kammern können deshalb ihre Rechtsprechung auch nicht in Fallgruppen oder Mustern stabilisieren. So ist m.E. auch das bekannte Urteil des LG Berlin<sup>64</sup> gegen Renate Künast zu erklären. Das LG Berlin ist neben dem LG Hamburg das Gericht gewesen, bei dem der Ehrenschatz einen verhältnismäßig hohen Rang genossen hat. Eine ganze Reihe seiner Urteile sind durch die Kammern des Bundesverfassungsgerichts aufgehoben worden. Ob das genannte Urteil als Provokation des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen ist oder als Ausdruck der desorientierenden Wirkung der genannten Rechtsprechung, jedenfalls ist es symptomatisch für den Mangel einer theoretisch informierten Durcharbeitung der Bedeutung der Meinungsfreiheit in den unterschiedlichen Konstellationen ihrer Kollision, insbesondere mit dem Recht der persönlichen Ehre. Die neuere Rechtsprechung der Kammern des Ersten Senats demonstriert allzu deutlich, dass die Vorstellung der „Subjektivität des einzelnen als [...] a priori“<sup>65</sup> für die Dogmatik der Meinungsfreiheit nur eine leere Formel bleibt. Das Urteil des LG Berlin ist m.E. ein Menetekel für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts!

63 BVerfG, K&R 2019, 582 m. Anm. Karl-Heinz Ladeur.

64 LG Berlin, 9.9.2019 – 27 AR 17/19; abgeändert am 20.1.2020 (beide; juris).

65 Masing (Fn. 10).