



ZIVILRECHT

Die Parodie im Urheberrecht

Carolin Gies, S. 1

ÖFFENTLICHES RECHT

Die Grundrechtsverwirkung
als Waffe gegen Feinde
der Demokratie?

Christof Steidele, S. 19

Die grundrechtlich
gebundene Ausland-Ausland-
Fernmeldeaufklärung des BND

Louis Graf, S. 36

Suchmaschinen zwischen
Grundrechtsberechtigung und
Grundrechtsverpflichtung

Manja Hauschild, S. 67

STRAFRECHT

Strafrechtlicher Schutz von
Religionsgemeinschaften –
noch zeitgemäß?

Jana Linnesch, S. 92

Die strafrechtliche Bewertung
des Phänomens „Shitstorm“
unter Heranziehung der
Sündenbocktheorien

Clara Mallon, S. 109

Zitierweise:
Autor:in, LLJ
Autor:in, Leipzig Law Journal

ISSN 2750-7831
Jahrgang 2022, Ausgabe 1

www.jura.uni-leipzig.de/llj/

© Leipzig Law Journal e.V.

Leipzig Law Journal
c/o Dr. Alexander Brade
Burgstraße 21, 04109 Leipzig

Zeichnung: Mascha Schultz

16.02.2022

Leipzig Law Journal

Ausgabe 2022/1

Redaktion

Arthur BARTELD

Felix BAUSENWEIN

Maria Magdalena BÖNSCH
(Ressortleitung)

Celine BROVOT
(Stellvertretende
Chefredakteurin)

Lea DIRKSEN

Neele GERSTENBERG

Christian GIMMEL

Leonard HAGE

Jakob HOFFMANN
(Chefredakteur)

Lukas HOLLERUNG

Anton HUSSING
(Ressortleitung)

Marie KOLB
(Social Media)

Amanjoht KAUR PADDA
(Social Media)

Ronja MEUSEL

Noah SEYLLER
(Ressortleitung)

Florian STAHR

Frederik TOMPSON

Akademischer Beirat

Max BÄRNREUTHER, M.Jur,
Maitre en Droit
(Zivilrecht)

Dr. Alexander BRADE
(Öffentliches Recht)

Dr. Tony GROBE
(Zivilrecht)

Dr. Niels KALTENHÄUSER
(Strafrecht)

Dr. Laura NEUMANN
(Strafrecht)

Dr. Alexander SCHWARZ
(Öffentliches Recht)

Die Parodie im Urheberrecht

Carolin Gies*

Abstract: Parodien sind aus den sozialen Netzwerken nicht mehr wegzudenken. Zu den wesentlichen Merkmalen einer Parodie gehört, an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber seine Aussage auf humoristische oder verspottende Art und Weise zu verändern. Die Verwendung von Originalwerken führt dabei nicht selten zu urheberrechtlichen Konflikten. Eine schlüssige Schranke des Urheberrechts für parodistische Nutzungen sah das Urhebergesetz allerdings bisher nicht vor. Die herrschende Auffassung subsumierte Parodien bislang unter § 24 UrhG a.F. Nachdem der EuGH in seiner Entscheidung „Metall auf Metall“ Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Auffassung mit Unionsrecht äußerte, hat der deutsche Gesetzgeber nun im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 eine neue Parodieschranke in § 51a UrhG kodifiziert. Zeit für eine Skizze.

A. Einleitung

Die Parodie gilt seit jeher als wesentliche Darstellung von satirisch kritischer Nachahmung zum Zwecke der Meinungsäußerung. Die ihr innewohnende Kritik erscheint häufig in spöttischer Weise, die sich zumeist auf einem schmalen Grat zwischen demokratisch legitimierter, oft künstlerisch gestalteter Meinungsfreiheit und rechtsverletzenden Eingriffen in Persönlichkeitsrechte bewegt. Doch was darf die Parodie?

„Alles!“¹, vertritt zumindest Kurt Tucholsky im Rahmen der persiflierenden Kunst. Die urheberrechtliche Grundlage dieser Annahme ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Als Ausdrucksform von Kunst und Meinung, geprägt durch ihre offene Bezugnahme auf bestehende Werke, treten nicht selten Fragen hinsichtlich urheberrechtlicher Persönlichkeits- und Verwertungsrechte auf. Besonders konfliktträchtig sind dabei die divergierenden Interessen von Urhebern, Nutzern und Allgemeinheit, fortan geprägt von der rasanten Entwicklung der Digitalisierung. Durch ihre besondere Relevanz in gesellschaftlicher und politischer Hinsicht besteht

* Die Autorin legte die erste Juristische Prüfung im Termin 2019/II in Leipzig ab und absolviert seit Mai 2021 den juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht Leipzig.

¹ Tucholsky, Ges. Werke, Bd. 1, S. 362.

Einigkeit bezüglich einer notwendigen Sonderbehandlung der Parodie im Urheberrecht gegenüber anderen Nutzungen. Nachdem das deutsche Urheberrecht lange Zeit keine ausdrückliche Regelung aufwies, hat der deutsche Gesetzgeber mit Einführung des § 51a UrhG erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zwecke der Parodie geschaffen.

Anlass für die Gesetzesänderung war die EuGH-Entscheidung “Metall auf Metall”.² In diesem wurde festgestellt, dass die von der herrschenden Meinung vertretene Einordnung der Parodie unter das Regelungsregime des § 24 UrhG a.F. gegen Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL verstößt.³ Eine der zentralen Reformanliegen waren insofern, einerseits die durch das Urteil geschaffene Rechtsunsicherheit zu befrieden und andererseits der steigenden Popularität von Parodien auf Internetplattformen, wie Twitter, Facebook oder Youtube, Rechnung zu tragen. Hierzu ist zunächst das Schutzprinzip des Urheberrechts zu erläutern (B.). Anschließend skizziere ich die urheberrechtliche Einordnung der Parodie unter alter und neuer Rechtslage (C.). Eine Schlussbetrachtung runden die Ausführungen ab (D.).

B. Schutzprinzip des Urheberrechts

Die Parodie fand bis zur Einführung des § 51a UrhG im Jahr 2021 keine ausdrückliche Verankerung im UrhG. Um den Stellenwert der Parodie im urheberrechtlichen Kontext zu verstehen, ist zunächst die Reichweite des urheberrechtlichen Werkschutzes zu definieren, sowie mögliche Verwendungsformen von Werken unter Berücksichtigung der Urheberpersönlichkeitsrechte und Schrankenbestimmungen aufzuzeigen.

I. Urheberrechtlich geschützte Werke

Der Werkcharakter wird an allgemeinen Voraussetzungen gemessen, namentlich einer persönlichen Schöpfung mit geistigem Inhalt als Ausdruck menschlichen Gedankengutes.⁴ Zudem bedarf es einer wahrnehmbaren Formgestaltung⁵ und einem Maß an Individualität. Nach § 2 Abs. 2 UrhG muss es sich um eine “persönliche geistige Schöpfung” handeln (sog. “Schöpfungshöhe”).⁶ Bei den in § 2 Abs. 1 UrhG regelbeispielartig aufgeführten Werkgattungen (u.a. Sprach- und Schriftwerke, Werke von Musik) wird die Werkeigenschaft vermutet. Dabei ist nach allgemeiner Auffassung der Begriff der bildenden Kunst (unter Nr. 6) weit auszulegen, um ihn

² EuGH, Urt. v. 29.07.2019 - C-476/17 -, [ECLI:EU:C:2019:624](#).

³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019 - C-476/17 -, [ECLI:EU:C:2019:624](#) Rn. 56 ff.

⁴ *Hoeren/Werner*, Kunst und Recht, 2018, S. 3.

⁵ *Hoeren/Werner*, Kunst und Recht, S. 4 f.

⁶ *Hoeren/Werner*, Kunst und Recht, S. 8 f.

einer strengen rechtlichen Qualitätsprüfung zu entziehen.⁷ Auch die Parodie kann als Kunstform auftreten.⁸ Den Maßstab zur Beurteilung des Vorliegens eines geistig-ästhetischen Gesamteindrucks bildet ein mit der allgemeinen Kunstanschauung vertrauter objektiver Betrachter.⁹ Wird die Schöpfung als urheberrechtlich schützenswertes Werk qualifiziert, sind die Vorschriften des Urhebergesetzes anzuwenden. Der Schutzzumfang erstreckt sich auf ihren materiellen und ideellen Wert.¹⁰

II. Verwendung bestehender Werke

Durch das Urheberrecht wird zunächst die ursprüngliche Schöpfung, das Originalwerk, geschützt.¹¹ Soweit ein Werk vom diesem abweicht, handelt es sich um eine Verwendung des Originals. Durch solche Werkadaptionen wird üblicherweise der dargestellte Schutzbereich tangiert, sodass es einer gesonderten gesetzlichen Rechtfertigung bedarf. Vor der Urheberrechtsreform wurden diesbezüglich bislang das Recht zur Vervielfältigung (§ 16 UrhG), zur Bearbeitung oder Umgestaltung (§ 23 UrhG) und zur freien Benutzung (§ 24 UrhG a.F.) herangezogen.

III. Urheberpersönlichkeitsrechte

Durch Werkadaptionen werden jedoch nicht nur urheberrechtliche Verwertungsrechte berührt, sondern regelmäßig auch Persönlichkeitsrechte.¹² Verglichen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, schützt das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht allein das Werk oder dessen Schöpfer. Geschützt wird vielmehr die wechselseitige Beziehung in geistiger und persönlicher Hinsicht.¹³ Die einfachgesetzliche Ausformung dieses Schutzbereichs ist in den Vorschriften §§ 12 bis 14 UrhG erfolgt. Besondere Relevanz im Rahmen von Persiflagen wie der Parodie kommt dem Entstellungsverbot nach § 14 UrhG zu.¹⁴ Soweit berechnete ideelle oder persönliche Interessen gefährdet sind, steht es dem Urheber zu, die Beeinträchtigungen nach Maßgabe der in §§ 97 ff. UrhG vorgesehen Schutzrechte abzuwehren.¹⁵ In Anbetracht des Ausschließlichkeitsrechts

⁷ Hertin/Wagner, Urheberrecht, 2019, Kap. V, Rn. 142; Schack, Kunst und Recht, 2017, Rn. 223.

⁸ Vgl. Becker, GRUR 2004, 104 f.; Delp, Recht des geistigen Schaffens, 2003, Rn. 56.

⁹ Pierson/Ahrens/Fischer, Recht des geistigen Eigentums, 2014, S. 279; vgl. BGH, Urt. v. 14.04.1988 - I ZR 99/86 – Kristallfiguren, Rn. 14.

¹⁰ Slopek, WRP 2009, 20 (22).

¹¹ Hamann, Der urheberrechtliche Originalbegriff, 1980, S. 36; Schack, Kunst und Recht, Rn. 23.

¹² Slopek, WRP 2009, 20; Thiel, Die verwaltete Kunst, 2003, S. 301.

¹³ Hubmann/Rehbinder, Urheberrecht, 2018, § 20, Rn. 436.

¹⁴ Vgl. zu dieser Schranke näher auf S. 10.

¹⁵ v. Gruben, Das urheberrechtliche Entstellungsverbot, 2013, S. 67.

des Urhebers besteht das primär schützenswerte Interesse darin, das Werk in seiner ursprünglich intendierten Gestalt und Wirkung in der Öffentlichkeit nicht zu konterkarieren.¹⁶ Diese Urheberinteressen sind stets mit den Interessen des Verwenders in Ausgleich zu bringen.¹⁷

IV. Urheberrechtsschranken

Neben Verwendungsrechten ist zusätzlich zu beachten, dass die umfangreichen Rechte des Urhebers nicht schrankenlos gewährleistet werden. Die meisten Einschränkungen finden ihre Grundlage in den Schrankenbestimmungen in §§ 44a ff. UrhG.¹⁸ Sinn dieser Regelungen ist es, das urheberrechtliche Werkschaffen in einen Ausgleich mit Interessen der Allgemeinheit zu bringen. Dem trägt Art. 14 Abs. 2 GG Rechnung, der auch die Sozialgebundenheit des Eigentums miteinschließt.¹⁹ Ferner können Auslegungen im Sinne der Meinungs- und Kunstfreiheit Beschränkungen erfordern, zumal eine ständige Auseinandersetzung mit bestehenden Werken den Grundstein für einen demokratischen und kreativen Diskurs legt.²⁰

C. Die Parodie

Die Parodie weicht zumeist vom Original ab und wurde vor der Einführung des § 51a UrhG in keiner der Verwendungsformen der § 23 ff. UrhG ausdrücklich benannt. Demzufolge wurde diskutiert, ob sie einer der ursprünglichen Verwendungsnormen zugeordnet werden konnte. Da kunsttheoretische Definitionsversuche nach gängiger Rechtsprechung für die rechtliche Prägung des Begriffs der Parodie nicht maßgebend sind,²¹ soll primär das Begriffsverständnis der Rechtsprechung beleuchtet werden.

I. Parodiebegriff

Den ersten Rahmen für eine Beurteilung legte das Reichsgericht, indem es die Parodie als in ein satirisches Gewand eingekleideten Aussagekern des Originalwerks charakterisierte.²² Während sich die Karikatur durch Überzeichnung von Charakterzügen auszeichnet und eine Pastiche einen bestimmten Stil imitiert,

¹⁶ *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, § 20, Rn. 454.

¹⁷ *Hoeren/Werner*, Kunst und Recht, S. 28; *Pfennig*, Kunst, Markt und Recht, 2019, S. 108.

¹⁸ Vgl. *Schricker*, JZ 2004, 311 (312).

¹⁹ *Lutz*, in: Bisges, Handbuch Urheberrecht, 2016, Kap. 3, Rn. 2; *Schmid/Wirth*, in: Schmid/Wirt/Seifert, Urhebergesetz, 2009, Vor. § 44a, Rn. 3.

²⁰ *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, § 26, Rn. 487; *Lutz*, in: Bisges, Handbuch Urheberrecht, Kap. 3, Rn. 3.

²¹ *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, 2014, K 10, § 24, Rn. 20.

²² RGSt 62, 183; hierzu *Württemberg*, NJW 1983, 1144 (1145).

übernimmt die Parodie indessen Züge des gesamten Werkes.²³ Auf diesem Begriffsverständnis aufbauend entwickelte die Rechtsprechung vertiefende und ergänzende Merkmale.²⁴ Laut dem BGH war der Parodie eine ihre innewohnende antithematische Behandlung in Bezug auf das Ausgangswerk zuzuschreiben.²⁵ Dabei ist in objektiver Hinsicht zu prüfen, ob eine Antithematik zumindest für denjenigen deutlich wird, der das parodierte Werk kennt und dem gleichzeitig das intellektuelle Verständnis, welches eine Persiflage einfordert, zuzumuten ist.²⁶

Erst im Jahr 2014 hat der EuGH den Parodiebegriff in seinem bekannten „Vrijheidsfonds/Vandersteen“-Urteil²⁷ neu definiert. Seitdem genügte es, dass die Parodie an ein bestehendes Werk erinnert, während sie sich gleichzeitig von seiner Aussage abgrenzt.²⁸ Optische Abstände zur Vorlage, sowie zu dessen Urheber sind nicht weiter erforderlich,²⁹ sofern Humor und Spott das intendierte Motiv sind.³⁰ Zudem muss sich die Parodie nicht mehr ausschließlich auf das parodierte Werk beziehen,³¹ sondern umfasst vielmehr auch Abbildungen und Personen des Werks.³² Demnach waren parodistische Mittel nunmehr auch zu rein künstlerischen Zwecken in jeglicher Form denkbar.³³

Ausgehend von der EuGH-Rechtsprechung weicht auch der BGH zunehmend von seinem restriktiveren Parodieverständnis ab.³⁴ Zwar wird weiterhin ein gewisser innerer Abstand gefordert, jedoch werden sowohl eine antithematische Behandlung als auch das Erfordernis der eigenen Schöpfungshöhe der Parodie nach § 2 Abs. 2 UrhG nicht weiter als Zulässigkeitskriterium herangezogen.³⁵

²³ *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, § 26, Rn. 524; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2017, § 9, Rn. 280b.

²⁴ *Würtenberger*, NJW 1983, 1144 (1145).

²⁵ Vgl. BGHZ 26, 52 (57) Rn. 13; *Ahlberg*, in: *Ahlberg/Götting*, Urheberrecht, 2018, § 24, Rn. 30.

²⁶ *Ahlberg*, in: *Ahlberg/Götting*, Urheberrecht, 2018, § 24, Rn. 30; ferner *Kuck*, in: *Schwartzmann*, Praxishandbuch Medien-, IT-, Urheberrecht, 2017, Kap. 26, Rn. 105.

²⁷ EuGH, Urt. v. 03.09.2014 - C-201/13 -, [ECLI:EU:C:2014:2132](#) – *Vrijheidsfonds/Vandersteen*.

²⁸ EuGH, Urt. v. 03.09.2014 - C-201/13 -, [ECLI:EU:C:2014:2132](#), Rn. 33; *Bullinger*, in: *Ebeling/Klaus*, Praxishandbuch Recht der Kunst, 2019, § 4, Rn. 302.

²⁹ *Lettl*, Urheberrecht, § 4, Rn. 106.

³⁰ *Bullinger*, in: *Ebeling/Klaus*, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 4, Rn. 302.

³¹ *Lettl*, Urheberrecht, § 4, Rn. 106.

³² *Bullinger*, in: *Ebeling/Klaus*, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 4, Rn. 302.

³³ *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar Urheberrecht, § 24, Rn. 14; *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, § 26, Rn. 525.

³⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2016 - I ZR 9/15 – „auf fett getrimmt“.

³⁵ BGH, Urt. v. 28.07.2016 - I ZR 9/15 -, Rn. 22; *Lettl*, Urheberrecht, § 4, Rn. 106.

II. Verfassungsrechtliche Legitimation und Schranken

In ihrer Umsetzung und Aussagekraft ist die Parodie zumeist Ausdruck der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG.³⁶ Bei Parodien ohne künstlerische Qualität wird ferner auf die Meinungs- oder Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG zurückgegriffen.³⁷ Diese Grundrechte sind jedoch nur zur Auslegung und Abwägung i.S.d. mittelbaren Drittwirkung heranzuziehen.³⁸ Konkret können Gewährleistungen und Schranken der Parodie nur aus dem Urheberrecht selbst begründet werden.³⁹

Zwar ging der EuGH teils bei Verstößen gegen das allgemeine Antidiskriminierungsgesetz von der Unzulässigkeit einer Parodie aus,⁴⁰ dem wird jedoch entgegengehalten, dass das Urheberrecht eine richterliche Kontrolle dieses Ausmaßes nicht vorsehe.⁴¹ Unter Berücksichtigung von Meinungs- und Kunstfreiheit sei vielmehr Zurückhaltung geboten, insbesondere hinsichtlich einer sog. „Political-Correctness-Kontrolle“.⁴² Aus ähnlichen Erwägungen müsse bei Einschränkungen der Parodie nach der Rechtsprechung des BVerfG vermieden werden, auf das künstlerische Schaffen in ihrer Aussage oder konkreten Ausgestaltung einzuwirken.⁴³ Hingegen können bei Kollisionen mit Art. 14 Abs. 2 GG Verwertungsinteressen des Urhebers aufgrund der Sozialbindung des (geistigen) Eigentums zugunsten der Parodie eingeschränkt werden.⁴⁴

III. Status quo ante UrhG-Reform

Zwischen Literatur und Rechtsprechung bestand seinerzeit Uneinigkeit, unter welche urheberrechtliche Schrankenbestimmung die Parodie zu subsumieren ist. Dies war nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten keine Umsetzungspflicht der Urheberrechtsschranke gem. Art. 5 Abs. 3 InfoSocRL 2001/29/EG, welche parodistische Verwendungen unter lit. k) ausdrücklich umfasste, auferlegte. Sofern die Parodie im nationalen Recht ihre Berechtigung fand, genügte somit eine entsprechende richtlinienkonforme

³⁶ Thiel, Die verwaltete Kunst, S. 300; Lettl, Urheberrecht, § 4, Rn. 29.

³⁷ Wandtke, ZUM 2005, 769 (774); Becker, GRUR 2004, 104 (105).

³⁸ BVerfG, [Beschl. v. 29.06.2000 - 1 BvR 825/98](#) -, Rn. 22; Jacobsen, Die urheberrechtlich relevante Parodie, 2020, S. 26.

³⁹ Becker, GRUR 2015, 336 (339); Schricker, JZ 2004, 311 (312).

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 03.09.2014 - C-201/13 -, [ECLI:EU:C:2014:2132](#), Rn. 29; Hubmann/Rehbinder, Urheberrecht, § 26, Rn. 527.

⁴¹ Becker, GRUR 2015, 336 (338); Rütz, WRP 2004, 323 (327).

⁴² Hertin/Wagner, Urheberrecht, Kap. IV, Rn. 117; Hubmann/Rehbinder, Urheberrecht, § 26, Rn. 527.

⁴³ BVerfGE 30, 173 (190); Platho, GRUR 1992, 360 (361).

⁴⁴ Hilty, in: Ohly/Klippel, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 107 (119); Pierson/Ahrens/Fischer, Recht des geistigen Eigentums, 2014, S. 304.

Auslegung.⁴⁵ Seinerzeit waren namentlich vier unterschiedlichen Ansätze vorherrschend, die nachfolgend zusammenfassend dargestellt sind.

1. Bisherige Schrankenbestimmungen unzweckmäßig

Nach einer Auffassung sollte es sich bei Parodien um eine *Bearbeitung* oder *Umgestaltung* i.S.d. § 23 UrhG handeln. Im Rahmen der Bearbeitung werden die wesentlichen Teile des Originals übernommen, dabei wird das Werk jedoch durch individuelle Gestaltungsmittel abgeändert. Anders als beim Plagiat wird dabei bewusst und gewollt offen auf das entsprechende Werk Bezug genommen.⁴⁶ Allerdings unterliegen die Veröffentlichung und die Verwertung eines bearbeiteten Werks gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG dem Einwilligungserfordernis des Originalurhebers⁴⁷. Mithin würde jede Veröffentlichung der Parodie von der Einwilligung des Parodierten abhängen. In der Praxis würde dies zu drastischen Beschränkungen und Stagnation der Parodiefreiheit führen. Um dies zu verhindern, war in der Literatur vorgeschlagen worden, den § 23 UrhG für Parodien teleologisch zu reduzieren und insofern auf die Anwendung des Einwilligungserfordernisses verzichten. Eine solche Reduktion wäre in jedem Fall zweckdienlich.⁴⁸ Insgesamt muss dieser Ansicht jedoch entgegengehalten werden, dass sie grundlegend davon ausgeht, es handle sich bei jeder Parodie zwangsläufig um eine Bearbeitung und dabei verkennt, dass auch die Parodie unter Umständen als eigenständiges Werk auftreten kann.⁴⁹

Die Rechtsprechung prüfte die Parodie bislang durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F.⁵⁰ Dieser lautete:

“Ein selbstständiges Werk, dass in freier Benutzung eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.“

Um eine *freie Benutzung* handelte es sich, wenn die Bearbeitung keine wesentlichen Züge des Originals mehr aufweist. Die Rechtsprechung nahm diese zunächst an, sobald das Original neben der Parodie “verblasse”.⁵¹ Diese “Verblassensformel“ sollte dem Grundsatz des Ausschließlichkeitsrechts des Urhebers gerecht werden. Um daraufhin aber auch dem Charakter der Parodie gerecht zu werden, änderte die Rechtsprechung diesen Grundsatz in die Regelung des äußeren und inneren

⁴⁵ *Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung um Recht des geistigen Eigentums, S. 337.

⁴⁶ *Bullinger*, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 4, Rn. 294.

⁴⁷ *Bullinger*, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 4, Rn. 278.

⁴⁸ *Hefli*, Die Parodie im Urheberrecht, 1977, S. 94, 122; *Platho*, GRUR 1992, 360 (363).

⁴⁹ *Slopek*, WRP 2009, 20 (24).

⁵⁰ BGH, *Urt. v. 26.03.1971 - IZR 77/69* – Disney-Parodie; *Slopek*, WRP 2009, 20 (24).

⁵¹ *Hoeren/Werner*, Recht der Kunst, S. 22; *Pfennig*, Kunst, Markt und Recht, S. 109.

Abstands (sog. "Abstandsformel").⁵² So könne selbst bei unveränderter Übernahme des Originalwerks eine freie Benutzung einschlägig sein,⁵³ soweit ein innerer Abstand kraft veränderten Aussagegehalts gewahrt wird. Dadurch entsteht ein unabhängiges Werk, frei von jeglichen Zustimmungsbedürfnissen des Originalurhebers zur Veröffentlichung oder Verwertung. Auf diese Weise gelang es der Rechtsprechung mit der Abstandsformel der Parodie eine gesonderte Privilegierung im Rahmen des § 24 UrhG a.F. einzuräumen. Aus heutiger Sicht erscheint allerdings auch diese Konstruktion nicht mehr als ein Versuch gewesen zu sein, das Urheberrecht der Parodie anzupassen. Eine gesicherte rechtliche Grundlage wurde damit jedenfalls nicht geschaffen. Die grundlegenden Merkmale der Parodie sind in der Grundstruktur des § 24 UrhG a.F. nicht ausreichend berücksichtigt gewesen.⁵⁴ Vielmehr überstieg eine solche Anpassung der Norm auf Parodien ihren Sinn und Zweck und führte zunehmend zu Verlagerungen auf allgemeine, vom Urheberrecht abschweifende Grundrechtsabwägungen.⁵⁵ Überdies wird zumindest die Annahme einer Selbstständigkeit der Parodie gegenüber dem parodierten Werk für nicht vertretbar gehalten.⁵⁶ Nach Ansicht einer Literaturstimme wäre bei einer konsequenten Anwendung des § 24 UrhG a.F. eine Parodie ihrem Wesen nach bereits generell unzulässig gewesen.⁵⁷

Wiederum andere Stimmen in der Literatur ordnen die Parodie dem Zitatrecht nach § 51 UrhG zu.⁵⁸ Aus hiesiger Sicht wird eine Anwendung des Zitatrechts dem Wesen und der Struktur einer Parodie wohl am meisten gerecht. Zulässig ist ein Zitat, sofern es in ein unabhängiges Werk integriert wird und durch eine konkrete Bezugnahme einen bestimmten Zweck erfüllt.⁵⁹ Der geforderte Zweck solle dabei bereits durch die satirische Darstellung erfüllt sein. Fehle es hingegen an einer thematischen Auseinandersetzung und ist die Abbildung reine Imitation, werde der Zitatzweck nicht erreicht.⁶⁰ Mit der "Germania 3"-Entscheidung hat das BVerfG festgestellt, dass die Zitatfunktion weit auszulegen sei und auch im Rahmen künstlerischen

⁵² BGH, *Urt. v. 11.03.1993 - IZR 263/91* – Alcolix, Rn. 20 f.; v. *Olenhusen/Ling*, UFITA 2003, 695 (716).

⁵³ *Bullinger*, in: Ebeling/Klaus, *Praxishandbuch Recht der Kunst*, § 4, Rn. 300; *Hertin/Wagner*, *Urheberrecht*, Kap. IV, Rn. 118.

⁵⁴ *Platho*, GRUR 1992, 360 (361).

⁵⁵ *Rütz*, WRP 2004, 323 (327); *Schricker*, JZ 2004, 311 (312).

⁵⁶ *Hess*, *Urheberrechtsprobleme der Parodie*, 1993, S. 137; *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, § 9, Rn. 280.

⁵⁷ *Platho*, GRUR 1992, 360 (361).

⁵⁸ Vgl. *Hefti*, *Die Parodie im Urheberrecht*, S. 108 f.

⁵⁹ *Becker*, ZUM 2000, 864 (865); *Eisenmann*, *Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1995, S. 45.

⁶⁰ OLG Frankfurt, ZUM, 1996, 97; *Dietz*, UFITA 1998, 52 (53); *Eisenmann*, *Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 45.

Ausdrucks und Gestaltung seine Zweckmäßigkeit begründen könnte. Diese Anforderungen gelten auch für Parodien.⁶¹ So könne auch eine Bestandskraft des Werkes ohne Nutzung des Zitats nicht gefordert werden, wie auch das BVerfG unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit argumentiert.⁶² Da sich regelmäßig die Vorlage wesensgemäß aus der Parodie selbst ergebe, könne auch von einer Quellenangabe abgesehen werden.⁶³ Diese Vorgehensweise wirkt gegenüber der offenkundigen Übernahme wesentlicher Merkmale, legitimiert durch die Theorie des inneren Abstandes im Rahmen des § 24 UrhG a.F., weniger konstruiert. Zweck des Zitats ist es doch gerade, auf wesentliche Elemente eines Werkes Bezug zu nehmen, diese hervorzuheben⁶⁴ und entsprechend frei, ohne Einwilligungserfordernisse des Urhebers, in das eigene Werk aufzunehmen. Auch bei der praktischen Anwendung des § 24 UrhG a.F. auf die Parodie, sind Parallelen zum Zitatrecht erkennbar.⁶⁵ Andere Stimmen in der Literatur lehnten eine so weitreichende Auslegung des Zitats jedoch ab, da einer Werkadaption das Änderungsverbot nach § 62 UrhG entgegen stünde.⁶⁶ Dem ist jedoch zurecht § 62 Abs. 2 i.V.m. § 39 UrhG entgegengehalten worden, welche Änderungen zur Erfüllung des Zitatzwecks nach h.M. zulässt.⁶⁷

Nicht zu folgen war außerdem jenen Stimmen, welche parodistische Nutzungen unter die *Entstellung* nach § 14 UrhG subsumierten. Eine Entstellung ist u.a. bei Verfälschung oder Verstümmelung des Werks anzunehmen, die Einschränkungen oder eine gänzliche Behinderung der ursprünglichen Wirkung zur Folge haben können.⁶⁸ Daneben sind auch indirekte Entstellungen denkbar, etwa durch Verknüpfung mit konträr politischer oder gesellschaftlicher Thematik.⁶⁹ Die Parodie zielt nicht selten darauf ab, ein Werk in seiner Aussage und Darstellung anzugreifen. Meist erfolgt dies in kritisch hinterfragender, teilweise aber auch sittenwidriger oder bössartiger Weise. Diese Stilmittel sind aufgrund des weitreichenden Schutzes der Parodiefreiheit möglich.⁷⁰ Dennoch stellte der BGH nunmehr ausdrücklich fest, dass die parodistische Nutzung eine Entstellung auch durch eine antithematische

⁶¹ Bullinger, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 5, Rn. 344; Schmid/Wirth, in: Schmid/Wirt/Seifert, Urhebergesetz, § 51, Rn. 2.

⁶² BVerfG, [Beschl. v. 29.06.2000 - 1 BvR 825/98 -](#), Rn. 27; Becker, GRUR 2004, 104 (108).

⁶³ Becker, GRUR 2004, 104 (108).

⁶⁴ Becker, ZUM 2000, 864 (866).

⁶⁵ Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, 2013, S. 208.

⁶⁶ Stieper, GRUR 2020, 792 (793).

⁶⁷ Engels, in: Ahlberg/Götting, Urheberrecht, § 62, Rn. 17; v. Elten, Das Wissenschaftsplagiat als Urheberrechtsverletzung, 2017, Rn. 733.

⁶⁸ Bullinger, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 2, Rn. 101; Pfennig, Kunst, Markt und Recht, S. 108.

⁶⁹ Schack, Kunst und Recht, Rn. 258.

⁷⁰ BGH GRUR 2000, 703 (704); Nordemann, in: Nordemann/Nordemann, Urheberrecht, 2018, § 24, Rn. 89.

Behandlung nicht gänzlich auszuschließen vermag.⁷¹ Somit sei unabhängig von der Legitimationsnorm (je nach Auffassung §§ 23, 24 oder 51 UrhG a.F.) eine Entstellung im Sinne des § 14 UrhG zu prüfen, da stets Persönlichkeitsrechte des Urhebers berührt werden.⁷² Auch im Bereich der bildenden Künste können Persiflagen des Werks selbst oder abgebildeter Dritter eine Entstellung begründen.⁷³ Die Zulässigkeit werde dann im Rahmen einer Interessenabwägung bestimmt.⁷⁴ Gewiss stelle reine Kritik noch keine Entstellung dar, sondern sei vielmehr Ausdruck künstlerischer Kontroverse. Angesichts der Tragweite von Art. 5 Abs. 1 GG, sei außerhalb von Schmähkritik hierbei weitestgehend auch abwertende Kritik hinzunehmen.⁷⁵ Insofern könne reines Unterbinden von kritischer Bewertung keine schützenswerte Position des Urhebers sein, andernfalls würde man dem Urheber ein umfassendes Kontrollrecht bezüglich des allgemeinen Werkschaffens einräumen.⁷⁶ Demgegenüber müsse allerdings im Ergebnis immer zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Urhebers entschieden werden, soweit die menschliche Integrität in ihrem Kern angegriffen werde.

2. Rechtspolitisches Reformbedürfnis

Eine Parodie kann von kopierten bis eigenschöpferische Elemente geprägt sein. Die Variation im Erscheinungsbild hat zur Vielfalt der rechtsdogmatischen Begründungsversuche beigetragen.⁷⁷ Gleichwohl die bisherigen Auslegungsvarianten im Sinne des Art. 5 Abs. 3 lit. k) der InfoSoc-RL geboten erscheinen,⁷⁸ kann keine der Auffassung vollends überzeugen. Einzig eine Einordnung unter das Zitatrecht erschiene denkbar. Dennoch unterliegt das Zitatrecht sehr strengen Anforderungen, die eine umfangreiche Entfaltung der Parodie nicht ausreichend zulassen. Oftmals wird bei der Parodie mehr übernommen als für den Zitat Zweck notwendig ist. Zwar ist mit der neuen Formulierung des § 51 UrhG der Anwendungsbereich des Zitats auf Kunstobjekte deutlich ausgeweitet worden.⁷⁹ Bei Abwägung unter Rücksichtnahme gegenseitiger Interessen, wäre dennoch eine gänzlich freie Gestaltung der Parodie auch künftig nicht möglich gewesen. Konsequenterweise wäre eine Anwendung auf solche Parodien zu

⁷¹ BGH, Urt. v. 28.07.2016, Az. I ZR 9/15 -, Rn. 34, 38 – auf fett getrimmt.

⁷² Bullinger, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 4, Rn. 314.

⁷³ BGH, Urt. v. 28.07.2016, Az. I ZR 9/15 -, Rn. 38 – auf fett getrimmt.

⁷⁴ Bullinger, in: Ebeling/Klaus, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 14, Rn. 39.

⁷⁵ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, § 3, Rn. 44.

⁷⁶ Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 324.

⁷⁷ v. Elten, Das Wissenschaftsplagiat als Urheberrechtsverletzung, Rn. 550.

⁷⁸ Krusemarck, Abhängige Schöpfung um Recht des geistigen Eigentums, S. 343; Schrickler, JZ 2004, 309 (312).

⁷⁹ Vgl. Becker, ZUM 2000, 864 (865).

beschränken, in denen das parodierte Werk keinen wesentlichen Veränderungen unterliegt.⁸⁰ Auch dies wurde der Kulturinstitution jedoch nicht gerecht. Einer teleologischen Reduktion steht entgegen, dass die Vorschrift eng auszulegen ist.⁸¹

Eine weitere Überlegung war letztlich, die Parodie keiner festen Norm zuzuschreiben, sondern sie je nach Einzelfall an der jeweilig angezeigten Norm zu prüfen. Dafür sprach, dass ein großer Spielraum für Ausgestaltungen ermöglicht wurde, zugleich jedoch Konturen und Strukturen des Urheberrechts nicht übermäßig verwischt wurden. So konnte je nach Ausprägung der eigenen individuellen Züge die Parodie eine Bearbeitung nach § 23 UrhG sowie ein Zitat nach § 51 UrhG darstellen.⁸² Diese individuelle Zuordnung führte jedoch in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Unter welche Norm die jeweilige Parodie fällt, wäre im Rahmen dieses Lösungsansatzes allein abhängig von richterlichen Einschätzungen. Im äußersten Fall wird der Verwender aufgrund fehlerhafter Einschätzung zum Schadensersatz verpflichtet.

Darüber hinaus beinhaltete keine der Normen die in Art. 5 der InfoSocRL aufgeführten Kriterien, sodass zu bezweifeln ist, dass dem im Europarecht geltenden *effet utile* in der Praxis ausreichend Folge geleistet werden konnte.⁸³ Es fehlt an einer eindeutigen Umsetzung zur effektiven Wirksamkeit und Rechtsdurchsetzung.⁸⁴ Zwar wird eine wörtliche Umsetzung vom EuGH nicht zwingend verlangt, jedoch muss die Vorschrift im nationalen Recht im Sinne des *effet utile* ihre Wirkung umfassend entfalten können.⁸⁵ Dies wurde sogar für die (seinerzeit herrschende) Anwendung des § 24 UrhG bezweifelt.⁸⁶

Im Ergebnis erwies sich eine stringente Gesetzesregelung für Parodien als notwendig, um Umfang und Reichweite entsprechender Nutzungen im verhältnismäßigen Rahmen zu ermöglichen oder zu begrenzen. Auch viele Stimmen in der Literatur erachteten eine eigenständige Norm als notwendig.⁸⁷ So hebt etwa *Schricker* im Jahr 2014 hervor, dass „[es] im Grunde klarer wäre, wenn das deutsche Recht eine echte Urheberrechtsschranke für die ‘Nutzung zum Zwecke von

⁸⁰ *Becker*, GRUR 2004, 104 (109).

⁸¹ *Dreier*, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997, S. 139; *Schmid/Wirth*, in: Schmid/Wirt/Seifert, Urhebergesetz, Vor. § 44 a, Rn. 3.

⁸² *Vinck*, GRUR 1973, 251 (252).

⁸³ *Ungern-Sternberg*, GRUR 2020, 113 (116).

⁸⁴ *Stieper*, GRUR 2020, 699 (707).

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 27.11.1997 - I-6749 -, [ECLI:EU:C:1997:566](#), Rn. 13.

⁸⁶ *Stieper*, GRUR 2020, 792 (793).

⁸⁷ *Hertin/Wagner*, Urheberrecht, Kap. X, Rn. 403; *Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung um Recht des geistigen Eigentums, S. 343; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2021, § 8 Rn. 22; *Schricker*, JZ 2004, 311 (312); *Stieper*, GRUR 2020, 792 (793).

Karikaturen, Parodien oder Pastiche‘ einführt, wie Art. 5 Abs. 3 lit. k) der EG-Richtlinie sie erlaubt (aber nicht vorschreibt)“.⁸⁸ Gleichzeitig sollte dabei vermieden werden, eine Generallegitimation zu schaffen, sodass unter dem Deckmantel der Parodie jegliche Verwendung des Originals ermöglicht wird. Dies würde dem Urheber eine wirtschaftlich unzumutbare Ausbeutung abverlangen, die die Nachfrage seiner Schöpfung merklich dezimieren könnte.⁸⁹

IV. Europäische Richtlinie und deutsches Umsetzungsgesetz

Neue Entwicklungen in europäischer Gesetzgebung und Rechtsprechung nehmen zunehmend Einfluss auf das urheberrechtliche Regelungsgefüge und haben damit auch Auswirkungen auf die Einordnung der Parodie. Von besonderer Bedeutung ist die europäische Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL 2019/790) vom 17. April 2019.⁹⁰ Die von dieser Richtlinie ausgehende Neustrukturierungen im Urheberrecht soll im Folgenden beleuchtet werden.

1. Hintergrund der Richtlinie DSM-RL 2019/790

Mit der DSM-RL 2019/790 reagiert der europäische Gesetzgeber auf zeitgemäße und politisch kontrovers diskutierte Fragen bezüglich eines zukunftsorientierten Urheberrechts im europäischen Binnenmarkt.⁹¹ Es handelt sich um die Fortführung der mit InfoSoc-RL von 2001 eingeschlagenen Regelungslinie und beinhaltet konkretisierende Regelungen, u.a. zu Uploads auf Plattformen.⁹² Begründet wird das Erfordernis dieser Regelung allgemein mit den schnellen Entwicklungen der Digitalisierung in Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur und der gewandelten Medienkultur mit Blick auf die Popularität von Internetplattformen und sozialen Netzwerken. Auch die Parodie gehört zunehmend zur gängigen Darstellung von Kommentar und Meinung auf Plattformen und führt nicht selten zu urheberrechtlichen Konflikten. Art. 17 DSM-RL, welcher die Haftungs begründung von Plattformbetreibern zum Gegenstand hat, kommt dabei besondere Bedeutung zu.⁹³ Konkret wird mit Art. 17 Plattformbetreibern eine Verpflichtung auferlegt, urheberrechtlich geschützte Inhalte bereits beim Hochladen auf die Plattform zu überprüfen und ggf. herauszufiltern,⁹⁴ um dem Urheber seinen Vergütungsanspruch zu sichern. Die Verwendung viel umstrittener Uploadfilter erscheint dabei nach

⁸⁸ *Schricker*, JZ 2004, 309 (312).

⁸⁹ *Rütz*, WRP 2004, 323 (324).

⁹⁰ RL (EU) 2019/790 v. 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

⁹¹ *Dreier*, GRUR 2019, 771.

⁹² *Hauck/Pflüger*, ZUM 2020, 383 (384); *Kuschel/Rostam*, CR 2020, 393 (397).

⁹³ *Spindler*, CR 2020, 50.

⁹⁴ *Hauck/Pflüger*, ZUM 2020, 383 (386); *Spindler*, GRUR 2020, 253 (254).

aktuellem Stand die effektivste Umsetzungsmöglichkeit zu bieten.⁹⁵ Um ein sog. „Overblockin“ von zulässiger Verwendung zu verhindern, schreibt Art. 17 Abs. 7 Uabs. 2 u.a. einen besonderen Ausnahmetatbestand zugunsten von Parodien, Karikaturen und Pastiches vor.⁹⁶ Durch die vollharmonisierenden DSM-RL soll folglich nun eine entsprechende Schrankenbestimmung in nationales Recht umgesetzt werden, um das Hochladen und Teilen dieser nutzergenerierten Inhalte zu ermöglichen.⁹⁷ Eine neuerliche richtlinienkonforme Auslegung von Art. 17 würde den Umsetzungsanforderungen, den abschließenden Schrankenbestimmungen in Art. 5 Abs. 3 lit. k) der InfoSoc-RL und der Ablehnung der bisherigen Auslegung des § 24 UrhG a.F. nicht genügen.⁹⁸ Während die InfoSoc-RL den Mitgliedsstaaten jedoch aufgrund kultureller Individualität eine Umsetzung im Rahmen einer entsprechenden Norm freistellte, legt die DSM-RL nunmehr eine Umsetzungsverpflichtung von Art. 17 Abs. 7 Uabs. 2 fest. Eine weitreichende Ausnahme bezüglich Verbreitungen und Verwertungen verlangt die Richtlinie nicht.⁹⁹ Folgt man dem Wortlaut, erstreckt sich die Umsetzungsverpflichtung zur Schrankenbestimmung folglich nur auf das Weiterverbreiten von Parodien. Dies erfasst freilich nur einen Teil parodierender Nutzungen.

Da allerdings gleichzeitig der § 24 UrhG a.F. weggefallen ist und dem Ansatz der herrschenden Meinung damit die Grundlage entzogen wurde (und auch die übrigen Auffassungen als nicht tragfähig anzusehen sind), erschien die Neubegründung einer umfassenden Legitimationsgrundlage für urheberrechtliche Eingriffe zum Zwecke der Parodie unumgänglich. Die in InfoSoc-RL aufgezählten Schranken sind zum Zwecke der Harmonisierung für die Mitgliedsstaaten abschließend.¹⁰⁰ Letztlich blieb es insoweit dem nationalen Gesetzgeber überlassen, die Richtlinie als Anlass für eine allgemein umfassende Schrankenbestimmung für Karikaturen, Parodien und Pastiches zu nehmen.¹⁰¹

2. Bedeutung von § 51a UrhG

Die mit der DSM-RL geschaffenen Neuregelungen verpflichteten den deutschen Gesetzgeber das nationale Recht anzupassen. Dieser Pflicht wurde durch eine umfassende Reform des Urheberrechts entsprochen. Dabei wurden weitgehende

⁹⁵ *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (784); *Volkman*, CR 2019, 376.

⁹⁶ *Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227); *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (784).

⁹⁷ *Hübner*, AMP 2019, 1 (8); *Schwartzmann/Hentsch*, MMR 2020, 207 (210).

⁹⁸ *Schulze*, GRUR 2020, 128 (128).

⁹⁹ *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639 (645).

¹⁰⁰ *Abedinpour*, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, 2013, S. 86; *Schricker*, JZ 2004, 309 (312).

¹⁰¹ *Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1221); *Abedinpour*, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 86.

Modifizierungen des UrhG und des VGG vorgenommen und zudem das UrhDaG am 20. Mai 2021 erlassen. Zudem nutzte der Gesetzgeber diesen Anlass um auch das breit diskutierte Problem um die Nutzung der Parodie zu beheben und kam mithin auch der bislang offen gehaltenen Richtlinienvorgabe von Art 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL 2001 nach. Bislang wurde regelmäßig § 24 UrhG a.F. unter richtlinienkonformer Auslegung der InfoSoc-RL herangezogen. Mit dem Urteil des BGH *“Metall auf Metall“*¹⁰² wurde die Bestimmung des § 24 UrhG a.F. für unwirksam erklärt. Eine Neuregelung des § 24 UrhG a.F. war mithin geboten.¹⁰³

Mit Aufhebung des § 24 UrhG a.F. müssen nun die ihr zugeschriebenen Funktionen neu verteilt werden. So definierte der § 24 UrhG a.F. die Grenze des Schutzbereichs des Urheberrechts, mithin die Unterscheidung zwischen freier Benutzung und einwilligungsbedürftiger Bearbeitung. Diese Funktion übernimmt nun § 23 Abs. 1 UrhG, durch die Ergänzung durch § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG, welcher lautet:

“Wahrt das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk, so liegt keine Bearbeitung oder Umgestaltung im Sinne des Satzes 1 vor.”

Maßgeblich für die Beurteilung des hinreichenden Abstands ist dabei weiterhin, inwieweit auch nach der Bearbeitung oder Umgestaltung noch ein Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers des vorbestehenden Werkes erkennbar ist.¹⁰⁴

Die zweite Funktion des § 24 UrhG a.F. stellt die gesetzliche Nutzungserlaubnis insbesondere für Karikatur und Parodie da und wird nun durch § 51a UrhG kompensiert.¹⁰⁵ Dieser lautet:

„Zulässig ist die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches. Die Befugnis nach Satz 1 umfasst die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des genutzten Werkes, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.“

Dabei erfüllt der § 51a UrhG mehrere Aufgaben. Zum einen soll er die Nutzungen von klassischen Formen der Parodie (beispielsweise eine satirische Fernsehsendung) rechtlich absichern. Zugleich werden nun aber auch moderne Formen der Nutzung der urheberrechtlichen Inhalte im digitalen Umfeld erfasst.¹⁰⁶ Zudem werden durch

¹⁰² BGH, *Urt. v. 30.4.2020 Az. I ZR 115/16 – Metall auf Metall.*

¹⁰³ Vgl. *Boden/Bosch*, IPRB 2020, 216.

¹⁰⁴ *BT-Drucks. 19/27326*, S. 78.

¹⁰⁵ *BT-Drucks. 19/27326*, S. 79.

¹⁰⁶ *BT-Drucks. 19/27326*, S. 89.

§ 51a UrhG sowohl professionelle als auch private Nutzer privilegiert.¹⁰⁷ Dazu muss es sich allerdings bei dem Werk um ein privilegiertes Werk i.S.d. § 51a UrhG handeln. Dabei muss die Parodie trotz der Neuregelung in § 51a UrhG dennoch vom unzulässigen Plagiat abgegrenzt werden, indem das Werk wahrnehmbare Unterschiede zum Originalwerk aufweist. Allerdings ist ein “verblässen” im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht erforderlich.¹⁰⁸ Auch eine Pflicht zur Quellenangabe besteht bei Nutzungen nach § 51a UrhG nicht. Diese ist in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL nicht vorgesehen. Zudem kann es für die Zulässigkeit der Parodie auch nicht darauf ankommen, dass das parodierte Werk angegeben wird.¹⁰⁹

Mithin schränkt der § 51a UrhG den § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG ein, indem er die Bearbeitung des Ausgangswerks gestattet. Zudem wird das allgemeine Änderungsverbot des § 62 Abs. 1 UrhG durch den § 62 Abs. 4a UrhG eingeschränkt, soweit die Änderung nach dem Benutzungszweck des § 51a UrhG erforderlich sind. Somit entsteht kein Konflikt zwischen § 51a UrhG und § 62 Abs. 1 UrhG.¹¹⁰

Durch die weite Formulierung und die dogmatische Einordnung zu den Schrankenbestimmungen des UrhG, umfasst diese sowohl das Erstellen und Verwerten offline, als auch das Hochstellen und Teilen auf Plattformen.¹¹¹ Zwar ist ein derart weitreichender Spielraum in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL nicht vorgesehen,¹¹² bestenfalls lässt dieser Konkretisierungsmöglichkeiten zu.¹¹³ Unter Berücksichtigung der Daten-RL und der InfoSoc-RL gewährt jedoch Art. 25 DSM-RL die Möglichkeit einer weitläufigeren Ausgestaltung.¹¹⁴ Die Formulierung des Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL lässt die Annahme zu, dass der EU-Gesetzgeber die Parodie in jeglicher Form als Schrankenbestimmung anerkennt.

3. Reaktionen und Stellungnahmen

Den zum Diskussionsentwurf des Reformgesetzes angefertigten Stellungnahmen aus der Rechtspraxis¹¹⁵ sind positive Resonanzen zu entnehmen. Die Aufhebung des § 24 a.F. UrhG und die Verlagerung der Parodie auf § 51a UrhG wird überwiegend als adäquate Realisierung der Richtlinie zur Sicherung des Rechtsbodens für parodierende Kulturinstitutionen betrachtet. Kritik wird jedoch im Hinblick auf die Problematik künftiger Auslegungsfragen des § 51a UrhG geäußert. So ist

¹⁰⁷ Lauber-Rönsberg, in: BeckOK, UrhG, 32. Ed., 2021, § 51a Rn. 2.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 19/27326, S. 90.

¹⁰⁹ Lauber-Rönsberg, in: BeckOK, UrhG, § 51a Rn. 6.

¹¹⁰ Lauber-Rönsberg, in: BeckOK, UrhG, § 51a Rn. 3.

¹¹¹ Stieper, GRUR 2020, 792 (793).

¹¹² Boden/Bosch, IPRB 2020, 216 (219); Spindler, CR 2020, 50.

¹¹³ Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639 (640); Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1221).

¹¹⁴ Dreier, GRUR 2019, 771 (772); Hauck/Pflüger, ZUM 2020, 383 (384).

¹¹⁵ Alle [Stellungnahmen](#) gesammelt (Stand: 10.01.2022).

beispielsweise der Deutsch Anwaltsverein der Ansicht, dass zwar ein Rahmen für Formen des Persiflierens geschaffen wird, jedoch diese aufgrund fehlender Definitionen den Anwendungsbereich dennoch nicht einzugrenzen vermögen.¹¹⁶ Dagegen wendet die VG Wort sowie die VG Bild-Kunst ein, dass durch die richterliche Rechtsfortbildung des § 24 UrhG a.F. bereits hinreichende Anhaltspunkte geschaffen wurden, die in ihrem Kern auf § 51a UrhG übertragbar seien.¹¹⁷ Auch in der Begründung zum Diskussionsentwurf wird darauf hingewiesen, dass künftig die Parodie an den unionsrechtlich vorgegebenen Merkmalen der Parodie zu messen sei, im Übrigen an Grundsätzen der nach § 24 UrhG a.F. entwickelten Kriterien deutscher Rechtsprechung.¹¹⁸

In der bisher erschienen Literatur begegnet die Neuregelung ebenfalls breiter Zustimmung. Diese seien “geboten und zukunftssträchtig.”¹¹⁹ Beispielsweise betont *Lauber-Rönsberg*, dass der deutsche Gesetzgeber angesichts der “dynamischen Entwicklung des Unionsurheberrecht in unsicherem Fahrwasser [navigiert]” und daher “um Kontinuität bemüht ist.” Dennoch “ist der Vorschlag zur Einführung einer neuen Schrankenbestimmung für Parodien [...] umso mehr zu begrüßen, da dieser Regelung – neben dem Zitatrecht des § 51 UrhG – die Funktion zukommen wird, derivatives Schaffen zu ermöglichen.”¹²⁰ Dass mit Einführung des § 51a UrhG im Ergebnis Kontinuität zur bisherigen Rechtsprechung gewahrt wird scheint unstrittig.¹²¹ Insofern bleibt neben der formellen Abschaffung des § 24 UrhG a.F. sein materieller Gehalt bestehen.¹²² Auch aus hiesiger Sicht erscheint die neue gesetzliche Regelung in dem erfolgten Umfang sinnvoll.¹²³ So ist perspektivisch von zunehmender Transparenz in Urteilsfindungen auszugehen, die sich zugunsten der Rechtssicherheit auswirkt. Angeführte Bedenken bezüglich künftiger Anwendungs- und Auslegungsfragen¹²⁴ sind aus den genannten Gründen nicht überzeugend. Ferner ist eine missbräuchliche Anwendung unter dem Deckmantel der Parodie aufgrund bestehender Rechtspraxis nicht zu erwarten. Darüber hinaus – und dieser Aspekt scheint vor dem Hintergrund der zunehmenden Popularität der Parodie besonders bedeutsam – entspricht eine klare urheberrechtliche Einordnung dem gesellschaftlichen Stellenwert der Parodie. Gleichzeitig heilt er das Versäumnis der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL und kommt dem europäischen

¹¹⁶ Deutscher Anwaltverein, *Stellungnahme*, S. 9.

¹¹⁷ VG Wort, *Stellungnahme*, S. 3; VG Bild-Kunst, *Stellungnahme*, S. 3.

¹¹⁸ *BT-Drucks. 19/27326*, S. 89 f.

¹¹⁹ *Boden/Bosch*, IPRB 2020, 216.

¹²⁰ *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2021, 733 (740).

¹²¹ *Boden/Bosch*, IPRB 2020, 216 (219); *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK, § 51 Rn. 13.

¹²² *Boden/Bosch*, IPRB 2020, 216 (219).

¹²³ v. *Elten*, Das Wissenschaftsplagiat als Urheberrechtsverletzung, Rn. 518.

¹²⁴ Vgl. *Boden/Bosch*, IPRB 2020, 216.

Bedürfnis nach konsensueller Regulierung im europäischen Raum aufgrund wachsender digitaler Kommunikation und Werknutzung nach.

D. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Parodie in den letzten Jahren ein begrüßenswerter Gestaltungsspielraum zugestanden wurde. So sind neben antithematischen Auseinandersetzungen mit dem anvisierten Werk zahlreiche andere Ausführungen denkbar. Im ständigen Wandel der Ausdrucksformen von Kunst- und Meinungsfreiheit erscheint eine regelmäßige Anpassung geboten. Darüber hinaus stellt die rasante Entwicklung der Digitalisierung den Gesetzgeber zunehmend vor komplexe Probleme, um Nutzungsmöglichkeiten zugunsten von Kunst und Kultur weitestgehend zu gewährleisten, den Urheberrechtsschutz jedoch dabei nicht zu vernachlässigen. Mit zunehmender Nachfrage der Konsumenten bei zugleich spärlicher Vergütungsbereitschaft droht eine mannigfache Zunahme von Urheberrechtsverletzungen. Nicht zuletzt ist dies ein Ausfluss der unübersichtlichen Regulierung der Parodie im Urheberrecht, die bislang weitestgehend durch Rechtsprechung ihre Kontur erhielt und nicht selten Rechtsunsicherheiten in Haftungsfragen hervorrief.¹²⁵

Letztlich muss auch eine willkommene „freie Netzkultur“ ihre Grenzen im Urheberrecht finden.¹²⁶ Zumal die Parodie schon seit jeher eine nicht unbedeutende Institution in Kultur und Gesellschaft darstellt, erscheint es mehr als angezeigt, diesem auch in Recht und Gesetz eine Grundlage zu sichern. Bislang gelang der Rechtsprechung im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL den § 24 UrhG a.F. entsprechend zugunsten der Parodie anzupassen. Aufgrund fehlender europäischer Legitimation einer solchen Schrankenbestimmung, wird dies jedoch künftig eine Zulässigkeit von Parodien nicht mehr begründen können. Die erfolgte Umsetzung der DSM-RL in Form einer eigenen Schrankenbestimmung nach § 51a UrhG verschafft der Parodie im deutschen Gesetz nicht mehr nur ein Recht auf Duldung, sondern vielmehr eine dogmatisch klare Präzision als Schranke des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts. Daneben wird zugleich eine greifbare Parodiebegrenzung ermöglicht.

Im Ergebnis werden keine von Grund auf neuen Maßstäbe aufgestellt, sodass künftig Urteile ähnlichen Wertungen unterliegen werden. Gleichwohl ist eine ausdrückliche Regelung im Hinblick auf europäische Harmonisierungsziele, allgemeine Rechtssicherheit und die rasante Entwicklung digitalisierter und

¹²⁵ Vgl. [Hübner, Ist nach der Richtlinie vor der Richtlinie? – Argumente zu Marktwirtschaft und Politik, No. 145](#), S. 13 (Stand: 31.12.2021).

¹²⁶ [Hofmann, GRUR 2019, 1219 \(1220\)](#).

grenzüberschreitender Nutzungen geschützter Werke schlussendlich zu befürworten. Der Gesetzgeber schafft endgültig ein dogmatisch stimmiges Fundament für die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Parodie.

Die Grundrechtsverwirkung als Waffe gegen Feinde der Demokratie?

Begriff und Bedeutung des Art. 18 GG

Christof Steidele*

Abstract: Ein Verwirkungsverfahren nach Art. 18 GG ist viermal versucht, und nie erfolgreich abgeschlossen worden. In diesem Beitrag wird untersucht, ob Art. 18 GG trotzdem ein probates Mittel im Kampf gegen Verfassungsfeinde sein könnte. Hierfür werden die Anforderungen an ein Verwirkungsverfahren, die systematischen Zusammenhänge zwischen Art. 18 GG und dem übrigen Verfassungsschutzrecht, die Folgen einer Verwirkung sowie mögliche Reformideen zu Art. 18 GG dargestellt.

A. Einführung

Ein Rechtsextremist ermordet den Politiker Walter Lübcke,¹ Tausende gehen im Namen absurder Theorien gegen eine angeblich gesteuerte, respektive nicht existente Pandemie auf die Straßen deutscher Großstädte und machen pandemiebezogene Demonstrationen zum „gefährlichsten Arbeitsplatz für Journalisten“.² In Berlin wird versucht, den Reichstag zu stürmen.³ Was hätte passieren können, zeigte sich im Januar 2021 in Washington D.C., als ein Angriff auf das Kapitol fünf Menschenleben forderte.⁴ Die liberale Demokratie scheint unter Beschuss zu stehen. Um solchen Entwicklungen entgegenzuwirken, statteten die Mütter und Väter des Grundgesetzes die Verfassung mit den Waffen der Art. 9 Abs. 2 GG, Art. 21 Abs. 2 GG und des Art. 18 GG aus. Letzterer besticht allerdings seit 73 Jahren durch praktische Irrelevanz; alle vier eingeleiteten Verfahren sind gescheitert.⁵ Angesichts der aktuellen Gefahr, die Extremisten und

* Der Autor studiert Rechts- und Musikwissenschaften an der Universität Leipzig.

¹ OLG Frankfurt, [Urt. v. 28.01.2021 - 5-2 StE 1/20–5a–3/20](#).

² [Bethe/Hoffmann, Studie des European Centre for Press & Media Freedom v. 23.03.2021](#), S. 4 (Stand: 03.02.2022), der zufolge 71% der Angriffe auf Journalisten im Jahr 2020 bei pandemiebezogenen Versammlungen stattfanden.

³ [DPA/FAZ v. 29.08.2020](#) (Stand: 03.02.2022).

⁴ [Rundfunk Berlin-Brandenburg v. 30.08.2020](#) (Stand: 03.02.2022).

⁵ BVerfGE 11, 282 ff.; 38, 23 ff.

Verschwörungsideologen für die Demokratie darstellen, lohnt es dennoch, die Frage aufzuwerfen, ob (ein eventuell reformierter) Art. 18 GG ein effektives Mittel im Kampf gegen Feinde der Demokratie sein könnte oder ob seine dauerhafte Irrelevanz als verfassungsrechtliche Fehlgeburt determiniert ist.

Um diese Frage angemessen beurteilen zu können, ist zunächst ein Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 18 GG erforderlich. Anschließend soll auf die umstrittene Frage nach der Stellung von Art. 18 GG im System der Grundrechte eingegangen und dessen Bedeutung als Norm des präventiven Verfassungsschutzes erörtert werden, um zuletzt mögliche Reformideen zu diskutieren.

B. Tatbestand des Art. 18 GG

I. Die missbrauch- und verwirkbaren Grundrechte

Art. 18 GG besagt:

Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.

Ohne einen direkten Vorgänger in der Weimarer Reichsverfassung ist Art. 18 GG als Norm sui generis im deutschen Verfassungsrecht Ausdruck der wehrhaften und wertgebundenen Demokratie.⁶ Er formuliert bereits auf Verfassungsebene Werte, die im politischen Willensbildungsprozess nicht angetastet werden dürfen.⁷ Der abgeschlossene Enumerativkatalog der missbrauchbaren Grundrechte⁸ weist dabei auf die Zielsetzung des Verfassungsgebers, die individuelle Verfassungsaggression zu bekämpfen, hin.⁹ Von dieser Prämisse ausgehend wird die getroffene Auswahl als lückenhaft kritisiert, da auch durch den Missbrauch anderer Grundrechte die freiheitliche demokratische Grundordnung (im Folgenden fdGO) bekämpft werden

⁶ Bickenbach, DVBl 2017, 149 f.; Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 49. Ed. 2021, Art. 18 Rn. 1.

⁷ Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 10.

⁸ BVerfGE 25, 88 (97); 63, 266 (306) – Sondervotum Simon; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 18 Rn. 4; Pagenkopf, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 10; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 116 f.

⁹ Pagenkopf, in: Sachs, GG, Art. 18 Rn. 10.

könne.¹⁰ Politischer Extremismus ist auch in religiöser Form (Art. 4 GG),¹¹ im Rahmen der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) oder der Rundfunk- und Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) denkbar. Außerdem schafft der abgeschlossene Katalog weitere Folgeprobleme. Beispielhaft sei ein rechtsextremer Redakteur angeführt, der die in Art. 18 GG genannte Pressefreiheit verwirkt, dessen Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) aber nicht tangiert werden dürfte, da diese nicht in Art. 18 GG aufgeführt wird.¹² Es besteht daher Einigkeit darüber, dass sich Verwirkungsentscheidungen aufgrund des inneren Zusammenhangs der Grundrechte auch auf solche auswirken können, die in Art. 18 GG nicht ausdrücklich genannt sind.¹³

II. Missbrauch zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung

1. *Freiheitliche demokratische Grundordnung*

Art. 18 GG dient dem Schutz der fdGO. Obwohl diese in den Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2, 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b, 87a Abs. 4 S. 1 und 91 Abs. 1 GG ausdrücklich genannt und in den Art. 20 Abs. 4 und 9 Abs. 2 GG sinngemäß aufgeführt wird, hat der Gesetzgeber bisher auf eine Legaldefinition verzichtet.¹⁴ Im SRP-Urteil definierte das BVerfG die fdGO als „Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt.“¹⁵ In seinem zweiten Urteil zum NPD-Verbotsverfahren hat das BVerfG seine Definition weiterentwickelt und sich auf „wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den

¹⁰ *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 93. EL. 2020, Art. 18 Rn. 34.

¹¹ Vgl. Gesetzesentwurf des Abg. *Brandner* und der AFD-Fraktion v. 24.09.2018, der die Erweiterung von Art. 18 S. 1 GG um Art. 4 Abs. 2 GG anstrebt, [BT-Drucks. 19/4484](#).

¹² *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 30.

¹³ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 45 f.; *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 30; *Schmitt Glaeser*, in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, 2009, Bd. 3/II, § 74 Rn. 31.

¹⁴ Vgl. v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR, Bd.1 1951, 171 (173).

¹⁵ BVerfGE 2, 1 (12 f.); zu dem konkreten Katalog der laut BVerfG durch die fdGO geschützten Rechtsinstitute, s. BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13 -](#), Rn. 535 ff.; Zustimmung in der Literatur s. *Klein*, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 1957, Art. 18 Anm. III 4b und Art. 21 Anm. VII 2; *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 17; *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 43 ff.; *Stern*, Staatsrecht der BRD, 1994, Bd. III 3 / 2 II, S. 949 f.; Kritik hingegen bei *Ridder*, Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots, 1966, S. 28; *Ruland*, Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 16; *Stollberg*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots, 1976, S. 33.

freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“,¹⁶ konzentriert. Ausgangspunkt der fdGO sei erstens die Würde des Menschen, „insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit“.¹⁷ Zweitens, das Demokratieprinzip mit der Idee der auf der freien Selbstbestimmung beruhenden Herrschaftsform der Freien und Gleichen.¹⁸ Schließlich sei der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit der dritte unverzichtbare Teil der fdGO mit seinen Kernelementen: die Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, deren Kontrolle durch unabhängige Gerichte sowie das Gewaltmonopol des Staates.¹⁹ Die fdGO im Grundgesetz bleibt damit die ultimative Abkehr vom totalitären Staat. Sie ergibt sich aus dem, was wir, bedingt durch unsere historische Erfahrung, „unbedingt nicht wollen“.²⁰ Aufgrund der Rechtsfolge der Grundrechtsverwirkung und des „insgesamt eher vagen Tatbestandes“,²¹ ist eine restriktive Auslegung des Begriffs der fdGO, wie sie das BVerfG vorgenommen hat, begrüßenswert.

2. Missbrauch der Grundrechte zum Kampf

Gegen die fdGO muss der Betroffene einen Kampf unter Missbrauch der Grundrechte geführt haben. Einen Kampf führt, wer in nachhaltiger, aggressiver Form auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der fdGO hinarbeitet und wer aggressionstaugliche Mittel planvoll- und zweckbezogen einsetzt.²² Erforderlich ist ein aggressives Tun. Eine innerliche Ablehnung der fdGO²³ oder ein Unterlassen genügen dagegen nicht, weil dies eine Rechtspflicht des Einzelnen, aktiv für die fdGO einzutreten, erfordern würde.²⁴ Auch auf Gewaltanwendung soll es, da der Kampf i.S.d. Art. 18 GG ein geistiger ist,²⁵ nicht ankommen; ebenso wenig auf die Tauglichkeit der gewählten Mittel und die Erfolgsaussichten des Kampfes.²⁶ Gleichwohl sieht die herrschende Meinung den Tatbestand des Art. 18 GG erst bei Überschreiten einer gewissen Schwelle der Erheblichkeit des verfassungsfeindlichen

¹⁶ BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 535.

¹⁷ BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 539.

¹⁸ BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 542.

¹⁹ BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 547.

²⁰ *Dürig/Klein*, in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 58.

²¹ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 31.

²² *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 18.

²³ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 953.

²⁴ *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 44: Grundrechtsnichtgebrauch ist niemals tatbestandsmäßig für Art. 18 GG.

²⁵ *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 71; krit. *Seifert*, DÖV 1961, 81 (83).

²⁶ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 954.

Verhaltens als erfüllt an.²⁷ So müssen konkrete, gewichtige Anhaltspunkte vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die fdGO gerichtete Handeln des Betroffenen erfolgreich sein kann (Potentialität des Kampfes).²⁸ Ob ein ausreichendes Maß an Potentialität hinsichtlich der Erreichung der verfolgten Ziele besteht, ist, sofern man auf die im NPD-II-Urteil entwickelte Methodik rekurriert,²⁹ im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen.³⁰ Zu berücksichtigen sind die Wirkkraft des Betroffenen in der Gesellschaft (bspw. Publikationen, Mandatsträgerschaften, Unterstützerstrukturen, Bekanntheitsgrad, Anzahl der Follower auf Twitter oder ähnlichen sozialen Netzwerken), die von ihm eingesetzten Mittel, Strategien und Maßnahmen sowie alle sonstigen Umstände, die Aufschluss darüber zu geben vermögen, ob eine Umsetzung der verfolgten Ziele möglich erscheint.³¹

Wer ein Grundrecht missbraucht, übt es nur scheinbar aus, da das Handeln eigentlich einen Verstoß gegen die dem jeweiligen Recht immanenten Schranken und damit ein rechtsschutzloses Handeln darstellt.³² Im Kontext des Art. 18 GG gilt also, dass derjenige, der die Freiheit in unzulässiger Weise, nämlich zum Kampf, gebraucht (Tatbestand), seine Grundrechte missbraucht (Wertung, an die sich als Rechtsfolge die Verwirkung anschließt).³³ Nach der hier vertretenen Auffassung wollte der Verfassungsgeber mit dieser Wortwahl lediglich sein Unwerturteil über den konkreten Grundrechtsgebrauch des Betroffenen zum Ausdruck bringen.³⁴

C. Art. 18 GG im System der Grundrechte

Für ein tiefergehendes Verständnis von Art. 18 GG sind neben dem Tatbestand der Norm auch seine systematische Stellung sowie das Verhältnis zu anderen Grundrechten zu beachten. Art. 18 GG wird primär als Bestimmung des präventiven

²⁷ BVerfGE 38, 23 (25): „keine [...] politische Resonanz“ der Zeitung des Antragsgegners; *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 71; *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 953; *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 54.

²⁸ Parallel dazu für Art. 21 Abs. 2 GG vgl. BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 585.

²⁹ Insbesondere, da in den Kampfbegriff des Art. 18 GG das „Sich-Richten“ des Art. 9 Abs. 2 GG und das „Darauf-Ausgehen“ des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG hineinzulesen sind, s. *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 953, m.w.N.

³⁰ BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#) -, Rn. 587.

³¹ Vgl. BVerfG, [Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13](#).

³² *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 133.

³³ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 956; *Wernicke*, in: *Bonner Kom.*, GG, 1957, Art. 18 Anm. II 1 c α.

³⁴ Vgl., wenn auch relativierend, *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 18 Rn. 44.

Verfassungsschutzes gedeutet.³⁵ Die sonstige dogmatische Verortung der Norm ist indessen umstritten.³⁶

Art. 18 GG steht im Grundrechtsteil des Grundgesetzes und wird auch in Art. 142 GG als „Grundrechtsgewährleistung“ genannt. Dies impliziert, sofern man nicht von einem redaktionellen Versehen des Verfassungsgebers ausgeht,³⁷ dass Art. 18 GG ein eigenständiges Grundrecht enthält. Ein solches könnte in der Monopolisierung der Verwirkungsentscheidung beim BVerfG und der damit einhergehenden verfahrenstechnischen Sicherung des Antragstellers – anders formuliert: dem Schutz vor dem Verfassungsschutz – liegen.³⁸ Art. 18 GG würde damit zumindest teilweise ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat darstellen. Dem widerspricht allerdings die Intention des Parlamentarischen Rates, welcher eine Verfassungsschutznorm schaffen wollte.³⁹ Art. 18 GG soll den Suizid der Demokratie verhindern; das Verwirkungsmonopol des BVerfG dient vorwiegend dem Schutz vor Missbrauch der Verwirkungsnorm durch Verwaltungsbehörden.⁴⁰ Daher ist eine gewisse Abwehrfunktion des Art. 18 GG nicht zu leugnen, welche aber nicht als primärer Zweck (oder gar einzige Funktion) des Art. 18 GG zu sehen ist.⁴¹ Schließlich bleibt „auch ein rechtsstaatlich limitierter Eingriff in ein Grundrecht [...] ein Eingriff.“⁴² Eine Kategorisierung des Art. 18 GG als reines Abwehrrecht ist somit irreführend.⁴³

Darüber hinaus ermöglicht der Wortlaut des Art. 18 GG („verwirkt diese Grundrechte“) die Deutung der Norm als Schrankenbestimmung, da man nur Rechte verwirken kann, die tatbestandlich auch existieren.⁴⁴ Der Dogmatik der Eingriffslehre⁴⁵ folgend würde sich das Verständnis des Art. 18 GG dann wie folgt darstellen: Der Schutzbereich des vom BVerfG für verwirkt erklärten Grundrechtes wäre zwar eröffnet und es läge ein Eingriff vor, dieser wäre aber aufgrund der

³⁵ *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 23; *Schmitt Glaeser*, Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 59; *Thiel*, in: ders., Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 129 (134).

³⁶ *Reissmüller*, JZ 1960, 529 (530) führt dies darauf zurück, dass die Verfassung die systematische Stellung der Norm nicht klar genug umrissen habe.

³⁷ So etwa *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (134).

³⁸ *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (134).

³⁹ Zutreffender Einwand *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (134).

⁴⁰ Zur Entstehungsgeschichte, v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR, Bd. 1 1951, 171 (172 f.).

⁴¹ *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, 2014, S. 174; *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 979 f.

⁴² *Isensee*, in: FS Graßhof, 1998, S. 289 (293).

⁴³ *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 175.

⁴⁴ Vgl. zur Wortlautexegese: *Höfling/Krings*, in: Berliner Kom., GG, EL. Nov. 2021, Art. 18 Rn. 4.

⁴⁵ *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 25 ff.

Verwirkungsentscheidung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Verwirkung könnte, ebenso wie jedes allgemeine Gesetz, zur Beschränkung des Grundrechtsschutzes im Einzelfall führen, müsste aber auf der Ebene der Rechtfertigung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden. Damit wäre das Verwirkungsverfahren weitgehend obsolet, kann doch ebenso gut auf einfache, einschränkende Gesetze zurückgegriffen werden, ohne dass ein langwieriges Verwirkungsverfahren durchgeführt werden muss.⁴⁶

Überzeugender erscheint es daher, Art. 18 GG als Ermächtigungsnorm, die eine Schutzbereichsbegrenzung im Einzelfall zulässt, zu verstehen.⁴⁷ Auch für eine solche Deutung ist der Wortlaut des Art. 18 GG offen; impliziert der verwendete Terminus „Missbrauch“ doch, dass Grundrechte entweder ge- oder missbraucht werden können, wobei nur ersterem grundrechtlicher Schutz zuteilwird.⁴⁸ Aus der Natur der nach Art. 18 S. 2 GG erforderlichen und pro futuro wirkenden Verwirkungsentscheidung des BVerfG (vgl. auch D. I.) lässt sich jedoch schließen, dass dabei auch der Missbrauch eines Grundrechts zunächst in den jeweiligen Schutzbereich fällt und erst die aufgrund des Missbrauchs folgende Verwirkungsentscheidung den personellen Schutzbereich der im Urteil aufgeführten Grundrechte für die Zukunft eingrenzt.⁴⁹

D. Rechtsfolge: Verwirkung von Grundrechten

I. Ausspruch der Verwirkung

Die Verwirkung wird durch das BVerfG ausgesprochen. Dessen Beschluss ist, wie der Wortlaut des Art. 18 S. 2 GG zeigt, konstitutiv für die Verwirkung⁵⁰ und wirkt ex nunc.⁵¹ Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Verwirkung eines Grundrechtes nicht die Aberkennung des Grundrechtes als solches bedeuten kann, da sich das BVerfG sonst unter Missachtung der Art. 1 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 GG „dogmatisch sensationell“⁵² über die Entscheidung des Grundgesetzes für vorstaatliche und vorverfassungsmäßige Menschenrechte

⁴⁶ *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 182.

⁴⁷ *Höflings/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 5.; vgl. auch den interessanten Ansatz von *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 182 ff. Diese versteht Art. 18 GG als Gewährleistungsgrenze der Grundrechte. Sie leitet dies aus einer Friktion zwischen Art. 5 Abs. 2 GG, dem Gesetzesvorbehalt der Grundrechte und Art. 18 GG ab.

⁴⁸ *Höflings/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 4.

⁴⁹ *Höflings/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 5.

⁵⁰ *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 Rn. 87; missverständlich ist § 39 Abs. 1 S. 1 BVerfGG formuliert, der von „feststellen“ spricht.

⁵¹ *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (152).

⁵² Ironisch *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 Rn. 69.

hinwegsetzen würde.⁵³ Der Betroffene wird nicht „rechtlos“.⁵⁴ Stattdessen wird sein Grundrechtsstatus durch den Ausschluss des Betroffenen von der aktiven Wahrnehmung beziehungsweise Ausübung des Grundrechts⁵⁵ empfindlich gemindert.⁵⁶ Praktisch bedeutet dies, dass der Adressat des Verwirkungsausspruches den Schutz vor der öffentlichen Gewalt verliert, indem er sich nicht mehr auf die Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat berufen kann.⁵⁷

Umstritten ist jedoch, welche der verwirkbaren Grundrechte von einem Verwirkungsausspruch letztlich betroffen sein sollen. Das BVerfG könnte entweder nur das missbrauchte Grundrecht für verwirkt erklären (Identitätstheorie)⁵⁸ oder die Verwirkung auch auf andere verwirkungsfähige Grundrechte, die potenziell ebenfalls missbraucht werden würden, erstrecken (Ausstrahlungstheorie)⁵⁹. Für ersteres spricht die enge Verbindung von Missbrauch und Verwirkung eines Grundrechtes. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die in Art. 18 GG genannten Grundrechte inhaltlich eng miteinander verbunden und insofern „nur Spielarten [...] der dominierenden Meinungsäußerungsfreiheit sind“.⁶⁰ Naheliegend ist daher das Szenario, wonach der „Verfassungsfeind“, der ein Grundrecht verwirkt hat, anschließend mithilfe des Missbrauchs eines anderen Grundrechts mit dem Kampf gegen die fdGO fortfährt. Der Identitätstheorie folgend, müsste man in diesem Fall ein erneutes Verwirkungsverfahren vor dem BVerfG anstrengen. Dies erscheint in Anbetracht der Funktion des Art. 18 GG, welche im präventiven Verfassungsschutz liegt, nicht vorzugswürdig. Abzustellen ist also auf die Ausstrahlungstheorie und somit auf alle Grundrechte, die voraussichtlich missbraucht werden würden.⁶¹

Dem BVerfG kommen darüber hinaus noch weitere Möglichkeiten bei einer Verwirkungsentscheidung zu. Zunächst kann dem Antragsgegner für die Dauer der Verwirkung das Wahlrecht, die Wählbarkeit und die Fähigkeit zur Bekleidung

⁵³ *Dürig*, JZ 1952, 513 (517); *Nawiasky*, Grundgedanken des GG, 1950, S. 21.

⁵⁴ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 963 m.w.N.; *Wernicke*, in: Bonner Kom., GG, 1957, Art. 18, S. 11 möchte den Betroffenen so behandeln, als ob es das betreffende Grundrecht nicht gäbe. Dem ist nicht zu folgen, vgl. *Wittrek*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 52.

⁵⁵ *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 173.

⁵⁶ *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. 9, § 203 Rn. 155; *Brenner*, DÖV 1995, 60 (64); *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 53; Kritik. v. *Coelln*, in: Stern/Becker, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 18 Rn. 26.

⁵⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 1 HChE: „[...] verwirkt damit das Recht, sich auf diese Grundrechte zu berufen.“

⁵⁸ Vertreten von *Wittrek*, in: Dreier GG, Art. 18 Rn. 53.

⁵⁹ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 47; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 18 Rn. 12; *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 25.

⁶⁰ *Schmitt Glaeser*, in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, Bd. 3/II, § 74 Rn. 34.

⁶¹ *Schmitt Glaeser*, in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, Bd. 3/II, § 74 Rn. 34; *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 960 f.

öffentlicher Ämter aberkannt werden, § 39 Abs. 2 Alt. 1 BVerfGG. Außerdem kann bei juristischen Personen deren Auflösung angeordnet werden, § 39 Abs. 2 Alt. 2 BVerfGG. Ersteres ist nicht unproblematisch. Eine Entscheidung im Sinne des § 39 Abs. 2 Alt. 1 GG greift in das Grundrecht aus Art. 38 GG ein. Dieses wird nicht in Art. 18 S. 1 GG aufgeführt; gleichwohl dürfte § 39 Abs. 2 Alt. 1 BVerfGG haltbar sein, sofern man ihn nicht als Ausprägung des Art. 18 GG interpretiert. § 39 Abs. 2 Alt. 1 BVerfGG ist vielmehr eine eigenständige, einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für einen „ordinären“ Grundrechtseingriff, der lediglich anlässlich der Verwirkungsentscheidung vorgenommen wird und der durch Art. 18 GG zwar nicht gedeckt, aber auch nicht ausgeschlossen wird.⁶² Die Wirkung der Verwirkung kann entweder von vornherein zeitlich begrenzt werden, wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 40 S. 1 BVerfGG ergibt, oder vom BVerfG auf Antrag des früheren Antragstellers oder -gegners ganz oder teilweise aufgehoben werden, § 40 S. 1 BVerfGG.

Insgesamt dürfte sich ein solches Verwirkungsverfahren für das BVerfG allerdings als sehr personal- und zeitaufwendig darstellen, was die Durchschlagskraft des Art. 18 GG schmälert.⁶³ Ferner muss die durch den Antragsgegner bestehende Gefahr für die fdGO aufgrund des Prognosecharakters des Urteils⁶⁴ noch zum Zeitpunkt des Urteils bestehen.⁶⁵ Dies hat zur Folge, dass der mutmaßliche Verfassungsfeind einer Verwirkung seiner Grundrechte entgehen kann, indem er während der Dauer des Verfahrens auf den Kampf gegen die fdGO verzichtet. Auch dies weckt Zweifel an der Effektivität des Verfahrens.

II. Umsetzung des Verwirkungsausspruches

Wie die Verwirkung schließlich umgesetzt werden könnte, ist die „Gretchenfrage“ des Art. 18 GG.⁶⁶ Die grundlegende Konsequenz der Verwirkung ist – soweit der

⁶² *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 33; *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (298 f.); v. *Coelln*, in: Stern/Becker, GG, Art. 18 Rn. 17 f. – a.A. ist *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, S. 71 f., der den Abs. 2 als verfassungswidrig bezeichnet. Ebenfalls a.A. sind *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. 9, § 203 Rn. 178; *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 17; *Schmitt Glaeser*, in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, Bd. 3/II, § 74 Rn. 33.

⁶³ Allgemein anerkannt, s. *Dürig*, JZ 1952, 512 (517); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 18 Rn. 6; *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (299); *Pagenkopf*, in: Sachs, GG, Art. 18 Rn. 15.

⁶⁴ *Gusy*, in: AK-GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2001, Art. 18 Rn. 18.

⁶⁵ BVerfGE 38, 24 f.

⁶⁶ *Butzer/Clever*, DÖV 1994, 637 (642).

Betroffene sich nicht mehr auf die Grundrechte berufen kann – die Suspendierung der Schutzwirkung des Art. 1 Abs. 3 GG.⁶⁷

1. Legislative

Soweit Art. 1 Abs. 3 GG durch die Verwirkung suspendiert wird, könnte der Gesetzgeber Gesetze erlassen, die ansonsten durch die Grundrechte verboten wären. Damit würde das Verhältnis zwischen Grundrechten und Gesetzen umgedreht: Während der Gesetzgeber für gewöhnlich „Gesetze [nur] nach Maßgabe der Grundrechte“ schaffen darf, werden die Grundrechte nunmehr nur noch „nach Maßgabe der Gesetze“ gewährleistet.⁶⁸ Damit wären dem Gesetzgeber zwei Möglichkeiten eröffnet: Er könnte reaktive Gesetze erlassen, die auf die Grundrechtsverwirkung Einzelner reagieren, wobei solche Gesetze auch kein nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verbotenes „Einzelfallgesetz“ darstellen würden, da Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG dem Schutz der entsprechenden Grundrechte dient, auf die sich der Betroffene jedoch gerade nicht mehr berufen kann.⁶⁹ Auch Art. 3 GG stünde dem reaktiven Gesetzgeber nicht im Wege, es sei denn, das konkrete Gesetz wäre ein Fall absoluter Willkür.⁷⁰ Außerdem bestünde die Möglichkeit, prophylaktische Gesetze zu erlassen, die abstrakt und generell an den Verwirkungstatbestand anknüpfen. Vereinzelt lassen sich solche Gesetze bereits finden (u.a. § 1 Abs. 2 Nr. 1 VersG).⁷¹

2. Exekutive

Infolge des Verwirkungsausspruches müsste die Exekutive die verwirkten Grundrechte des Betroffenen nicht mehr berücksichtigen. Gleichwohl würde der Betroffene nicht „vogelfrei“, da die Verwaltung weiter an Recht und Gesetz gebunden wäre – der Vorbehalt des Gesetzes wird als selbstständiges Verfassungsprinzip nicht mit dem entsprechenden Grundrecht mitverwirkt.⁷² Für den Betroffenen würde sich so nichts ändern, denn die Exekutive kann die abstrakt-generelle, einfachgesetzliche Rechtslage nicht aus eigener Machtvollkommenheit verändern.⁷³ Allerdings ist es denkbar, dass die Auslegung der Gesetze bzw. die

⁶⁷ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 966; *Stern*, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 194 (216).

⁶⁸ *Gallwas*, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967, S. 143.

⁶⁹ *Krüger*, DVBl. 1953, 97 (100); *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 229.

⁷⁰ *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 967.

⁷¹ Weitere Beispiele siehe *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 966.

⁷² *Dürig*, JZ 1952, 513 (518); *Krüger*, DVBl. 1953, 97 (100 f.); *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (148); a.A. ist *Wernicke*, in: Bonner Kom., GG, 1957, Art. 18 Anm. 2 d, der den Betroffenen als „out of law“ sieht.

⁷³ *Butzer/Clever*, DÖV 1994, 637 (642).

Ausübung von Ermessen an den Verwirkungsausspruch angepasst werden müsste.⁷⁴ So würde etwa die Verhältnismäßigkeitsprüfung häufiger zulasten des Einzelnen ausfallen, da er die verwirkten Grundrechte nicht länger als schutzwürdige Interessen anführen könnte.⁷⁵

Anderes würde gelten, wenn die Exekutive im Rahmen des § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG tätig würde, um Beschränkungen, die das BVerfG gemäß § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG erlassen hat, durchzusetzen. Dann benötigten die Behörden zum Tätigwerden keine weitere gesetzliche Grundlage, vgl. § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG. Die Beschränkungen sind vom BVerfG so zu tenorieren, dass sie für den Einzelfall als „Rechtsgrundlage sui generis“ fungieren.⁷⁶ Vor allem *Rupp*⁷⁷ und *Stettner*⁷⁸ sehen die Notwendigkeit einer Regelung der Rechtsfolge der Verwirkung durch den Gesetzgeber aufgrund des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG). Wenn das BVerfG die Funktion des Gesetzgebers übernimmt, müsse die Grundrechtsverwirkung ohne Wirkung bleiben.⁷⁹ Dem wird überzeugend entgegengehalten, dass eigenständige legislative Vollzugsregelungen für die Exekutive nicht nur „überzogen“,⁸⁰ sondern wohl auch kaum regelungsfähig wären.⁸¹ Ein Vollzugsgesetz wäre entweder eine nichtssagende Generalklausel oder konträr eine praktisch nicht zu realisierende, schier endlose gesetzliche Kasuistik.⁸² Darüber hinaus sei ein Vollzugsgesetz dogmatisch nicht zwingend erforderlich. Art. 18 S. 2 GG (und die einfachgesetzliche Folgenorm des § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG) stellen eine verfassungsrechtliche Sonderregelung zum Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes dar.⁸³ Auch *Krebs* hielt ein Vollzugsgesetz für dogmatisch nicht erforderlich, verzichtete aber auf die Annahme eines allgemeinen Vorbehaltes des Gesetzes in dem Bereich, den auch jeweils die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte erfassen.⁸⁴ Soweit der von der

⁷⁴ *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (149).

⁷⁵ *Höflings/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 69.

⁷⁶ *Gröschner*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 18 Rn. 8; *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (149).

⁷⁷ *Rupp*, in: FS Küchenhoff, Bd. 2, 1972, S. 653 ff.

⁷⁸ *Stettner*, DVBl. 1975, 801 (808).

⁷⁹ *Rupp*, in: FS Küchenhoff, Bd. 2, 1972, S. 653 (662).

⁸⁰ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 71.

⁸¹ *Schmidt*, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1992, § 39 Rn. 13.

⁸² *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 27; *Stern*, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, S. 194 (218).

⁸³ *Stern*, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, S. 194 (217 f.); *Storost*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 39 Rn. 10.

⁸⁴ *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 18 Rn. 19; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 132 f.; *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 26 sind von dieser Position wohl abgerückt.

Grundrechtsgewährleistung geschützte individuelle Status verwirkt sei, greife der Schutzmechanismus des Gesetzesvorbehaltes nicht.⁸⁵ Die Folge ist dieselbe: Das BVerfG kann nach Art. 18 S. 2 GG i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG eigene Anordnungen treffen, die die Verwirkung und ihr Ausmaß so präzise wie möglich bestimmen. Schlussendlich führen beide Wege aber zu praktisch kaum überwindbaren Schwierigkeiten, da Art. 18 S. 2 GG dem BVerfG Kompetenzen zuspricht, die weit außerhalb seines regulären Aufgabenbereichs liegen. Man denke beispielsweise wieder an den extremistischen Redakteur, der das Grundrecht auf Pressefreiheit verwirkt hat. Es könnte eine adäquate Folge und aufgrund des Übermaßverbots zwingend sein, ihn nicht gänzlich mundtot zu machen, sondern einem „Zensurregime“ zu unterwerfen. Das geltende Recht kennt jedoch keine Zensur. Es gibt keine etablierten Verfahren oder organisatorischen Vorkehrungen wie eine „Zensurbehörde“ und materielle Kriterien einer Pressezensur sind nicht bekannt. Die Gefahr, dass die Einzelfallzensur in subjektive Willkür ausartet, ist evident.⁸⁶ Besonders diese Kompetenzverschiebung und die damit einhergehende Unsicherheit bezüglich der praktischen Durchsetzung des Verwirkungsausspruches zeigen eine wesentliche Schwäche des Art. 18 GG.⁸⁷

3. Judikative

Für die Rechtsprechung fungiert Art. 18 GG als eine negative Sachentscheidungs-voraussetzung.⁸⁸ Das heißt: Die Gerichte haben Klagen als unzulässig abzuweisen, bei denen der Kläger sich ausschließlich auf die verwirkten Grundrechte beruft.⁸⁹ Die überwiegend vertretene Ansicht meint, es fehle an der Klagebefugnis des Betroffenen.⁹⁰ Dies ist wohl die „schwerwiegendste Folge des Verwirkungsausspruches“ und „angesichts des Rechtsstaatsprinzips die bedenklichste“,⁹¹ doch hat der Verfassungsgeber sich bewusst für sie entschieden.

E. Praktische Irrelevanz des Art. 18 GG

Die dargelegten Schwächen des Verwirkungsverfahrens sind der Grund für die praktische Irrelevanz des Art. 18 GG. Der Staat greift auf Art. 18 GG aber auch

⁸⁵ *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 19 Rn. 19.

⁸⁶ Anschauliches Beispiel bei *Rupp*, in: FS Küchenhoff, Bd. 2, 1972, S. 653 (656 f.).

⁸⁷ *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 20.

⁸⁸ *Dürig*, JZ 1952, 513 (518); *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 233.

⁸⁹ *Brenner*, DÖV 1995, 60 (63); *Stettner*, DVBl. 1975, 801 (808).

⁹⁰ *Dürig*, JZ 1952, 513 (518); *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 233; *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 967; *Stettner*, DVBl. 1975, 801 (808).

⁹¹ *Thiel*, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, S. 129 (150).

deswegen nicht zurück, weil ihm auf verfassungs- und einfachgesetzlicher Ebene praktikablere Alternativen zur Verfügung stehen.

So stellen Art. 9 Abs. 2 GG und Art. 21 Abs. 2 GG gegenüber Art. 18 GG speziellere Vorschriften des Verfassungsschutzes auf Ebene des Grundgesetzes dar.⁹² Und wenngleich Art. 18 S. 2 GG nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts eine Sperrwirkung gegenüber den Maßnahmen anderer Staatsorgane, die einer Verwirkungsentscheidung gleichkommen, entfaltet,⁹³ so müssen einfachgesetzliche Verfassungsschutzinstrumente wie das Berufsverbot nach § 70 StGB oder die Aberkennung der Amtsfähigkeit sowie des aktiven wie passiven Wahlrechts nach §§ 45, 92a StGB dennoch neben Art. 18 GG anwendbar sein.⁹⁴ Dies ergibt sich zum einen aus den unterschiedlichen Zielrichtungen von Verwirkung und Strafe (präventive und repressive Wirkung),⁹⁵ zum anderen aus rechtspraktischen Erwägungen. Schließlich soll Art. 18 GG, welchem nur marginale Bedeutung für die Missbrauchsprävention und Gefahrenabwehr zukommt, nicht verhindern, dass das effektivere, einfachgesetzlich normierte politische Strafrecht Anwendung findet; würde die Norm doch sonst durch die extensive Interpretation der Sperrwirkung zur Schutznorm der Feinde der freiheitlichen Demokratie pervertiert.⁹⁶ Zuletzt spricht für die parallele Anwendbarkeit auch, dass die etwaigen Nebenfolgen der Verwirkungsentscheidung ebenfalls einfachgesetzlich geregelt sind, vgl. § 39 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BVerfGG. Sie haben deswegen nicht teil an der

⁹² Zu Art. 9 Abs. 2 GG: *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 77; *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 116; *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 121. In den 1950ern und 1960ern wurde Gegenteiliges postuliert, vgl. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1953, S. 254 f.; *Reissmüller*, JZ 1960, 529 (533). Dies ist abzulehnen, da sonst der einheitliche Art. 9 Abs. 2 GG aufgespalten würde, vgl. *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 116. Zu Art. 21 Abs. 2 GG: s. *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 119; *Höfling/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 77; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 18 Rn. 2; *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, S. 234; v. *Coelln*, in: *Stern/Becker*, GG, Art. 18 Rn. 39.

⁹³ BVerfGE 10, 118 (122 ff.).

⁹⁴ Denn eine Sperrwirkung sei nur dann anzunehmen, wenn die einfachgesetzliche Verfassungsschutzbestimmung dem Art. 18 GG auf Tatbestands- wie auf Rechtsfolgende Seite entspräche: *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 18 Rn. 90 ff.; *Höflings/Krings*, in: Berliner Kom., GG, Art. 18 Rn. 78 ff.; *Pagenkopf*, in: *Sachs*, GG, Art. 18 Rn. 19; *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 979; v. *Coelln*, in: *Stern/Becker* GG, Art. 18 Rn. 45; a.A. *Čopič*, Grundgesetz und politisches Strafrecht, 1967, S. 109; ihm folgend *Ridder*, in: AK-GG, Bd. 1, 2. Aufl. 1989, Art. 18 Rn. 19.

⁹⁵ Politisches Strafrecht als hauptsächlich sanktionierendes Aliud zur Verwirkung nach *Stern*, Staatsrecht der BRD, Bd. 3/II, S. 980. Allerdings stützt er seine Position darauf, dass diese verfassungsrechtlich nicht beanstandet worden seien, was m.E. eine durchaus zu kritisierende Argumentation ist: Auch frühere Generationen von Juristen können sich irren.

⁹⁶ Zum Ganzen *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (303).

Kompetenzexklusivität, die dem Ausspruch über die Verwirkung und ihrem Ausmaß zukommt.⁹⁷

F. Zukunft des Art. 18 GG

Es ist festzuhalten, dass das Verwirkungsverfahren des Art. 18 GG von Schwächen durchsetzt ist und insbesondere auf einfachgesetzlicher Ebene praktikablere Alternativen zur Verfügung stehen. Demzufolge drängt sich die Frage auf, ob es nicht angebracht wäre, Art. 18 GG zu reformieren oder sogar zu streichen.

I. Reform des Art. 18 GG

Zunächst ist an eine Reform der misslungenen Enumeration der missbrauchs- und verwirkungsfähigen Grundrechte zu denken. Eine Möglichkeit bestünde darin, Art. 2 bis Art. 17 GG konsequent, jedoch mit der Einschränkung, dass nur die gefährliche politische Ausübung des Rechtes beschränkt werden darf, zu erfassen.⁹⁸ Unabhängig von der Frage, ob die verfassungsimmanenten Schranken z.B. des Art. 4 GG bereits ausreichenden Schutz vor dem Missbrauch des Grundrechtes bieten, würde dieser Reformvorschlag allerdings die mannigfaltigen Probleme innerhalb des Verwirkungsverfahrens nicht lösen. Das Vereinigungs- oder Parteienverbot beziehungsweise die §§ 45 und 70 StGB würden nach wie vor die praktikableren Alternativen darstellen.

Eine Reform des Art. 18 GG muss folglich dezidiert sein, weshalb über die Möglichkeit der Streichung des Art. 18 S. 2 GG und damit die Aufhebung des Verwerfungsmonopols des BVerfG nachzudenken ist.⁹⁹ Eine Ansiedlung des Verfahrens bei einem Straf- oder Verwaltungsgericht würde dem Betroffenen ein mindestens gleichwertiges rechtsstaatliches Niveau der Verwirkungsentscheidung garantieren, unterläge dieses doch der Überprüfung durch die Fachgerichte der höheren Instanzen und per Verfassungsbeschwerde auch der des BVerfG.¹⁰⁰ Außerdem würde die Streichung des S. 2 die rechtsstaatliche Anomalie, die dieser darstellt, lösen.¹⁰¹ Denn Art. 18 S. 2 GG macht aus dem BVerfG mehr als nur die „Hüterin der Verfassung“. Er wandelt das Gericht in eine dem Gesetzgeber nicht vergleichbar demokratisch legitimierte Rechtsschöpfungsinstanz um,¹⁰² deren Entscheidung der Überprüfung durch nationale Gerichte nicht zugänglich ist. Darüber hinaus bedürfte das BVerfG für die Befassung mit einer größeren Anzahl

⁹⁷ So *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (304).

⁹⁸ *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 Rn. 34.

⁹⁹ Gefordert von *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 290.

¹⁰⁰ *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (306).

¹⁰¹ *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (304).

¹⁰² *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 290 f.

von Verwirkungsverfahren Arbeitskapazitäten, über die es derzeit nicht verfügt.¹⁰³ Eine Verlagerung der Verfahren weg vom BVerfG könnte daher die Gefahr einer Überlastung des Gerichts bei reger Aktivierung des Verfahrens durch die nach § 36 BVerfGG Antragsberechtigten (Bundestag, Bundesregierung oder eine der Landesregierungen) bannen.¹⁰⁴

Aber auch wenn Art. 18 GG durch die restlichen Grundrechte ergänzt und um S. 2 erleichtert würde, bliebe er doch letztlich eine stumpfe Waffe der Demokratie. Die Unsicherheiten (s. D. II. 2.), die dem Verwirkungsverfahren inhärent sind, blieben bestehen. Weiterhin wäre die Durchschlagskraft noch immer sehr gering, da ein Betroffener der Verwirkung nach wie vor entgehen könnte, indem er während des Verfahrens die missbräuchliche Grundrechtsausübung einstellt (s. D. I.). Es ist daher zu konstatieren, dass, solange Art. 18 GG nicht erheblich in seinem Charakter geändert würde, keine sinnvolle Reform möglich scheint. Mit dem übrigen verfassungs- und einfachrechtlichen Verfassungsschutz stehen ohnehin effektivere Instrumente zum Schutz der Verfassung und der fdGO zur Verfügung. Die BRD ist seit 1949 zu einer stabilen Demokratie gereift, ohne dass ein Verfahren nach Art. 18 GG Erfolg hatte. Es scheint daher möglich, die Demokratie (auch) ohne Art. 18 GG zu bewahren.

II. Art. 18 GG abschaffen?

Deswegen erscheint es *prima facie* konsequent, Art. 18 GG aus dem Grundgesetz zu streichen. Allerdings ist bei dieser Überlegung zu bedenken, dass so die symbolische Bedeutung des Art. 18 GG negiert werden würde. Er unterstreicht den Wechselbezug der fdGO und der Grundrechte¹⁰⁵ und fungiert appellativ, indem er bezeugt, was *Hesse* treffend formuliert hat: „Grundrechte dürfen nur ihrem Geiste gemäß, nicht ihrem Geiste zuwider gebraucht werden.“¹⁰⁶ Es ließe sich auch von einer erzieherischen Funktion des Art. 18 GG sprechen, indem Art. 18 GG Gerichte, Gesetzgeber und Behörden darauf hinweist, dass Grundrechte nicht jeden Freiheitsgebrauch decken.¹⁰⁷

¹⁰³ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 1186; folgend *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 2 Fn. 3; *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (290).

¹⁰⁴ *Isensee*, in: FS Graßhof, S. 289 (290); *Klein* hat deshalb in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung v. 25. Juni 1996, S. 12 vorgeschlagen, für Verfahren nach Art. 18 und Art. 21 GG einen neuen Gerichtshof zu schaffen, zit. nach *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rn. 2 Fn. 3.

¹⁰⁵ *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 18 Rn. 1.

¹⁰⁶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 709.

¹⁰⁷ *Schnelle*, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung, S. 289.

Art. 18 GG hat ferner eine Reservefunktion für politisch instabile Zeiten.¹⁰⁸ Denkbar wäre zum Beispiel das Anstoßen eines Verwirkungsverfahrens gegen prominente Protagonisten einer verfassungsfeindlichen Szene, als Fanal diesen gegenüber. Symbolisch bedeutsam ist auch der Kontrast des Art. 18 GG zur WRV. Art 18 GG ist Ausdruck der streitbaren¹⁰⁹ und wertgebundenen Demokratie des GG und eine Reaktion auf das Scheitern der Weimarer Republik.¹¹⁰ Während die WRV werterelativistisch ausgestaltet war und sich das Demokratieverständnis im Verfahren des Mehrheitsprinzips erschöpft hat,¹¹¹ verpflichtet das Grundgesetz die Bundesrepublik zum Erhalt der fdGO. Selbst Verfassungsänderungen, die dies ändern sollen, werden durch die sogenannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG in die Illegalität gedrängt.¹¹² Art. 18 GG ist Ausdruck dieser wertgebundenen Demokratie; er soll nicht die Angriffe, die den Grundrechten „von oben“ (vom Staat), sondern die Angriffe, die „von unten“ (von den Bürgern) her drohen, abwehren, indem er die Bürger verpflichtet, bestimmte Werte, die durch die Verfassung vorgegeben werden, im demokratischen Willensbildungsprozess nicht anzutasten. Ob der symbolischen Bedeutung sollte Art. 18 GG daher nicht abgeschafft werden.

G. Fazit

Art. 18 GG ist alles andere als ein scharfes Schwert der Demokratie, wird er doch von zu vielen dogmatischen Problemen geplagt, die eine effektive Aktivierung verhindern. Extremisten, die gegen Politiker hetzen, oder Verschwörungsideologen, die Journalisten angreifen oder versuchen, den Reichstag zu stürmen, wird man nicht mit einem Verwirkungsausspruch der von ihnen missbrauchten Grundrechte beikommen. Ihnen muss vielmehr präventiv mit verwaltungsrechtlichen, repressiv mit strafrechtlichen, und übergeordnet mit den übrigen verfassungsrechtlichen Demokratieschutzbestimmungen begegnet werden. Art. 18 GG hingegen sollte in seiner jetzigen Form als gedrucktes Symbol der wertgebundenen Demokratie der Bundesrepublik, als „Fackel der wehrhaften Demokratie“,¹¹³ Teil des Grundgesetzes bleiben.

¹⁰⁸ Butzer/Clever, DÖV 1994, 637 (639).

¹⁰⁹ BVerfGE 13, 46 (49 f.); 25, 44 (58); 25, 88 (100); 28, 36 (48 ff.); 28, 51 (55), streitbare Demokratie i.S. einer stets problematischen Synthese von Freiheitsgewährleistung und Freiheitsbegrenzung, vgl. BVerfGE 5, 85 (134 ff.) – KPD-Urteil.

¹¹⁰ Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 Rn. 6.

¹¹¹ Vgl. zum Wertrelativismus: Radbruch, in: Kaufmann, Gesamtausgabe Radbruch, Bd. 3, 1990, S. 17 (20).

¹¹² Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 Rn. 11.

¹¹³ Becker, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. 7, 1992, § 167 Rn. 54.

Die grundrechtlich gebundene Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND

Louis Graf*

Abstract: Das BVerfG hat in dem Urteil zur Verfassungswidrigkeit der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (AAFA) des BND (BVerfG, Urt. v. 19.05.20 – 1 BvR 2835/17) erstmals eine Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt in reinen Auslandssachverhalten festgestellt. Anhand dessen entwickelte der Erste Senat Vorgaben für eine grundrechtskonforme AAFA. Die Legislative hat die Maßgaben mit Wirkung zum 1. Januar 2022 umgesetzt. Das Urteil und die Novelle werden im Folgenden näher beleuchtet sowie einer kritischen Würdigung sowohl in dogmatischer als auch in rechtspolitischer Hinsicht unterzogen.

A. Einleitung

Am Abend des 12. Juni 2018 stürmen schwer bewaffnete Polizisten des SEK einen Wohnblock im Kölner Stadtteil Chorweiler. Sie verhaften Sief Allah H. in seiner Wohnung, in der sie 250 bis 1000 tödliche Dosen des Giftstoffes Rizin sicherstellen.¹ Der Verdächtige wird später vom OLG Düsseldorf zu zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Das Gericht sah es als erwiesen an, dass die Extrahierung des erstickenden Giftes dazu diene, „einen terroristischen Anschlag in Deutschland zu begehen, mit dem sie [die Täter] den bewaffneten Jihad gegen die westliche Welt durch die Tötung "Ungläubiger" unterstützen wollten.“² Entscheidender Anstoß zur Verhinderung dieses Terrorakts war ein Hinweis eines nicht näher bekannten US-amerikanischen Geheimdienstes.³ Deutsche Sicherheitsbehörden wähten Sief Allah H. zu diesem Zeitpunkt nicht als terroristischen Gefährder.⁴

Dieses Beispiel der erfolgreichen, womöglich lebensrettenden Zusammenarbeit von Nachrichtendiensten zeigt, wie wichtig die Erhebung und Weitergabe von Daten bei

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Leipzig und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht.

¹ [FAZ Online v. 15.06.2018](#) (Stand: 21.12.2021).

² OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2020 – III-6 StS 1/19, Rn. 179.

³ [Fade, WELT Online v. 19.06.2018](#) (Stand: 21.12.2021).

⁴ [Fade, WELT Online v. 19.06.2018](#) (Stand: 21.12.2021).

der Bekämpfung staatsgefährdender Kriminalität ist. Der Umgang mit Information ist das Handwerkszeug des Geheimdienstlers.

Wo aber die Arbeitsweise in der Überwachung und der Auftrag im effektiven Schutz der öffentlichen Sicherheit besteht, ist ein Konflikt mit Grundrechten vorprogrammiert. Dabei stehen Freiheit und Sicherheit in ständigem Widerstreit, wie das Urteil des BVerfG zur AAFA (C.) abermals verdeutlicht. Als Reaktion darauf nahm sich der Gesetzgeber der Materie an und regelte die AAFA von Grund auf neu (D.). Die Novelle trat zu Beginn dieses Jahres in Kraft – mit tiefgreifenden Folgen für die Arbeit des deutschen Auslandsgeheimdienstes.

B. Die bisherige Rechtslage nach dem BNDG a.F.

Nach der bisherigen Rechtslage wurde der Begriff der AAFA definiert als mit technischen Mitteln vom Inland (bzw. gem. § 7 BNDG a.F. vom Ausland) ausgehende Verarbeitung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt. Die Erhebung dieser Daten war unter den in § 6 Abs. 1 S.1 BNDG a.F. genannten Zielen unter Ausschluss u.a. der Inlandskommunikation (§ 6 Abs. 4 BNDG a.F.) und Kernbereichsinformationen (§ 11 BNDG a.F.) zulässig. Den Erhebungsverboten entsprechend griffen vor der weiteren Verarbeitung Filtermechanismen. Weitergaben waren gem. § 24 BNDG a.F. (i.V.m. §§ 19, 20 BVerfSchG) je nach Adressat zu unterschiedlichen, sehr allgemein gefassten Zwecken, jedoch ohne Rücksicht auf die Grundrechte des Betroffenen möglich. Diese Flexibilität setzte sich auch in den Vorschriften zur tiefergehenden Kooperation mit Partnerdiensten durch den Austausch von Suchbegriffen oder die automatisierte Weitergabe fort (§§ 13 ff. BNDG a.F.), die neben der Wahrung des Schutzes besonders sensibler Kommunikation lediglich die Übereinstimmung mit sicherheitspolitischen Interessen der BRD voraussetzten. Die Kontrolle der Beachtung des ohnehin sehr schlanken Regelwerks war lediglich einem kompetenzarmen und durchsetzungsschwachen Unabhängigen Gremium überlassen (§ 16 BNDG a.F.).

C. Das Urteil und seine Rechtsfragen

Diese Rechtslage hat mit Ablauf der vom BVerfG ausgesprochenen Fortgeltungsanordnung⁵ und der in Kraft getretenen Novelle des BNDG keinen Bestand mehr.

⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 331.

I. Zentrale Frage: Reichweite der Grundrechte des GG

Im Zentrum der Entscheidung des BVerfG stand allerdings die Frage, ob die Grundrechte in Ausland-Ausland-Sachverhalten überhaupt gelten.

1. Rechtswissenschaftliche Diskussion

Darüber wird in der Rechtswissenschaft seit geraumer Zeit diskutiert. Einigkeit herrscht darüber, dass die Grundrechte als objektives Recht Geltung erfahren⁶, weswegen hier lediglich die Reichweite der subjektiven Dimension diskutiert wird. Die Debatte ist mangels eines klaren Wortlauts des GG von einer Exegese der Verfassung und der Ausdeutung ihres Geistes geprägt.

a) Anknüpfungspunkte

Die Kontroverse, ob Grundrechtsschutz auch bei Ausland-Ausland-Konstellationen zum Tragen kommt, ist im Kern eine über den Anknüpfungspunkt, das „Statuskriterium“⁷ der Grundrechte allgemein.

aa) Wirkungsprinzip

Als Ausgangsthese der Vertreter eines weiten, auch extraterritorial für Ausländer geltenden, Verständnisses des Schutzbereichs dient das „Wirkungsprinzip“, welches besagt, dass eine Grundrechtsbindung im gesamten Wirkungsbereich deutscher Staatsgewalt besteht.⁸ Das hieße Grundrechte würden dort Geltung erfahren, wo durch Staatsgewalt in Sie eingegriffen wird. Gegner dieser Ansicht sehen in ihr einen Zirkelschluss.⁹ Dem wird entgegengehalten, dass nicht jede Wirkung von Staatsgewalt einen Eingriff in die Grundrechte darstelle und mithin kein Zirkelschluss vorliege.¹⁰

bb) Subordinationsverhältnis

Um den Anwendungsbereich der Grundrechte zu begrenzen, wird auf eine Vielzahl unterschiedlicher Vorbedingungen rekuriert, etwa auf ein Subordinationsverhältnis. Nur dort, wo der Staat dem Bürger gegenüber hoheitlich auftritt, solle Letzterer

⁶ Speziell zur Betroffenheit des Art. 10 Abs. 1 GG bei der AAFA *Löffelmann*, in: Dietrich u.a., Reform der Nachrichtendienste, 2019, S. 33 (38); allgemein *Krieger*, in: Fleck, Terrorismusbekämpfung, 2004, S. 223 (237).

⁷ *Elbling*, Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, 1992, S. 260.

⁸ *Dreier*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 44; *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, 2007, S. 74.

⁹ *Becker*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, 2013, § 240 Rn. 16.

¹⁰ *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 75.

Grundrechtsschutz genießen.¹¹ Voraussetzung wäre also das Vorliegen eines hoheitlichen Gewaltverhältnisses. Jenes bestehe aber nur für Deutsche oder Ausländer, die sich im Bundesgebiet oder einem Auslandsterritorium unter deutscher Hoheit (z.B. Botschaftsgelände) aufhalten.¹² Beim heimlichen Abhören durch den BND könne man hingegen nicht von Hoheitsgewalt sprechen, sondern vielmehr von „kontralegaler Macht.“¹³

cc) Effektive Gebietskontrolle

Der Subordinationstheorie verwandt ist die Ansicht, die eine effektive Gebietskontrolle des Grundrechtsadressaten, d.h. eine gefestigte Herrschaftsausübung fordert.¹⁴ Diese läge vor, wenn zumindest ein erhebliches Maß an klassischen Regierungsaufgaben wahrgenommen wird.¹⁵ Die Auffassung rekurriert auf die EMRK, welche die Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten auf das Staatsgebiet der Vertragsparteien eingrenzt.¹⁶ Zum einen wird nach Art. 1 EMRK „allen ihrer [der Vertragsparteien] Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ der Schutz der EMRK zuteil, zum anderen werden die Vertragsparteien zur „Zusicherung“ verpflichtet. Ersteres deutet auf das Erfordernis regierungsähnlicher Herrschaft, Letzteres auf die Notwendigkeit von Durchsetzungsmechanismen hin.¹⁷ Eine genaue Bestimmung dieser Voraussetzungen kann hier dahinstehen, da bei nachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen eine Gebietskontrolle evident nicht gegeben ist.

dd) Finalität

Weiter geht die Auffassung, dass auch außerhalb gefestigter Über-/Unterordnung staatliches Handeln grundrechtsgebunden sei, jedoch nur, wenn dieses final ist.¹⁸ Dann würde dem Betroffenen gewissermaßen „der status negativus [...] aufgenötigt“.¹⁹ Im Ergebnis ergibt sich aus dem Kriterium der Finalität keine Begrenzung bei der gezielten Überwachung bestimmter Personen, wohl aber bei

¹¹ *Becker*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, § 240 Rn. 18; *Hecker*, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, 2017, III § 2 Rn. 46; *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, VI § 3 Rn. 15.

¹² *Becker*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, § 240 Rn. 19; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn. 86 f.

¹³ *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474 f.).

¹⁴ *Krieger*, in: Fleck, Terrorismusbekämpfung, S. 223 (237).

¹⁵ Konkret zu Einsätzen der Streitkräfte *Krieger*, ZaöRV 62 (2002), 669 (674).

¹⁶ EGMR, *Urt. v. 12.12.2001 – 52207/99*, Rn. 66. Explizit von einer „parallelen“ Geltung spricht *Krieger*, in: Fleck, Terrorismusbekämpfung, S. 223 (238); zustimmend *Lorenz*, Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte, 2005, S. 165.

¹⁷ Vgl. *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 92.

¹⁸ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. V, § 115 Rn. 90.

¹⁹ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. V, § 115 Rn. 90.

Informationen über Menschen, deren Observation nicht Ziel, sondern vielmehr „Beifang“ einer finalen Maßnahme war. Dieses Kriterium stößt jedoch auf mehrere Bedenken. So sei der auch faktische Beeinträchtigungen einschließende Eingriffsbegriff allgemein anerkannt.²⁰ Eine Unterscheidung zwischen finalem Handeln und bloßen Folgen sei im Verhältnis zum Bürger nicht angezeigt.²¹ Schließlich überzeuge das Erfordernis auch in dogmatischer Hinsicht nicht, vermische es doch in methodologisch unzulässiger Weise Fragen des Eingriffs und des Schutzbereichs.²²

ee) Völkerrechtmäßigkeit

Eine gänzlich andere Herangehensweise liegt der Anknüpfung an das Völkerrecht zugrunde. Demnach sei eine Grundrechtsbindung nur in den Grenzen der Völkerrechtmäßigkeit denkbar, denn nur dann liege Staatsgewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG vor.²³ Ansonsten drohe ein Eingriff in Aufgabenbereiche fremder Staaten.²⁴ Inwieweit geheimdienstliche Observation dem Völkerrecht entspricht, ist eine Frage des Einzelfalls. Doch wird die Ansicht grundlegend kritisiert. Schon die Normenhierarchie verbiete eine Bestimmung der Reichweite der Grundrechte durch das im Rang einfacher Bundesgesetze stehende Völkerrecht.²⁵ Auch sei es nicht stimmig, zur Wahrung der Souveränitätsinteressen anderer Staaten gleichsam eine Fremdbestimmung des Geltungsbereichs der eigenen Verfassung zu behaupten.²⁶ Schließlich sei nicht einzusehen, wieso im Bereich der Abwehrrechte, zu deren Wahrung ein bloßes Unterlassen eingreifender Maßnahmen zu erfolgen hat, eine Einmischung erblickt wird.²⁷

ff) Reziprozität

Abschließend wird vertreten, dass die Grundrechte in Ausland-Ausland-Sachverhalten nur zugunsten solcher Personen gelten sollen, deren Heimatland Deutschen einen ähnlichen Schutz zuspricht.²⁸ Die Observation etwa eines Staatsbürgers Nordkoreas wäre nicht an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen, genießt doch ein Deutscher umgekehrt evident keinen wie auch immer gearteten

²⁰ *Elbling*, Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, S. 260.

²¹ *Becker*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, § 240 Rn. 22.

²² *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 85 f.

²³ *Heintzen*, Auswärtige Beziehungen, 1988, S. 112.

²⁴ Vgl. *Heintzen*, Auswärtige Beziehungen, S. 118. Siehe auch *Becker*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, § 240 Rn. 24, der von einem „Grundrechtsimperialismus“ spricht.

²⁵ *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 87.

²⁶ *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 87; vgl. auch *Elbling*, Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, S. 314.

²⁷ *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 88 f.

²⁸ *Oppermann*, in: FS Grewe, 1981, S. 521 (534).

Geheimnisschutz. Würde dies übergangen, wäre der Spielraum bezüglich des Schutzes der eigenen Bevölkerung bei der Verhandlung völkerrechtlicher Verträge begrenzt und es drohe eine Inländerdiskriminierung.²⁹ Hiergegen wird eingewandt, dass viele Grundrechte einschließlich des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Menschenrechtscharakter aufwiesen und gem. Art. 1 Abs. 2 GG ohnehin universelle Geltung beanspruchen würden, eine Begrenzung also nicht zulässig sei.³⁰

b) Auslegung des Grundgesetzes

Die Vertreter der verschiedenen Anknüpfungspunkte sehen ihre jeweiligen Ansichten durch die Auslegung des GG gestützt.

aa) Historie

Die Vertreter eines eingegrenzten Grundrechtsschutzes weisen besonders auf die Historie hin. Gegen eine Geltung der Grundrechte des GG auf reine Auslandssachverhalte spreche bereits, dass sich der Parlamentarische Rat bei der Schaffung des GG mit dieser Frage überhaupt nicht befasst habe.³¹ Dies lasse darauf schließen, dass die Nichtgeltung der Grundrechte in Ausland-Ausland-Sachverhalten eine unausgesprochene Selbstverständlichkeit war.³² Mehr noch, es gäbe gar positive Anhaltspunkte für einen reinen Inlandsbezug. So habe der Parlamentarische Rat in einem von „Bescheidenheit und Vorsicht“ geprägten Geist ein Provisorium für die westlichen Länder Deutschlands, gewiss nicht für die ganze Welt schaffen wollen.³³ Eine „Expansionsneigung“ sei dem GG fremd.³⁴

Gegen die Behauptung einer vom Gesetzgeber intendierten – weil für ihn selbstverständlichen – Ausklammerung rein extraterritorialer Sachverhalte wird jedoch eingewandt, dass die Schöpfer des GG bei der Gewährleistung von Abwehrrechten den Menschen und den Schutz seiner Würde und nicht ein Gebiet im Blick gehabt hätten.³⁵

bb) Wortlaut

Weiter bemühen die Vertreter begrenzten Grundrechtsschutzes auch den Wortlaut. So beinhalte Art. 1 Abs. 3 GG nicht bloß eine klarstellende Präzisierung der

²⁹ *Oppermann*, in: FS Grewe, S. 521 (530); vgl. auch *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. V, § 115 Rn. 89.

³⁰ *Krieger*, in: Fleck, Terrorismusbekämpfung, S. 223 (249); *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 97.

³¹ *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

³² *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

³³ *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

³⁴ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. V, § 115 Rn. 89.

³⁵ *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 2 Rn. 3.

Adressaten, sondern – so von Befürwortern einer Anknüpfung an ein Subordinationsverhältnis behauptet – auch die Aussage, dass eine Grundrechtsbindung nur in Konstellationen besteht, in welchen sich der Staat mit Hoheitsmacht zum Bürger verhält.³⁶ Der Staat würde nicht als abstraktes Gebilde gebunden.³⁷ Dies entspräche auch der unterschiedlichen Wortwahl in dem auf die internationale Sphäre zielenden Art. 1 Abs. 2 GG („Menschenrechte“) und dem Art. 1 Abs. 3 GG („Grundrechte“).

Dies überzeugt die Vertreter des Wirkungsprinzips nicht. Die Ausdifferenzierung in Art. 1 Abs. 3 GG solle den Grundrechtsschutz nicht einschränken, sondern vielmehr verdeutlichen, dass die Staatsgewalt umfassend Adressat der Grundrechte ist.³⁸ Dies galt für die Legislative in der Weimarer Republik noch nicht.³⁹ Der Gehalt erschöpfe sich in dieser klarstellenden Funktion. Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus der terminologischen Unterscheidung in Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 GG. Ersterer sichere lediglich über Art. 79 Abs. 3 GG die Grundrechte auf dem Niveau der unveräußerlichen Menschenrechte ab.⁴⁰ Gegen eine Begrenzung auf völkerrechtmäßiges Handeln spreche schließlich, dass auch völkerrechtswidrige Maßnahmen Staatsgewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG seien.⁴¹

cc) Ratio

Auch bei der Frage nach der Ratio der Grundrechte im Allgemeinen besteht keine Einigkeit. Kern des Streits ist in dieser Hinsicht die Frage, ob Grundrechte schon vor der eingreifenden Maßnahme Geltung erfahren oder erst im Anschluss daran.

Nach der Subordinationstheorie sei eine Adressierung an den Staat als abstraktes Gebilde nicht zu erklären. Nur in einem Abhängigkeitsverhältnis sei der Bürger in seinen Freiheiten gefährdet und nur dann bedürfe er grundrechtlichen Schutzes.⁴² Letztlich bestehen alle begrenzenden Auffassungen auf ein legitimierendes

³⁶ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474); speziell zum BND Gärditz, DVBl 2017, 525 (526).

³⁷ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474).

³⁸ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 54; Hillgruber, in: BeckOK-GG, 49. Ed. 2021, Art. 1 Rn. 65; Hölschedt, Jura 2017, 148 (151); Merten, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 331 (340); Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 221.

³⁹ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 54; Höfling, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 82; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 151 ff.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 - 1 BvR 2835/17, Rn. 179; vgl. auch Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, Hdb. Nachrichtendienste, VI § 3 Rn. 15.

⁴¹ Becker, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, Bd. XI, § 240 Rn. 9; Youisif, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 89 f.

⁴² Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474).

Grundverhältnis⁴³, sei es ausgedrückt durch Subordination, Gebietskontrolle, Völkerrechtmäßigkeit oder Reziprozität. Eine einseitige und umfassende Grundrechtsbindung wäre demnach mangels Schutzbedürftigkeit unbegründet⁴⁴, mangels Staatsgewalt nicht denkbar⁴⁵ oder mangels Spiegelung im Staate der Maßnahme nicht zu rechtfertigen.⁴⁶

Die Vertreter des Wirkungsprinzips lehnen bereits die Grundannahme ab, der Grundrechtsschutz müsse durch eine bestehende Beziehung gerechtfertigt sein. Vielmehr sei jedes staatliche Handeln, ganz gleich ob es final oder versehentlich, unmittelbar oder mittelbar Folgen zeitigt, Beziehung genug, um eine Grundrechtsbindung zu begründen. Der Grundrechtsschutz liege in der Rechtsgutsgefährdung des Einzelnen begründet.⁴⁷

2. Ansicht des BVerfG

Mit dem Urteil zur AAFA hat das BVerfG schließlich Stellung bezogen und den Streit höchststrichterlich entschieden. Der Erste Senat schloss sich vorbehaltlos dem Wirkungsprinzip an. Zur Begründung führt das BVerfG eine uneingeschränkte Bindung aus Art. 1 Abs. 3 GG an und rekurriert hierbei auf die dargestellten Argumente der Literatur.⁴⁸ Die auf die Ratio, die Historie und den Wortlaut gestützten Einwände dagegen werden durch die Richter in einer „geradezu schulmäßigen Exegese“⁴⁹ des GG widerlegt.⁵⁰ Auch sei eine globale Bindung an die Grundrechte in abwehrrechtlicher Hinsicht keine Intervention in andere Rechtsordnungen.⁵¹ Schließlich begründe auch die EMRK, deren Gleichlauf mit dem GG ohnehin nicht zwingend sei (Art. 53 EMRK), keine andere Ansicht, hat doch der EGMR jüngst über Auslandsüberwachung nach britischem⁵² und schwedischem⁵³ Recht entschieden, ohne Zweifel an der Geltung der EMRK zu äußern.⁵⁴

⁴³ Heintzen, *Auswärtige Beziehungen*, S. 112 spricht von einer „Status-Beziehung“; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *Hdb. Staatsrecht*, Bd. V, § 115 Rn. 84 von einem „Staatsfundament“.

⁴⁴ Gärditz, *Die Verwaltung* 48 (2015), 463 (474).

⁴⁵ Heintzen, *Auswärtige Beziehungen*, S. 112, 118.

⁴⁶ Oppermann, in: FS Grewe, S. 521 (534).

⁴⁷ BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17*, Rn. 89; Gärditz, *JZ* 2020, 825 (827).

⁴⁸ BVerfG, *Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17*, Rn. 88 ff.

⁴⁹ Schmahl, *NJW* 2020, 2221 (2222).

⁵⁰ BVerfG, *Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17*, Rn. 89 ff.

⁵¹ BVerfG, *Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17*, Rn. 101 ff.

⁵² EGMR, *Urt. v. 13.9.2018 – 58170/13*.

⁵³ EGMR, *Urt. v. 19.6.2018 – 35252/08*.

⁵⁴ BVerfG, *Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17*, Rn. 97 ff.

II. Abstufungen des Grundrechtsschutzes

Dass die Grundrechte auch in reinen Auslandssachverhalten Geltung erfahren, ist von erheblicher Bedeutung nicht nur für die AAFA nach dem BNDG, sondern für die gesamte staatliche Auslandstätigkeit. Hinsichtlich einer verfassungsgemäßen Ausgestaltung des BNDG ist aber die daran anschließende Frage der Tragweite des Grundrechtsschutzes nicht minder signifikant.

1. Beschränkung auf den status negativus

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die festgestellte Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt in reinen Auslandssachverhalten auf die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte beschränkt.⁵⁵ Die BRD treffen damit keine Schutz- oder gar Leistungspflichten, deren Umsetzung nicht nur völkerrechtlich bedenklich, sondern auch in ihrer praktischen Umsetzbarkeit problembehaftet wäre.

2. Maßstab operativer Einsatzmöglichkeiten

Auch auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs kommt es zu einer Einschränkung des Grundrechtsschutzes.

Der BND ist grundsätzlich keine operativ tätige Stelle.⁵⁶ Dies folgte bereits aus § 2 Abs. 3 BNDG a.F. Sinn und Zweck dieser organisatorischen Trennung zwischen Aufklärung und Zugriff ist die Begrenzung staatlicher Macht gegenüber den Bürgern. Gusy pointiert diese Ratio mit den Worten: „Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen. Und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“⁵⁷

Dieser Grundsatz hat aber eine Kehrseite: Die Tatsache, dass der BND nicht „alles darf“ zieht nach sich, bei der Eingrenzung seiner Befugnisse gleichsam zurückhaltend zu sein. Dies gilt gerade im Ausland, wo auch der mittelbare Zugriff durch andere Behörden nur sehr eingeschränkt möglich ist. Wo aber der BND seine Daten operativ tätigen Stellen zukommen lässt, ist es umgekehrt angezeigt, die grundrechtlichen Zügel straffer anzuziehen.

III. Vorgaben für eine verfassungskonforme AAFA

Aus der Geltung der Grundrechte folgen weitgehende Anforderungen an die Ausgestaltung der AAFA. Das BVerfG beschränkte sich hierbei nicht auf punktuelle Einwände gegen Normen des BNDG, sondern hat vielmehr einen konkreten und über einzelne Regelungsbereiche hinausgehenden Leitfaden erarbeitet. Im Folgenden werden die maßgeblichen Vorgaben des BVerfG dargestellt.

⁵⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Ls. 1, Rn. 88, 101.

⁵⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 149.

⁵⁷ Gusy, in: Möllers/v Ooyen, JBÖS 2008/2009, S. 177 (180).

1. Erhebung, Speicherung und Verwertung

a) Geografische Begrenzung

Einleitend und eher beiläufig schiebt das BVerfG der AAFA globaler Dimension einen Riegel vor. Missionen müssten geografisch begrenzt werden, wobei bereits die Legislative Maßgaben vorgeben müsse.⁵⁸

b) Aussonderung von Inländerkommunikation

Weiter fordert das BVerfG eine Aussonderung von Telekommunikation mit Beteiligung von Inländern.

Definiert wird der Begriff des Inländers im Urteil nicht. Doch mit Blick auf § 6 Abs. 4 BNDG und die abweichenden Maßgaben des BVerfG für die Überwachung von „sich im Ausland befindlichen Ausländern“⁵⁹ ist hierbei an den Aufenthaltsort anzuknüpfen. Ob darüber hinaus gefordert wird, dass die Person ihren dauerhaften Lebensmittelpunkt in Deutschland hat,⁶⁰ und ob auch der ausländische Staatsbürger mit Lebensmittelpunkt in der Bundesrepublik während eines Auslandsaufenthaltes als Inländer zu qualifizieren ist, wird im Urteil nicht spezifiziert. Mit Blick auf das Kriterium der Wahrscheinlichkeit operativer Maßnahmen zur Bestimmung der Schutzintensität ist letzteres aber durchaus anzunehmen, schließlich ist bei einer Rückkehr in die BRD der Zugriff auf die überwachte Person ohne weiteres möglich.

Kommunikation mit Inlandsbezug dürfe schon nicht der anlasslosen Fernkommunikationsüberwachung unterfallen.⁶¹ Um dies zu gewährleisten, sei ein gesetzlicher Rahmen für den Einsatz von Filtertechnologie zu schaffen.⁶² Kann diese nach dem technischen Stand nicht zielgenau eine Aussonderung sicherstellen, so seien dennoch erfasste Daten vor der Verarbeitung zu sichten und unverzüglich zu löschen.⁶³ Nur für Daten, die eine unmittelbare Gefahr für bedeutende Schutzgüter nahelegen, könne hiervon eine Ausnahme gemacht werden.⁶⁴

c) Präzise Festlegung der Überwachungszwecke

Anders als bisher müssten die Überwachungszwecke normenklar festgelegt werden und in der Abwehr von Gefahren für wichtige Rechtsgüter bestehen.⁶⁵ Ist keine

⁵⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 169.

⁵⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 186.

⁶⁰ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (827).

⁶¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 171.

⁶² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 173.

⁶³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 174.

⁶⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 174.

⁶⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 176.

Weiterleitung an operative Behörden, sondern lediglich die Information der Bundesregierung vorgesehen, könne der Zweck darüber hinaus gehen.⁶⁶

d) Regelung der Überwachung mittels Suchbegriffen

Dem eigenen Maßstab der Intensität von Eingriffen folgend stellt das BVerfG Hürden für die Überwachung mittels Suchbegriffen auf. Der Gesetzgeber habe sicherzustellen, dass der Betroffene, je nachdem, ob und inwieweit sich operative Folgen für ihn ergeben können, vorab geschützt wird. Dementsprechend sei eine Abhörung deutscher Staatsangehöriger, die wegen regelmäßiger Reisen ins Bundesgebiet oder notwendiger Behördenkontakte diesem Risiko besonders ausgeliefert sind, zu unterbinden.⁶⁷ Auch Ausländer, bei denen mit Folgemaßnahmen deutscher Behörden zu rechnen ist, werden, wenngleich auch nicht in derselben Pauschalität, so doch durch eine Ex-Ante-Kontrolle der Verhältnismäßigkeit geschützt.⁶⁸

e) Besonderer Schutz für Vertraulichkeitsbeziehungen

Für die Beschwerdeführer entscheidend dürfte der Schutz der Vertraulichkeitsbeziehungen sein. Journalisten sind auf die Geheimhaltung der Kommunikation mit Informanten, Rechtsanwälte auf die mit Mandanten angewiesen und entsprechend durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG⁶⁹ geschützt. Umgekehrt stellen diese Berufsträger aufgrund eben dieser Kommunikation attraktive Ziele für Überwachungsmaßnahmen dar. Deswegen schützt das BVerfG sie durch erhöhte Eingriffsschwellen und verfahrensrechtliche Vorgaben. So rechtfertige die vage Aussicht auf relevante Informationen keine Überwachung. Eine solche komme nur nach einer Anordnung und nur zum Zwecke der Aufklärung schwerer Straftaten und zur Ergreifung besonders gefährlicher Verdächtiger in Betracht.⁷⁰ Kommt es dennoch versehentlich zu einer Erfassung, sei nachträglich zu prüfen, ob eine Auswertung nach diesen Maßstäben zulässig ist.⁷¹ Die strengen Vorgaben gelten nicht, wenn die Informationen lediglich dazu dienen, die Bundesregierung ins Bild zu setzen.⁷²

f) Kernbereichsschutz

Eine weitere, zugunsten aller Betroffenen wirkende Begrenzung ist der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Ein Eindringen in den „Bereich

⁶⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 177.

⁶⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 186.

⁶⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 188.

⁶⁹ Zum Anwaltsgeheimnis: *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1819).

⁷⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 194.

⁷¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 195.

⁷² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 198.

höchstpersönlicher Privatheit“ verbiete sich von vornherein. Umfasst ist private Kommunikation mit „Personen des höchstpersönlichen Vertrauens“, auch solche, die für die Gefahrenabwehr relevant ist.⁷³ Lediglich die Planung von Straftaten beseitigt diesen Schutz, selbst wenn dabei Höchstpersönliches geäußert wird.⁷⁴

Dem Gesetzgeber trägt das BVerfG auf, dem Kernbereichsschutz zweistufig Rechnung zu tragen. Zum einen müsse die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten vermieden werden, wobei das BVerfG zugesteht, dass dies bei der Erhebung mit Hilfe von Suchbegriffen schwierig umzusetzen sei, weswegen nur eine gezielte Erfassung ausgeschlossen werden müsse.⁷⁵ Umso wichtiger sind dann aber die Vorkehrungen auf der zweiten Stufe, der Datenauswertung. Besteht auch nur der Verdacht der Erfassung kernbereichsrelevanter Daten, müsse eine Live-Überwachung unterbleiben.⁷⁶ Das Gespräch könne aber aufgezeichnet und einer unabhängigen Stelle zur Sichtung übermittelt werden. Diese entscheide dann darüber, ob die Inhalte verwertet werden können oder unverzüglich zu löschen sind.⁷⁷

2. Informationsweitergabe an andere Stellen

Das BVerfG hegt nicht nur die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten, sondern auch und gerade ihre Weitergabe erheblich ein.

a) Grundrechtliche Einordnung

Jede Übermittlung personenbezogener Daten stellt einen erneuten Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dar.⁷⁸ Daraus folgt zunächst, dass gemäß Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG Weitergaben nur aufgrund normenklarer Rechtsgrundlagen zulässig sind.⁷⁹

b) Allgemeine Eingriffsschwellen der Informationsweitergabe

Weil aber der BND trotz der genannten Einschränkungen einen weiten Spielraum in der proaktiven Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten genießt, komme Eingriffsschwellen bei der Übermittlung eine besondere Bedeutung für den Grundrechtsschutz zu.⁸⁰ Andere Stellen nutzen die Daten mitunter für operative

⁷³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 201.

⁷⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 202.

⁷⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 205 ff.

⁷⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 207.

⁷⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 207.

⁷⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 212; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 10 Rn. 11; *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 898; speziell zur Weitergabe an verbündete Nachrichtendienste als „weitreichender“ Grundrechtseingriff *Durner*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 95. EL. 2021, Art. 10 Rn. 159.

⁷⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 213 ff.

⁸⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 218.

Zwecke. Daraus ergibt sich die Herangehensweise für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Weitergabe. So sei zu fragen, wie schwer die Zweckänderung – auch diese ist ein eigenständiger Grundrechtseingriff⁸¹ – ins Gewicht fällt, und hieran anschließend, ob eine Erhebung für diesen geänderten Zweck mit ähnlich eingriffsintensiven Mitteln zulässig wäre.⁸²

aa) Informationsweitergabe direkt an operativ tätige Stellen

Das BVerfG unterstellt, abgesehen vom Fall der reinen Information der Bundesregierung,⁸³ jeder Stelle, der Daten zugespielt werden, eine operative Tätigkeit.⁸⁴ Daraus folgt das Bedürfnis nach Eingriffsschwellen, zu deren Konkretisierung sich das BVerfG weit gefasster Begrifflichkeiten des Gefahrenabwehrrechts und der Strafverfolgung bedient. So solle eine Übermittlung zwecks Prävention nur zum Schutz „besonders gewichtig[er]“ Rechtsgüter bei einer „hinreichend konkret absehbaren Gefahrenlage“ zulässig sein.⁸⁵ Auf repressiver Seite verlangt das BVerfG den Zweck der Verfolgung „besonders schwerer Straftaten“ anlässlich „konkretisierter“ verdachtsbegründender Tatsachen. Plastisch wird dies durch eine Anleihe aus der StPO: Zureichende Anhaltspunkte gem. § 152 Abs. 2 StPO reichten nicht, bestimmte verdachtsbegründende Tatsachen i.S.d. § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO hingegen schon.⁸⁶

bb) Informationsweitergabe an Bundesregierung

Mehr Spielraum besteht bei der Information der Bundesregierung. Soweit der Zweck der Übermittlung sich hierin erschöpft, seien die genannten Anforderungen allesamt, d.h. auch das Erfordernis einer Eingriffsschwelle entbehrlich.⁸⁷ Die Bundesregierung nutze im „überragenden öffentlichen Interesse“ die Daten regelmäßig ohne Interesse an der Person des Betroffenen zur Vorbereitung außen- und sicherheitspolitischer Entscheidungen.⁸⁸ Ist der Personenbezug von vornherein nicht relevant, könne eine Anonymisierung schon durch den BND angezeigt sein.⁸⁹

Die strengen Vorgaben leben aber wieder auf, wenn die Bundesregierung ihrerseits Informationen an operativ tätige Stellen weitergibt.⁹⁰ Ein Transfer sei nach einer

⁸¹ *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 10 Rn. 54.

⁸² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 216, 218; So bereits auch zum BKAG BVerfG, [Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1140/09](#), Rn. 287.

⁸³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 223 ff.

⁸⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 219.

⁸⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 222.

⁸⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 222.

⁸⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 223, 255.

⁸⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 224 f.

⁸⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 225.

⁹⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 227.

solchen Zweckänderung grundsätzlich ausgeschlossen.⁹¹ Ausnahmsweise ist diese bei einer unmittelbaren Gefahr für herausragend wichtige Rechtsgüter jedoch erlaubt.⁹²

c) Weitergabe an ausländische Nachrichtendienste

Die internationale Kooperation der Geheimdienste ist, wie im einleitenden Beispiel veranschaulicht, von enormer Bedeutung. Diese basiert auf dem Prinzip des Gebens und Nehmens. Welche Regeln für das Geben im Einzelfall gelten, ist ebenfalls Bestandteil des Urteils. Hierfür dient die folgende Interessenkollision als Richtlinie: Zwar widerspricht die Kooperation nicht der völkerrechtsfreundlichen Ordnung des GG⁹³, doch geht mit ihr ein Kontrollverlust einher⁹⁴, dem das BVerfG Rechnung trägt.

So müsse der Empfängerstaat Datenschutz gewährleisten.⁹⁵ Zwar stellt das BVerfG klar, dass es keines mit dem deutschen vergleichbaren oder gar übereinstimmenden Schutzniveaus bedürfe, gefordert wird jedoch ein „angemessenes“ Maß, etwa durch Zweckbindungen oder Löschungspflichten.⁹⁶

Wohl mit Blick auf die Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des BND bleibt das BVerfG auch hinsichtlich der Vergewisserung von Menschenrechten zunächst vage. Der Staat dürfe „seine Hand nicht zur Verletzung der Menschenrechte reichen“.⁹⁷ Gerade bei der Kooperation mit autoritären Regimen müsse sichergestellt werden, dass Informationen nicht zur politischen Verfolgung oder unmenschlichen Behandlungen genutzt werden.⁹⁸

Normenklare Regelungen müssten letztlich dafür sorgen, dass der Dienst sich praktikabel der Beachtung dieser Gebote vergewissern kann.⁹⁹ Zunächst könne der BND generalisierend einschätzen, ob die Stelle des Nehmerlandes den Bedingungen folgeleisten wird.¹⁰⁰ Bei Vorliegen konkreter Zweifel an der Beachtung des Datenschutzes und der Menschenrechte sei aber eine Abwägung bezogen auf die betroffene Person notwendig, also etwa der Frage nachzugehen, ob ihr politische Verfolgung im Heimatland droht. Weiter kommt auch an dieser Stelle Berufsträgern

⁹¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 228.

⁹² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 228.

⁹³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 245.

⁹⁴ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (831).

⁹⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 235.

⁹⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 236.

⁹⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 237; vgl. BVerfG, [Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14](#), Ls. 4, Rn. 62.

⁹⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 237.

⁹⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 238.

¹⁰⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 239.

in Vertraulichkeitsbeziehungen ein besonderer Schutz zugute. So bedürfe es hier einer diesen Umstand berücksichtigenden gesonderten Abwägung sowie einer gerichtsähnlichen Vorabkontrolle.¹⁰¹

3. Weitergehende Kooperation mit Partnerdiensten

Das BVerfG betont, dass auch eine intensivere Kooperation auf Grundlage entsprechender Rechtsgrundlagen (für Weitergabe und Empfang) durch das völkerrechtsfreundliche GG legitimiert sei und gibt damit der Zusammenarbeit mit Partnerdiensten grünes Licht.¹⁰² Dennoch ergäben sich dafür Grenzen.

a) Grundrechtliche Grenzen

So komme strategische Überwachung von Bundesbürgern und Inländern auch im Rahmen der Kooperation mit ausländischen Diensten nicht in Betracht (vgl. C.III.1.b)).¹⁰³ Dem sei auf Stufe der Erhebung dahingehend Rechnung zu tragen, dass Suchbegriffe ausländischer Dienste gesichtet und solche mit spezifischem Inlandsbezug gefiltert werden.¹⁰⁴ Kommt erst im Zuge der Auswertung der Daten ein Inlandsbezug zu Tage, so seien die Daten unverzüglich zu löschen.¹⁰⁵ Vollauf unzulässig sei ein „Ringtausch“, d.h. die Überwachung von Inländern durch ausländische Dienste, welche dann gewonnene Informationen an den BND weitergeben.¹⁰⁶

Weiter sei die Observation von Personen in Vertraulichkeitsbeziehungen beim Einsatz von Suchbegriffen ausländischer Partnerdienste gerichtsähnlich vorab zu kontrollieren.¹⁰⁷

b) Gewährleistungsinstrumente

Die internationale Kooperation bei der Erhebung zieht eine entsprechende Zusammenarbeit beim Schutz der Grundrechte nach sich. Das BVerfG spricht dem BND gewissermaßen das Sorgerecht für Informationen zu, die einmal in seinem Herrschaftsbereich waren.

So müsse Kommunikation geschützter Personengruppen gekennzeichnet und so vor jeder Übermittlung eine Prüfung angemahnt werden.¹⁰⁸ Diese Methode versagt selbstverständlich, wenn der BND automatisiert Daten weitergibt, deren Auswertung vollständig dem Empfängerdienst überlassen wird. Dann aber müsse

¹⁰¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 240.

¹⁰² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 245 f., 250.

¹⁰³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 253.

¹⁰⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 253.

¹⁰⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 253.

¹⁰⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 248.

¹⁰⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 257.

¹⁰⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 257.

der BND bei jeder Überwachungsmaßnahme auf Zusagen bestehen, dass der Partnerdienst entsprechend den Regeln, die für den BND selbst gelten, mit den Daten verfährt.¹⁰⁹ Diese sollen durch Auskunfts- und Einwirkungsrechte auf der einen und Mitteilungspflichten auf der anderen Seite ergänzt werden.¹¹⁰

4. Rechtsschutz und Kontrolle

In der naturgemäß undurchsichtigen Entscheidungspraxis des BND besteht das Risiko, dass die dargelegten Regeln „im Eifer des Gefechts“ unterlaufen werden. Hinzu kommt, dass Effektivität und Informantenschutz ein transparentes Vorgehen nicht erlauben.¹¹¹ Umso bedeutender ist ein wirksames Kontroll- und Rechtsschutzregime, nach den „atemberaubend detaillierten“¹¹² Vorgaben des BVerfG ein zweigleisiges.

a) Gerichtsähnliche Kontrolle

Zum einen sei eine gerichtsähnliche Stelle einzurichten. Diese diene als unabhängige Kontrollinstanz in allen „wesentlichen“, d.h. grundrechtssensiblen Verfahrensschritten, etwa der formalisierten Festlegung der Überwachungsmaßnahmen (C.III.1.a)) oder der Überwachung von Personen in Vertraulichkeitsbeziehungen (C.III.1.e)).¹¹³ Ob eine nur stichprobenartige oder vollständige, eine ex-post- oder ex-ante-Kontrolle stattfindet, sei dem Gesetzgeber überlassen.¹¹⁴ Bei Maßnahmen erhöhter Eingriffsintensität, zu welcher auch die ausnahmsweise Nutzung von unzulässigerweise erhobenen Daten (z.B. aus dem Inland) gehören dürfte (C.III.1.b)), setze der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dieser Einschätzungsprärogative aber Grenzen und gebiete eine lückenlose Vorabkontrolle.¹¹⁵

Bemerkenswert ist die Vorgabe der Einrichtung eines Verfahrens, in welchem Personen, die plausibel vortragen, von einer Observation betroffen zu sein, eine Prüfung der Maßnahme anstoßen können.¹¹⁶ Es bleibt also bei der objektivrechtlichen Kontrolle, die aber durch den Einzelnen veranlasst werden kann.

Dieser neuen Aufgabe nachzukommen habe ein unabhängiger Spruchkörper, zusammengesetzt aus erfahrenen Richtern mit erheblicher juristischer und mitunter

¹⁰⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 259 f.

¹¹⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 261.

¹¹¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 267, 269.

¹¹² Gärditz, JZ 2020, 825 (832).

¹¹³ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 278, 281.

¹¹⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 278.

¹¹⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 278.

¹¹⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 280.

auch technischer Expertise.¹¹⁷ Hinzu kommt das Erfordernis hinreichender Personal- und Budgetausstattung.¹¹⁸

b) Administrative Kontrolle

Die Kontrolle durch die gerichtsähnliche Stelle wird durch eine weiche Kontrolle administrativer Art flankiert. Dieser Stelle sei die Kompetenz einzuräumen, „eigeninitiativ stichprobenartig“ Entscheidungen des Dienstes auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls zu beanstanden.¹¹⁹ Wohl wissend, dass ein Beanstandungsrecht ein stumpfes Schwert ist, verlangt das BVerfG die Eröffnung der Möglichkeit des administrativen Organs, bei grundlegenden Fragen das gerichtsähnliche Gremium anzurufen,¹²⁰ also gleichsam als Aufklärer zu agieren. Nicht vorgegeben wird dagegen, durch wen die administrative Kontrolle zu erfolgen hat, wohl aber eine ausreichende Ausstattung.¹²¹

c) Befugnisse der Kontrollinstanzen

Das BVerfG spricht beiden Kontrollinstanzen diverse Befugnisse zu, um deren Durchsetzungsfähigkeit sicherzustellen. Im Binnenverhältnis sei der BND zur Kooperation, etwa zur Auskunftserteilung oder Gestattung des Zutritts zu allen Diensträumen, zu verpflichten.¹²²

Komplizierter gestaltet sich die Herstellung einer Balance zwischen Kontrollierbarkeit und Effektivität bei der Kooperation mit Partnerdiensten. Eine solche ist nur denkbar, wenn sich der Informationsgeber auf den vertraulichen Umgang mit den Daten verlassen kann. Dies findet seinen Ausdruck in der Praxis der „Third Party Rule“, einer Vereinbarung zwischen Informationsgeber und -nehmer dahingehend, dass Letzterer nicht ohne Zustimmung des Ersteren Daten weitergeben oder einer nicht vereinbarten Verwendung zuführen darf.¹²³ Die Verhaltensregel birgt eine doppelte Gefahr. Schließt sie eine Weitergabe an die Kontrollstellen aus, können diese ihrer Aufgabe nicht nachkommen. Entstehen umgekehrt Zweifel des Partnerdienstes an der Sicherheit der Daten, wird sich dieser künftig zurückhalten, den BND an Erkenntnissen teilhaben zu lassen.

¹¹⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 286.

¹¹⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 287 f.

¹¹⁹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 276.

¹²⁰ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 276.

¹²¹ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 287 f.

¹²² BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 290.

¹²³ BVerfG, [Beschl. v. 13.10.2016 – 2 BvE 2/15](#), Rn. 162; BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 293.

Zunächst zeigt sich das Gericht resolut. Die „Third Party Rule“ dürfe eine Überprüfung nicht behindern.¹²⁴ Der BND habe schlicht darauf zu bestehen, dass die Kontrollinstanzen nicht als „third party“ angesehen werden.¹²⁵ Im Gegenzug aber versucht das BVerfG, den aus der Mitwisserschaft der Kontrollinstanzen möglicherweise entstehenden Vertrauensverlust wieder einzufangen. Es bleibe der Legislative überlassen, den Angestellten unter Wahrung ihrer Arbeitsfähigkeit strikte Verschwiegenheitspflichten aufzuerlegen.¹²⁶

IV. Verfassungswidrige Vorschriften

Die Bestimmungen des BNDG a.F. wurden diesem fein austarierten System des Grundrechtsschutzes nicht gerecht. So lag bereits ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG vor, der darauf schließen lässt, dass der Gesetzgeber die Grundrechtsbindung gar nicht vor Augen hatte.¹²⁷ In materieller Hinsicht fehlte es an normenklaren Rechtsgrundlagen. Die Eingriffsschwellen, soweit überhaupt vorhanden, waren angesichts der Eingriffsintensität völlig unangemessen. Und schließlich genügte das Kontrollsystem aus § 16 BNDG a.F. in keiner Weise den Vorgaben des BVerfG.¹²⁸

V. Kritische Würdigung des Urteils

Das BVerfG hat in einem bedeutenden Urteil die Geltung von Grundrechten in reinen Auslandssachverhalten zunächst ohne weitere Anforderungen bejaht. Ersichtlich ist, dass der Erste Senat sich des daraus entstehenden Konflikts zwischen Grundrechtsschutz und effektiver Geheimdienstarbeit bewusst war und um einen Ausgleich beider Pole bemühte. Sowohl in der Frage der Grundrechtsbindung als auch in der Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Anforderungen verdient das Urteil gleichwohl eine kritische Würdigung.

1. Reichweite der Grundrechte des GG

Die Verfassungsrichter schließen sich uneingeschränkt dem Wirkungsprinzip an (vgl. C.I.1.a)aa) und C.I.2.). Dies ist im Grundsatz zu begrüßen. Das moderne, im innerstaatlichen Kontext unbestrittene Grundrechtsverständnis, welches Ausdruck im auch faktische Wirkungen berücksichtigenden Eingriffsbegriff gefunden hat, lässt eine Anknüpfung an weitergehende Voraussetzungen nicht zu. Das BVerfG überzeugt, wenn es den Menschen, gleich in welcher Grundbeziehung er zur staatlichen Gewalt steht, als Mittel- und Ausgangspunkt grundrechtlichen Schutzes

¹²⁴ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 292.

¹²⁵ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 294.

¹²⁶ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 296.

¹²⁷ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 134, 301.

¹²⁸ BVerfG, [Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17](#), Rn. 324.

ausmacht.¹²⁹ Es spielt für den Betroffenen regelmäßig keine Rolle, ob über seinen Aufenthaltsort Gebietskontrolle ausgeübt wird, ob der Übergriff in seine Sphäre als hoheitlich oder inoffiziell, final oder faktisch, völkerrechtmäßig oder völkerrechtswidrig angesehen wird oder sein Heimatland ein gewisses Maß an Grundrechtsschutz bietet. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat. Das GG sieht sie in ihrer subjektiven Ausprägung vor, weil es ihrer bedarf. Und dieses Bedürfnis ist – wie die Überwachungsmöglichkeiten nationaler Geheimdienste – grenzenlos geworden.

Dieser überzeugende Ansatz verkommt aber zum Stereotyp, werden die Friktionen, welche mit ihm einhergehen, nicht auch beleuchtet. Zurecht vermeidet das BVerfG einen Bruch mit dem weiten Eingriffsverständnis. Dann aber beschränkt es die Geltung der Grundrechte nur auf ihre abwehrrechtliche Dimension. So befremdlich eine umfassende schutz- oder gar leistungsrechtliche Grundrechtsinhaberschaft von Ausländern im Ausland auch anmuten mag, so sind Zweifel an der dogmatischen Kohärenz nicht von der Hand zu weisen. Der Einwand erschüttert das Wirkungsprinzip jedoch nur bedingt: Zum einen kann in diesen Konstellationen kaum von Staatshandeln gesprochen werden, an das ein Grundrechtsschutz anknüpfen würde. Zum anderen sind Friktionen mit dem innerstaatlichen Verständnis der Grundrechte schon aufgrund faktischer Gegebenheiten nach keinem Modell vermeidbar. Das Abwehrrecht setzt nicht mehr als ein Unterlassen voraus, also stets etwas Mögliches. Schutzpflichten und Leistungsrechte sind an mannigfaltige Umstände geknüpft, sei es Hoheitsgewalt, Gebietskontrolle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

Die Ablehnung der Grundrechtsbindung im Ausland entspringt neben dogmatischen Bedenken der Befürchtung einer Lähmung bei der Wahrnehmung sicherheitspolitischer Interessen. Dass dies aber nicht zwangsläufig der Fall ist, zeigt der Vergleich zu anderen Nationen. So hat der israelische Supreme Court eine Bindung der Streitkräfte in Palästinensergebieten an grundlegende verwaltungsrechtliche Regeln zum Schutz Betroffener festgestellt.¹³⁰ Von einer sicherheitspolitischen Handlungsunfähigkeit Israels kann dennoch keine Rede sein. Inwieweit die Grundrechtsbindung die Flexibilität (nicht nur nachrichtendienstlicher) internationaler Tätigkeit beschränkt, ist letztlich eine Frage des Umfangs des Grundrechtsschutzes.

¹²⁹ Gärditz, JZ 2020, 825 (827).

¹³⁰ HCJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank (20.06.2004), Rn. 24: „[Every] Israeli soldier carries, in his pack, [...] the basic provisions of Israeli administrative law.“. Ausführlich hierzu *Krieger*, in: Fleck, Terrorismusbekämpfung, S. 223 (232 ff.).

2. Abstufung des Grundrechtsschutzes

Hier legt das BVerfG den Grundstein einer ausgewogenen Ordnung der AAFA. Die Feststellung, dass sich der Schutz der Grundrechte im In- und Ausland unterscheiden kann, eröffnet dem Ersten Senat die Möglichkeit, dem Bedarf am effektiven Schutz der Sicherheitsinteressen Deutschlands Rechnung zu tragen. Diese Abstufung ist dogmatisch weder zwingend noch über jegliche Kritik erhaben.¹³¹ Doch wo mangelnde Hoheitsgewalt und Gebietskontrolle einer Grundrechtsbindung nicht im Wege stehen, machen sie eine Anpassung dessen, was vom Adressaten der Grundrechte bei der Einhaltung dieser erwartet werden darf, alternativlos. Hinzu kommt, dass dem BND als Auslandsgeheimdienst eine entscheidende sicherheitspolitische Rolle zukommt. Der Staat hat eine Schutzpflicht gegenüber den Grundrechten seiner Bürger und aller Menschen, die seiner Obhut unterstehen. Die Aufklärung durch den BND ist unverzichtbar, will man auch dieser Dimension der Grundrechte gerecht werden.

3. Vorgaben für eine verfassungskonforme AAFA

Aufgrund des Umfangs und der beachtenswerten Ausdifferenzierung der konkreten Handlungsanweisungen bietet das Urteil eine beträchtliche Angriffsfläche für rechtspolitische, weniger für dogmatische Kritik.

Denkwürdig ist zunächst das Maß an Detailliertheit dessen, was das BVerfG aus Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für die Tätigkeit des BND folgert. Der Erste Senat beschränkt sich nicht auf Zielvorgaben, sondern gibt zahlreiche konkrete, ja sogar technische Handlungsanweisungen, etwa zum Einsatz von Filtertechnologien (vgl. C.III.1.b) und C.III.3.b)) oder der Kennzeichnung von Daten (vgl. C.III.3.b)). Im Bereich der Kontrollorgane geht das BVerfG noch weiter und gibt nicht nur eine beinahe verwaltungsorganisatorische Ordnung vor, sondern regelt weiter die Besetzung, Ausstattung und Verschränkung der Organe sowie Mitwirkungspflichten des BND (vgl. C.III.4). Es ist Gärditz beizupflichten, wenn dieser konstatiert, „pflichtschuldige Hinweise auf die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers [nähmen] daneben beinahe satirischen Charakter an.“¹³² Das Urteil fungiert bildlich gesprochen in Teilen weniger als Richtschnur oder Leitplanke, sondern vielmehr als detaillierte Unterweisung der Legislative und wirft so die grundsätzliche, seit geraumer Zeit diskutierte Frage auf, wie weit der Interpretationsspielraum des BVerfG reicht. *Vofßkuhle* erinnert in diesem Kontext an den bemerkenswerten Ausspruch von *Chief Justice Ch. E. Hughes*: „We are under the constitution; but the

¹³¹ Siehe etwa *Yousif*, Die extraterritoriale Wirkung der Grundrechte, S. 105 ff.

¹³² *Gärditz*, JZ 2020, 825 (833).

constitution is what the judges say it is!“¹³³ Doch ist bei der Bewertung dessen ein entscheidender Umstand zu berücksichtigen: Das BVerfG hat weite Teile des BNDG zur AAFA für verfassungswidrig erklärt. Informationen aus dieser machen beinahe 50% des Meldeaufkommens des BND aus.¹³⁴ Dieses Zusammenspiel aus enormer Relevanz und der (wenn auch bis Ende 2021 hinausgezögerten) Aufhebung der gesetzlichen Grundlage weckte nachvollziehbar das Bedürfnis nach einer klaren Handlungsanleitung. Umgekehrt spricht gerade die herausragende Bedeutung der AAFA dagegen, den demokratischen Gesetzgeber zum bloßen Verrichtungsgehilfen einer Judikatur des BVerfG zu degradieren, dessen Legitimation aus dem GG herrührt, dessen Aufgabe sich aber auch im Schutz des GG erschöpft.¹³⁵

Im Einzelnen sind die Vorgaben nahezu vollständig dogmatisch vertretbar. Insbesondere ist das Bestehen auf eine gerichtsähnliche Vorabprüfung bei eingriffsintensiven Maßnahmen eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragende Maßgabe. Sofern die Zulässigkeit dessen mit Verweis auf das Fehlen einer solchen Bestimmung in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG im Vergleich zu Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 bis 4 und Art. 104 Abs. 2 GG bezweifelt wird¹³⁶, ist zu entgegnen, dass den verfassungsunmittelbaren Richtervorbehalten nicht der Anspruch einer abschließenden Regelung zu entnehmen ist. Es ist richtigerweise auf das Ausmaß des Eingriffs abzustellen. Danach drängt sich gerade durch den Vergleich etwa der Verwertung unzulässigerweise erfasster Kommunikation eines deutschen Journalisten zur Ergreifung eines besonders gefährlichen Verdächtigen zur Wohnungsdurchsuchung, welche gem. Art. 13 Abs. 2 GG unter einem Richtervorbehalt steht, ein Gleichlauf in dieser Hinsicht auf. Eine Wertung, die ergäbe, dass diese besonders sensible Kommunikation auch ohne diese Hürde ausgewertet werden könne, während jede Wohnungsdurchsuchung vorab richterlich freigegeben werden muss, wäre nicht überzeugend. Demnach ist es unbedenklich, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein solches Erfordernis zu entwickeln.

Ungewöhnlich ist lediglich die Vorgabe, das gerichtsähnliche Kontrollgremium sei mit erfahrenen, juristisch besonders bewanderten Mitgliedern zu besetzen (vgl. C.III.4.a)). Diese Maßgabe verwundert vor dem Hintergrund, dass Art. 92 Hs. 1 GG, der zwar die Rechtsprechung betrifft, bei einer vorrangig mit Richtern zu

¹³³ *Voßkuhle*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 33 unter Bezugnahme auf *Danielski/Tulchin*, The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes, 1973, S. 144.

¹³⁴ BT-Drs. 18/12850, S. 707.

¹³⁵ Vgl. *Graulich*, GSZ 2021, 121 (123), der den Missbrauch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als „Stein der Weisen in der Hand der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung“ tadelt.

¹³⁶ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (833).

besetzenden gerichtsähnlichen Kontrolle jedoch ebenfalls von Relevanz ist, selbstverständlich juristischen Sachverstand voraussetzt¹³⁷, eine weitere Differenzierung unter hauptamtlichen Richtern aber nicht kennt.¹³⁸ Auch wenn das Verbot einer solchen Differenzierung nach dem Grad der Expertise nicht zwingend ist, ein entsprechendes Gebot ist es auch nicht. Nimmt man hingegen die Intensität eines Eingriffs zum Anlass, nur erfahrene Richter zur Entscheidung zu berufen, sieht man sich zu Recht dem Vorwurf ausgesetzt, Friktionen zu einer verfassungsrechtlich nicht beanstandeten Praxis zu schaffen, in der etwa ein Richter auf Probe als Einzelrichter nach sechs Monaten über die Anerkennung eines Asylbegehrens entscheiden kann.¹³⁹ Wenn *Gärditz* behauptet, das BVerfG habe geradewegs beim britischen Regulation of Investigatory Powers Act (Schedule 3, Sec.65 ff.) abgeschrieben und gleichsam „inspirationsbeflügelte Prozessrechtsvergleiche als Quelle der Verfassungsauslegung“ herangezogen,¹⁴⁰ bleibt dies eine Unterstellung, jedoch angesichts der Ähnlichkeiten keine völlig unbegründete.

Noch keine endgültige Aussage lässt sich über die Auswirkungen auf die Effektivität der Tätigkeit des BND treffen. Fest steht lediglich, dass sich die Arbeit des Geheimdienstes in mancher Hinsicht verkomplizieren, an nicht wenigen Stellen grundsätzlich ändern wird. Es ist nicht zu gewagt, eine Einbuße an Flexibilität zu prognostizieren. So ist das Bestehen auf die Einhaltung der Menschenrechte durch Staaten ausländischer Dienste in Kooperation mit dem BND ein hehres und grundrechtsdogmatisch begründetes Anliegen. Ob dies geopolitischen Realitäten – man denke an die Unterstützung kurdischer Milizen gegen die Terrorgruppe Islamischer Staat – entspricht, kann aber bezweifelt werden. Unsicherheit besteht auch in der Frage, ob die Partnerdienste des BND eine Kenntnisnahme der von ihnen übermittelten Informationen durch die Kontrollinstanzen hinnehmen werden oder die Erweiterung des Kreises der Mitwisser für mehr Zurückhaltung im Austausch mit dem BND führen wird. Hier war der Gesetzgeber gefragt, der mit strikten Geheimhaltungspflichten der Mitglieder der Kontrollgremien zumindest versuchte, den Partnerdiensten entsprechende Sorgen zu nehmen (siehe D.I.5.). In der umgekehrten Situation der Weitergabe durch den BND ist außerdem festzustellen, dass Flexibilität bei der Übermittlung an andere Stellen, die tatsächlich eingreifen können (Bundeswehr, Polizeistellen), ein hohes Gut hinsichtlich des Schutzes von Bürgern und Beamten und der sicherheitspolitischen Interessen Deutschlands ist.

¹³⁷ *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 92 Rn. 29.

¹³⁸ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (833).

¹³⁹ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (833).

¹⁴⁰ *Gärditz*, JZ 2020, 825 (833).

Die Achtung vor dem Abwehrrecht und die Erfüllung der Schutzpflicht in Einklang zu bringen, war nach diesem Urteil die zentrale Aufgabe des Gesetzgebers.

D. Umsetzung der Vorgaben in das BNDG

Dieser hat sich der Aufgabe angenommen, mit dem „Gesetz zur Änderung des BNDG-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichtes“¹⁴¹ ein verfassungskonformes Regelwerk für die AAFA zu schaffen.

I. Neue Rechtslage

1. Ausgangspunkt und Anordnung

Nunmehr ist bereits der Ausgangspunkt der AAFA ein anderer: Diese wird in § 19 Abs. 1 BNDG neu definiert als die mit technischen Mitteln bewirkte Verarbeitung personenbezogener Inhaltsdaten von Ausländern im Ausland auf der Grundlage zuvor angeordneter strategischer Aufklärungsmaßnahmen. Sie ist gem. § 19 Abs. 1, 3 und 4 BNDG zur Unterrichtung der Bundesregierung und in gefahrenabwehrrechtlicher Hinsicht nur noch zu konkret bezeichneten, den Vorgaben des BVerfG entsprechenden Zwecken zulässig, etwa zur Terrorismusbekämpfung oder der Landes- bzw. Bündnisverteidigung.¹⁴² Die obligatorische Anordnung der Erhebung muss die jeweilige Mission gem. § 19 Abs. 2 BNDG geografisch, zeitlich, thematisch und ihrem Zweck nach begrenzen.

2. Erhebung, Speicherung und Verwertung

Soweit eine solche Zielsetzung sowie eine Anordnung vorliegen, sind weitere die betroffenen Grundrechtsträger schützende Vorschriften zu beachten. Das Änderungsgesetz überträgt die Vorgaben des BVerfG zur Aussonderung besonders sensibler Kommunikation teilweise wortwörtlich¹⁴³ in die Vorschriften zum Schutz von Inländern, Deutschen und EU-Bürgern bzw. -Stellen (§§ 19 Abs. 6, 20 Abs. 1 BNDG), von Personen, für welche mit Folgemaßnahmen zu rechnen ist (§ 20 Abs. 2 BNDG), von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21 BNDG) und von Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung (§ 22 BNDG). Aus den Normen ergeben sich drei Schutzniveaus. So ist lediglich die gezielte Erfassung (§§ 20 Abs. 1 und 2, 21 Abs. 1 BNDG) Einschränkungen unterworfen, sofern EU-

¹⁴¹ Gesetz v. 19. April 2021 (BGBl. I 2021, S. 771 ff.).

¹⁴² Positiv würdigen Gärditz, DVBl 2021, 905 (906) und Graulich, GSZ 2021, 121 (123) die gesetzliche Anerkennung der force protection als Aufklärungsziel gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 lit. a) BNDG.

¹⁴³ Vgl. Gärditz, DVBl 2021, 905 (906 f.) über § 19 BNDG.

Kommunikation, Personen, denen operative Folgemaßnahmen drohen, und Vertrauensbeziehungen betroffen sind. Eine Überwachung von Deutschen- bzw. Inlandskommunikation ist gem. § 19 Abs. 7 S. 2 bis 4 BNDG durch den Einsatz von Filtertechnologie, also bereits durch Vorfeldmaßnahmen zu vermeiden. Die Erhebung von Kernbereichsdaten sowie die individualisierte Überwachung des gesamten Telekommunikationsverkehrs eines Menschen (§ 21 Abs. 3 BNDG) sind jeweils als Ausdruck der Menschenwürde vollumfänglich ausgeschlossen.

Kommt es gleichwohl zu einer Erhebung solcher Daten, sehen die §§ 19 Abs. 7 S. 5 und 6, 30 Abs. 1 S. 2 und 3, 21 Abs. 3 und 22 Abs. 2 BNDG Verarbeitungsverbote und Löschungspflichten vor. Für den weiteren Umgang unerlässlich ist die Vorgabe des § 19 Abs. 10 BNDG, der eine Kennzeichnung aller erhobenen Inhalte mit dem jeweiligen Erhebungszweck vorschreibt.

3. Weitergabe an andere Stellen

Sind die Daten rechtmäßig erhoben worden, kommt eine Weitergabe an andere Stellen in Betracht. Mit der Schaffung der §§ 29 und 30 BNDG hat der Gesetzgeber dem seitens des BVerfG bemängelten Wirrwarr aus Verweisungen und Normenketten ein Ende bereitet. Stattdessen ergeben sich die Eingriffsschwellen für Weiterleitungen aus diesen zwei zentralen Vorschriften, für das Inland aus § 29 BNDG, für das Ausland aus § 30 BNDG. Hierbei wird der Eingriffsintensität entsprechend einerseits zwischen den Übermittlungsadressaten, andererseits nach dem ursprünglichen Erhebungszweck unterschieden. In diesem „filigran differenzierten“¹⁴⁴ Regelungssystem spiegelt sich die Herangehensweise des BVerfG an die Bewertung der Zulässigkeit einer Weitergabe: die hypothetische Datenneuerhebung (vgl. C.III.2.b)).

Für das Kriterium des Adressaten ergibt sich der folgende, im Urteil entwickelte Leitgedanke: je wahrscheinlicher operative Folgemaßnahmen für den Betroffenen, desto höher die Übermittlungsschwellen. Auf der anderen Seite ist eine Weitergabe nur unter äußerst strengen Voraussetzungen möglich, wenn der Erhebungszweck nicht dem Übermittlungsadressaten entspricht. Über die rechtliche Bewertung einer Weiterleitung entscheiden gleichsam Herkunft und Zukunft der Information.

So setzt etwa eine Übermittlung von Daten, die zur politischen Unterrichtung erhoben wurden, an die Bundesregierung gem. § 29 Abs. 2 BNDG lediglich voraus, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies zur Erfüllung der Aufgaben des BND (§ 1 Abs. 2 BNDG) oder der Bundesregierung erforderlich ist. Für eine Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden verlangt § 29 Abs. 3 BNDG

¹⁴⁴ Gärditz, DVBl 2021, 905 (908).

hingegen Tatsachen, die auf eine Notwendigkeit dessen zur Verfolgung schwerer Straftaten, etwa nach § 100b Abs. 2 StPO, schließen lassen. § 29 Abs. 7 BNDG regelt dann den Fall der Zweckänderung: Eine Weiterleitung von zur politischen Unterrichtung erhobenen Daten an operative Stellen wie Strafverfolgungsbehörden oder die Bundeswehr ist nur zur Abwendung unmittelbarer Gefahren für bedeutende Schutzgüter zulässig.

Dieses abgestufte Regelungssystem kommt auch bei § 30 BNDG zur Anwendung, allerdings teilweise verschärft wegen der besonderen Eingriffsintensität der Weitergabe ins Ausland und des damit einhergehenden Kontrollverlusts. So ist eine Übermittlung zwecks Strafverfolgung gem. § 30 Abs. 2 BNDG unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 BNDG, eine Weiterleitung an (nicht operativ tätige) Partnerdienste gem. § 30 Abs. 1 BNDG dagegen schon bei Notwendigkeit zur Aufgabenerfüllung möglich. Wieder ist eine Übermittlung nach Zweckänderung gem. § 30 Abs. 5 BNDG nur zur Abwehr unmittelbarer Gefahren für bedeutende Schutzgüter möglich. Dem Kontrollverlust wird dadurch Rechnung getragen, dass anders als bei den Inlandsregelungen eine Weitergabe an andere (nicht öffentliche) Stellen (§ 29 Abs. 6 BNDG) gem. § 30 Abs. 4 BNDG einer noch einmal höheren Eingriffsschwelle unterliegt und dem BND in § 30 Abs. 6-9 BNDG strengere Prüfpflichten und Übermittlungsverbote auferlegt werden.

4. Weitergehende Kooperation mit Partnerdiensten

Wie schon nach der alten Rechtslage ist auch die weitergehende Kooperation mit Partnerdiensten besonders geregelt (§§ 31 ff. BNDG). Diese Zusammenarbeit ist in zwei Richtungen denkbar. So kann der BND einerseits von Partnerdiensten erhobene Daten verarbeiten (§ 32 Abs. 1 BNDG), andererseits für ausländische Dienste spionieren und die Daten automatisiert an diese weiterleiten (§ 32 Abs. 3 und 4 BNDG).

Für beide Arten der Kooperation gilt, dass diese gem. § 31 Abs. 2 BNDG nur zur Früherkennung erheblicher Sicherheitsbedrohungen, zur Wahrung außenpolitischer Handlungsfähigkeit oder zur Sicherung der Aufgabenerfüllung des BND möglich ist und einem der in § 31 Abs. 5 BNDG aufgeführten bedeutenden Zwecke dient. Entsprechend der Vorgabe des BVerfG schließt § 31 Abs. 1 S. 2 und 3 BNDG einen Ringtausch mit den Kooperationspartnern aus. Einzelheiten der Kooperation (§ 31 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 und 2 BNDG) sind in einer Absichtserklärung festzulegen.

Ist der BND Empfänger der Daten, hat er gem. § 32 Abs. 1 S. 3 BNDG die gleichen Verarbeitungsverbote und Löschungspflichten zu beachten, die im Rahmen der Verarbeitung selbst erhobener Daten gelten. Darüber hinaus müssen die Kooperation

allgemein und die vom Partnerdienst verwendeten Suchbegriffe im Besonderen geeignet sein, die in der Absichtserklärung niedergelegten Zwecke zu erreichen.

Erhebt und übermittelt der BND Daten, so gelten umfangreichere spezielle Anforderungen an seine Tätigkeit. Vor jeder Kooperation, die Übermittlungen seitens des deutschen Auslandsgeheimdienstes zum Gegenstand hat, muss dieser gem. § 31 Abs. 4 Nr. 3 BNDG auf eine Zusicherung des Partnerdienstes bestehen, mit den Daten grundrechtskonform umzugehen und etwaigen Auskunfts- bzw. Löschungsverlangen Folge zu leisten. Werden Suchbegriffe ausländischer Dienste zur Erhebung verwendet, hat der BND diese gem. § 32 Abs. 3 BNDG automatisiert einerseits auf ihre Zielgenauigkeit, andererseits auf ihre Ungefährlichkeit in Bezug auf die versehentliche Erhebung von Kernbereichsdaten bzw. solchen aus Vertraulichkeitsbeziehungen hin zu überprüfen. Eine automatisierte Weiterleitung erhobener Inhalte muss gem. § 32 Abs. 4 BNDG unterbleiben, wenn eine vorherige, wiederum automatisierte Prüfung ergibt, dass der Datensatz Informationen aus Inlands- oder Deutschenkommunikation, dem Kernbereich privater Lebensgestaltung oder Vertraulichkeitsbeziehungen enthält oder eine Übermittlung den nationalen Interessen der BRD zuwiderlaufen würde.

Ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Kooperationspartner die genannten Vorschriften missachtet, so hat der BND gem. § 32 Abs. 2 BNDG auf zukünftige Compliance zu bestehen und bei fortgesetzter Zuwiderhandlung die Kooperation zu beenden.

5. Kontrolle und Rechtsschutz

Das neue Regelwerk wird komplettiert durch die Neuaufstellung der Rechtskontrolle. Diese auszuüben ist gem. § 30 BNDG Aufgabe des Unabhängigen Kontrollrats (UKR), bestehend aus einem gerichtsähnlichen (GKO) und einem administrativen Kontrollorgan (AKO).

Ersterer ist gem. § 42 BNDG für die Rechtmäßigkeitskontrolle in den verschiedenen Verfahrensschritten zuständig, wobei Grundrechtseingriffe von besonderer Intensität und grundlegende Entscheidungen gem. § 42 Abs. 1 BNDG einer Vorabkontrolle unterliegen. Das GKO setzt sich gem. §§ 43 Abs. 1, 3 und 4, 45 Abs. 1 BNDG aus für jeweils zwölf Jahre gewählten und vorher am BGH bzw. dem BVerwG tätigen Richtern zusammen und ist gem. § 41 Abs. 3 BNDG nicht weisungsgebunden.

Das AKO nimmt nach § 51 BNDG eine Lückenfüller- und Aufklärerrolle ein, indem es Entscheidungen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle der Zuständigkeit der GKO auf ihre Rechtmäßigkeit hin prüft und im Falle einer erfolglosen Beanstandung gegenüber dem BND Streitfragen dem GKO zur Entscheidung vorlegen kann.

Abgesehen davon, dass die Mitglieder gem. § 53 BNDG sicherheitsüberprüfte deutsche Staatsbürger sein müssen, ist die Zusammensetzung des AKO nicht geregelt.

Durchsetzungsfähigkeit verleiht der Gesetzgeber dem UKG auf zweierlei Art und Weise: Die Organe sind einerseits gem. § 57 BNDG mit ausreichend Sachmitteln und Personal auszustatten, andererseits vom BND verpflichtend bei ihren Ermittlungen zu unterstützen, indem etwa gem. § 56 Abs. 3 und 4 BNDG unbegrenzter räumlicher und informationstechnischer Zugang zu gewähren oder ihnen gegenüber wahrheitsgemäß und vollständig Auskunft zu erteilen ist.

Mit Blick auf die Wahrung der Vertraulichkeit internationaler Zusammenarbeit sind die Mitglieder des UKR gem. § 54 BNDG zu lebenslanger und strenger Geheimhaltung verpflichtet.

II. Kritische Würdigung

Das BVerfG hat der Legislative mit seinem detaillierten Urteil über weite Strecken kaum Spielräume bei der grundrechtlichen Einhegung der AAFA gelassen. So lässt sich feststellen, dass die Novelle in vielerlei Hinsicht die Anforderungen des BVerfG verbaliter übernimmt, etwa bei der Ausfilterung besonders geschützter Kommunikation nach § 19 Abs. 7 BNDG. Dennoch sieht sich das Änderungsgesetz dort, wo dem Gesetzgeber Raum für eigene Ausgestaltung zugestanden wurde, der Kritik ausgesetzt.

1. Struktur

Die zentrale Botschaft des Urteils war: Art. 10 GG und andere Grundrechte entfalten auch Schutz zugunsten von Ausländern im Ausland. Dass der Gesetzgeber dies nicht zum Anlass genommen hat, das damit obsolet gewordene Nebeneinander aus G10-Gesetz und BNDG¹⁴⁵ aufzugeben, nimmt der Novellierung nicht nur jedes strukturelle Ebenmaß, sondern ist dogmatisch irreführend.

2. Unzureichender Schutz für Ausländer

Inhaltlich wird die Novelle den Anforderungen des Urteils über weite Strecken gerecht, sie begegnet aber auch Bedenken. Zweifelhaft ist etwa der Inländerschutz in sämtlichen Verfahrensschritten. Von Überwachungsmaßnahmen besonders

¹⁴⁵ Vgl. [BDI, Stellungnahme zum Referentenentwurf v. 25.11.2020 für ein Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes, 3.12.2020](#) (Stand: 21.12.2021), S. 3; [bitkom, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes](#) (Stand: 21.12.2021), S. 2; [Gärditz, DVBl 2021, 905 \(906, 913\)](#); [Wetzling/Vieth, Erste Reaktionen auf den Ref-E des Bundeskanzleramtes zur Novelle des BNDG, 1.10.2020](#), S. 2.

abgeschirmt sind gem. § 19 Abs. 7 Nr. 3 BNDG (und über zahlreiche Verweisungen) „sich im Bundesgebiet aufhaltende Personen“. Die Formulierung birgt zwei Unstimmigkeiten: Zunächst erfährt durch sie jeder, der sich auf deutschem Staatsgebiet aufhält, gleichwertigen Schutz. Dies ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht gefordert, wobei es dem Gesetzgeber selbstredend freisteht, in dieser Hinsicht den Inländerschutz strenger als vorgegeben auszugestalten. Doch ist die Regelung paradox, bedenkt man, dass damit sämtlichen dauerhaft in der BRD lebenden Ausländern, halten sie sich gerade nicht auf deutschem Staatsgebiet auf, ein solcher qualifizierter Schutz verwehrt wird.¹⁴⁶ In der Praxis wäre also ein türkischer Staatsbürger in den frühen Minuten seines ersten Aufenthalts in Deutschland bessergestellt als ein Landsmann, der seit Jahrzehnten in Deutschland beheimatet ist, sich im Zeitpunkt der TKÜ aber auf Familienbesuch in der Türkei aufhält. Angesichts dessen, dass letzterem Betroffenen im selben wenn nicht sogar höheren Maße operative Eingriffe drohen, kann diese Regelung der Rechtsprechung des BVerfG, welche die Wahrscheinlichkeit operativer Schritte als Maßstab an die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen anlegt, in keiner Weise genügen.

3. Definition des Journalisten

Im Bereich besonders geschützter Kommunikation liegt ein weiteres Spannungsfeld: die Definition des Journalisten in § 21 Abs. 1 BNDG. Der Gesetzgeber verweist hierzu auf die StPO, genauer auf § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO. Dies ruft Kritik hervor, bestehe doch zwischen dem Strafprozess und der AAFA eine „funktionale Divergenz“¹⁴⁷, die eine bloße Verweisung zweifelhaft erscheinen lasse. Daran, dass die Ratio der Schutzvorschriften des Zeugnisverweigerungsrechts und der TKÜ-Beschränkungen nicht deckungsgleich ist, bestehen keine Zweifel. Doch liegen der Sinn und Zweck des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO wie auch der des § 31 Abs. 1 BNDG letztlich darin, die vertrauensvolle Kommunikation zwischen Journalisten und Informanten und mithin die Freiheit der Presse (und anderer Medien) insgesamt zu schützen.¹⁴⁸ Ob der Austausch dadurch belastet wird, dass man eine Offenlegung in einem Strafverfahren fürchtet oder eine geheimdienstliche Aushorchung des Kommunikationsvorgangs, die Folge bleibt dieselbe: die Einschüchterung des Journalisten und seiner Kontaktperson. Es ist nicht ersichtlich, welche konkreten Friktionen mit dieser Verweisung einhergehen sollen. Die gewählte Regelungstechnik überzeugt umso mehr, sieht man sich die Alternative an: eine

¹⁴⁶ Vgl. Gärditz, DVBl 2021, 905 (907).

¹⁴⁷ Gärditz, DVBl 2021, 905 (907 f.).

¹⁴⁸ Zu § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO Bader, in: Karlsruher Kommentar StPO, 8. Aufl. 2019, § 53 Rn. 27.

Definition aus dem BNDG selbst wäre nachvollziehbar nicht wenigen Berufsträgern suspekt.¹⁴⁹

In jedem Fall birgt die voraussetzungsarme Abschirmung des Journalisten eine erhebliche Gefahr: Zu erwarten ist, dass Zielpersonen von geheimdienstlichem Interesse sich in den Schutz der Berufszugehörigkeit flüchten. Es ist nicht einzusehen, wieso angeblichen Journalisten, die ihrer Arbeitsweise nach in erster Linie als Propagandisten etwa einer Terrorgruppe oder staatlich kontrollierter Medien (z.B. des festland-chinesischen CCTV) agieren, besonderer Schutz zukommen sollte.¹⁵⁰ Der Gesetzgeber hat dieser in ihrer Intensität beachtlichen Divergenz zur StPO nicht Rechnung getragen. Umso wichtiger ist, dass der BND an dieser Stelle keine unangebrachte Zurückhaltung übt und der UKR, erfährt er von einem solchen Sachverhalt, im Wege der teleologischen Reduktion von einer Beanstandung oder Untersagung der TKÜ-Maßnahme absieht.

4. Mangelnde Durchsetzungsfähigkeit des UKR

Gerade wegen seiner entscheidenden Rolle für die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen verdienen auch die Vorschriften zum neuen UKR eine kritische Überprüfung.

Bereits das BVerfG hat mit der Eignungsvoraussetzung der Erfahrung und juristischen Kompetenz zur Besetzung des GKO nicht nur den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausgangspunkt stark überdehnt, sondern insbesondere mit dem ersten Merkmal auch das Rekrutierungsfeld erheblich verkleinert. Umso mehr überrascht es, dass der Gesetzgeber den engen Spielraum, den der Erste Senat ihm eingeräumt hatte, nicht etwa nutzte, sondern im Gegenteil mit der Beschränkung auf erfahrene Richter am BGH oder BVerwG (§ 43 Abs. 2 BNDG) die denkbar strengste Variante wählte.¹⁵¹ Die Ratio dessen – die kompetente und damit auch schlagkräftige Rechtskontrolle – liegt auf der Hand, die Notwendigkeit, den Personenkreis der Befähigten derart klein zu halten, hingegen nicht. Dass das Organ inzwischen durch das PKGr vollständig gewählt wurde,¹⁵² mag auch an der gem. § 46 BNDG nicht unerheblich höheren Besoldung im Vergleich zum Richteramt liegen.¹⁵³

Diese der Effektivität dienende Begrenzung der Befähigten ist umso unverständlicher, wenn man einen genaueren Blick auf das Arsenal der

¹⁴⁹ *Graulich*, GSZ 2021, 121 (124).

¹⁵⁰ *Graulich*, GSZ 2021, 121 (124); *Gärditz*, DVBl 2021, 905 (907 f.).

¹⁵¹ Vgl. *Graulich*, GSZ 2021, 121 (128).

¹⁵² [Pressemitteilung des PKGr v. 21.05.2021](#) (Stand: 21.12.2021).

¹⁵³ *Graulich*, GSZ 2021, 121 (128).

Durchsetzungsinstrumente wirft, das dem UKR durch die Novelle an die Hand gegeben wird. So weit die Kompetenzen vor allem des GKO auch reichen, die Möglichkeiten der Organe, ihrer gesetzlichen Rolle verfahrensrechtlich Geltung zu verschaffen, sind schnell erschöpft. Zwar ist das voraussetzungsarme Recht auf Akteneinsicht und Zugang zu Dienststellen und informationstechnischen Systemen aus § 56 Abs. 2 und 3 BNDG für die gründliche Ermittlungsarbeit wesentlich, gerade mit Blick auf die umfangreichen Protokollierungspflichten des BND in verschiedenen Verfahrensschritten (z.B. §§ 21 Abs. 3 S. 3, 22 Abs. 2 S. 2, 35 Abs. 3 S. 2, 36 Abs. 2 S. 2 BNDG). Auch sind Mitarbeiter gem. § 56 Abs. 4 BNDG zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage verpflichtet. Im Unterschied zu Gerichten und dem PKGr ist der UKR aber mangels besonderer Strafbarkeit wegen falscher uneidlicher Aussage hilflos, wenn dem nicht Folge geleistet wird.¹⁵⁴ Gänzlich ohnmächtig ist das Organ, wenn es Sachverständige oder ausländische Mitarbeiter anderer Geheimdienste – beides mitunter bedeutende Informationsquellen zur Bewertung grundrechtlich zweifelhafter Sachverhalte – befragen will. Das Gesetz sieht dies schließlich an keiner Stelle als solches, geschweige denn eine Wahrheitspflicht dieser Personen vor.¹⁵⁵ Dass der BND beamtenrechtlich gegen die eigenen Mitarbeiter vorgehen kann, ist als intransparente und damit unzuverlässige Binnenkontrolle nicht geeignet, ein Verfahrensrecht des UKR zu ersetzen.

E. Fazit und Ausblick

Sicherheitspolitische Relevanz ist in einem Rechtsstaat kein Freibrief für eine unkontrollierte Tätigkeit. Das hat das BVerfG mit dem Urteil zur AAFA deutlich gemacht. Der Gesetzgeber ist mit der inhaltlichen Neuaufstellung der AAFA-Regelungen dem Auftrag des Ersten Senats – abseits der genannten Schwächen – überwiegend gerecht geworden. In struktureller Hinsicht wurde jedoch die Chance auf eine stimmige Neuordnung des BND-Rechts verpasst.

Nicht nur deswegen wird auch nach dieser Novelle keine Ruhe in die stetige Diskussion über die grundrechtliche Umgrenzung nachrichtendienstlicher Befugnisse einkehren. Bereits der Gesetzesentwurf sah sich Beanstandungen verschiedener Interessenverbände ausgesetzt¹⁵⁶ und viele dieser Bedenken wurden

¹⁵⁴ *Graulich*, GSZ 2021, 121 (128); *Gärditz*, DVBl 2021, 901 (912).

¹⁵⁵ *Graulich*, GSZ 2021, 121 (128 f.); *Gärditz*, DVBl 2021, 901 (911).

¹⁵⁶ [Amnesty International, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes, 17.02.2021](#) (Stand: 21.12.2021); [BRAK, Stellungnahme Nr. 79/2020](#) (Stand: 21.12.2021); [LTO, Interview mit Ulf Buermeyer \(GFF\), 14.04.2021](#) (Stand: 21.12.2021); [Reporter ohne Grenzen, Stellungnahme zum Referentenentwurf des](#)

im Laufe des Verfahrens nicht ausgeräumt. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber bei all der auf mehr Kontrolle zielenden Kritik die Balance findet zu einer Flexibilität, die notwendig ist, um auch in Zukunft die Sicherheit Deutschlands, seiner Bürger und seiner Alliierten zu gewährleisten und erfolgreiche Zugriffe gegen ernstzunehmende Bedrohungen wie in Köln-Chorweiler zu ermöglichen.

Suchmaschinen zwischen Grundrechts- berechtigung und Grundrechtsverpflichtung

Manja Hauschild*

Abstract: Suchmaschinen gewinnen als Mittel zur Informationsbeschaffung stetig an Macht. Im Internet stehen private Nutzer privaten Anbietern gegenüber, welche diese Informationsbeschaffung regulieren. Der EuGH und der DSGVO-Gesetzgeber sahen in diesem Kontext die Notwendigkeit, privaten Anbietern neben einer Grundrechtsberechtigung auch eine -verpflichtung aufzuerlegen, um die Achtung der Grundrechte privater Nutzer auch im Internet zu garantieren. Im folgenden Aufsatz werden diese Entscheidung und ihre praktische Umsetzung dargestellt und diskutiert.

A. Einleitung

Im digitalen Zeitalter sind Suchmaschinen als Garant für den weltweiten Zugang zu Informationen und für die Nutzbarkeit der schier unermesslichen Datenmengen nicht mehr wegzudenken. Allein durch sie kann die gewaltige Anzahl an Informationen im Internet von der breiten Masse der Internetnutzer¹ zielgerichtet durchsucht werden. Eine universelle Verfügbarkeit von Informationen wäre ohne sie nicht vorstellbar.² Suchmaschinen werden deshalb auch als „Gatekeeper“ der Informationsgesellschaft bezeichnet.³

Im Internet stehen sich daher vor allem mächtige private Internetdienste-Anbieter und einzelne private Nutzer in einem globalen Rechtsraum gegenüber. Damit hat sich die klassische Konfrontationslinie der Grundrechtskonflikte gedreht: Im Internet bestehen sie nicht mehr nur vertikal zwischen Staat und Bürgern, sondern immer häufiger auch horizontal zwischen Privaten.⁴ Das klassische

* Die Autorin legte die Erste Juristische Prüfung im Termin 2020/I ab und absolviert seit November 2021 den juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht Leipzig.

¹ Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet, gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

² Stumpf, Das Recht auf Vergessenwerden, 2017, S. 35 f.

³ Stumpf, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 34.

⁴ Pöschl, VVDStRL 74 (2015), 405 (408).

Grundrechtskonzept, bei dem einzig der Staat als Antwort auf sein Gewaltmonopol grundrechtsverpflichtet ist und allein seine Bürger grundrechtsberechtigt sind, scheint daher für den globalen Rechtsraum Internet und für das Verhältnis zwischen Suchmaschinen und Internetnutzern nicht auszureichen.⁵ Somit stellt sich die Frage, wie im Internet im Hinblick auf Suchmaschinen effektiver Grundrechtsschutz gewährleistet werden kann.

Eine Möglichkeit bestünde darin, die wachsende Bedeutung von Internetkonzernen auch mit einem Mehr an Pflichten zu begleiten und neben dem Staat daher auch z.B. Suchmaschinen zu Grundrechtsverpflichteten zu machen.⁶ Dies bietet sich an, je eher diese öffentliche Aufgaben übernehmen und somit staatsähnlich handeln.⁷ Diesen Ansatz verfolgten auch der Gesetzgeber der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und der EuGH im Rahmen des *Rechts auf Vergessenwerden*: Sie verpflichteten Suchmaschinen dazu, die Persönlichkeitsrechte der in Suchergebnissen erwähnten Personen zu achten und übertrugen ihnen die Aufgabe, die Grundrechte der Betroffenen gegen die der Internetnutzer abzuwägen und gegebenenfalls Links aus den Ergebnissen zu löschen. Sie machten Google als privates Unternehmen somit zu einer Art Richter.⁸

Ein solche Gleichsetzung mit dem Staat ist jedoch nicht unproblematisch angesichts des Widerspruchs, dass Google als privates Unternehmen damit gleichzeitig grundrechtsberechtigt und grundrechtsverpflichtet wäre. Zudem ist Google nicht demokratisch legitimiert und auch rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze sind bei einem Abwägungsprozess durch Private in keiner Weise gesichert.⁹

Im Folgenden soll dieses Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung, in dem sich Suchmaschinen befinden, näher beleuchtet werden. Dazu wird zunächst erläutert, inwieweit das klassische Verhältnis der Grundrechtsberechtigung der Bürger und -verpflichtung des Staates bzw. der Europäischen Union (nicht) zur Übertragung auf den Rechtsraum Internet geeignet ist (B.). Anschließend wird anhand des Rechts auf Vergessenwerden gezeigt, wie die Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen durch den EuGH und die DSGVO in der EU ausgestaltet wurde, welche Kritik es daran gibt und wie Google diese Verpflichtung praktisch umgesetzt hat (C.) Zuletzt wird untersucht, welche Probleme sich aus der Grundrechtsverpflichtung von privaten Suchmaschinen

⁵ Pöschl, VVDStRL 74 (2015), 405 (449 f.).

⁶ Engeler, netzpolitik.org v. 18.09.2018 (Stand 25.12.2021).

⁷ Eichenhofer, DuD 2016, 84 (87).

⁸ Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, 2019, S. 99.

⁹ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, 2017, S. 91 f.

ergeben können und ob es Alternativen zur Adressatenstellung der Suchmaschinen bzw. zur konkreten Ausgestaltung dieser geben kann, die trotzdem einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleisten (D.).

B. Spezifität der Grundrechtsbeeinträchtigung und -verpflichtung im Internet

Das Internet weist bestimmte Charakteristika auf, die einen spezifischen Einfluss auf die Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung der darin handelnden Akteure haben. Diese können zu Defiziten der Grundrechtsfunktionen führen, wie im Folgenden dargelegt wird.

Für das im Verhältnis zu Suchmaschinen behandelte Recht auf Vergessenwerden ist vor allem der sog. Ewigkeitseffekt des Internets relevant. Anders als dem menschlichen Erinnerungsvermögen wird dem Erinnern im Internet eine Unfehlbarkeit zugeschrieben, die es unmöglich machen soll, sich von einmal begangenen Fehlern zu lösen.¹⁰ Durch die erst von Suchmaschinen geschaffene Möglichkeit, das Internet durch die bloße Namenseingabe gezielt nach Informationen über den Namensträger zu durchsuchen, muss dieser weltweit und beständig um das Wiederaufleben von Informationen aus seiner Vergangenheit fürchten.¹¹ Während Zeitungen eine durchschnittliche Auflage von 10.000 - 100.000 Stück haben, recherchieren täglich Millionen von Menschen im Internet. Dies eröffnet eine neue Dimension der Verletzung der Privatsphäre.¹² Zugleich verursachen Datenlöschungen höhere Kosten und höheren Aufwand als die andauernde Speicherung. Eine solche „Ökonomie des digitalen Erinnerns“ steht im Widerspruch zum Recht auf Vergessenwerden.¹³ Diese internetspezifische Gefährdung kann durch traditionell anerkannte Ausprägungen von Grundrechten nicht erfasst werden, weswegen es neuer, auf das Internet zugeschnittener Ausprägungen bedarf.¹⁴

Zu den allgemeinen Charakteristika des Internets, die die Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung beeinflussen, zählen zunächst die im Internet vorherrschende Anonymität und Unkörperlichkeit. Diese verleiten zur Negierung von Verantwortung, erschweren Sanktionsmöglichkeiten und schmälern den Respekt vor

¹⁰ *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 41.

¹¹ *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn, 2014, S. 142; *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 37.

¹² *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZD 2015, 149.

¹³ *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 43.

¹⁴ *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn, S. 150.

fremden Grundrechten, wie z.B. Persönlichkeitsrechten.¹⁵ Hinzu kommen die Globalität und Ubiquität des Internets: Handlungen im Internet wirken sich generell global aus. Jedoch ist das Internet weder ein einheitlicher Kultur- noch Rechtsraum. Deswegen laufen nationale und sogar unionsrechtliche Rechtsdurchsetzungsmechanismen häufig leer, wenn der Schädiger einem anderen Rechtsregime unterliegt. Die Möglichkeit der Internet-Dienstleister, intensiv auf das Leben der Bürger eines Staates einzuwirken, ohne dort physisch anwesend zu sein, fordert das traditionelle Grundrechtskonzept heraus, da es zur Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung über eine Staats- bzw. Unionsaußengrenze hinaus keine eindeutigen Antworten hat.¹⁶

Auch das Zurückverfolgen eines Inhalts zu einer Person ist durch das schnelle und vielfache Teilen durch andere Personen sowie durch die Pluralität potenzieller Grundrechtsstörer, wie etwa Staaten, Provider, Suchmaschinenbetreiber, die Internet-Gemeinde und Serverbetreiber, oft nicht möglich. Diese Dezentralität erschwert somit die Verantwortungszuweisung für Grundrechtsverletzungen.¹⁷ Aus der traditionell klaren bipolaren Grundrechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat ist eine multipolare Unklarheit geworden, in der der Grundrechtsstörer zu verschwinden scheint.¹⁸

Den stärksten Einfluss auf die Zuordnung von Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung im Internet hat aber das Charakteristikum der Staatsferne, also der Umstand, dass kaum staatlich beherrschte Räume im Internet existieren. Der Staat ist somit zumeist dritter Akteur im Verhältnis von Nutzer und Anbieter. In ihrer räumlich-gegenständlichen Funktion sind Grundrechte aber auf die staatliche Gewährleistung eines öffentlichen Raumes angewiesen, welcher durch den ausschließlich privaten Charakter des Internets und die zunehmende Rolle der Anbieter als dessen „Gatekeeper“¹⁹ keine Entsprechung findet. Grundrechte können im Internet daher vor allem über die Drittwirkung mittels Ausstrahlung ins Privatrecht wirken.²⁰ Beispiele wie Cybermobbing, die Löschung von Beiträgen durch soziale Netzwerke oder Suchmaschinen und Bedrohungen des Datenschutzes zeigen, dass Grundrechte als Abwehrrechte im Internet zunehmend an Bedeutung verlieren, weil diese Eingriffe in Persönlichkeitsrechte und die Meinungsfreiheit

¹⁵ *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014, S. 125.

¹⁶ Vgl. *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (423 f.).

¹⁷ *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (446 f.); *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 126, 147.

¹⁸ *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (408).

¹⁹ Vgl. *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 35 f.

²⁰ *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 120 ff.

nicht staatlich initiiert sind, sondern von privater Seite ausgehen.²¹ Diese Intermediäre²² haben durch ihre Informationsmacht, ihr Kapital und ihr Monopol eine mächtige Stellung erlangt, aus der heraus sie staatenähnlich agieren: Sie gründen Tochtergesellschaften in Staaten mit niedrigen Schutzstandards und kooperieren mit deren Regierungen.²³ Dieses immer größer werdende Machtungleichgewicht zwischen global agierenden Akteuren und privatem Nutzer erleichtert die Verletzung fremder Individualrechte und erschwert die Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflicht.²⁴

Die Betrachtung dieser Charakteristika zeigt, dass die Prämissen, auf denen das traditionelle Konzept der Grundrechte beruht – nämlich dass diese das Verhältnis zwischen Staat und Bürger regeln, eine Antwort auf das Gewaltmonopol sind und der Staat seine Macht im eigenen Territorium ausübt – durch das Internet relativiert und infrage gestellt werden.²⁵ Dies macht eine Fortentwicklung der grundrechtlichen Wirkungsdimensionen zwingend.²⁶ Die Grundrechtsverpflichtung von Intermediären wie etwa Suchmaschinen oder die Ausweitung staatlicher Schutzmaßnahmen könnten dabei Umgangsformen mit den Defiziten der Grundrechtsfunktionen sein.

C. Grundrechtsrelevante Konstellationen bezüglich Suchmaschinen

I. Überblick einzelner Konstellationen

Im Laufe der letzten beiden Jahrzehnte wurde bereits über eine Vielzahl von Konstellationen mit Beteiligung von Suchmaschinen, die eine Grundrechtsrelevanz aufweisen, gerichtlich entschieden. Im Bereich der allgemeinen Suchmaschinen verfügt Google in Deutschland derzeit über einen Marktanteil von knapp 95 %. Der Rest verteilt sich v.a. auf Bing! bzw. Suchmaschinen, die auf Ergebnisse von Bing! oder Google zurückgreifen. Weltweit hält Google die überwältigende Marktmacht von 92 % inne. Hier verteilt sich der Rest auf Bing!, Baidu (China) und Yandex

²¹ *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 134, 141 f.

²² Intermediäre sind im Allgemeininteresse tätige private Rechtsnormschöpfer, denen der Einzelne unentrinnbar unterworfen ist. Dies sind typischerweise Gruppierungen mit realer sozialer Macht, denen eine rechtliche oder faktische Monopolstellung zukommt, vgl. *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 75.

²³ *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (423 f.).

²⁴ *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 120.

²⁵ *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (449 ff.).

²⁶ *Schliesky/Hoffmann/et al.*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 147.

(Russland).²⁷ Diese Verhältnisse spiegeln sich auch in den Gerichtsentscheidungen wieder, weshalb folgend v.a. auf Google Bezug genommen wird.

Die meisten Konstellationen betreffen entweder den Bereich des geistigen Eigentums oder den der Persönlichkeitsrechte bzw. des Datenschutzes.

Im Bereich des geistigen Eigentums gibt es zunächst Fälle, die sich mit sogenannten Adwords auseinandersetzen.²⁸ Adwords sind Suchwörter, die bei ihrer Eingabe zu einer bestimmten, bei Google geschalteten Werbung in den Trefferlisten führen. Stellen diese Keywords eine Marke dar, ist ein Verstoß gegen Marken- oder Wettbewerbsrecht möglich, wenn damit eine Herkunftstäuschung einhergeht.²⁹ Weiterhin gibt es gerichtliche Auseinandersetzungen zu sog. Metatags,³⁰ also jenen Keywords, die im Quellcode einer Website enthalten sind, um bei ihrer Eingabe in die Suchmaschinen diese Website als Treffer gelistet zu bekommen. Auch hier können bestimmte Metatags eine rechtswidrige markenmäßige Verwendung darstellen.³¹ Auch über die Frage, ob die Anzeige eines Bildes in Originalgröße oder als Vorschaubild bei der Bildersuche gegen Urheberrecht verstößt, wurde gerichtlich verhandelt.³² Zudem wurde versucht, gegen Google ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage gerichtlich durchzusetzen, um die Vorschau von Beiträgen von Verlegern in den Trefferlisten zu unterbinden.³³ Dies hat zur Etablierung eines Leistungsschutzrechts auf EU-Ebene geführt.³⁴

Im Bereich des Persönlichkeitsrechts und Datenschutzes gibt es zunächst Fälle zur Autocomplete-Funktion, in denen es um einen Unterlassungsanspruch gegen Google bzgl. bestimmter Vervollständigungen bei Eingabe eines Namens in die Suchmaschinenleiste geht.³⁵ Hinsichtlich der sog. Snippets, setzten sich die Gerichte mit der Frage auseinander, inwieweit die automatische Generierung von kurzen Textauszügen in Trefferlisten eine Tatsachenbehauptung von Google darstellt und somit möglicherweise eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, die zu einer

²⁷ Meyer/Rempe, K&R 2020, 267.

²⁸ EuGH, Urt. v. 23.03.2010 - verb. Rs.C-236/08 u. C-238/08 -, [ECLI:EU:C:2010:159](#); BGH, [Urt. v. 12.03.2015 - I ZR 188/13](#).

²⁹ Meyer/Rempe, K&R 2016, 308 (309); Meyer/Rempe, K&R 2018, 217 (218).

³⁰ EuGH, Urt. v. 11.07.2013 - C-657/11 -, [ECLI:EU:C:2013:516](#); BGH, [Urt. v. 09.11.2017 - I ZR 134/16](#).

³¹ Meyer/Rempe, K&R 2017, 303 (305).

³² BGH, [Urt. v. 29.04.2010 - I ZR 69/08](#); [Urt. v. 21.09.2017 - I ZR 11/16](#); Meyer/Rempe, K&R 2017, 303 (305).

³³ Meyer/Rempe, K&R 2015, 222 (228 f.); Meyer/Rempe, K&R 2019, 221 (228).

³⁴ Richtlinie (EU) [2019/790](#) v. 19.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

³⁵ BGH, [Urt. v. 14.05.2013 - VI ZR 269/12](#); Meyer/Rempe, K&R 2015, 222 (227).

Löschpflicht führen kann.³⁶ Zudem gibt es zahlreiche Fälle in Bezug auf Nutzerbewertungen.³⁷ Bei diesen galt es zu entscheiden, ob sie zulässige Werturteile oder Tatsachenäußerungen darstellen, die von Suchmaschinen auf ihre Richtigkeit überprüft und ggf. gelöscht werden müssen, oder ob es gegen diese einen Auskunftsanspruch bzgl. des Verfassers der Bewertung geben kann.³⁸ Hinsichtlich der Weitergabe von Nutzerdaten an die USA hat der EuGH eine solche von Google als unzulässig beurteilt.³⁹ Zudem gelingt es Google bis heute nicht, seine Rechtstexte so zu gestalten, dass sie rechtlicher Überprüfung standhalten würden, was zu mehreren Gerichtsverfahren und Bußgeldern geführt hat.⁴⁰ Des Weiteren gibt es diverse gerichtliche Entscheidungen,⁴¹ bei denen unter dem Schlagwort „Recht auf Vergessenwerden“ über die Pflicht einer Suchmaschine zur Löschung bestimmter persönlichkeitsrechtsverletzender Webseiten aus der Ergebnisliste einer Namenssuche entschieden wurde.⁴²

Hinsichtlich der Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung von Suchmaschinen zeigt sich, dass es sich in Fällen, die das geistige Eigentum betreffen, ausschließlich um Zwei-Parteien-Verhältnisse handelt. Hier kommt Google als dritte Partei daher keine Grundrechtsverpflichtung zu, die sich in Form von Lösch- und Abwägungspflichten zwischen Grundrechten der beiden anderen Parteien äußern würde. Außerdem prüft der EuGH in diesen Fällen nicht direkt Grundrechte, sondern nur Verordnungen und Richtlinien, die sich – anders als die Datenschutzrichtlinie – allesamt inhaltlich nicht direkt auf Grundrechte beziehen.⁴³ Folglich eignen sich die

³⁶ OLG Köln, [Urt. v. 25.01.2018 - I-15 U 56/17](#); OLG Saarbrücken, [Urt. v. 11.04.2018 - 5 U 49/17](#); *Meyer/Rempe*, K&R 2015, 222 (227); *Meyer/Rempe*, K&R 2019, 221 (227).

³⁷ BGH, [Urt. v. 01.03.2016 - VI ZR 34/15](#); [Urt. v. 14.01.2020 - VI ZR 496/18](#); OLG Nürnberg, [Urt. v. 13.11.2018 - 3 W 2064/18](#).

³⁸ *Meyer/Rempe*, K&R 2020, 267 (271).

³⁹ EuGH, [Urt. v. 06.10.2015 - C-362/14 -](#), [ECLI:EU:C:2015:650](#); *Meyer/Rempe*, K&R 2016, 308 (312).

⁴⁰ KG Berlin, [Urt. v. 21.03.2019 - 23 U 268/13](#); *Meyer/Rempe*, K&R 2020, 267 (273); *Meyer/Rempe*, K&R 2019, 221 (228).

⁴¹ EuGH, [Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -](#), [ECLI:EU:C:2014:317](#); [Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -](#), [ECLI:EU:C:2019:773](#); [Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -](#), [ECLI:EU:C:2019:772](#); BVerfG, [Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17](#); BGH, [Urt. v. 27.02.2018 - VI ZR 489/16](#).

⁴² *Meyer/Rempe*, K&R 2015, 222 (225 f.).

⁴³ EuGH, [Urt. v. 23.03.2010 - verb. Rs.C-236/08 u. C-238/08 -](#), [ECLI:EU:C:2010:159](#); [Urt. v. 11.07.2013 - C-657/11 -](#), [ECLI:EU:C:2013:516](#); [Urt. v. 12.09.2019 - C-299/17 -](#), [ECLI:EU:C:2019:716](#); siehe Richtlinie [2006/114/EG](#) v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung; Richtlinie [98/34/EG](#) v. 22.06.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften; Erste Richtlinie [89/104/EWG](#) v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; Richtlinie [84/450/EWG](#) v. 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung; sowie Verordnung (EG) [Nr. 40/94](#) v. 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke.

Fälle bzgl. des geistigen Eigentums nur wenig, um das Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung bzgl. Suchmaschinen zu verdeutlichen.

Hinsichtlich der Fälle mit Bezug zum Persönlichkeitsrecht und Datenschutz zeigen sich Drei-Parteien-Verhältnisse nur in den Konstellationen betreffend die Nutzerbewertungen, das Recht auf Vergessenwerden und teilweise die Snippets. In diesen Verhältnissen kommt der Suchmaschine somit u.U. eine Grundrechtsverpflichtung in Form von Abwägungs- und Löschpflichten zu, die über eine mittelbare Drittwirkung der Richtlinien und Verordnungen hinausgehen kann. Von diesen Konstellationen ist das Recht auf Vergessenwerden die einzige, über die schon auf deutscher Verfassungsebene und europäischer Ebene entschieden wurde. Zudem hat der EuGH in diesen Fällen sowohl Grundrechte herangezogen, als auch eine Richtlinie, die sich direkt auf Grundrechte bezieht.⁴⁴ Daher bietet sich das Recht auf Vergessenwerden zur Darstellung des Spannungsverhältnisses zwischen Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung bei Suchmaschinen an.

II. Das Recht auf Vergessenwerden

1. Etablierung des Rechts auf Vergessenwerden im europäischen Rechtssystem

Mit der stetig zunehmenden Datenmenge im Internet wurde seit Anfang der 2000er Jahre in Politik und Rechtswissenschaft über die Notwendigkeit eines Rechts auf Löschung der eigenen personenbezogenen Daten gegenüber Webseiten- oder Suchmaschinenbetreibern, sofern deren Speicherung nicht mehr erwünscht oder erforderlich war, debattiert.⁴⁵ Dieses Recht wurde überwiegend als sog. Recht auf Vergessenwerden⁴⁶ betitelt, wobei diese Terminologie nicht unumstritten war.⁴⁷ Im Zuge dieses Prozesses präsentierte die EU-Kommission 2012 den Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung, die die bereits 1995 erlassene und als veraltet geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ablösen sollte. Der mit „Recht auf

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#) Rn. 3, 68 f.

⁴⁵ *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 7: v.a. durch das Werk von *Mayer-Schönberger*, *Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, 2009, auf den auch der Begriff des Rechts auf Vergessenwerden zurückgeht.

⁴⁶ Im weiteren Verlauf der Arbeit als RVw abgekürzt.

⁴⁷ *Hornung/Hoffmann*, JZ 2013, 163 (164); *Kühn/Karg*, ZD 2015, 61 f.: die Bezeichnung als Recht auf Vergessenwerden wurde v.a. wegen der technischen Unmöglichkeit eines vollständigen Vergessens nur bei Entfernung einer Webseite aus der Trefferliste einer Suchmaschine kritisiert. Stattdessen wurden Bezeichnungen wie Recht auf Löschung, auf Nicht-Indexierung, auf erschwertes Auffinden, auf Auslistung, oder auf digitalen Neustart bevorzugt.

Vergessenwerden und auf Löschung“ betitelte Art. 17 DSGVO-E (Kommission) enthielt jedoch lediglich gesteigerte Informationspflichten über die Weitergabe von personenbezogenen Daten, aber keine eigenständigen Pflichten zur Löschung.⁴⁸

Im gleichen Jahr erreichte den EuGH eine Vorlagefrage des spanischen Gerichts *Audiencia Nacional*, die sich wortwörtlich auf ein Recht auf Vergessenwerden bezog. Vorausgegangen war die Beschwerde eines Spaniers bei der spanischen Datenschutzbehörde AEPD darüber, dass nach Eingabe seines Namens bei Google Search zwei Links zu Online-Archiven einer spanischen Zeitung angezeigt wurden. Diese enthielten die namentliche Bekanntmachung über eine Zwangsversteigerung aus dem Jahr 1998, wegen Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Beschwerdeführer. Daraufhin ordnete die AEPD gegenüber Google Spain SL und Google Inc. an, die Links zu entfernen, wogegen diese klagten.⁴⁹

In der Rechtssache *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (Google Spain)* kam der EuGH 2014 zu folgendem Urteil: Er stellte zunächst fest, dass das Durchsuchen, Indexieren und Erstellen der Ergebnislisten durch Suchmaschinenbetreiber eine Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.d. Art. 2 lit. b RL 95/46/EG darstelle.⁵⁰ Für diese Art der Datenverarbeitung sei zudem der Suchmaschinenbetreiber und nicht der Webseitenbetreiber verantwortlich i.S.d. Art. 2 lit. d RL 95/46/EG. Denn der Suchmaschinenbetreiber würde über den Zweck und die Mittel der Datenverarbeitung entscheiden und ohne Suchmaschinen würden viele Daten gar nicht erst aufgefunden werden, womit ihre Tätigkeit im Vergleich zu den Webseitenbetreibern einen intensiveren Grundrechtseingriff darstellen könne.⁵¹ Auch den räumlichen Anwendungsbereich der RL 95/46/EG (Art. 4 Abs. 1 lit. a), der eine Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung voraussetzt, sah der EuGH als eröffnet an, obwohl ausschließlich die amerikanische Google Inc. Daten verarbeitet und die spanische Niederlassung Google Spain SL für

⁴⁸ Spindler, JZ 2014, 981 (989).

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#) Rn. 14–20.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#) Rn. 28; zustimmend Kühling, EuZW 2014, 527 (528); Lang, K&R 2014, 449; Streinz, JuS 2014, 1140 (1141); Spindler, JZ 2014, 981 (982); Ziebarth, ZD 2014, 394 (395, 397); ablehnend Arning/Moos/Schefzig, CR 2014, 447 (449 f.); Leupold, MR-Int 2014, 3 f.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#) Rn. 33–41; zustimmend Lang, K&R 2014, 449 f.; ablehnend Trentmann, CR 2017, 26 (27).

diese nur Werbeflächen vermarktet.⁵² Damit dehnte der EuGH erstmals die Anwendbarkeit der RL 95/46/EG auf Unternehmen außerhalb der EU aus.

Weiterhin stellte der Gerichtshof fest, dass der Anspruch auf Löschung (Art. 12 lit. b RL 95/46/EG) und das Widerspruchsrecht des Betroffenen (Art. 14 Abs. 1 lit. a RL 95/46/EG) so auszulegen seien, dass ein Suchmaschinenbetreiber zur Wahrung der RL 95/46/EG dazu verpflichtet sein kann, von der Ergebnisliste einer Namenssuche Links zu Internetseiten Dritter mit Informationen zu dieser Person zu entfernen. Dies gelte auch für Fälle, in denen die Informationen auf den Webseiten an sich rechtmäßig sind und kein gleichzeitiges Löschersuchen beim Webseitenbetreiber erfolgt ist.⁵³

Zudem sei im Rahmen der Art. 12 lit. b, 14 Abs. 1 lit. a RL 95/46/EG zu prüfen, ob die betroffene Person ein eigenes Recht darauf hat, dass Informationen über sie nicht mehr in der Ergebnisliste ihrer Namenssuche angezeigt werden. Diese Prüfung müsse im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Privatrechts (Art. 7 GRC) und des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC) erfolgen. Der EuGH stellte heraus, dass durch die bedeutende Rolle von Suchmaschinen in der modernen Gesellschaft und durch die Ubiquität des Internets schon der strukturierte Überblick über das Privatleben einer Person in einer Trefferliste einen schweren Grundrechtseingriff darstellen kann.⁵⁴ Wegen seiner potenziellen Schwere könne solch ein Eingriff daher grundsätzlich nicht mit dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers und dem Interesse der Öffentlichkeit an Informationen gerechtfertigt werden.⁵⁵ Im Einzelfall könne die Abwägung jedoch anders ausfallen, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Person bestehen würde.⁵⁶ Dies verneinte der EuGH im vorliegenden Fall und erkannte daher einen Löschantrag gegen Google an.⁵⁷

Mit *Google Spain* wurde damit kein neues Grundrecht auf Vergessenwerden geschaffen, da dies ein im Internet technisch unrealistisches Recht auf Löschung bei

⁵² EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#) Rn. 60: der EuGH führte zur Begründung aus, dass erst die Vermarktung der Werbeanzeigen den Suchmaschinenbetrieb rentabel machen würde und dass ansonsten die praktische Wirksamkeit der RL 95/46/EG gefährdet wäre; ablehnend *Piltz*, K&R 2014, 566 (567); *Trentmann*, CR 2017, 26 (27); zustimmend *Spindler*, JZ 2014, 981 (985); *Lang*, K&R 2014, 449 (450).

⁵³ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 88; zustimmend *Lang*, K&R 2014, 449 (451); ablehnend *Grimm* laut Konferenzbericht von *Engel*, GRUR Int 2014, 1030 (1032).

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 80 f.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 81.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 97.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C-131/12 -, [ECLI:EU:C:2014:317](#), Rn. 98.

allen Anbietern implizieren würde. Der EuGH hat jedoch zumindest durch die Löschverpflichtung der Suchmaschinenbetreiber einen Teilaspekt dieses Rechts bestätigt.⁵⁸ Er hat somit einen Meilenstein gesetzt, hinter dem auch der europäische Gesetzgeber bei der Reform des Datenschutzrechtes nicht zurückbleiben konnte, ohne gegen die Grundrechte-Charta zu verstoßen.⁵⁹

So trägt der finale Art. 17 der am 17. Mai 2016 in Kraft getretenen und seit dem 25. Mai 2018 geltenden DSGVO⁶⁰ folgenden Titel: Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“). Inhaltlich umfasst Art. 17 Abs. 1 DSGVO neben einem Recht auf Löschung nun auch eine Pflicht des Datenverarbeiters zur Löschung, mit welcher naturgemäß auch Prüf- und Kontrollpflichten einhergehen.⁶¹ Das Recht auf Löschung setzt einen der in Art. 17 Abs. 1 lit. a-f DSGVO enumerierten Lösungsgründe voraus: die nicht mehr notwendige Datenverarbeitung (lit. a), welche als Lösungsgrund bereits durch *Google Spain* bestätigt wurde. Diese Notwendigkeit kann auch durch Widerruf der Einwilligung entfallen (lit. b) sowie durch den Widerspruch des Betroffenen (lit. c). Dieser ist an das Widerspruchsrecht aus Art. 21 DSGVO gekoppelt, der eine gegenüber der RL 95/46/EG nun abgesenkte Darlegungs- und Beweislast⁶² des Betroffenen vorsieht. Auch die Unrechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (lit. d) ist ein Lösungsgrund, welcher aber keine Neuerung darstellt.⁶³ Die die Unrechtmäßigkeit konkretisierenden Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 6 Abs. 1 DSGVO greifen das Regel-Ausnahme-Abwägungs-Prinzip des EuGH nicht auf. Dies zeigt, dass der Verordnungsgeber, anders als der EuGH, nicht von einem grundsätzlichen Vorrang der Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte gegenüber anderen Grundrechten ausgeht.⁶⁴ Weitere Lösungsgründe sind die zur Erfüllung von Unions- oder mitgliedstaatlichen Verpflichtungen erforderliche Löschung (lit. e) und die Verarbeitung aufgrund einer im Kindesalter abgegebenen Einwilligung (lit. f.).

Den Lösungsgründen aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO stehen die Ausschlussgründe aus Art. 17 Abs. 3 DSGVO gegenüber, wobei im Suchmaschinen-Kontext insbesondere die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung bedeutsam ist (lit. a). Ob Suchmaschinen sich ihrer Rechtsnatur nach überhaupt auf die Meinungsfreiheit berufen und daher i.R.d. lit. a eine Löschung ablehnen könnten, ist

⁵⁸ *Spindler*, JZ 2014, 981 (990).

⁵⁹ *Nolte*, NJW 2014, 2238 (2242); *Lang*, K&R 2014, 449.

⁶⁰ Verordnung (EU) [2016/679](#) v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr.

⁶¹ *Trentmann*, CR 2017, 26 (30).

⁶² Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a RL 95/46/EG.

⁶³ Vgl. Art. 12 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. a RL 95/46/EG.

⁶⁴ *Trentmann*, CR 2017, 26 (31).

umstritten.⁶⁵ Jedenfalls wird lit. a. aber nicht als Medienprivileg, sondern nur als deklaratorischer Hinweis auf einen Abwägungsprozess verstanden.⁶⁶ An dieser Stelle soll auch das Informationsinteresse des Nutzers mit einfließen.⁶⁷ Eine Neuerung besteht darüber hinaus in der in Art. 17 Abs. 2 sowie Art. 19 DSGVO konkretisierten Informationspflicht des Suchmaschinenbetreibers gegenüber dem dritten Datenverarbeiter.

Eine weitere Ausdifferenzierung treffen die Öffnungsklauseln der Art. 23, 85 DSGVO. Diese erlauben eine von Art. 17 DSGVO abweichende mitgliedstaatliche Regelung unter den dort normierten Voraussetzungen. Die DSGVO stärkt die Durchsetzungskraft des Rechts auf Vergessenwerden zudem, indem sie u.a. für einen Verstoß gegen Art. 17 DSGVO gem. Art. 83 Abs. 5 lit. b DSGVO eine Geldbuße von bis zu 20 Mio. Euro bzw. 4 % des Jahresumsatzes vorsieht.

Hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereiches des EU-Datenschutzrechts wurde das in *Google Spain* bereits angedeutete Marktortprinzip⁶⁸ in Art. 3 Abs. 2 DSGVO normiert. Es wurde sogar gegenüber dem Urteil unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 lit. a, b DSGVO dahingehend erweitert, dass der Datenverarbeiter nicht einmal mehr eine Niederlassung in der EU betreiben muss.⁶⁹

Die DSGVO lässt sich daher hinsichtlich des Rechts auf Vergessenwerden insgesamt primär als leichte Ausdifferenzierung und Kodifizierung der bisherigen Rechtslage einordnen.

Im September 2019 entschied der EuGH zwei weitere Sachverhalte zum Recht auf Vergessenwerden, diesmal auf Vorlage des französischen *Conseil d'État*. Der EuGH prüfte die Vorlagefragen nach der zum Zeitpunkt der Einreichung noch gültigen RL 95/46/EG, berücksichtigte mit Blick auf die Zukunft aber auch die DSGVO.⁷⁰ Im ersten Fall⁷¹ ging es um die Verarbeitung von besonderen Kategorien

⁶⁵ Siehe Teil C.II.2.

⁶⁶ *Trentmann*, CR 2017, 26 (35).

⁶⁷ *Pollmann*, DuD 2020, 365 (366).

⁶⁸ Es löst das in der RL 95/46/EG geltende Territorialprinzip ab, wonach das Datenschutzrecht des Landes galt, in dem die verantwortliche Stelle ihren Sitz hatte, vgl. *Brauneck*, EuZW 2019, 494 ff.

⁶⁹ *Trentmann*, CR 2017, 26 (29): Ob die globale Reichweite eines Löschungsanspruchs allerdings so weit geht, dass ein Recht auf Nichtindexierung auch für Domains außerhalb der EU besteht, klärt die DSGVO nicht.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -, [ECLI:EU:C:2019:773](#) Rn. 33; Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -, [ECLI:EU:C:2019:772](#) Rn. 41.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -, [ECLI:EU:C:2019:773](#).

personenbezogener Daten⁷² und die Frage, ob für Suchmaschinenbetreiber insoweit besondere Anforderungen zu beachten sind. Der EuGH stellte eine grundsätzliche Pflicht zur Löschung bei entsprechendem Auslistungsantrag fest, wenn die Links personenbezogene Daten besonderer Kategorien enthalten. Eine Ausnahme würde nur bei „unbedingter Erforderlichkeit“ der Berücksichtigung der Informationsfreiheit in Frage kommen.⁷³ Damit hat der EuGH den Vorrang des Persönlichkeitsrechts gegenüber anderen Rechten bei dieser Datenkategorie noch weiter hervorgehoben. Der EuGH hat zudem in diesem Fall die Verpflichtung von Suchmaschinen gegenüber *Google Spain* noch erweitert, indem er ihnen eine sehr umfassende Einzelfallabwägung auferlegt hat (zeitliche Hinsicht, Einzelumstände, Art und Schwere von Straftaten, zu denen Informationen in Ergebnislisten von Namenssuchen verlinkt sind)⁷⁴ und eine redaktionelle Tätigkeit bzgl. der Positionierung von Treffern verlangt hat, sodass sie den aktuellen Stand eines Verfahrens wiedergeben.⁷⁵

Im zweiten Fall ging es um die Auslegung der RL 95/46/EG hinsichtlich der geografischen Reichweite des Rechts auf Vergessenwerden. Der EuGH musste entscheiden, wo ein Suchmaschinenbetreiber bei Stattgabe eines Auslistungsantrags die Auslistung vorzunehmen hat: in allen weltweiten Versionen der Suchmaschine, in allen mitgliedstaatlichen, oder nur in der desjenigen Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde.⁷⁶ Der EuGH erkannte zwar an, dass der Zugriff von Internetnutzern außerhalb der Union auf bestimmte Links auch innerhalb der Union Auswirkungen auf die betreffende Person haben kann.⁷⁷ Er verneinte aber eine weltweite Auslistungspflicht in Anbetracht der in Drittstaaten oft anders ausfallenden Abwägung von Grundrechten gegeneinander und des häufigen Fehlens eines Rechts auf Vergessenwerden.⁷⁸ Mit Blick auf ein gleichmäßiges und hohes

⁷² Vgl. Art. 8 Abs. 1 RL 95/46/EG: Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen sowie Daten über Gesundheit oder Sexualleben.

⁷³ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -, [ECLI:EU:C:2019:773](#), Rn. 68 f.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -, [ECLI:EU:C:2019:773](#), Rn. 77.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-136/17 -, [ECLI:EU:C:2019:773](#), Rn. 78; kritisch *Meyer/Stakowski*, K&R 2019, 677 (679), welche die Wahrnehmung einer redaktionellen Verpflichtung von Suchmaschinen als nicht praxistauglich ansehen; *Ukrow*, ZD 2020, 36 (43), der mangels finanzieller Verkraftbarkeit solcher Tätigkeiten eine Verfestigung der Monopolstellung von Google befürchtet.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -, [ECLI:EU:C:2019:772](#), Rn. 43.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -, [ECLI:EU:C:2019:772](#), Rn. 57.

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -, [ECLI:EU:C:2019:772](#), Rn. 59–65: der Gerichtshof wies aber auf die im Einzelfall bestehende Möglichkeit der Verpflichtung zur weltweiten Auslistung durch mitgliedstaatliche Aufsichts- und Justizbehörden hin, da die DSGVO dies

Datenschutzniveau in der EU als Ziel der DSGVO bejahte er allerdings die Pflicht zur Auslistung in allen Mitgliedstaaten.⁷⁹ Zudem verpflichtete er den Suchmaschinenbetreiber, den Auslistungsanspruch mit hinreichend wirksamen Maßnahmen umzusetzen, was in der Praxis wohl durch das Geoblocking von IP-Adressen umgesetzt werden dürfte.⁸⁰

2. Kritik an der praktischen Konkordanz des EuGH

Das Meinungsspektrum zu *Google Spain* teilte sich schnell in zwei Lager. Im Datenschutzrecht wurde das Urteil mit Hoffnung auf einen effektiveren Persönlichkeitsschutz als „Meilenstein“ und „Rückkehr des Rechts“ gewürdigt,⁸¹ ansonsten wurde aber vor allem die Grundrechtsabwägung in der Literatur überwiegend kritisch bewertet:

Ansatzpunkt dafür war zunächst die unzureichende Einbeziehung der Grundrechtspositionen aller Beteiligten in den Abwägungsprozess.⁸² So erkannte der EuGH neben den Rechten des Betroffenen aus Art. 7, 8 GRC lediglich abstrakt das wirtschaftliche Interesse des Suchmaschinenbetreibers und das Interesse der Öffentlichkeit auf Informationszugang an, ohne jedoch zu erwähnen, dass auch diese durch die Charta geschützte Grundrechte nach Art. 16 bzw. Art. 11 Abs. 1 GRC darstellen.⁸³

Zudem bezog der EuGH die Medien- und Meinungsfreiheit der Webseitenbetreiber nach Art. 11 Abs. 1, 2 GRC in keiner Weise mit ein. Er verkannte dabei, dass es auch zur Meinungsfreiheit gehört, gefunden werden zu können,⁸⁴ was angesichts der Nutzungsgewohnheiten des Internets mittels Suchmaschine bei einer Auslistung praktisch nicht mehr der Fall ist⁸⁵, und auch das Verbreiten von Meinungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit gedeckt ist. Er ließ weiterhin hinsichtlich der Medienfreiheit außer Acht, dass diese auch den Vertriebsweg schützt. Sofern sich

auch nicht verbieten würde. Jedenfalls für eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung von *effet utile* und Nichtinterventionsgebot: *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 17 Rn. 37.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 24.09.2019 - C-507/17 -, [ECLI:EU:C:2019:772](#) Rn. 66, 73; zustimmend *Pollmann*, DuD 2020, 365 (367).

⁸⁰ *Lang*, CB 2019, 491 (492): Trotz Eingabe eines Dritt-Domainnamens (z.B. [www.google.us](#)) werden bestimmte Treffer nicht angezeigt, wenn die IP-Adresse aus der EU stammt. Zweifelnd an der Effektivität des Geoblockings: *Pollmann*, DuD 2020, 365 (367).

⁸¹ *Nolte*, NJW 2014, 2238; *Kühling*, EuZW 2014, 527 passim.

⁸² *Arning/Moos/Schefzig*, CR 2014, 447 (452 f.); *Streintz*, JuS 2014, 1140 (1142); *Wimmers*, AfP 2015, 202 (209); *Ziebarth*, ZD 2014, 394 (397).

⁸³ *Arning/Moos/Schefzig*, CR 2014, 447 (451).

⁸⁴ *Ziebarth*, ZD 2014, 394 (397); kritisch *Kühn/Karg*, ZD 2015, 61 (65), die ein originäres verfassungsrechtliches Recht auf Auffindbarkeit in einer Ergebnisliste verneinen.

⁸⁵ *Arning/Moos/Schefzig*, CR 2014, 447 (452).

Webseitenbetreiber also dafür entscheiden, ihre Seite durch den Suchalgorithmus von Google auffinden zu lassen und die Auffindbarkeit über Google dann beseitigt wird, liegt ein Eingriff in die Medienfreiheit vor.⁸⁶

Der EuGH setzte sich ferner nicht mit einer möglichen Medien- oder Meinungsfreiheit der Suchmaschinenbetreiber auseinander. In Teilen der Literatur wird eine Berufung der Suchmaschinenbetreiber zumindest auf die Medienfreiheit als zwingend angesehen – diese könnten sich auf ein datenschutzrechtliches Medienprivileg⁸⁷ berufen.⁸⁸ Begründet wird dies mit der Vergleichbarkeit zur Tätigkeit von Verlegern, Grossisten und Zeitungsboten.⁸⁹ Vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung von Suchmaschinen für den Informationszugang werden zumindest eine abzuschwächende Medienprivilegierung oder abgestufte Formen der Datenverantwortlichkeit oder eine Einstufung als „Hilfsunternehmen der Medien“ gefordert.⁹⁰ Jedenfalls hätte der EuGH hierzu Stellung beziehen müssen.

Mit dieser eindimensionalen datenschutzrechtlichen Herangehensweise des EuGH, die nur die Grundrechtspositionen des Betroffenen und des Datenverarbeiters gegeneinander abwägt, verkennt der EuGH, dass es sich eigentlich um ein Vierecksverhältnis zwischen Betroffenen, Suchmaschinen, Webseiten und Informationssuchenden handelt. Insofern ist Google für seine schwerwiegende zukünftige Verpflichtung, die verschiedenen Grundrechtspositionen gegeneinander abzuwägen, nicht hinreichend auf deren Vielseitigkeit durch den EuGH sensibilisiert worden.

Ein weiterer Ansatzpunkt der Kritik an der praktischen Konkordanz des EuGH in *Google Spain* ist der bei Löschanträgen grundsätzliche Vorrang des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen gegenüber anderen Grundrechtspositionen. Stattdessen wird eine ausgewogene Balance zwischen Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrechtsschutz gefordert.⁹¹ Ansonsten bestehe die Gefahr, dass die

⁸⁶ *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 111: Dies sei vergleichbar mit einer Verbannung aus der Ladenauslage.

⁸⁷ Vgl. Art. 9 RL 95/46/EG, Art. 85 DSGVO.

⁸⁸ *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 115 f.; *Trentmann*, CR 2017, 26 (33); dagegen *Lewinski*, AfP 2015, 1 (3).

⁸⁹ *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 115 f.

⁹⁰ *Lewinski*, AfP 2015, 1 (5); *Masing, Verfassungsblog v. 14.08.2014* (Stand 25.12.2021); *Paal/Hennemann*, K&R 2017, 18 (19); *Spindler*, JZ 2014, 981 (988).

⁹¹ *Lewinski*, AfP 2015, 1 (2); *Masing, Verfassungsblog v. 14.08.2014* (Stand 25.12.2021); *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 122; *Stumpf*, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 233; ferner *Grimm* laut Konferenzbericht von *Engel*, GRUR Int. 2014, 1030 (1032); dagegen für den Vorrang des Persönlichkeitsrechts *Kühling*, EuZW 2014, 527 (529); *Lang*, K&R 2014, 449 (450); *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZD 2015, 149 (149).

mühsamen Errungenschaften der Rechtsprechung zum Verhältnis von Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht zulasten der Meinungsfreiheit hinfällig werden.⁹²

An der praktischen Konkordanz des EuGH wird ferner bemängelt, sie hätte zu wenig Kriterien für die Abwägung der Grundrechtspositionen vorgegeben und sei auch hinsichtlich dieses Prozesses zu unscharf.⁹³ Dagegen wird angeführt, dass der EuGH mit dieser Zurückhaltung lediglich seiner Rolle als Grundrechtsgericht gerecht wird, indem er nur grundrechtliche Mindeststandards schafft und damit auch der Lern- und Anpassungsfähigkeit des Rechts und der Gewaltenteilung Rechnung trägt.⁹⁴ Diese Position verkennt jedoch, dass Suchmaschinen als Rechtsanwender umgehend tätig werden mussten und nicht erst die Entwicklung ausdifferenzierter Abwägungskriterien durch nationale Gerichte abwarten konnten. Die mangelnde Ausdifferenzierung in *Google Spain* hat damit dazu geführt, dass Google als Privatunternehmen die Entwicklung der Abwägungskriterien selbst in die Hand genommen hat.

3. Praktische Umsetzung der Grundrechtsverpflichtung durch Suchmaschinen

Infolge des Urteils erreichten Google umgehend zahlreiche Löschanträge, weswegen bereits im Mai 2014 ein Löschformular⁹⁵ eingerichtet wurde, mit dem unter Angabe von Namen, URL und Begründung der Persönlichkeitsrechtsverletzung eine Löschung beantragt werden kann.⁹⁶ Eine Möglichkeit der betroffenen Webseitenbetreiber, gegen die Löschung ihrer Seite bei Google selbst oder vor Gericht vorzugehen, gibt es jedoch nicht.⁹⁷ Gelegentlich revidiert Google sein Abwägungsergebnis aber nach informellem Widerspruch durch die Webseitenbetreiber.⁹⁸

⁹² Lewinski, AfP 2015, 1 (2); [Masing, Verfassungsblog v. 14.08.2014](#) (Stand 25.12.2021); Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 123.

⁹³ Lang, K&R 2014, 449 (452); Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 98.

⁹⁴ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 213 ff.

⁹⁵ [Antragsformular](#) zur Entfernung personenbezogener Daten (Stand: 25.12.2021).

⁹⁶ Kühn/Karg, ZD 2015, 61 (62).

⁹⁷ Kritisch Lewinski, AfP 2015, 1 (3); Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 163, die als Äquivalent zum RVw ein „Recht auf Erinnern“ fordern, das eine Beschwerdemöglichkeit bei Google sowie gerichtliche Beiladung und Nebenintervention beinhaltet.

⁹⁸ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 164.

Vor dem Hintergrund der sehr unterschiedlichen Bewertungen von *Google Spain* initiierte Google einen unternehmenseigenen aus acht Experten verschiedener EU-Staaten bestehenden Beirat, der Empfehlungen zur Durchsetzung des Urteils geben sollte.⁹⁹ Dieser Beirat sprach sich im Ergebnis für eine Beurteilung der Löschanträge nach noch weiter ausdifferenzierten Kriterien aus, wie etwa die Rolle des Betroffenen im öffentlichen Leben, das Alter der Information, die Zuordnung der Information zur privaten oder öffentlichen Sphäre einer Person sowie die Art der Quelle.¹⁰⁰ Ähnlich lauteten auch die Einschätzung der Artikel-29-Datenschutzgruppe, einem unabhängigen Beratungsgremium der Kommission in Fragen des Datenschutzes¹⁰¹, sowie die speziell zu Art. 17 DSGVO 2019 entwickelten Leitlinien des europäischen Datenschutzausschusses, als deren Nachfolger.¹⁰²

In der Praxis weist Google bei einer Namenssuche – inzwischen pauschal – darauf hin, dass die Ergebnisliste möglicherweise aufgrund des europäischen Datenschutzrechtes unvollständig ist. Google wurde für diese Praxis vielfach kritisiert, weil die Gefahr besteht, dass Nutzer für Namenssuchen auf andere Suchmaschinen ausweichen oder Google und Online-Archive sog. Lumen-Datenbanken für aus den Ergebnislisten gelöschte Beiträge anlegen.¹⁰³

Sowohl der Lösch-Beirat, als auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe forderten Google auf, die verwendeten Kriterien und den Prozess einer Lösungsentscheidung transparent zu machen. Weiterhin verlangten sie detaillierte öffentliche Statistiken über die Anzahl und Art von Anträgen sowie ein anonymisiertes Verzeichnis über getroffene Entscheidungen.¹⁰⁴ Auch wenn Google angab, sich an die empfohlenen Abwägungskriterien zu halten, veröffentlichte das Unternehmen zunächst einen Transparenzbericht, der lediglich Aufschluss über die Ergebnisse der Entscheidungsfindung gab, ohne aber das zugrunde liegende

⁹⁹ *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZD 2015, 149.

¹⁰⁰ *Floridi et al.*, [Report of the Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten](#) v. 06.02.2015, S. 7–14.

¹⁰¹ Art. 29 Datenschutzgruppe, [Guidelines on the Implementation of the CJEU Judgment on Google Spain](#), 14/EN WP 225 v. 26.11.2014, S. 2.

¹⁰² Europäischer Datenschutzausschuss, [Guidelines on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR](#), (part 1), Version 2.0 v. 07.07.2020.

¹⁰³ So auch Art. 29 Datenschutzgruppe, [Guidelines on the Implementation of the CJEU Judgment on Google Spain](#), 14/EN WP 225 v. 26.11.2014, S. 3; *Arning/Moos/Schefzig*, CR 2014, 447 (454); *Meyer/Rempe*, K&R 2018, 217 (221).

¹⁰⁴ *Floridi et al.*, [Report of the Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten](#) v. 06.02.2015, S. 21; Art. 29 Datenschutzgruppe, [Guidelines on the Implementation of the CJEU Judgment on Google Spain](#), 14/EN WP 225 v. 26.11.2014, S. 3.

Vorgehen aufzuklären.¹⁰⁵ Daraufhin schrieben 80 Hochschullehrer aus verschiedenen Fachrichtungen im Mai 2015 einen offenen Brief an Google, indem sie beklagten, dass das stille und undurchsichtige Verfahren mit „minimaler Transparenz“ es unmöglich mache, die Streitigkeiten über Tauglichkeit und Anwendung des Rechts auf Vergessenwerden genau zu beurteilen.¹⁰⁶ Infolge der anhaltenden öffentlichen Kritik legte Google ergänzende Statistiken offen, aus denen zumindest einige Faktoren für eine Ablehnung von Löschanträgen sowie die Häufigkeiten entsprechender Fälle, Personengruppen und Zeitabstände hervorgehen.¹⁰⁷ Nach Stand des Transparenzberichts sind seit Mai 2014 bei Google 1.207.284 Löschanträge eingegangen. Dabei löschte Google nur knapp die Hälfte (48 %) der beantragten URLs aus den Ergebnissen.¹⁰⁸ Die vielfach geteilte Befürchtung, dass Google der Einfachheit halber allen Löschanträgen nachkommen würde, um Gerichtsverfahren und Haftungen zu entgehen,¹⁰⁹ hat sich somit nicht bestätigt.

D. Das Legitimationsproblem

I. Kritik der Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen

Mit der Verpflichtung, die Grundrechtspositionen der einzelnen Beteiligten bei Löschanträgen gegeneinander abzuwägen, kommt auf Google eine Aufgabe zu, die typischerweise die eines Richters ist. Dies wird in vielerlei Hinsicht als problematisch wahrgenommen.

Die Kritik bezieht sich dabei zunächst auf Rechtsstaatsdefizite, die durch eine mangelnde Leistungsfähigkeit Googles entstehen. Da Google i.d.R. keine Juristen mit der Abwägung betraut und keine umfassende Sachverhaltsermittlung der Umstände der Veröffentlichung auf der Webseite vornimmt, werden keine mit Gerichtsverfahren vergleichbaren Verfahrensstandards eingehalten. Weil Google die Prüfungsvorgänge und Abwägungskriterien nicht umfassend offenlegt, fehlt zudem eine staatliche Kontrolle über die Einhaltung der Vorgaben aus *Google Spain* und das Regulativ einer kritischen Öffentlichkeit. So findet das Transparenzgebot als

¹⁰⁵ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 169, 171.

¹⁰⁶ [Goodman/Powles, Open Letter to Google From 80 Internet Scholars: Release RTBF Compliance Data v. 14.05.2015](#) (Stand: 25.12.2021).

¹⁰⁷ [Google, Pressemitteilung v. 26.2.2018](#) (Stand: 26.12.2021); Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 216.

¹⁰⁸ [Google Transparenzbericht](#) (Stand: 26.12.2021).

¹⁰⁹ [Leupold, MR-Int 2014, 3 \(5\)](#).

konstituierendes Element rechtsstaatlicher Grundsätze keine Anwendung.¹¹⁰ Weiter wird bemängelt, dass Google Webseitenbetreiber nicht verfahrensrechtlich gleichberechtigt in die Entscheidung über Löschungen einbindet.¹¹¹ Diese werden weder vor der Entscheidung angehört, noch haben sie die Möglichkeit, bei Google, einer Datenschutzbehörde oder vor Gericht gegen einen stattgegebenen Löschantrag vorzugehen.¹¹² Somit entfällt in einem solchen Fall jede gerichtliche Überprüfung, sodass die Suchmaschine zur Letztentscheidungsinstanz über eine Grundrechtsabwägung wird.¹¹³ Damit ist es dem Suchmaschinenbetreiber in derartigen Konstellationen ohne weiteres möglich, missliebige Informationen unter dem Deckmantel des Persönlichkeitsschutzes zurückzuhalten.¹¹⁴ Schließlich wird bezweifelt, dass Google tatsächlich eine neutrale Entscheidungsinstanz darstellen kann.¹¹⁵ Als Privatunternehmen ist Google nämlich selbst grundrechtsberechtigt und verfolgt in erster Linie einen wirtschaftlichen Zweck. Auch wenn der EuGH Google dazu verpflichtet hat, die Abwägung zulasten der eigenen Unternehmensfreiheit vorzunehmen, steht eine Suchmaschine zwangsläufig im Verdacht, das Spannungsfeld zwischen eigener Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung gegenüber Betroffenen, Webseitenbetreibern und Nutzern zugunsten der eigenen Profitmaximierung aufzulösen.¹¹⁶

Neben dieser Kritik zu konkreten, mit der Abwägungsverpflichtung einhergehenden, Rechtsstaatsdefiziten wird auf struktureller Ebene die Grundrechtsverpflichtung von privaten Suchmaschinen sehr verschieden bewertet.

Auf der einen Seite wird hervorgehoben, dass die Abwägungsverpflichtung, die Google auferlegt wurde, nur noch formell als mittelbare Drittwirkung und als Wahrnehmung der Schutzpflicht durch den Gesetzgeber zu werten ist. Die Inanspruchnahme der Suchmaschinenbetreiber sei aber so weitreichend, dass sie ihrer Wirkung nach viel näher an eine unmittelbare Drittwirkung heranreife.¹¹⁷

¹¹⁰ *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 170.

¹¹¹ *Masing*, [Verfassungsblog v. 14.08.2014](#) (Stand 25.12.2021).

¹¹² *Hoffmann-Riem*, in: Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI), Das Recht auf Vergessenwerden, 2015, S. 50 (52).

¹¹³ *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 99 f.

¹¹⁴ *Hoffmann-Riem*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 50 (52).

¹¹⁵ *Lewinski*, AFP 2015, 1 (3); *Pollmann*, DuD 2020, 365 (366); *Tanriverdi*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 73 (74); *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 91 f., 166 f.

¹¹⁶ *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 166 f.; ähnlich *Steinbeis*, [Verfassungsblog v. 14.05.2014](#) (Stand 26.12.2021).

¹¹⁷ *Eichenhofer*, DuD 2016, 84 (87); *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 143.

Dies wird unterstützt durch die datenschutzrechtliche Einstufung des Suchmaschinenbetreibers als unmittelbar Verantwortlicher.¹¹⁸ Insoweit hätte der EuGH durch diese unmittelbare Grundrechtsverpflichtung der Suchmaschinenbetreiber mittels richterlicher Rechtsfortbildung den sachlichen Schutzbereich der Art. 7, 8 GRC erweitert, sofern man die Grundrechtsverpflichtung als schutzbereichsprägendes Element begreifen würde. Eine solche unmittelbare Drittwirkung durch richterliche Rechtsfortbildung komme aber erst zum Einsatz, wenn der Schutzgesetzgeber ausfällt.¹¹⁹ Digitalkonzerne unmittelbar an Grundrechte zu binden, hieße daher, dass der Staat sich jenem Schutzauftrag verweigert, die die Grundrechte eigentlich ihm auferlegen.¹²⁰

Der EuGH sei zwar bei *Google Spain* ersichtlich davon geleitet gewesen, seine Aufgabe des Grundrechtsschutzes auch gegenüber Wirtschaftskonzernen ernst zu nehmen, den europäischen Grundrechten mehr Durchschlagskraft zu verleihen und dadurch die Macht der Digitalkonzerne zu begrenzen.¹²¹ Dabei habe der EuGH jedoch das Gegenteil dessen erreicht. So habe allein Google die nötige Infrastruktur und Ressourcen für die Bearbeitung der Löschanfragen, während kleinere Suchmaschinen logistisch damit überfordert seien, was die Monopolstellung Googles noch verstärkt habe.¹²² Die herausragende Machtstellung von Google habe der EuGH zudem legitimiert, indem er Google zu einer privaten Schiedsinstanz mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen erhob und infolge der Grundrechtsverpflichtung mit staatlichen Stellen gleichsetzte. Vor dem Hintergrund der Funktion der Grundrechte als Gegengewicht zum Gewaltmonopol, bei dem nur der Staat Gewalt ausüben darf und im Gegenzug zur Achtung der Grundrechte verpflichtet ist, sei eine Verpflichtung von Digitalkonzernen nicht möglich, ohne sie gleichzeitig als der Staatsgewalt gleichgestellt anzuerkennen. Somit wäre die unmittelbare Grundrechtsverpflichtung der Digitalkonzerne nichts anderes als die Aufgabe des staatlichen Gewaltmonopols gegenüber diesen.¹²³ Zudem sei Google als Privatunternehmen für die Aufgabe einer Grundrechtsabwägung nicht demokratisch legitimiert.¹²⁴

¹¹⁸ Vgl. *Kühn/Karg*, ZD 2015, 61 (64); *Masing*, [Verfassungsblog v. 14.08.2014](#) (Stand 25.12.2021).

¹¹⁹ *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (450); *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 143.

¹²⁰ *Engeler*, [netzpolitik.org v. 18.09.2018](#) (Stand 26.12.2021).

¹²¹ *Masing*, [Verfassungsblog v. 14.08.2014](#) (Stand 25.12.2021).

¹²² *Heidrich*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, 32 (33); *Hoffmann-Riem*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, 50 (51).

¹²³ *Engeler*, [netzpolitik.org v. 18.09.2018](#) (Stand 26.12.2021).

¹²⁴ DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, Annex, S. 126.

Auf der anderen Seite wird die Grundrechtsverpflichtung der Suchmaschinenbetreiber im Hinblick auf deren Stellung als Intermediäre als gerechtfertigt angesehen.¹²⁵ Wird die Bindung des Staates an die Grundrechte mit deren notwendiger Abwehrfunktion gegenüber dem Träger des Gewaltmonopols begründet, so sei aufgrund der Monopolstellung Googles und der Machtposition, die Suchmaschinen für den Informationszugang zukommt, ein vergleichbarer Regulierungsbedarf gegeben.¹²⁶ Sogar eine unmittelbare Grundrechtsbindung erscheine umso eher angezeigt, je mehr die Netzmediäre öffentliche Aufgaben wahrnehmen und hierbei staatsähnlich handeln. Deren wachsende Bedeutung müsse auch mit einem Mehr an Pflichten begleitet werden.¹²⁷ Gerade im Datenschutzbereich gehe eine Gefährdung des Persönlichkeitsrechts ebenso von Privaten aus wie vom Staat, sodass gerade hier die Notwendigkeit einer besonders ausgeprägten Drittwirkung zu beachten sei.¹²⁸ Für eine Grundrechtsverpflichtung der Suchmaschinen spreche weiter, dass so auch die Einwirkungsmöglichkeiten des Staates auf Meinungsäußerung und Informationsbeschaffung auf ein Minimum beschränkt werden.¹²⁹ So sei es beispielsweise bei Pressestreitigkeiten unproblematisch, dass das Presseorgan bei potentiellen Unterlassungsansprüchen des Bürgers zunächst selbst prüft, ob die eigenen Interessen vorrangig sind und ob es ein Gerichtsverfahren in Kauf nehmen möchte.¹³⁰ Angesichts dessen, dass die Suchmaschinen mit den Daten ihrer Kunden viel Geld verdienen, sei es angemessen, wenn sie – und nicht der Staat – im Gegenzug die Kosten eines Löschverfahrens tragen würden.¹³¹ Hinsichtlich der Verfestigung der Machtstellung Googles sei zudem zu beachten, dass Google nicht um die Entscheidungsgewalt bei der Grundrechtsabwägung gebeten, sondern diese gerichtlich aufgezwungen bekommen habe.¹³²

Es bestünden aber nur dann keine erheblichen Bedenken gegen die Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen, wenn diesen lediglich eine

¹²⁵ Kühn/Karg, ZD 2015, 61 (64); Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 101 f.; Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 93 f.

¹²⁶ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 93.

¹²⁷ Eichenhofer, DuD 2016, 84 (87).

¹²⁸ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 143.

¹²⁹ Lewinski, AfP 2015, 1 (3).

¹³⁰ Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 101.

¹³¹ Vgl. Kühling, EuZW 2014, 527 (530); Ziebarth, ZD 2014, 394 (399).

¹³² Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 168.

Vorabentscheidung zukomme, die, egal ob eine Entfernung durchgeführt oder abgelehnt wurde, einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterliege.¹³³

II. Alternativen

Die Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen und deren jetzige Ausgestaltung sind nicht alternativlos, wie im Folgenden dargestellt werden soll.¹³⁴

Um eine Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen vollständig zu umgehen, kommt zunächst die Etablierung eines staatlichen Suchmaschinenmonopols in Betracht. Eine öffentlich-rechtliche Suchmaschine wäre leichter an rechtsstaatliche Vorgaben zu binden und könnte den Ausgleich divergierender Grundrechte besser erreichen als Private.¹³⁵ Jedoch würde damit auch ein staatliches Informationsauffindungsmonopol geschaffen werden, welches es mit Blick auf das Gebot der Staatsferne zur öffentlichen Meinungsbildung nicht geben darf.¹³⁶ Einer Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen bedarf es ferner auch nicht bei Einführung eines staatlichen Sperrregisters, in das berechtigte Sperrwünsche eingetragen werden und deren Berücksichtigung für Suchmaschinen verpflichtend wäre. Allerdings wäre auch bei diesem Modell die umfassende staatliche Aufsicht problematisch.¹³⁷ Zudem könnte man die Abwägung ausschließlich den Gerichten zuweisen. Dagegen spricht aber, dass die hohe Zahl der Löschanträge zu einer Überbeanspruchung der öffentlichen Gelder und Gerichte führen könnte.¹³⁸

So lässt sich sehen, dass die vollständige Umgehung der Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen nur möglich ist, wenn der Staat stattdessen die Aufgabe der Abwägung von Grundrechtspositionen wahrnimmt. Dies erscheint aber als äußerst problematisch angesichts der Datenkonzentration von Löschanträgen beim Staat und der Gefahr staatlicher Zensur, die damit einhergeht. Gerade im Hinblick auf das in manchen EU-Mitgliedstaaten (etwa Ungarn und Polen) weiter absinkende Grundrechtsschutzniveau¹³⁹ erscheint es fraglich, ob Google nicht vielleicht doch

¹³³ Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 102.

¹³⁴ Dabei wird allein auf justizielle und verfahrenstechnische Alternativen eingegangen. Daneben kommen aber auch technische Alternativen, wie der Einsatz implementierter Verfallsdaten (Spindler, JZ 2014, 981 [989]), DNS-Sperren und das Aussperren von Suchmaschinen-Crawlern (Arning/Moos/Schefzig, CR 2014, 447 [454]) in Betracht.

¹³⁵ Lewinski, AfP 2015, 1 (4 f.).

¹³⁶ Weismantel, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 183.

¹³⁷ Lewinski, AfP 2015, 1 (5); so hat die Einführung eines solchen Registers in Russland, dessen Vorgaben Google bis jetzt nicht nachkommt, zu massiver staatlicher Zensur geführt, Meyer/Rempe, K&R 2020, 267 (272).

¹³⁸ Milker, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 102.

¹³⁹ Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, COM (2020) 580 final v. 30.09.2020.

einen effektiveren Grundrechtsschutz bieten kann. Insofern ist nach Alternativen zu suchen, die den Abwägungsprozess bei Google belassen, aber unter rechtsstaatliche Kontrolle bringen.

In Betracht kommen dafür zunächst eine Entwicklung von konkreten und verbindlichen Abwägungskriterien durch den EuGH oder den EU-Gesetzgeber, was bis jetzt in *Google Spain* sowie in der Erarbeitung der DSGVO versäumt wurde.¹⁴⁰ Weiter müssten Suchmaschinenbetreiber i.R.d. Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten gesetzlich zu mehr Transparenz hinsichtlich des von ihnen durchgeführten Abwägungsprozesses und zur Einbeziehung der Webseitenbetreiber verpflichtet werden. Auch hierfür wäre die DSGVO der richtige Ort gewesen.¹⁴¹ Diese Vorgaben müssten dann mit dem Gewaltmonopol sichergestellt werden. Zur Gewährleistung einer umfassenden rechtsstaatlichen Kontrolle gab es zudem zahlreiche Stimmen für eine der Suchmaschinenentscheidung nachgeschaltete Streitbeilegungsinstanz.¹⁴² Im Auftrag des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI) wurden dazu verschiedene Modelle erarbeitet.¹⁴³ Im Ergebnis wurde von dem Expertengremium die Einrichtung einer staatlichen Schiedsstelle bevorzugt, deren Anrufung fakultativ, einem Gerichtsverfahren aber zwingend vorgeschaltet wäre. Diese solle vom Staat betrieben und finanziert werden und einer Behörde zugeordnet sein.¹⁴⁴ Dabei sei sie für die Unterbreitung eines Einigungsvorschlags zuständig, der bei Annahme durch die Parteien in Rechtskraft erwächst. Bei Widerspruch ist daraufhin ein Gerichtsverfahren möglich.¹⁴⁵ Eine solche Schiedsstelle hat den Vorteil, dass alle Beteiligten die Möglichkeit einer rechtsstaatlichen Überprüfung der Suchmaschinenentscheidung hätten.¹⁴⁶ Die Suchmaschine wäre also nur Letztentscheidungsinstanz, sofern alle Beteiligten mit ihrer Entscheidung einverstanden wären. So müssten auch staatliche Stellen nicht von allen Löschanträgen erfahren. Diese Möglichkeiten zur rechtsstaatlichen Kontrollierbarkeit der Entscheidungen der Suchmaschinenbetreiber würden die sich aus der Grundrechtsverpflichtung eines Privaten ergebenden Probleme zumindest

¹⁴⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 50 (51).

¹⁴¹ Vgl. *Milker*, Die Umsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ im deutschen Recht, S. 100.

¹⁴² *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZD 2015, 149 (150); *Lewinski*, AfP 2015, 1 (5); *Spindler*, JZ 2014, 981 (990); *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 177.

¹⁴³ *Spiecker*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 83 ff.

¹⁴⁴ Gerade die Datenschutzbehörden sollten aufgrund ihrer Eigenschaft als parteiliche Interessenvertreter der informationell Betroffenen aber nicht weiter einbezogen werden, *Lewinski*, AfP 2015, 1 (4).

¹⁴⁵ *Spiecker*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 85–88.

¹⁴⁶ *Spiecker*, in: DIVSI, Das Recht auf Vergessenwerden, S. 89; *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 181.

abmildern. Eine solche Streitbeilegungsinstanz ist jedoch trotz Ankündigung nach wie vor nicht umgesetzt worden.¹⁴⁷

E. Fazit

Indem der EuGH und der DSGVO-Gesetzgeber Suchmaschinen zur Achtung und Abwägung von Grundrechten verpflichteten, brachten sie sie in den Widerspruch, neben der eigenen Grundrechtsberechtigung nun auch grundrechtsverpflichtet gegenüber anderen zu sein. Dies ist mit dem traditionellen Grundrechtskonzept, nach dem der Staat als Antwort auf sein Gewaltmonopol grundrechtsverpflichtet ist und die Bürger im Gegenzug grundrechtsberechtigt sind, nicht vereinbar. Im Rechtsraum Internet stehen sich jedoch nicht mehr Staat und Bürger in einem umgrenzten Nationalstaat gegenüber. Stattdessen treffen Private in Form von für das Internet unverzichtbaren, monopolistischen Unternehmen wie Google auf andere ungeschützte Private in einem globalen Rechtsraum, in dem die Grenzen nationaler Rechtsordnungen kaum spürbar sind. Damit nehmen die Netzmediäre im Internet hinsichtlich ihrer Funktion und Dominanz immer mehr eine staatsähnliche Position ein. Eine solche Stellung von Privaten zu unterbinden, wäre Aufgabe der Staaten im Rahmen ihrer staatlichen Schutzpflicht und der Durchsetzung des Gewaltmonopols gewesen. Daher ist es richtig, dass eine Grundrechtsverpflichtung von privaten Suchmaschinen insofern grundsätzlich zu kritisieren ist, als dass sie eine Reaktion auf das Ausfallen des Schutzgesetzgebers ist. An erster Stelle wäre das staatliche Gewaltmonopol gegen Suchmaschinen durchzusetzen, anstatt sie als dem Staat gleichgestellt anzuerkennen und ihren Einfluss dadurch noch zu vergrößern. In Anbetracht dessen, dass sich das Internet aber inzwischen zu einem Rechtsraum entwickelt hat, der von extremen Machtungleichgewichten zwischen Privaten und von staatlicher Abwesenheit geprägt ist, erscheint eine Grundrechtsverpflichtung von Suchmaschinen an zweiter Stelle jedoch unumgänglich.

Für eine Grundrechtsverpflichtung der Suchmaschinen in Form der Abwägungsverantwortlichkeit bei Löschanträgen spricht auch, dass diese Aufgabe nicht ausschließlich von staatlichen Stellen übernommen werden sollte. Dies würde nämlich zu einer Datenkonzentration über Löschanträge bzgl. unliebsamer Informationen beim Staat führen und staatliche Zensur in Mitgliedstaaten mit Rechtsstaatsdefiziten erleichtern. Angesichts des Gebots der Staatsferne der Medien sollte diese Aufgabe daher zumindest teilweise bei den Suchmaschinen angesiedelt werden. Insofern ist die Übertragung der Lösch- und Abwägungspflichten an Suchmaschinen durch *Google Spain* und deren Konkretisierung und Kodifizierung in der DSGVO grundsätzlich positiv zu bewerten. Auch ist die Intention des EuGH

¹⁴⁷ Müller, horizont.net v. 27.05.2014 (Stand 26.12.2021).

zu begrüßen, Grundrechte gegenüber wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen und ihnen im Internet zu mehr Durchschlagskraft zu verhelfen. Zudem überzeugt das Ergebnis der durch den EuGH vorgenommenen Grundrechtsabwägung. Jedoch haben auf EU-Ebene sowohl die Rechtsprechung als auch der Gesetzgeber es versäumt, die Grundrechtsverpflichtung der Suchmaschinen rechtsstaatlich auszugestalten: So müssten sämtliche Grundrechte aller Beteiligten in die Abwägung einbezogen, den Suchmaschinenbetreibern mehr Kriterien für die Abwägung vorgegeben, diese zu Transparenz verpflichtet und Webseitenbetreiber verfahrensrechtlich mit einbezogen werden. Mit diesem Versäumnis haben EuGH und DSGVO-Gesetzgeber zu erheblichen Defiziten hinsichtlich rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze und effektivem Grundrechtsschutz aller Beteiligten beigetragen. Auf mitgliedstaatlicher Ebene wurden diese Defizite in Deutschland teilweise durch das BVerfG in *RaV II*¹⁴⁸ ausgeglichen.

Der Widerspruch zwischen gleichzeitiger Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung von privaten Suchmaschinen lässt sich nicht auflösen und ist in der heutigen Ausgestaltung des Rechtsraumes Internet unausweichlich. Seine negativen Folgen können und müssen aber zumindest reduziert werden, indem Suchmaschinen neben der Grundrechtsverpflichtung auch die Achtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze auferlegt wird und ihre Abwägungsentscheidungen von staatlichen Stellen, etwa einer nachgeschalteten Streitbeilegungsinstanz, kontrollierbar bleiben.

¹⁴⁸ BVerfG, [Beschl. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17](#).

Strafrechtlicher Schutz von Religionsgemeinschaften – noch zeitgemäß?

Jana Linnesch*

Abstract: Über die Abschaffung des § 166 StGB wurde in den letzten Jahren viel diskutiert. Im vorliegenden Aufsatz wird vor allem auf die verfassungsrechtliche Legitimation des Straftatbestands der Bekenntnisbeschimpfung und den rechtspolitischen Diskurs über dessen Existenzberechtigung in unserer säkularen, multikulturellen und pluralistischen Gesellschaft eingegangen. Ferner werden die Forderungen nach seiner Abschaffung rechtsvergleichend beleuchtet. Dabei offenbart sich die Haltung des Gesetzgebers zur Strafbarkeit von Blasphemie als Paradigma für weltanschauliche Grundfragen sowie die Reichweite des Strafrechts im Ganzen.

A. Einleitung

Im Jahr 2015 stürmten zwei bewaffnete Islamisten die Redaktionsräume der französischen Satire-Zeitschrift „Charlie Hebdo“ und erschossen zwölf Menschen, nachdem die Zeitschrift zuvor satirische Mohammed-Karikaturen abgedruckt hatte. Im Jahr 2020 wird der französische Geschichtslehrer Samuel Paty von einem 18-jährigen Schüler enthauptet, weil er ähnliche Zeichnungen zuvor im Unterricht zum Thema „Meinungsfreiheit“ gezeigt hatte.¹ Ist es der Schutz vor solchen Taten, welchen der Straftatbestand des § 166 StGB hierzulande erreichen will? Oder steht dessen Existenz mit einem säkularen, pluralistischen und multikulturellen Rechtsstaat wie Deutschland in fundamentalem Widerspruch?

Gemäß § 166 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich oder durch Verbreiten eines Inhalts den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Das Strafmaß ist Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Ebenso macht sich gemäß § 166 Abs. 2 StGB strafbar, wer öffentlich oder durch Verbreiten eines Inhalts eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaften oder

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Köln.

¹ Vosatka, [Mord in Paris: Ein Anschlag auf die Grundwerte der Aufklärung](#), Der Standard v. 18.10.2020 (Stand: 18.10.2020).

Weltanschauungsvereinigungen, ihre Einrichtungen oder Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Da die Vorschrift nicht nur in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreift, sondern je nach Art und Weise der Beschimpfung auch in die Meinungs-, Kunst- und Pressefreiheit, bedarf sie einer entsprechend starken verfassungsgestützten Rechtfertigung.

Im Folgenden wird zunächst auf die Genese der Norm (B.) eingegangen, ehe versucht werden soll, deren Schutzgut zu erfassen (C.). Ausgehend davon wird sowohl ihre verfassungsrechtliche Legitimation (D. und E.), als auch den darum entstandenen rechtspolitischen Diskurs (F.) im Spiegel eines Rechtsvergleichs (G.) eingehend gewürdigt, worauf ein kurzes Fazit folgt (H.).

B. Historische Entwicklung des § 166 StGB

Einen Straftatbestand des Gottesfrevels gab es bereits im Gesetzbuch des babylonischen Königs Hammurabi (gestorben 1686 v. Chr.).² Ursprünglich wurde die Gotteslästerung als Verletzung der Ehre Gottes aufgefasst. Durch die Idee der Aufklärung wandelte sich das Verständnis der Religionsdelikte von einem Schutz Gottes zur Verletzung religiöser Gefühle der Gläubigen. Heute gelten sie als Störung des öffentlichen Friedens.³

Seit dem ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1969⁴ besteht die heutige Fassung des § 166 StGB, der nicht mehr die „Gotteslästerung“ unter Strafe stellt, wie es im Reichsstrafgesetzbuch von 1871 der Fall war, sondern die „Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen“.

C. Schutzgut des § 166 StGB

Zu den Religionsdelikten gehört neben § 166 StGB auch § 167 StGB (Störung der Religionsausübung). Die Berechtigung beider Straftatbestände ist heute umstritten. Im Laufe der Zeit wurden drei Theorien entwickelt, die ihre Existenzberechtigung begründen sollen.

I. Gefühlsschutztheorie

Nach der Gefühlsschutztheorie sollen religiöse Gefühle und weltanschauliche Empfindungen des Einzelnen geschützt werden.⁵ Gefühle spielen im sozialen Leben

² Schmidhäuser, ZJS 2018, 403.

³ BT-Drucks. V/4094, S. 28; Rox, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012, S. 223; Schmidhäuser, ZJS 2018, 403 (411).

⁴ BGBl. I 1969, S. 645 ff.

⁵ Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, 2011, S. 82.

eine große Rolle, sie sind ein grundlegender Bestandteil unserer Identität⁶ und bilden damit den „Grundstoff unserer Existenz“⁷. Es ist jedoch unklar, was unter „religiösen Gefühlen“ zu verstehen sein soll.

Inhaltlich beziehen sich religiöse Gefühle auf das Heilige. Religionspsychologisch umfassen sie ekstatische Erfahrungen wie das „nicht fassbare, unaussprechliche Ergriffensein vom Heiligen und Numinosen“.⁸ Allerdings beschreiben Gläubige ihre auf das Heilige bezogenen Gefühle eher als Dankbarkeit, Geborgenheit, Vertrauen oder auch als Reue, Angst, Schuld oder Enttäuschung. Dabei muss bedacht werden, dass diese Gefühle stark subjektiv sind und sich von Mensch zu Mensch unterscheiden.

Es stellt sich weiterhin die Frage, wie solche Gefühle durch Äußerungen anderer verletzt werden können. Die Sanktionierung von Äußerungen, die die betroffenen Gläubigen als Verletzung ihrer individuellen, religiösen Normen ansehen, muss abgelehnt werden, da die Allgemeinheit sonst zur Einhaltung religiöser Normen Einzelner gezwungen wäre. In Betracht kommt jedoch eine Bestrafung der Verletzung von Normen zwischenmenschlicher Kommunikation. Die verletzte Kommunikationsnorm könnte lauten: „Äußere dich nicht so, dass du die religiösen Gefühle anderer verletzt!“.

Problematisch bleibt jedoch, dass nicht nur beleidigende Äußerungen zu einer Verletzung religiöser Gefühle führen können, sondern auch „harmlose Äußerungen von Andersgläubigen, wissenschaftliche Erkenntnisse wie die Evolutionstheorie oder soziale Wandlungen“⁹ wie die Gleichstellung der Geschlechter oder die Einführung homosexueller Ehen. Solche Äußerungen und Erkenntnisse sind aber von der Meinungs-, Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit geschützt und können daher nicht zu einer strafrechtlichen Sanktionierung führen. Außerdem erscheint es fraglich, weshalb religiöse Gefühle schützenswerter sein sollen als beispielsweise nationale, soziale oder ästhetische Gefühle.¹⁰

Gegen eine Gefühlsschutztheorie spricht schließlich, dass religiöse Gefühle bei jedem Menschen unterschiedlich sind und das Rechtsgut daher schwer objektiv zu umgrenzen ist. Bei der Neufassung des § 166 StGB im Jahr 1969 wurde deshalb zu Recht nicht mehr darauf abgestellt, dass die Tat ein „Ärgernis gibt“, wie es in der

⁶ Wengel, *Emotionen*, PlanetWissen v. 10.12.2020 (Stand: 10.12.2020).

⁷ Ernst, *Psychologie Heute* 2006, 20.

⁸ Grom, *Religionspsychologie*, 3. Aufl. 2007, S. 183.

⁹ Stern, *Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung*, S. 87; Worms, *Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Abs. 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut*, 1989, S. 127 f.

¹⁰ Stern, *Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung*, S. 93.

früheren Fassung der Vorschrift hieß. Damit wurde die Idee des Schutzes religiöser Gefühle Einzelner durch die Strafnorm aufgegeben.¹¹

II. Religionsschutztheorie

Nach der Religionsschutztheorie ist die Religion selbst das Schutzobjekt des § 166 StGB. Früher diente der Schutz der Religion dem Interesse des Staates, der durch die aktive Unterstützung von Religionsgemeinschaften Tugenden wie die Nächstenliebe, aber auch den Gehorsam der Untertanen zu fördern bestrebt war.¹² Teilweise wird der Schutz der Religiosität der Bevölkerung auch heute noch mit der Absicht erklärt, die dem Staat nützlichen Glaubensinhalte zu privilegieren.¹³ Wenn der Staat die Religion jedoch nur aus Überlegungen der Zweckmäßigkeit und nicht „um ihrer selbst willen“¹⁴ schützt, vernachlässigt er ihren Eigenwert und gefährdet so die Freiheit der Religion, wie sie durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantiert wird.

Ferner ist zu beachten, dass § 166 StGB nicht nur religiöse Bekenntnisse, sondern auch andere Weltanschauungen schützt, was auch aus der Gleichstellung von weltanschaulichen und religiösen Bekenntnissen in Art. 4 Abs. 1 GG folgt.

Aus der Religionsfreiheit (Art. 4 GG), dem Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen religiöser Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG), der Unabhängigkeit staatsbürgerlicher Rechte vom religiösen Bekenntnis (Art. 33 Abs. 2 GG) sowie den Funktionsbedingungen des demokratischen und liberalen Rechtsstaates ergibt sich das Gebot religiöser und weltanschaulicher Neutralität des Staates.¹⁵ Nach Art. 3 Abs. 3 GG wird die Gleichheit aller Bürger gegenüber dem Staat unabhängig davon gewährleistet, ob sie sich zu einer Religion oder Weltanschauung bekennen. Ein Schutz von Bekenntnissen, der über die §§ 185 ff. StGB hinausgeht, verstößt als privilegierender Sonderschutz für religiöse und weltanschauliche Überzeugungen gegenüber anderen, nicht in dieser Weise geprägten Auffassungen, gegen dieses spezielle Gleichheitsgebot. Daher können

¹¹ Eser, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2. Aufl. 1995, S. 1030.

¹² Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 62; Hardwig, GA 1962, 257 (265).

¹³ Stumpf, GA 2004, 104 (107).

¹⁴ Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 64.

¹⁵ Ebert, ZStW 130 (2018), 179 (190).

Religionen und Weltanschauungen keine strafrechtlich geschützten Rechtsgüter sein.¹⁶ Die Religion als Schutzgut des § 166 StGB ist daher abzulehnen.¹⁷

III. Friedensschutztheorie

Nach heute herrschender Ansicht bildet der öffentliche Friede das Schutzgut des § 166 StGB.¹⁸ Religiöse Beleidigungen sollen deshalb untersagt sein, da durch sie „das friedliche Miteinander verschiedener Religionsgruppen und Konfessionen in der Gesellschaft gefährdet werde und – im Extremfall – die Gefahr gewalttätiger Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten drohe.“¹⁹ Für diese Theorie spricht zumindest der Wortlaut des § 166 StGB, der explizit den öffentlichen Frieden nennt.

Innerhalb dieser Auffassung werden für diesen Begriff verschiedene Definitionen vertreten. Dabei wird unter anderem auf Rechtssicherheit, die Abwehr von Gefahren für das gesellschaftliche Klima sowie den Schutz von Toleranz rekuriert.²⁰

1. Gefühl der Rechtssicherheit

Teilweise wird vorgeschlagen, den Begriff des öffentlichen Friedens mit der Rechtssicherheit gleichzusetzen.²¹ Dabei wird der öffentliche Friede (objektiv) als ein Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens definiert, in dem (subjektiv) die Bevölkerung im Vertrauen auf diese Rechtssicherheit lebt.²² Allerdings ist zu beachten, dass die subjektive und die objektive Komponente unterschiedliche Bedeutungen haben können und durch unterschiedliches Verhalten angegriffen werden.²³ „Ein Rechtsbruch hat nicht immer

¹⁶ OLG Köln NJW 1982, 657 (658); OLG Karlsruhe NStZ 1986, 363 (364); *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 166 ff. Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 166 Rn. 1; *Stumpf*, GA 2004, 104 (107).

¹⁷ BT-Drucks. V/4094, S. 28; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 166 ff. Rn. 2.

¹⁸ BT-Drucks. V/4094, S. 28; BVerwG NJW 1999, 304; OLG Köln NJW 1982, 657 (658); OLG Karlsruhe NStZ 1986, 363 (364); OLG Celle NJW 1986, 1275 (1276); OLG Karlsruhe BeckRS 1993, 09591, Rn. 2; KG Berlin, Beschl. v. 15.3.2000 - 1 Ss 33/98 (19/98) - , Rn. 27; VG Hamburg NJW 2012, 2536 (2537); *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 166 ff. Rn. 2; *Dippel*, in: LK-StGB, Bd. VI, 12. Aufl. 2009, § 166 Rn. 6; *Eser*, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II., S. 1026 f.; *Zipf*, NJW 1969, 1944.

¹⁹ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 43.

²⁰ *Hörnle*, ZRP 2015, 62.

²¹ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 44.

²² RGSt 15, 116 (117); 71, 248 (249); *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 44.

²³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 92.

den Verlust des Vertrauens in die Rechtsicherheit zufolge²⁴. Daher müssen diese beiden Komponenten getrennt voneinander betrachtet werden.²⁵

a) Abwesenheit von Rechtsbrüchen

Durch den objektiven Teil der Rechtsfriedensdefinition wird nicht dargestellt, was geboten oder verboten ist. *Hörnle* führt dazu aus, dass „eine Rechtsgutsdefinition, die den zu schützenden Zustand schlicht im Unterbleiben von Straftaten sieht, [...] keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt“²⁶ hat. Die objektive Rechtsicherheit ist das Ergebnis der Einhaltung von Normen und nicht deren Schutzgut.²⁷

b) Vertrauen auf das Ausbleiben von Rechtsbrüchen

Am subjektiven Teil der Definition ist problematisch, dass dieser kaum messbar ist.²⁸ Insbesondere ist es schwer festzustellen, wann das Vertrauen in die Rechtssicherheit abhandengekommen ist. Ein Verlust des Vertrauens in die Rechtssicherheit muss zudem nicht durch das Verhalten eines Einzelnen ausgelöst werden, sondern kann auch durch Medien²⁹ oder sonstige Einflüsse hervorgerufen werden.

Daher kann der Schutz des Gefühls der Rechtssicherheit im Ergebnis nicht zu einem ausreichend bestimmten Rechtsgut führen.³⁰

2. Klimaschutz und Gefahrenabwehr

Eine weitere Begriffsbestimmung sieht den öffentlichen Frieden gefährdet, wenn ein „psychisches Klima“ geschaffen wird, in welchem potentielle Täter zu Straftaten aufgehetzt werden können.³¹ Demnach soll ein Verhalten pönalisiert werden, das Straftaten anderer Personen provozieren kann.³² Das Ziel ist die Verhinderung solcher Einflüsse, die später eine Rechtsgutsverletzung hervorrufen können. Grundsätzlich ist der präventive Schutz von Rechtsgütern vor Verletzungen ein legitimes und verfassungskonformes Anliegen. Allerdings muss der Tatbestand eines „Vorfelddelikts“ klar angeben, welche Qualität und Wahrscheinlichkeit die

²⁴ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 44.

²⁵ *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 522 ff.; *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 44.

²⁶ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 93.

²⁷ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 44.

²⁸ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S.102.

²⁹ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 45.

³⁰ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 45 f.

³¹ BGHSt 29, 26, 28; 34, 329 (331); 46, 36 (42); 46, 212 (221 f.); *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 46.

³² *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 46.

ausgelöste Gefahr haben muss.³³ Dies ist beim Begriff des öffentlichen Friedens nicht der Fall.

Die Rspr. des BVerfG ist von einem restriktiven Verständnis vom Begriff des öffentlichen Friedens geprägt. Das Gericht versteht ihn als Gewährleistung der Friedlichkeit des gesellschaftlichen Lebens.³⁴ In einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung soll die friedliche Auseinandersetzung mit religiösen und weltanschaulichen Ansichten und Ideologien gewährleistet werden.

Dies wirft die Frage auf, von wem die Friedlichkeitsgefährdung ausgehen muss.³⁵ Nähme man an, dass der öffentliche Friede durch Aktionen der in ihrer Religiosität verletzten Gläubigen gefährdet werde, so hieße dies, dass sie es selbst in der Hand hätten, die Strafbarkeit ihrer Kritiker zu begründen. Geht aber die Friedensgefährdung von den Anhängern der verächtlich gemachten Religion aus, so würde es fundamentalen Grundsätzen unserer Freiheitsordnung widersprechen, ihr Verhalten noch zu privilegieren, indem sie mittels Steigerung ihres Empörungsgrades bis hin zur Gewaltbereitschaft ihre Gegner einer strafrechtlichen Verantwortung aussetzen könnten.³⁶ Durch eine solche Auslegung würde daher eher ein Anreiz zu Gewalttaten geschaffen, da erst durch sie der Tatbestand erfüllt wäre.

Im Übrigen würde es, wie *Beisel* klarstellt, „eine völlige Verkennung derjenigen bedeuten, die die Rechtsordnung beeinträchtigen“³⁷. Gewalttätige Reaktionen sind grundsätzlich primär demjenigen zuzurechnen, der eigene Aggressionen umsetzt und dadurch den öffentlichen Frieden stört.³⁸ Eine Zurechnung fremder Taten ist vom Strafrecht grundsätzlich nicht vorgesehen. Es verfolgt vielmehr den Zweck, das Verhalten von Personen, die zentral für die geschaffenen Risiken verantwortlich sind zu bestrafen. „Wer aber nicht selbst zu Gewalt auffordert, ist für Gewalttaten und volksverhetzende (§ 130 Abs. 1 StGB) Aktivitäten aus dem Kreis der Bekenntnisanhänger nicht verantwortlich.“³⁹ Eine Zurechnung kann nur stattfinden, wenn der Beleidiger intendiert, mit seinem Verhalten andere zu Straftaten aufzuhetzen oder anzuregen. Sollte dies der Fall sein, würde jedoch bereits der

³³ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 48.

³⁴ BVerfGE 124, 300 (335); *Heinig*, Muss/Darf/Soll das Recht vor Religionsbeschimpfungen schützen?, in: Moxter/Polke, Blasphemie – Negation des Göttlichen und Lust am Frevel, 2015, S. 1 (10).

³⁵ *Hörnle*, in: MüKo-StGB, Bd. III, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 2.

³⁶ *Grimm*, ThLZ 2008, 587 (596).

³⁷ *Beisel*, Die Kunstfreiheit des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 352.

³⁸ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 346 f.; *dies.* NJW 2012, 3415 (3417); *dies.* JZ 2015, 293 (294 f.); *Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, S. 248 f.

³⁹ *Hörnle*, ZRP 2015, 62.

Tatbestand der Volksverhetzung gemäß § 130 StGB eingreifen und § 166 StGB wäre überflüssig.⁴⁰

Zudem läuft eine solche Interpretation des § 166 StGB auf eine problematische Ungleichbehandlung der Religionen hinaus, denn ernst zu nehmende Risiken für den öffentlichen Frieden wären hauptsächlich von fundamentalistisch-aggressiven religiösen Gruppen zu erwarten.

Als Unrechtsbegründung ist schlussendlich auch der Hinweis auf eine drohende Beeinträchtigung der Sicherheitserwartungen zirkulär.⁴¹ „[D]er öffentliche Frieden soll nur durch eine Unrechtstat gestört werden können, die gerade deshalb unrecht sei, weil sie den Frieden störe; [damit wird] der Unrechtsgehalt der Handlung voraus[gesetzt], den es erst noch zu begründen gilt.“⁴² Im Ergebnis bietet § 166 StGB keinen legitimen Ansatz zum Schutz des gesellschaftlichen Friedens.

3. Toleranz

Verschiedentlich wird der öffentliche Frieden als das friedliche, tolerante Miteinander innerhalb der Gesellschaft verstanden.⁴³ Auch die Gesetzesbegründung zu § 166 StGB sieht in einer Verletzung des Toleranzgebots eine Gefährdung des öffentlichen Friedens.⁴⁴ Nach Meinung des BVerfG gehört zum öffentlichen Frieden „jenes Maß an Toleranz, das es dem Einzelnen ermöglicht, in einer freiheitlichen pluralistischen Gesellschaft seinem Glauben oder seiner Weltanschauung nach zu leben, ohne befürchten zu müssen, deshalb diffamiert und ins Abseits gedrängt zu werden“⁴⁵. Toleranz bedeutet, andere in ihrem Menschsein und ihrer Gleichheit anzuerkennen.⁴⁶ Dabei ist diese individuelle Haltung Voraussetzung dafür, dass die Gesellschaft als Ganze toleranzfähig ist, weshalb es im Interesse der Allgemeinheit liegen könnte, einzelne strafrechtlich zu tolerantem Verhalten zu zwingen.

Dies widerspricht jedoch der Freiwilligkeit als Grundkonzeption der Toleranz, zu der man nicht gezwungen werden kann. Denn in diesem Fall, so *Forst*, „würde man eher von einem Erdulden oder Ertragen von Praktiken und Überzeugungen reden,

⁴⁰ *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 166 Rn. 2; *Pawlik*, Der strafrechtliche Schutz des Heiligen, in: Isensee, Religionsbeschimpfung, 2007, S. 31 (42); *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 51; *Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, S. 246; *dies.* JZ 2013, 30 (33); *Fischer*, GA 1989, 445 (463 ff.).

⁴¹ *Stübinger*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 166 Rn. 2.

⁴² *Stübinger*, in: NK-StGB, § 166 Rn. 2.

⁴³ BVerwG NJW 1999, 304; OLG Karlsruhe NStZ 1986, 363 (364); OLG Nürnberg NStZ-RR 1999, 238 (239); *Heger*, in Lackner/Kühl, StGB, § 166 Rn. 1; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 166 Rn. 2.

⁴⁴ BT-Drucks. V/4094, S. 28.

⁴⁵ BVerwG NJW 1999, 304.

⁴⁶ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 58.

gegen die man nichts unternehmen kann.“⁴⁷ Die Toleranz taugt daher nicht als Schutzgut des Strafrechts, da sie als freiwillige moralische Haltung nicht erzwungen werden kann. „Persönliche Toleranz ist eine jener Vorbedingungen des freiheitlichen Staates, die dieser nicht selbst garantieren kann.“⁴⁸

Folgt man dennoch dem Toleranzgedanken der Friedenschutztheorie, so stellt sich die Frage, weshalb gerade Intoleranz in religiösen und weltanschaulichen Angelegenheiten bestraft werden sollte. Andere polemische Äußerungen, etwa zu stark umstrittenen politischen Fragen, können in gleicher Weise das soziale Klima vergiften.⁴⁹ Daher ist nicht ersichtlich, „weshalb der Gesetzgeber gerade auf dem Gebiet der Religion besonders hohe Anforderungen an eine friedliche Kommunikation stellen sollte, während dieser Schutz für andere Themen, wie etwa wissenschaftliche oder soziale Streitfragen, nicht besteht.“⁵⁰ Bei diesen öffentlichen Debatten gelten lediglich die allgemeinen Regeln des Strafrechts, insbesondere die Beleidigungsdelikte und das Verbot der Volksverhetzung. Der religiösen Überzeugung wird auf diesem Wege, wie oben bereits erläutert, eine nicht gerechtfertigte Sonderstellung gegenüber anderen gewichtigen Streitthemen der Gesellschaft eingeräumt. Das Argument, dass die größere Emotionalität im Bereich der Religion zu größerem Konfliktpotenzial führt, kann dafür nicht angeführt werden, da sich der Toleranzgedanke, anders als der oben angesprochene Gedanke des Schutzes eines Klimas der Gewaltfreiheit, nicht auf die Gefahr von Folgetaten stützt.

Zudem ist der Gedanke des Schutzes von Toleranz zu vage und kann das Minimalziel einer Schutzgutbestimmung nicht erreichen, das in einer möglichst trennscharfen Abgrenzung strafwürdiger und strafloser Verhaltensweisen zu sehen ist. Auch die Toleranz scheidet folglich als Schutzgut von § 166 StGB aus.

4. Zwischenergebnis

Als legitimes strafrechtliches Schutzgut für § 166 StGB kommt im Ergebnis nur das Gefahrenpotential in Betracht, das hinsichtlich eines möglichen Übergangs von verbalen Diffamierungen zu gewaltsamer Aggression gegenüber Angehörigen der

⁴⁷ Forst, Toleranz und Anerkennung, in: Augustin/Wienand/Winkler, Religiöser Pluralismus und Toleranz in Europa, 2006, S. 78 (79).

⁴⁸ Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 60.

⁴⁹ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 347 ff.

⁵⁰ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 166 Rn. 1; Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 60.

angegriffenen Religion besteht. Insoweit aber bieten schon andere Straftatbestände (wie etwa § 130 StGB) einen hinreichenden Schutz.⁵¹

Nimmt man hingegen mit der herrschenden Meinung den öffentlichen Frieden als Schutzgut des § 166 StGB an, so ergeben sich weitere verfassungsrechtliche und rechtspolitische Bedenken.

D. Bestimmtheitsgrundsatz

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt das Erfordernis der Bestimmtheit des Wortlauts. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen demnach so konkret umschrieben werden, „dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“⁵² Dem Einzelnen muss sich erschließen, welches Verhalten unter Strafe steht.⁵³ Dies könnte in Bezug auf den unbestimmten Rechtsbegriff des „öffentlichen Friedens“ nicht der Fall sein, da, wie oben gezeigt, die Begriffsbestimmung nicht eindeutig ist. Jedoch ist es zulässig, unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln zu verwenden, „wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, sodass der Einzelne die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen“.⁵⁴ Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG stellt mithin keine strengen Anforderungen an die Normklarheit.⁵⁵

Jedoch ist das Verständnis des Tatbestandsmerkmals des öffentlichen Friedens nicht nur in der Wissenschaft umstritten, sondern auch in der Rechtsprechung finden sich verschiedene Interpretationen und Auslegungen des § 166 StGB. Aufgrund der bisher geringen Anzahl von Anklagen nach § 166 StGB ist die Rechtsprechung bisweilen nicht in der Lage gewesen, dem Begriff der Eignung zur Friedensstörung klare Konturen zu verleihen, wie die folgenden Beispiele zeigen.⁵⁶

⁵¹ *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 248; *Hörnle*, JZ 2015, 293 (295).

⁵² BVerfGE 75, 329 (341); ebenso BVerfGE 41, 314 (319); 47, 109 (120); 55, 144 (152).

⁵³ BVerfGE 78, 374 (382); vgl. dazu *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694 (695).

⁵⁴ BVerfGE 48, 48, (56); 92, 1 (12); 96, 68 (97); *Degenhart*, in: Sachs, GG-Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 63; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, § 2 Rn. 72.

⁵⁵ *Stern*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, S. 42.

⁵⁶ Zu diesen und weiteren vgl. *Rahmlow*, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. 2020, § 166 Rn. 11.

In einem Fall, in dem auf Flugblättern ein zur Mausefalle umfunktioniertes Kreuzifix abgebildet war, wurde 1986 vom LG Bochum eine Strafbarkeit nach § 166 StGB abgelehnt.⁵⁷

In einem anderen Fall, in dem ein Anstecker mit der Aufschrift „Lieber eine befleckte Verhütung als eine unbefleckte Empfängnis“ getragen wurden, wurde dagegen im selben Jahr eine Strafbarkeit nach § 166 StGB vom LG Göttingen bejaht.⁵⁸

Dagegen verneinte das AG Berlin-Tiergarten 2012 eine Strafbarkeit, als die katholische Kirche öffentlich als „Kinderficker Sekte“ titulierte.⁵⁹

Es wird deutlich, wie unvorhersehbar der Ausgang eines Verfahrens ist, in dem es um eine Strafbarkeit nach § 166 StGB geht. Die Norm erfüllt also nicht einmal die minimalen Anforderungen an die Bestimmtheit i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG.

E. Vereinbarkeit des § 166 StGB mit Art. 5 GG

Des Weiteren ist die Vereinbarkeit von § 166 StGB mit den Grundrechten auf Meinungs- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 3 GG) problematisch.

I. Allgemeines

Obwohl die Kommunikationsgrundrechte in einem freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat eine konstitutive Rolle spielen, finden Meinungs- und Pressefreiheit ihre Schranken nach Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen. Darunter sind solche Rechtsnormen zu verstehen, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen eine Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechts dienen, dem Schutz eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“⁶⁰ Da sich § 166 StGB nicht gegen eine bestimmte Meinung richtet, sondern nach h.M. den Schutz des öffentlichen Friedens erstrebt handelt es sich um ein solch allgemeines Gesetz.

Die Kunstfreiheit ist demgegenüber in Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet und kann durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden.⁶¹ Es ist also eine Abwägung erforderlich, welche die

⁵⁷ LG Bochum NJW 1989, 727 f.

⁵⁸ LG Göttingen NJW 1985, 1652 f.

⁵⁹ AG Berlin-Tiergarten StraFo 2012, 110.

⁶⁰ BVerfGE 7, 198 (209) – Lüth; 21, 271 (280); 28, 282 (292); 47, 198 (230); 57, 250 (268); Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, § 13 Rn. 694.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 30, 173 (191 ff.); 67, 213 (228); Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 193 Rn. 59a; Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, § 14 Rn. 740.

Kunstfreiheit und die anderen verfassungsrechtlich geschützten Belange – etwa den öffentlichen Frieden in § 166 StGB – im Wege praktischer Konkordanz zu einem sinnvollen Ausgleich bringt.⁶² Dabei können der Freiheit der Kunst allerdings nur in geringem Umfang Grenzen gezogen werden.⁶³ In Betracht kommt allerdings der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Menschen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sofern der „öffentliche Friede“ i.S.v. § 166 StGB als Zustand des friedlichen, gewaltfreien Zusammenlebens verstanden wird.

Indes muss § 166 StGB entsprechend dem hohen Stellenwert dieses Grundrechts ausgelegt werden. Eine Beschimpfung kann daher nicht schon in einer bloßen Verspottung oder einer kritischen Auseinandersetzung mit einem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis gesehen werden, vielmehr bedarf es einer nach Inhalt und Form besonders verletzenden, rohen Kundgabe der Missachtung.⁶⁴ Bei der Einordnung kritischer Darstellungen in Zeichnungen, Liedtexten, Theaterstücken oder Satiren⁶⁵ ist daher gegenüber einer Einordnung als Beschimpfung i.S.v. § 166 StGB Zurückhaltung geboten. Insbesondere ist bei der Würdigung von Karikaturen und Satiren zu berücksichtigen, dass Übertreibung und Verfremdung für diese Kunstformen charakteristisch sind.⁶⁶ Geht hieraus ein Vorrang der Kunstfreiheit hervor, ist bereits eine tatbestandmäßige Beschimpfung zu verneinen.⁶⁷ Eine andere Ansicht sieht in diesem Fall trotzdem eine tatbestandmäßige Beschimpfung, die aber gerechtfertigt sei.⁶⁸

In der Praxis geht die Einschränkung der Kunstfreiheit durch § 166 StGB jedoch mitunter wesentlich weiter. Während aufgeklärte Gläubige keine Probleme mit satirischer Kunst haben, berufen sich gerade religiöse Fundamentalisten und Extremisten immer wieder auf § 166 StGB, um die Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit einzuschränken. So wurde die Veranstaltung der „Stucksitzung“, einer kabarettistischen Institution des Kölner Karnevals, mehrfach durch Strafverfolgungsmaßnahmen auf Grundlage von § 166 StGB in ihren Aktivitäten beschränkt. Zuletzt hat der WDR im Februar 2006 aufgrund einer Strafanzeige nach

⁶² Valerius, in: BeckOK-StGB, § 166 Rn. 13.

⁶³ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 193 Rn. 59a.

⁶⁴ BGHSt 7, 110; BGH NSTz 2000, 643 (644) zu § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB; OLG Karlsruhe NSTz 1986, 363 (364); LG Bochum NJW 1989, 727 (728); Lorenz, [Schützt nicht religiöse Gefühle, LTO v. 10.01.2015](#) (Stand: 07.11.2021).

⁶⁵ Vgl. BVerfG NJW 1998, 1386 (1387); OLG Karlsruhe NSTz 1986, 363 (365).

⁶⁶ Heller/Goldbeck, ZUM 2007, 628 (632 f.).

⁶⁷ BGH GA 1961, 240; OLG Köln NJW 1982, 657 (658); OVG Koblenz NJW 1997, 1174 (1175); Valerius, in: BeckOK-StGB, § 166 Rn. 13.

⁶⁸ Dippel, in: LK-StGB, § 166 Rn. 33, 107.

§ 166 StGB eine Papst-Satire aus der Fernsehausstrahlung der „Stucksitzung“ herausgeschnitten.⁶⁹

II. Mohammed-Karikaturen

Karikaturen erfüllen aus den eben genannten Gründen nur in Ausnahmefällen den Tatbestand der Bekenntnisbeschimpfung.⁷⁰ Daher ist fraglich, ob die sog. Mohammed-Karikaturen, die auch in deutschen Zeitungen abgedruckt wurden, nach deutschem Recht einen Fall der Bekenntnisbeschimpfung darstellen.

Solche wurden im Jahr 2005 in der dänischen Zeitung „Jyllands-Post“ und in anderen europäischen Zeitungen in einer Serie des Karikaturisten Kurt Westergaard zum Islam veröffentlicht. Eine der Karikaturen zeigte beispielsweise versengt aussehende Gestalten, die in den Himmel hochsteigen, von wo Mohammed ihnen entgegenruft: „Hört auf, uns ist der Vorrat an Jungfrauen ausgegangen“; damit wurde auf eine Motivation für Selbstmordattentäter angespielt.

Die Wirkung solcher Darstellungen zeigte sich seitdem wiederholt auf tragische Weise: 2005 führten sie in der arabischen Welt zu gewalttätigen Protesten und Boykott-Aufrufen. Botschaften europäischer Staaten wurden angegriffen, dänische Soldaten im Irak beschossen. Dabei kamen insgesamt über 100 Menschen ums Leben. Der Angriff auf die französische Satire-Zeitschrift „Charlie Hebdo“, bei dem zwölf Menschen starben sowie der Mord an dem französischen Geschichtslehrer Samuel Paty⁷¹ wurden bereits eingangs erwähnt.

Ob die Karikaturen eine Beschimpfung i.S.v. § 166 StGB darstellen, ist im Hinblick auf die nach Art. 5 Abs. 3 GG gebotene restriktive Auslegung fraglich. Das OVG Berlin-Brandenburg sah hierfür keinen Anlass, da die Karikaturen schon keine Beschimpfung enthielten und vom Grundrecht der Kunstfreiheit gedeckt seien.⁷²

Diese Entscheidung beruht auf der zutreffenden Annahme, dass sich Gläubige und Vertreter jedweder Ideologie in einer freiheitlichen Demokratie der Kritik in einem öffentlichen Diskurs stellen und es ertragen müssen, dass ihre Anschauungen hinterfragt, kritisiert und auch lächerlich gemacht werden.⁷³ In diesem Kontext betonte auch der damalige Bundesminister des Innern, *Wolfgang Schäuble*:

⁶⁹ BT-Drucks. 16/3579, S. 1.

⁷⁰ BVerfGE 75, 369 (377 f.); BGHSt 37, 55 (57 ff.).

⁷¹ *Vosatka*, [Mord in Paris: Ein Anschlag auf die Grundwerte der Aufklärung](#), *Der Standard* v. 18.10.2020 (Stand: 18.10.2020).

⁷² OVG Berlin-Brandenburg NJW 2012, 3116 f.

⁷³ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334 (343); *Becker*, [Warum Blasphemie dazugehört](#), *Spiegel* v. 09.01.2015 (Stand: 07.11.2021).

„Karikaturen müssen ertragen werden, [...] Kritik, die auch schon mal beleidigend sein kann – das alles macht unsere offene Gesellschaft aus“⁷⁴.

Im Ergebnis dürfen Kunst und Satire zwar nicht alles, eine Einschränkung der Meinungs-, Presse und Kunstfreiheit über die Tatbestände der §§ 185 ff., 130 StGB hinaus erscheint jedoch nicht legitim.

III. Zwischenergebnis

Aufgrund der gebotenen, restriktiven Auslegung enthält der Tatbestand des § 166 StGB kein strafrechtliches Verbot, das über die §§ 185 ff., 130 StGB hinausgeht.

F. Rechtspolitischer Diskurs

In jüngerer Vergangenheit wurde in Deutschland von verschiedenen Seiten die Streichung von § 166 StGB vorgeschlagen.⁷⁵ Von den politischen Parteien haben sich CDU/CSU, SPD⁷⁶ und Die Linke⁷⁷ für die Beibehaltung von § 166 StGB ausgesprochen, während FDP⁷⁸, Bündnis 90/Die Grünen⁷⁹ und AfD die Strafvorschrift abschaffen wollen.⁸⁰

Für die Beibehaltung von § 166 StGB wird auf die Multikulturalität der Bundesrepublik Deutschland verwiesen. Da viele Menschen heute ein vitales Interesse am Schutz ihrer kulturellen und religiösen Identität hätten, sei die Norm erforderlich, um gewalttätige Auseinandersetzungen über religiöse Fragen zu verhindern und den öffentlichen Frieden zu wahren.⁸¹ Der Norm komme zwar eine weitgehend symbolhafte, gleichwohl aber rechtspolitisch bedeutsame, werteprägende Funktion zu, da sie „religiösen Minderheiten das Gefühl existenzieller Sicherheit“ gebe.⁸²

⁷⁴ BT-Drucks. 16/3579, S. 1; vgl. [Integration: "Karikaturen müssen ertragen werden"](#), *Zeit Online* v. 30.10.2006 (Stand: 07.11.2021).

⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 13/2087 (1995); BT-Drucks. 16/3579 (2006); BT-Petition 56759 (2015).

⁷⁶ [Union und SPD wollen Blasphemieparagraf nicht abschaffen](#), *RP Online* v. 12.01.2015 (Stand: 07.11.2021).

⁷⁷ Vgl. [Wahlprogramm der Partei Die Linke zur Bundestagswahl 2017](#), S. 124 f.; *IfW*, [Abschaffung § 166 StGB am #BlasphemyDay bekräftigt – Gute Aussichten bei einer Jamaika-Koalition](#), *ifw* v. 30.09.2017 (Stand: 07.11.2021).

⁷⁸ [Blasphemieparagraf streichen](#), *portal liberal* v. 12.01.2015 (Stand: 08.11.2021); *Martens*, *ZRP* 2018, 67 (68).

⁷⁹ [Säkulare Grüne fordern die sofortige Abschaffung des § 166 StGB](#), *Säkulare Meldungen* v. 09.03.2015 (Stand: 08.11.2021).

⁸⁰ Zum Ganzen *HVD*, [Antworten der Parteien auf die Wahlprüfscheine zur Bundestagswahl 2017](#), S. 30 (Stand: 07.11.2021).

⁸¹ *Hörnle*, in: *MüKo-StGB*, § 166 Rn. 2.

⁸² *Deutscher Juristentag*, 70. DJT 2014 – Beschlüsse, S. 9; *HVD*, [Antworten der Parteien auf die Wahlprüfscheine zur Bundestagswahl 2017](#), S. 30 (Stand: 07.11.2021).

Da die deutsche Gesellschaft heute kulturell pluralistisch und multikulturell geprägt ist und es in ihr eine Vielzahl religiöser und weltanschaulicher Bekenntnisse gibt,⁸³ ist ein gesteigertes religiös bedingtes Konfliktpotenzial zwar nicht zu leugnen, § 166 StGB vermag dieses Problem jedoch nicht angemessen zu lösen.

Zunächst wurde oben schon gezeigt, dass § 166 StGB die Freiheit des religiösen Bekenntnisses oder der Weltanschauung gar nicht schützt.⁸⁴ Die Religionsfreiheit wird durch Bekenntnisbeschimpfung nicht tangiert. Außerdem kann in einem säkularen Verfassungsstaat, der religiöse und weltanschauliche Vielfalt gewährleistet, niemand grundrechtlich beanspruchen, dass seine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung unangefochten und unkritisiert bleibt. Die Freiheit des eigenen Glaubens und Bekenntnisses bedeutet nämlich nicht die Unberührbarkeit religiöser Gefühle von Provokationen durch fremde Meinungsäußerungen oder Kunst.

Zudem werden durch § 166 StGB auch nicht religiöse Minderheiten geschützt. Maßgeblich für das Konfliktpotential, das eine Äußerung in sich birgt, ist die Anzahl der Angehörigen der angegriffenen Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung. Nach *Fischer* hat „§ 166 StGB in der Praxis seit jeher nicht dem Schutz der Minderheiten von der Mehrheit gedient [...], sondern dem Schutz der Mehrheit vor ihnen“⁸⁵. So hat beispielsweise das OLG Nürnberg den Protest vieler Tausender katholischer Christen gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens als Indiz für eine Störung des öffentlichen Friedens herangezogen.⁸⁶ Außerdem schützt er nicht hauptsächlich die friedlichen Anhänger von Religionen in ihren Gefühlen, sondern religiöse Fanatiker, die bereit sind, ihre Religion mit Gewalt durchzusetzen und zu verteidigen. Der Staat macht sich also durch § 166 StGB „zum Unterstützer der Feinde des offenen Diskurses“⁸⁷.

Der rechtspolitische Diskurs um die Strafbarkeit von Blasphemie gewinnt daher zwar zu Recht an Bedeutung. In ihm offenbart sich aber die Haltung des Gesetzgebers zur Strafbarkeit von Blasphemie auch als ein Paradigma für weltanschauliche Grundfragen und die Reichweite des Strafrechts im Ganzen.

⁸³ *Ebert*, ZStW 130 (2018), 179.

⁸⁴ *Lorenz*, [Schützt nicht religiöse Gefühle](#), LTO v. 10.01.2015 (Stand: 07.11.2021).

⁸⁵ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 166 Rn. 2b; zustimmend *Valerius*, ZStW 129 (2017), 529 (535).

⁸⁶ OLG Nürnberg NStZ-RR 1999, 238 (241).

⁸⁷ *Becker*, [Warum Blasphemie dazugehört](#), Spiegel v. 09.01.2015 (Stand: 07.11.2021).

G. Internationale Entwicklung

Durch eine Streichung von § 166 StGB würde der deutsche Gesetzgeber einer deutlichen internationalen Tendenz gegen eine Strafbarkeit von „Blasphemie“ folgen. Vergleichbare Paragraphen gibt es heute vor allem noch in muslimisch geprägten Ländern. So steht die Beleidigung Gottes und des Propheten unter anderem in Algerien⁸⁸, Iran⁸⁹, Jordanien⁹⁰, Libanon⁹¹ und Pakistan⁹² unter Strafe. Andere Länder sanktionieren auf allgemeinere Art und Weise die Verunglimpfung „religiöser Werte“ (z.B. die Türkei⁹³), die Herablassung gegenüber Religionen (z.B. Ägypten⁹⁴, Südsudan⁹⁵) oder die Beleidigung der Religion (z.B. Thailand, Myanmar⁹⁶). In vielen Staaten, wie etwa Algerien, Iran, Jordanien, Libyen, Marokko, Pakistan, Somalia oder Jemen,⁹⁷ schützen Blasphemiegesetze nur die Rechte der Angehörigen der lokalen Mehrheitsreligion und nicht jene religiöser Minderheiten.

Zahlreiche nicht-muslimische Staaten haben vergleichbare Vorschriften in jüngerer Zeit dagegen aufgehoben, beispielsweise Irland (2019)⁹⁸, die Niederlande (2012)⁹⁹,

⁸⁸ Art. 144 des algerischen Strafgesetzbuchs.

⁸⁹ Art. 513 des iranischen Strafgesetzbuchs.

⁹⁰ Art. 273 des jordanischen Strafgesetzbuchs.

⁹¹ Art. 473 des libanesischen Strafgesetzbuchs.

⁹² Art. 295-298c des pakistanischen Strafgesetzbuchs, das für die Beleidigung des Propheten Mohammed (§ 295c) die Todesstrafe, für jene des Koran (§ 295b) lebenslange Haft vor. In den letzten 30 Jahren gab es dort mehr als 1.500 Verfahren wegen Blasphemie; vgl. [Shahzad/Johson, Pakistani Christian woman's blasphemy ordeal highlights plight of minorities, Reuters v. 01.11.2018](#) (Stand: 09.11.2021). Anklagen werden Blasphemie werden häufig gegen Angehörige religiöser Minderheiten, insbesondere Ahmadis und Christen, erhoben; [UN-Menschenrechtsausschuss, Concluding observations on the initial report of Pakistan, CCPR/C/PAK/CO/1, 2017, Abs. 33; Amnesty International, "As Good as Dead": The Impact of Blasphemy Laws in Pakistan](#) (Stand: 21.12.2016).

⁹³ Art. 216 (3) des türkischen Strafgesetzbuchs.

⁹⁴ Art. 98 (f) des ägyptischen Strafgesetzbuchs.

⁹⁵ Kap. 15, Art. 202 des südsudanesischen Strafgesetzbuchs.

⁹⁶ Abs. 206 des thailändischen Strafgesetzbuchs; Art. 295A des Strafgesetzbuchs Myanmars.

⁹⁷ Art. 291 des libyschen Strafgesetzbuchs; Art. 220 des Strafgesetzbuchs und Art. 179 des Pressegesetzes Marokkos; Art. 295c des pakistanischen Strafgesetzbuchs; Art. 313 des somalischen Strafgesetzbuchs; Art. 194 des jemenitischen Strafgesetzbuchs.

⁹⁸ BT-Drucks. 19/23820, S. 19; [Camargo, Referendum gegen Blasphemie-Paragraphen erfolgreich, hpd v. 29.10.2018](#) (Stand: 09.11.2021).

⁹⁹ [Utlar, Niederlande wollen Blasphemiegesetze streichen, Spiegel v. 29.11.2012](#) (Stand: 09.11.2021).

Kanada (2018)¹⁰⁰, Dänemark (2017)¹⁰¹, Neuseeland (2019)¹⁰² und Norwegen (2015)¹⁰³.

Durch die Abschaffung der Bekenntnisbeschimpfung würde Deutschland auch einer Stellungnahme des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen aus dem Jahr 2011 nachkommen, wonach „Verbote von Darstellungen mangelnden Respekts vor einer Religion oder anderen Glaubenssystemen, einschließlich Blasphemiegesetzen“ mit dem IPbPR¹⁰⁴ nicht vereinbar sind.¹⁰⁵ Auch die Venedig-Kommission des Europarates hat sich für eine Abschaffung der Bekenntnisbeschimpfung ausgesprochen. Sie erachtet es „weder für notwendig noch für wünschenswert [...], einen Straftatbestand der einfachen religiösen Beleidigung (also der Beleidigung religiöser Gefühle) ohne das Element der Aufstachelung zu Hass als einer wesentlichen Komponente zu schaffen“¹⁰⁶.

Die Abschaffung hätte also internationale Signalwirkung und würde Deutschland in seiner Forderung gegenüber anderen Ländern glaubwürdiger machen, Blasphemiegesetze abzuschaffen. Nicht zuletzt brächte es rechtspolitisch zum Ausdruck, dass unsere Gesellschaft die Verfolgung von Andersgläubigen und gewalttätige Reaktionen auf Kritik und Satire nicht toleriert.

H. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass § 166 StGB kein legitimes Schutzgut besitzt und zudem gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Aufgrund der wegen Art. 5 GG gebotenen, restriktive Auslegung kommt der Norm ferner kein über §§ 130, 185 ff. StGB hinausgehender Anwendungsbereich zu.

Nicht zuletzt wäre die Abschaffung von § 166 StGB auch eine rechtsstaatliche Reaktion auf die Einschüchterungsversuche militanter Islamisten (etwa im „Karikaturenstreit“ von 2006), denn hiermit brächte der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit in einer modernen offenen Gesellschaft höheres Gewicht zukommt als den „verletzten Gefühlen“ religiöser Fundamentalisten. Dies gilt anlässlich des Anschlags auf „Charlie Hebdo“ sowie des Mordes an Samuel Paty umso mehr. Gleichzeitig würden

¹⁰⁰ BT-Drucks. 19/23820, S. 19.

¹⁰¹ *Chefai, Dänemark schafft Blasphemie-Gesetze ab*, hpd v. 02.06.2017 (Stand: 09.11.2021); BT-Drucks. 19/23820, S. 19.

¹⁰² BT-Drucks. 19/23820, S. 19; *Wakonigg, Neuseeland stimmt für Abschaffung der Blasphemie-Gesetzgebung*, hpd v. 12.03.2019 (Stand: 09.11.2021).

¹⁰³ BT-Drucks. 19/23820, S. 19.

¹⁰⁴ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966.

¹⁰⁵ *UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, 2011*, Abs. 48.

¹⁰⁶ *ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 15, 2016*, Rn. 48.

religionskritische Satiriker und Künstler nicht mehr durch die Angst vor strafrechtlicher Verfolgung in ungerechtfertigter Weise in der Wahrnehmung ihre Grundrechte nach Art. 5 GG eingeschränkt. Der Straftatbestand der Bekenntnisbeschimpfung ist im Ergebnis weder in rechtspolitischer noch in verfassungsrechtlicher Hinsicht legitim.¹⁰⁷

¹⁰⁷ *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, S. 248.

Die strafrechtliche Bewertung des Phänomens „Shitstorm“ unter Heranziehung der Sündenbocktheorien

Clara Mallon*

Abstract: Der Beitrag setzt sich mit den Merkmalen von sogenannten „Shitstorms“ auseinander und beschäftigt sich anschließend mit deren strafrechtlicher Bewertung. Dazu wird zunächst der Stand der Literatur bezüglich des Social-Media-Phänomens ausgewertet. Kern des Aufsatzes bilden allerdings Interviews mit Experten aus unterschiedlichen Fachbereichen, die im Rahmen eines studentischen Forschungsprojekts während des Wintersemesters 2020/21 geführt wurden.

A. Einleitung

In Krisenzeiten oder Zeiten, die als solche wahrgenommen werden, kommt es immer wieder vor, dass einzelne Bevölkerungsgruppen für diese verantwortlich gemacht werden. Zuletzt ließ sich das in den USA beobachten, wo im Zuge der Corona-Krise vermehrt Angriffe auf Menschen mit asiatischen Wurzeln verübt wurden.¹ Drei Monate nach Ausbruch der Pandemie in den USA hatte die Gruppe „Stop AAPI Hate“ bereits über 1.800 Meldungen über „anti-Asian hate“ in diesem Zeitraum erhalten.² Der Hass mehrte sich auch besonders auf Twitter und in anderen sozialen Medien.³ Hass im Netz stellt ein allseits bekanntes und viel diskutiertes Problem dar. In diesem Zusammenhang kommt die Sprache regelmäßig auch auf Shitstorms. Schon im Jahr 2012 wurde berichtet, dass sich Politiker dem immer häufiger

* Die Autorin studiert im 7. Semester Jura an der Universität Leipzig und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht von Prof. Dr. *Hoven*. Im Wintersemester 2020/21 nahm sie an dem von Prof. Dr. *Hoven* angeleiteten Legal Lab „Hate Speech im Internet“ teil, dessen Abschluss diese Arbeit bildet.

¹ [Käppel, Tagesschau v. 20.03.2021](#) (Stand: 03.10.2021).

² [Shi, USA Today v. 20.03.2021](#) (Stand: 03.10.2021).

³ [Macguire, Al Jazeera v. 05.04.2021](#) (Stand: 03.10.2021).

ausgesetzt sehen.⁴ Auch in solchen Fällen geht es häufig um Schuldzuweisungen und Vorwürfe, die teils mit hasserfüllten Äußerungen einhergehen. Für diese Art des Verantwortlichmachens anderer gibt es eine gängige Bezeichnung: jemanden zum Sündenbock für etwas machen. Lässt sich das Auftreten von Shitstorms mit dem sogenannten Sündenbockmechanismus (nachfolgend: SBM) erklären? Und welcher Umgang ergibt sich folglich für das Strafrecht? Diesen Fragen soll in der vorliegenden Arbeit nachgegangen werden. Als Erkenntnisquellen dienen dazu allen voran Interviews mit Experten, die im Rahmen eines studentischen Forschungsprojektes geführt wurden. Nach einem theoretischen Umriss des Mechanismus (B.) soll zunächst der Stand der Literatur zu der Forschungsfrage und zu Shitstorms dargestellt werden (C.), um daraus geeignete Hypothesen abzuleiten. Anschließend soll die Forschungsmethode kurz erläutert werden (D.). Zur Überprüfung der Hypothesen werden daraufhin die konkreten Erkenntnisse aus den Interviews, die sich dazu eignen, zusammengetragen und ausgewertet (E.). Schließlich wird zu erörtern sein, welche Schlussfolgerungen sich für das Strafrecht ziehen lassen (F.).

B. Der Sündenbockmechanismus (Theorie)

Die Kommunikationswissenschaftlerin *Viertmann*, die sich in ihrer Dissertation eingehend mit dem Thema befasst hat, weist darauf hin, dass das Phänomen des Sündenbocks einer archaischen, rituellen Handlung entspringt und daher nur aus einer interdisziplinären Perspektive analysiert werden kann.⁵ Aufgrund des Umfangs dieser Arbeit kann ein umfassender interdisziplinärer Blick auf den SBM nicht gewährleistet werden. Die Multiperspektivität soll aber im Folgenden angedeutet werden.

Ein Sündenbock war ursprünglich der mit den Sünden des jüdischen Volkes beladene und in die Wüste gejagte Bock.⁶ Der Begriff bezieht sich auf ein Zitat aus der hebräischen Thora bzw. dessen Bibelübersetzungen (3. Mose 16, 21 f.).⁷ Die kollektive Schuldübertragung, die Gegenstand der dort beschriebenen Tradition ist, wird durch eine magische oder symbolische Identifizierung ermöglicht.⁸ Dabei geht es um öffentliche Schuldverarbeitung: Die Schuld der Gesellschaft wird öffentlich dargestellt und bekannt, während

⁴ [Gathmann/Heid/Medick, Spiegel online v. 25.04.2012](#) (Stand: 03.10.2021).

⁵ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, 2014, S. 20.

⁶ [Dudenredaktion, Sündenbock](#) (Stand: 03.10.2021).

⁷ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, S. 23.

⁸ *Stegemann*, Evangelische Akademie Baden, Brauchen wir einen Sündenbock? – Gewalt als gesellschaftliche Herausforderung, 3. Aufl. 1994, S. 25.

das Opfertier, welches die Schuld heraustransportiert, unschuldig ist.⁹ Neben der kollektiven Übertragung von Verantwortung steht also der Schutz der Gemeinschaft im Zentrum der Begriffsbedeutung.¹⁰ Im heutigen Sprachgebrauch ist ein Sündenbock jemand, auf den man seine Schuld abwälzt, aber auch – und das abweichend von der biblischen Bedeutung – jemand, dem man die Schuld an etwas zuschiebt.¹¹ Die Unschuld des Sündenbocks und die eigene Schuld sind den Akteuren also nicht unbedingt bewusst.¹² Trotz der etymologischen Herkunft handelt es sich nicht um ein biblisches oder religiöses Phänomen. Sündenbock-Rituale stammen aus den unterschiedlichsten Kulturen.¹³

Zentral für die Theorie des SBM ist das Werk des Kulturtheoretikers *René Girard*.¹⁴ Dieser beschreibt den Sündenbock als Grundfunktion, auf der unsere Kultur erst entstehen konnte.¹⁵ Zur Lösung einer Krise, durch die die kulturelle Ordnung in Frage gestellt wird, ist ein Opfer erforderlich, gegen das sich alle zusammenrotten. Versöhnung tritt dadurch ein, dass sich aller Hass gegen dieses Opfer richtet und es scheinbar allein für die Krise verantwortlich ist. Das Opfer wird zum Sündenbock für die ganze Gemeinschaft.¹⁶ Diese Praktik nennt *Girard* den Mechanismus des versöhnenden Opfers bzw. Opfermechanismus, oder eben Sündenbockmechanismus.¹⁷ Damit er wirkt, darf allerdings die Gemeinschaft den Vorgang der Schuldzuschreibung nicht erkennen. Er muss vielmehr unbewusst bleiben.¹⁸

Mittels der Analyse verschiedener historischer Quellen (sog. „Verfolgungstexte“)¹⁹ hat *Girard* vier Stereotypen aufgestellt, deren Nebeneinander auf eine Verfolgung schließen lässt, wobei nicht alle vier vorhanden sein müssen.²⁰ Diese sind der Stereotyp der **Krise** (Naturordnung

⁹ *Stegemann*, Evangelische Akademie Baden, Brauchen wir einen Sündenbock? – Gewalt als gesellschaftliche Herausforderung, S. 25.

¹⁰ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, S. 26.

¹¹ Vgl. *Dudenredaktion*, *Sündenbock* (Stand: 03.10.2021).

¹² Vgl. auch *Palaver*, René Girards mimetische Theorie, 3. Aufl. 2008, S. 201.

¹³ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, S. 26, die in ihrer Dissertation im Kapitel 2.3 unterschiedliche Sündenbockrituale vorstellt.

¹⁴ *Niewiadomski*, Die Furche 46/2015, S. 11.

¹⁵ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, S. 31.

¹⁶ *Palaver*, René Girards mimetische Theorie, S. 185 ff.

¹⁷ *Palaver*, René Girards mimetische Theorie, S. 201.

¹⁸ *Viertmann*, Der Sündenbock in der öffentlichen Kommunikation, S. 34.

¹⁹ Vgl. *Girard*, Der Sündenbock, 1998.

²⁰ *Palaver*, René Girards mimetische Theorie, S. 241.

oder Sozialgefüge befinden sich in der Auflösung), der **Anschuldigung** (Schuld für die Krise wird bestimmten Verbrechen, typischerweise Gewalttaten, zugesprochen), das der **Opferselektion** (besondere Merkmale – z.B. religiöse Besonderheiten, Geschlecht – prädestinieren Menschen zur Sündenbockrolle) und das der **Gewalt** (Gewaltausübung gegen die „Opfer“).

In der Sozialpsychologie wird der SBM definiert als Neigung des Menschen, bei Frustration oder einem Gefühl von Unglück, seine Aggression gegen Gruppen zu richten, die unbeliebt, leicht identifizierbar und relativ machtlos sind.²¹ Welche Form diese Aggression annimmt, hängt davon ab, was die jeweilige Eigengruppe erlaubt oder gutheißt.²² Sündenbockpraktiken zeichnen sich außerdem durch das Element der Übertreibung von Schuld oder einer unsinnigen Beschuldigung aus. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass ein gewisser Grad an Schuld tatsächlich gegeben ist.²³ Häufig kann das „Opfer“ die angegriffene Idee personifizieren.²⁴

Auch durch Verbreitung einer Ideologie, die bewusst ein Feindbild entwickelt, können Machteliten die Aggression der Bevölkerung gegen bestimmte Gruppen – meist soziale, ethnische oder politische Minderheiten – lenken.²⁵

Der SBM wurde als Erklärungsansatz unter anderem für das Mobbing in Schulklassen²⁶ herangezogen.

Aus den Theorien zum SBM lassen sich verschiedene Merkmale zusammentragen, anhand derer Sündenbockpraktiken möglicherweise identifiziert werden können (s. Abbildung 1). Dabei müssen weder alle genannten Merkmale tatsächlich nachgewiesen werden,²⁷ noch lässt sich aus deren Vorliegen zweifelsfrei schließen, dass es sich um eine Sündenbockpraktik handelt.²⁸

²¹ Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 6. Aufl. 2008, S. 448.

²² Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, S. 448.

²³ Allport, Treibjagd auf Sündenböcke, 1951, S. 9.

²⁴ Allport, Treibjagd auf Sündenböcke, S. 9.

²⁵ Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, S. 448.

²⁶ Vgl. Bödefeld, „...und du bist weg!“ – Bullying in Schulklassen als Sündenbockmechanismus, 2006.

²⁷ Palaver, René Girards mimetische Theorie, S. 241.

²⁸ Mellema, Criminal Justice Ethics 19 (2000), 3 (4).

Abbildung 1: Merkmale von Sündenbockpraktiken

Krise	<ul style="list-style-type: none"> • Gefahr für herrschende Normen • ungewolltes oder ungünstiges Geschehnis • möglicher Gegenstand von Schuldzuweisung
Schuldzuweisung	<ul style="list-style-type: none"> • unbewusst • teilweise ungerechtfertigt • einzelne Person oder Personengruppe als Adressat
Sündenbock	<ul style="list-style-type: none"> • Abgrenzungsmerkmale ("Opfermerkmale") • unbeliebt, machtlos, erreichbar • Zusammenhang mit der Krise (Glaubwürdigkeit)
Gewaltausübung	<ul style="list-style-type: none"> • verschiedene Formen (z.B. physische, psychische, verbale Gewalt) • gewisse Stärke
Lösung	<ul style="list-style-type: none"> • versöhnende Wirkung positiv in Relation zur Krise

C. Literaturstand

Im Folgenden soll der Stand der Literatur zur Forschungsfrage beleuchtet werden. Bereits an dieser Stelle kann vorweggegriffen werden, dass das Auftreten von Shitstorms bislang nur vereinzelt mit dem SBM in Verbindung gebracht wurde. Einerseits könnte das auf den allgemein noch recht überschaubaren Forschungs- und Literaturstand²⁹ zu dem Phänomen zurückzuführen sein. Andererseits wurde möglicherweise bisher kaum nach theoretischen Erklärungsansätzen für das Auftreten von Shitstorms gesucht.

I. Forschungsgegenstand „Shitstorm“

Bevor jedoch der Stand der Forschung und Literatur dargestellt wird, soll zunächst der Forschungsgegenstand näher geklärt werden. Der Begriff „Shitstorm“ wurde in Deutschland maßgeblich durch den Publizisten und Internetaktivisten *Sascha Lobo* geprägt.³⁰ Dieser hielt auf der Konferenz „re:publica 2010“ einen Vortrag unter dem Titel „How to survive a shit storm“,³¹ woraufhin das Wort einen Popularitätsschub erhielt und im Jahr 2011 zum „Anglizismus des Jahres“ gewählt wurde.³² Im Englischen sind hingegen eher die Ausdrücke *social media crisis*, *online firestorm*³³ oder *flame war*³⁴ gebräuchlich. Das Wort „Shitstorm“ wird hingegen als obszön oder vulgär wahrgenommen³⁵ und bezeichnet im Allgemeinen eine Konfliktsituation.³⁶

*Lobo*³⁷ oder auch *Pfeffer/Zorbach/Carley*³⁸ treffen in ihren Definitionen von Shitstorms bereits konkrete Aussagen über deren Charakteristika. Um bei der Beantwortung der Forschungsfrage möglichst offen zu bleiben, wird hier die folgende, weitere Definition zu Grunde gelegt: Ein Shitstorm ist ein Social-Media-Phänomen, bei dem innerhalb kürzester Zeit eine überdurchschnittlich hohe Anzahl von überwiegend kritischen Nutzer-Beiträgen auftritt, die

²⁹ *Sikkenga*, Shitstorm-Prävention, 2017, S. 15.

³⁰ *Haarkötter*, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, 2016, S. 17.

³¹ *Lobo*, *How to survive a shit storm*, 2010 (Stand: 03.10.2021).

³² *Haarkötter*, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 17.

³³ *Mutschler*, *Zur Anatomie von Shitstorms (1/2)*, 2020 (Stand: 03.10.2021).

³⁴ *Haarkötter*, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 17.

³⁵ *Heine*, *Amerikaner und Engländer staunen über Merkels Obszönität*, WELT v. 06.12.2018 (Stand: 03.10.2021).

³⁶ *Cambridge English Dictionary Redaktion*, *Shitstorm* (Stand: 03.10.2021).

³⁷ *Lobo*, *How to survive a shit storm* (Stand: 03.10.2021).

³⁸ *Pfeffer/Zorbach/Carley*, *Journal of Marketing Communications* 20 (2014), 117 (118).

teilweise mit negativem und beleidigendem Inhalt einhergehen.³⁹ *Social Media* wird in diesem Zusammenhang als eine Gruppe internetbasierter Anwendungen verstanden, welche auf den ideologischen und technologischen Grundlagen des Web 2.0 aufbauen und es erlauben, nutzergenerierte Inhalte zu schaffen und auszutauschen.⁴⁰ Die meisten bisher untersuchten Shitstorms traten bei Facebook⁴¹ und Twitter⁴² auf.

II. Shitstorms und Sündenbockmechanismus

In diesem Abschnitt soll kurz dargestellt werden, welche Erkenntnisse bereits zu der Forschungsfrage gewonnen wurden. In wissenschaftlichen Publikationen zu Shitstorms findet sich dazu, wie oben bereits angedeutet, überraschend wenig. Durchsucht man etwa das soziologische Werk von *Stegbauer*,⁴³ der darin einen Überblick über den aktuellen Stand der Forschung liefert, so findet sich das Wort „Sündenbock“ darin schlichtweg nicht. In der von *Haarkötter* herausgegebenen Sammelpublikation wird der Sündenbock (*Scapegoat*) als eine kaum genutzte Reaktionsmöglichkeit für Organisationen im Shitstorm präsentiert, bei der eine Person oder Gruppe außerhalb der Organisation verantwortlich gemacht wird.⁴⁴ Einzig *Schwarz*, der menschliches Verhalten auf archaische Muster zurückführt, stellt die Vermutung auf, dass Sündenbockverhalten häufig Anlass für Shitstorms darstellt.⁴⁵

Aus Perspektive der Sündenbocktheorie erscheint es zumindest möglich, dass der Shitstorm Ausdruck einer Sündenbockpraktik ist: Diese kann auch die Form mündlicher Angriffe, etwa in Gestalt beleidigender Aussagen oder Verspottung, annehmen.⁴⁶

³⁹ Vgl. *Skottke/Bendel/Menger*, in: Haarkötter, Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 85 (88), die fünf Charakteristika von Shitstorms voraussetzen; vgl. außerdem *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, 2015, S. 243.

⁴⁰ *Sikkenga*, Shitstorm-Prävention, S. 16.

⁴¹ Vgl. *Folger*, Entstehung und Entwicklung von Shitstorms, 2013, S. 68 ff.; *Stegbauer*, Die Anatomie eines Shitstorms, 2017.

⁴² Vgl. *Pfeffer/Zorbach/Carley*, *Journal of Marketing Communications* 20 (2014), 117 (118).

⁴³ Vgl. *Stegbauer*, Shitstorms, 2018.

⁴⁴ *Spiller/Hintzen*, in: Haarkötter, Shitstorms und andere Nettigkeiten, 2016, 109 (116).

⁴⁵ *Schwarz*, Shitstorms, Lügen, Sex, 2019, S. 226.

⁴⁶ *Allport*, Treibjagd auf Sündenböcke, S. 64

III. Shitstorms allgemein

In der bisher zu Shitstorms veröffentlichten Literatur finden sich einige Erklärungsansätze für das Phänomen, die im Folgenden knapp zusammengefasst werden sollen. Als „Sturm der Empörung“⁴⁷ wurde der Shitstorm traditionsgeschichtlich in die Gattung der Skandale eingeordnet.⁴⁸ Anlass ist – wie bei einem „klassischen“ (Medien-)Skandal – eine öffentlich gemachte Normverletzung, die das kollektive Gefühl der Empörung auslösen kann.⁴⁹ Durch einen Skandal wird die moralische Norm oder der moralische Wert, der im Zentrum der Empörung steht,⁵⁰ im Ergebnis bekräftigt, weil durch die Normverletzung die überschrittene Grenze sichtbar wird.⁵¹ Die gleichförmige, einstimmige Entrüstung in einem Shitstorm zielt demnach auf die Stabilität und Akzeptanz eines gemeinsamen Wertesystems ab.⁵² Neu ist bei einem Shitstorm, dass die kollektive Empörung (wenigstens im Netz) sichtbar wird und nunmehr auch jeder Einzelne seinen Unmut publik machen kann.⁵³

Auch im Übrigen beschäftigt sich die Literatur ausführlich mit den Besonderheiten von Online-Kommunikation sowie den Charakteristika der Social-Media-Plattformen, um die Entstehung von Shitstorms zu erklären. Es sei anzunehmen, dass die soziale Vernetzung der Nutzer, welche das zentrale Charakteristikum von Social Media darstelle, die notwendige Basis für die Entstehung und Entwicklung von kollektiver Empörung bilde.⁵⁴ Inhalte würden dort schnell und unkompliziert geteilt, was die öffentliche Reichweite einzelner Nutzerbeiträge enorm erhöhe und gleichzeitig die negativen Folgen für den Adressaten verstärke.⁵⁵ Zudem könne das Fehlen nonverbaler Kommunikationsmarker Auslöser für kommunikatives Missverstehen sein, was zu emotionalen Reaktionen führe.⁵⁶ Der *Online Disinhibition Effect* bezeichnet Enthemmungseffekte in der schriftlichen Internetkommunikation: durch die reduzierte Wahrnehmung der Gefühle des

⁴⁷ Lobo, *How to survive a shit storm* (Stand: 03.10.2021).

⁴⁸ Kühlhäuser, in: Haarkötter, *Shitstorms und andere Nettigkeiten*, S. 51 (53).

⁴⁹ Kühlhäuser, in: Haarkötter, *Shitstorms und andere Nettigkeiten*, S. 51 (53).

⁵⁰ Hondrich, *Enthüllung und Entrüstung*, 2002, S. 16 f.

⁵¹ Pörksen/Detel, *Der entfesselte Skandal*, 2012, S. 21.

⁵² Kühlhäuser, in: Haarkötter, *Shitstorms und andere Nettigkeiten*, S. 51 (54).

⁵³ Kühlhäuser, in: Haarkötter, *Shitstorms und andere Nettigkeiten*, S. 51 (54).

⁵⁴ Salzborn, *Phänomen Shitstorm*, S. 276.

⁵⁵ Salzborn, *Phänomen Shitstorm*, S. 276.

⁵⁶ Haarkötter, in: ders., *Shitstorms und andere Nettigkeiten*, S. 17 (25).

Kommunikationspartners⁵⁷, das Fehlen von sozialen und soziodemografischen Variablen und eine vermeintliche Anonymität der Nutzer werden originäre Kontrollmechanismen abgebaut.⁵⁸ Die dadurch geförderte Feindlichkeit, Anomie sowie normverletzendes und antisoziales Verhalten werden insbesondere im Konflikt- und Krisenfall in den Social Media deutlich.⁵⁹ Eine ausführliche Übersicht zu diesen und weiteren Faktoren (z.B. Filterblasen, Echokammern, *binary choices*⁶⁰ etc.) findet sich bei Pfeffer/Zorbach/Carley, die mehrere Shitstorms analysiert haben.⁶¹

Immer wieder wird auch auf die neue „Macht des Einzelnen“ oder Nutzermacht verwiesen, denn das Themen- und Meinungsbild im Netz wird von den Nutzern maßgeblich geprägt, wodurch die ehemals klare Ausdifferenzierung der Leistungs- und Publikumsrollen in den Medien relativiert wird.⁶² Auch Personen, die sich früher nicht in den öffentlichen Diskurs eingebracht hätten, werden durch das Internet in die Lage versetzt, ihre Meinung direkt zu äußern.⁶³ Außerdem können die Einzelnen mithilfe der zahlreichen Möglichkeiten, die die Plattformen bieten, ihre Zusammenarbeit – etwa bei kritischen Bewegungen und Protesten – intensivieren (Boykottseiten, Hackerattacken, etc.).⁶⁴

Davon kaum losgelöst zu betrachten ist die These, dass Shitstorms durch das Aufeinanderprallen unterschiedlicher (Netz-)Kulturen ausgelöst werden.⁶⁵ Die Gegebenheiten von Social Media (Filterblasen, Echokammern, etc.) begünstigen das Entstehen von untereinander weitestgehend abgeschlossenen Gruppen, die ihre eigene Sichtweise entwickeln und sich darin fortlaufend gegenseitig bestätigen, mithin eine eigene „Kultur“ ausdifferenzieren.⁶⁶ Prallen solche gefestigten Sichtweisen aufeinander, so wird die eigene Ideologie als gefährdet angesehen, wodurch sich leicht Konflikte entzünden.⁶⁷

⁵⁷ Haarkötter, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 17 (26).

⁵⁸ Salzborn, Phänomen Shitstorm, S. 60.

⁵⁹ Salzborn, Phänomen Shitstorm, S. 60.

⁶⁰ Übersetzt: Entweder-oder-Entscheidungen.

⁶¹ Vgl. Pfeffer/Zorbach/Carley, Journal of Marketing Communications 20 (2014), 117 (117 ff.). Ein ähnlicher deutschsprachiger Beitrag der Autoren Pfeffer/Zorbach findet sich außerdem bei Stiegler/Breitenbach/Zorbach, New Media Culture, 2015, S. 125 ff.

⁶² Salzborn, Phänomen Shitstorm, S. 80.

⁶³ Stegbauer, Shitstorms, S. 165.

⁶⁴ Salzborn, Phänomen Shitstorm, S. 81.

⁶⁵ Vgl. Stegbauer, Shitstorms, 2018.

⁶⁶ Stegbauer, Shitstorms, S. 163 f.

⁶⁷ Stegbauer, Shitstorms, S. 164.

Und auch in der Streitaustragung selbst (etwa im Shitstorm) spielen Kulturen eine Rolle: Nutzer passen sich an den Ton der bereits vorhandenen Beiträge an. Ist die dort verwendete Sprache überwiegend roh, so werden neutral formulierte Aussagen oder gar Widerspruch seltener.⁶⁸

Es wurde zudem der Versuch unternommen, Shitstorms und die aktive Teilnahme daran als rationale Kommunikationsstrategie im Sinne der *Rational Choice Theory*⁶⁹ zu interpretieren.⁷⁰ Das würde voraussetzen, dass der Vortrag von Empörung besondere Wirkung entfalten kann.⁷¹ Von verschiedener Seite wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Potenziale des Shitstorms (Lerneffekte, deliberative Demokratie) nicht unterschätzt werden sollten⁷² und dass sich darin meist mehrere Tonalitätsstränge – auch konstruktive Kritik – finden, eine ausschließlich „böse Masse“ also nicht nachweisbar war.⁷³ Die Untersuchungen von *Salzborn* bezogen sich allerdings ausschließlich auf Shitstorms gegen Unternehmen.⁷⁴ Es gebe aber Anhaltspunkte dafür, dass Shitstorms gegen Private von einem polemischeren Beitragston geprägt seien. Eine ausführliche Analyse steht noch aus.⁷⁵

In vielen Veröffentlichungen zu dem Phänomen wird außerdem die Bedeutung der „klassischen“ (Online-)Medien (z.B. Internetauftritte der Zeitungen) für die Entwicklung von Shitstorms herausgehoben.⁷⁶

IV. Schlussfolgerungen für die Fragestellung

Im Ergebnis widersprechen die unterschiedlichen Ansätze dem Versuch, Shitstorms mit dem SBM zu erklären, nicht. Gerade die Herausbildung spezialisierter Kulturen, die skandalisierte Normverletzung oder die emotionale Entladung im Netz deuten möglicherweise sogar in die Richtung der oben herausgearbeiteten Merkmale. Sollte dem Phänomen Shitstorm tatsächlich etwas Positives abzugewinnen sein, so stünde auch das der Annahme nicht entgegen, dass in dem Verhalten einzelner Nutzer, die dazu

⁶⁸ *Stegbauer*, Shitstorms, S. 165.

⁶⁹ Übersetzt: Theorie der rationalen Entscheidung.

⁷⁰ Vgl. *Haarkötter*, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 17 ff.

⁷¹ *Haarkötter*, in: ders., Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 17 (18).

⁷² *Kühlhäuser*, in: *Haarkötter*, S. 51 (81).

⁷³ *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, S. 278.

⁷⁴ *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, S. 281.

⁷⁵ *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, S. 281.

⁷⁶ *Pfeffer/Zorbach/Carley*, *Journal of Marketing Communications* 20 (2014), 117 (124); *Kühlhäuser*, in: *Haarkötter*, Shitstorms und andere Nettigkeiten, S. 51 (56); *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, S. 79.

beitragen, eine Sündenbockpraktik zu sehen ist. Die spezifischen Kommunikationscharakteristika wie die schnelle Verbreitung von Information und Nutzerbeiträgen, Emotionalisierung bei gleichzeitiger Enthemmung, Anonymitätsglaube und Erreichbarkeit der potenziellen Adressaten könnten die Stärke einer kollektiven Schuldzuweisung sogar noch befeuern. Jedenfalls lässt der derzeitige Forschungsstand Raum für weitere Erklärungsansätze, insbesondere solche, die sich mit den Protagonisten und deren Motivation auseinandersetzen.⁷⁷

Aus dem Theorieteil zum SBM und dem bisher zu Shitstorms Erforschten können daher die folgenden Hypothesen abgeleitet werden, die im Rahmen der späteren Datenauswertung beantwortet werden sollen:

Hypothese 1: Wenn sich Gruppen auf Social Media bezüglich ihrer Werte gefährdet oder in ihren Normen verletzt sehen entstehen Shitstorms.⁷⁸

Hypothese 2: Adressaten von Shitstorms weisen besondere Abgrenzungsmerkmale auf, sind besonders gut erreichbar und personifizieren die angegriffene Idee.

Darin sind die Merkmale der „Gewalt“ und der „Lösung“ nicht berücksichtigt. Ersteres kann bereits definitionsgemäß als gegeben angesehen werden, da sich diese Gewalt auch verbal äußern kann und Shitstorms den meisten Definitionen zufolge mit beleidigenden, herabwürdigenden Äußerungen einhergehen. Die Lösung i.S.e. konfliktlösenden Wirkung wurde für mit der gewählten Methode nicht überprüfbar gehalten. Schließlich ist das Merkmal der Schuldzuweisung nur indirekt verarbeitet, indem die Hypothesen von „Gruppen“ einerseits und „Adressaten von Shitstorms“ andererseits sprechen, welche durch den Shitstorm verbunden sind. Dazwischen kann eine Schuldzuweisung liegen, aber auch diese wäre schwer nachweisbar und zudem hätte ihre Berücksichtigung den Rahmen dieser Arbeit überschritten.

D. Methode

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wurde das leitfadenbasierte Experteninterview als Forschungsmethode gewählt. Das Vorgehen soll in diesem Abschnitt dargestellt werden.

⁷⁷ Salzborn, Phänomen Shitstorm, S. 281, der darauf hinweist, dass vor allem Methoden der Sozialpsychologie helfen können, vertiefende Erkenntnisse zu erhalten.

⁷⁸ Es handelt sich um ein einschließendes „oder“, sodass beide Varianten einzeln aber auch zusammen auftreten können.

I. Vorbereitung

In einem ersten Schritt wurde vorhandene Literatur zum Thema Shitstorms gesichtet. Daraus entstand eine Übersicht über den Forschungsstand in unterschiedlichen Disziplinen (Kommunikations- und Medienwissenschaft, Psychologie, Soziologie etc.). Auf dieser Basis wurden konkrete Forschungsfragen entwickelt, die dazu dienen sollten, Shitstorms zu erklären und zu beschreiben. Die zentralen Fragen dabei waren: Wie entstehen Shitstorms? Wie verlaufen sie? Wie sind sie strafrechtlich einzuordnen?

Die Auswahl der Experten erfolgte anhand der gesichteten Literatur und mithilfe einer Internetrecherche. Bei Anwesenheit aller Forschenden wurden Fragen gesammelt und anschließend diskutiert, umformuliert und strukturiert. So entstanden Leitfäden aus größtenteils offenen Fragen, die auf Beschreibungen, Bewertungen und Erklärungen abzielten. Die Fragen waren vordergründig auf die Expertise bzw. Erfahrungen der jeweils befragten Person abgestimmt. Die Leitfäden wurden somit nach demselben Schema strukturiert und enthielten mitunter die gleichen Fragen, unterschieden sich aber im Inhalt wesentlich.

II. Durchführung und Auswertung der Interviews

Die Interviews wurden im Zeitraum von Dezember 2020 bis Februar 2021 einzeln und eigens per Videokonferenz geführt, wobei jeweils eine Person die Gesprächsführung übernahm. Den anderen Forschenden war es ebenfalls möglich, Nachfragen zu stellen. Im Einverständnis mit den Befragten wurde der Ton der Gespräche aufgezeichnet. Anschließend wurden die Interviews transkribiert. Die Auswertung erfolgte zunächst für jedes Interview separat durch die Paraphrasierung der Aussagen und die darauf beruhende Bildung von Kategorien. Die paraphrasierten Ergebnisse wurden in einer gemeinsamen Tabelle erfasst.

III. Vor- und Nachteile der gewählten Methode, Mängel

Die gewählte Methode erschien mit Blick auf den noch überschaubaren Literaturstand geeignet, um das vorhandene Fachwissen ausgewiesener Spezialisten gezielt und forschungsfragenorientiert zu erheben. Aus den gesammelten Daten würden dann neue Erkenntnisse zu ziehen sein.⁷⁹ Durch den direkten Kontakt mit den Befragten war es möglich, viele Informationen in verhältnismäßig kurzer Zeit zu sammeln. Anhand der Antwortschnelligkeit, der Gesprächssituation und der zu den Befragten erlangten

⁷⁹ S. oben Kap. C.

Hintergrundinformationen konnte die Datenqualität gut eingeschätzt werden. Bereits durch das eigenhändige Transkribieren war es möglich, sich intensiv mit den Interviewinhalten auseinanderzusetzen und die Interpretation vorzubereiten.

Wissenschaftliche Interviews werden in der Regel von dazu geschulten Personen durchgeführt. Dies hätte gewährleistet, dass die Wissenschaftlichkeit bei gleichzeitiger sozialer Interaktion durchgängig beibehalten wird. Die Rahmenbedingungen der Online-Interviews waren zum Teil ungünstig, weil es bei den interviewten Personen zu Ablenkungen kam. An einigen Stellen gab es zudem Übertragungsprobleme, sodass Antworten unterbrochen wurden oder auf der Aufnahme später schwer verständlich waren. Diese Stellen konnten dann entweder nicht verwendet werden oder mussten sinngemäß ergänzt werden.

Name	Position; Institution/ Organisation	Themenbezug	Gesprächsdauer
Pfeffer, Jürgen	Professur für Computational Social Science und Big Data; Universität	Forschungsprojekt zu Dynamiken von Shitstorms mittels mathematischer Modellierung zum Verständnis der treibenden Faktoren	84:45 min
Mutschler, Bela	Professur für Wirtschaftsinformatik; Hochschule	co-verfasster Fachblogbeitrag; studentische Projekte und Abschlussarbeiten zu Shitstorms	43:52 min
Skottke, Eva-Maria	Professur für Wirtschafts- und Medienpsychologie; Hochschule	Nutzerverhalten im Kontext von Social Media; co-verfasste Fachpublikation zu Shitstorms	49:52 min
Reinbacher, Tobias	Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht; Universität	Befassung mit strafrechtlicher Bewertung von Hate Speech in sozialen Medien und dem	88:14 min

		„Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“	
Ballon, Josephine	Head of Legal; Beratungsstelle von digitaler Gewalt für Betroffene	Betroffene sind häufig auch Adressaten von Shitstorms	71:48 min
Künast, Renate	Mitglied des Bundestages; ehemals Bundesministerium und Parteivorsitz; Bundestag; Partei	Betroffene und zuständige MdB für das NetzDG	58:29 min

E. Ergebnisse

In diesem Abschnitt sollen die gefundenen Ergebnisse dargestellt werden, die zur Überprüfung der Hypothesen dienen. Dazu soll einerseits auf die Entstehung von Shitstorms, andererseits auf die Personen auf beiden Seiten eingegangen werden. Die im Shitstorm Aktiven werden „Beteiligte“ genannt. Sie kommentieren selbst oder tragen durch das Teilen oder *Liken*⁸⁰ fremder Beiträge dazu bei. „Adressaten“ sind hier diejenigen, die Gegenstand eines Shitstorms werden.

I. Darstellung der Ergebnisse

1. Entstehung von Shitstorms

In den Interviews wurden die Experten darüber befragt, wie es dazu kommt, dass Shitstorms auftreten und welche konkreten Auslöser beobachtet werden konnten. *Mutschler* etwa sagte, dass es häufig Kleinigkeiten seien, an denen sich Diskussion, Streit oder Hass entzündeten und dass es deshalb auch häufig schwer vorherzusehen sei. Als Beispiel nannte er eine Werbung der Bank „ING-DiBa“, in der der ehemalige Profibasketballspieler *Dirk Nowitzki* sich eine Wurst aus der Metzgerei abholte. Daraufhin hätten sich plötzlich radikale Veganer oder Vegetarier aufgeregt und es sei ein Shitstorm zwischen diesen und „Fleischbefürwortern“ auf der anderen Seite losgegangen. Eben dieses Beispiel wählte auch *Pfeffer*, jedoch um daran sein Verständnis von

⁸⁰ Übersetzt: mit „Gefällt-mir“ markieren.

Shitstorms als „emotionale Entladung“ zu verdeutlichen. Als Reaktion auf die Werbung hätten „alle Veganer dieser Welt [...] quasi ihren Hass auf die Fleischesser an diesem Celebrity [...] abregiert.“ Jemand müsse für etwas herhalten, der im Kern gar nicht so viel dafür kann, weil das Thema gerade passt. Im Unterschied zu Hatespeech seien Shitstorms spontaner und oft übertrieben. Eine Hasskampagne, etwa gegen eine Frau in einem Film, sei zwar in dem Moment ein Shitstorm, es habe aber eine andere Genese, weil es die Frauenhasser schon davor gegeben habe. Thematisch gehe es, so *Mutschler*, oft um Trivialitäten. Man könne durch einen Shitstorm vielleicht aber auch ein Gefühl dafür bekommen, wie eine Gesellschaft als Ganzes tickt. Wenn fragwürdige Aussagen getätigt werden, stehe damit vielleicht so etwas wie ein gesamtgesellschaftliches Korrektivinstrument zur Verfügung („seismologisches Instrument“). Das treffe aber nicht auf jeden Shitstorm zu. Und auch *Ballon* sagte, bei Hateaid sehe sie immer wieder, dass sowohl bei politisch motivierten Themen, aber auch bei „banalen“ Themen, etwa wenn jemand etwas postet, womit andere nicht einverstanden sind, viele Leute auf eine Person oder einen Post gehen. Wahrscheinlich, so *Pfeffer*, seien es häufig gesellschaftlich brisante Themen, die besonders anfällig für Shitstorms sind und bei denen es eine Hellhörigkeit gebe, auf die dann auch mit Aggression und Dynamik (ergänzt: reagiert) werde. Im Prinzip seien es Fragen, die Emotionen auslösten, auf die dann mit Emotionen geantwortet werde, auch solchen Emotionen, die mehrfach unpassend seien. Als Beispiel nannte er positive Diskriminierung, den Kontext „Flüchtlinge“ und Fragen, die den Neid ansprächen („jemand bekommt zu viel [...] soziale Zuwendungen“). Als Auslöser nannte *Pfeffer* das Verhalten von Personen – i.d.R. Celebrities und Firmen, die irgendeinen Fehler machten. Es gebe aber auch Fälle, in denen Einzelpersonen involviert seien, wenn sie „völligen Quatsch machen oder dummes Zeug“, oder eben einen Fehler. An dieser Stelle wies *Pfeffer* auch auf die Medienberichterstattung über einen Shitstorm hin – diese sei zumindest vom Gefühl her ein relevanter Anteil der Verbreitung und man dürfe sie nicht unterschätzen.

2. Beteiligte

Mutschler führte die Bereitschaft, etwas innerhalb eines Shitstorms zu schreiben, auf das Wesen der Menschen zurück: „wenn es irgendwo die Gelegenheit gibt, draufzuhauen, dann tun wir das auch gerne“.

Als Motivation im Bereich Konsum nannte *Skottke* zunächst, andere Nutzer oder Kunden warnen zu wollen, etwa durch Kritik an einem Produkt. In Abgrenzung zur Warnung sei das nächste, dass man einem Unternehmen oder

einer Person möglicherweise schaden will, weil man frustriert ist oder das Gefühl hat, das Unternehmen habe einem geschadet. Ein großes Thema sei „diese Mitläufergeschichte“: lieber fühle man sich zugehörig zu einer Gruppe, möglicherweise einer Community, als es selbst abzubekommen. Als großen Punkt nannte *Skottke* zudem die Entladung von Frust. Die Frustration müsse dann auch nichts mit der Sache zu tun haben, aber wenn man nichts anderes habe, dann suche man sich eben diese Entladungsmöglichkeiten im Netz.

Ballon sagte, dass diejenigen, die negative Kommentare oder Hasskommentare verbreiten, häufig miteinander zusammenhängen, dass auch über Netzwerkgrenzen hinweg auf Posts hingewiesen wird und Verabredungen stattfinden, sich auf eine Person zu stürzen. Sie sprach auch von bewussten Einschüchterungsaktionen. Auch *Künast* zufolge sind Shitstorms mittlerweile in den allermeisten Fällen etwas Organisiertes und aus dem Bereich Rechtsextremismus stammend, meist gegen politisch Handelnde. Dass es ein natürlicher Prozess ist, bei dem sich etwas anstaut, sei eher die Ausnahme.

Er habe sich noch nie angeschaut, ob sich Personen ausmachen lassen, die Shitstorms initiieren, sagte dazu *Pfeffer*. Es gäbe aber Indizien aus der Forschung, dass es in der Masse derer, die bei einem Shitstorm dabei sind, schon davor Vernetzungen gegeben habe, die Massen sich also nicht zufällig ergäben. Zu den sich beteiligenden Personen wisse er allerdings nichts im Detail. Anonymität dürfte, was man sich schwer vorstellen könne, kein allzu wichtiger Faktor sein.

3. Adressaten

Besonders anfällig für Shitstorms seien auf der einen Seite Unternehmen, die natürlich auch eine große Reichweite in den sozialen Medien hätten, so *Mutschler*. Auch Influencer spielten eine Rolle, wobei sie manchmal zumindest kein Problem damit hätten, weil es für sie vor allem Reichweite und Sichtbarkeit bedeute – unter Marketinggesichtspunkten sei das manchmal relevant und wünschenswert. Laut *Pfeffer* seien es in der Regel Personen öffentlichen Interesses und Firmen, die involviert seien. Es gäbe aber auch Fälle, die Einzelpersonen involvierten, wenn sie „irgendeinen Blödsinn“ machten.

Ballon sagte, Frauen seien ganz besonders gefährdet, was sich auch in der Prozesskostenfinanzierung von Hateaid zeige: Der Großteil derer, die dort landeten, seien Frauen. Wenn diese sich etwa zu gesellschaftlich relevanten

Themen im Internet exponierten, gehe es meist mit den Kommentaren direkt unter die Gürtellinie. Was sie abbekämen, sei besonders häufig strafbar. Sie nannte aber auch andere Gruppen: Aktivisten, Politiker,⁸¹ Menschen aus der LGBTQ-Community, z.B. Transpersonen, die besonders häufig und oft auch sehr stark betroffen seien. Sie fasste es so zusammen: Alle Menschen, die sich in irgendeiner Art und Weise im Internet exponierten und für unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung und für unsere diverse Gesellschaft aussprechen, seien besonders gefährdet.

II. Bewertung

Es fällt auf, dass die befragten Personen wahrscheinlich ein unterschiedliches Verständnis davon zugrunde legen, was ein Shitstorm ist. Anhand der Definitionen, die zu Beginn der Interviews erfragt wurden, lässt sich das gut überprüfen, ebenso an weiteren Aussagen im Gesprächsverlauf. *Ballon* und *Künast*, die beide eher – wenn auch nicht ausschließlich – der Betroffenenperspektive zugeordnet werden können, wobei *Künast* auch im Bundestag für das NetzDG zuständig ist, sind wohl der Ansicht, dass die Mehrzahl der Shitstorms organisiert oder zumindest politisch motiviert ist. In Einklang mit dem Bild, das bei der Literaturobwertung entstand, setzten *Skottke* und *Mutschler* den Fokus eher auf „klassische“ Shitstorms gegen Unternehmen oder bekannte Personen, denen ein Fehlverhalten vorgeworfen wird. Interessant ist, dass *Pfeffer* eine deutliche Abgrenzung gegenüber Hatespeech vornimmt, indem er Shitstorms als spontane emotionale Entladung beschreibt. Hinsichtlich der Hypothesen müssen die Ergebnisse vor diesem Hintergrund gesehen und interpretiert werden.

Zur Überprüfung von *Hypothese 1* kam es zunächst darauf an, ob man überhaupt von „Gruppen“ sprechen kann. Am Beispiel des ING-DiBa/Nowitzki-Shitstorms in der von den beiden Experten beschriebenen Form kann man dies erkennen: Die Reaktionen scheinen hauptsächlich aus der veganen/vegetarischen Community gekommen zu sein oder zumindest von Personen, die eine ablehnende Haltung gegenüber des Fleischkonsums teilen. Dass die Teilnehmenden häufig in dem betreffenden Netzwerk oder auch darüber hinaus zusammenhängen, spricht ebenfalls dafür, dass in einem Shitstorm zum Teil Gruppen wirken. Das hängt auch mit den Netzwerk-Charakteristika zusammen (Filterblasen, Echokammern, etc.), die gerade dafür sorgen, dass Nutzer sich nur in bestimmten Kreisen bewegen und nur ausgewählte Inhalte zu sehen bekommen. Das führt dazu, dass Nutzer mit

⁸¹ Im Original: Aktivist:innen, Politiker:innen.

ähnlichen Interessen auf dieselben Sachverhalte, Posts und auch Shitstorms aufmerksam werden. Dieses Bild wird nur dadurch untermauert, dass im Shitstorm das Zugehörigkeitsgefühl eine Rolle zu spielen scheint. Bei organisierten Aktionen wirken bestehende Gruppen sogar darauf hin, dass ein Shitstorm entsteht. Nach *Pfeffers* Verständnis wäre dies mangels Spontanität kein Shitstorm, allerdings kommt es für die Dynamik mutmaßlich auch dann auf weitere Nutzer an, die spontan darauf aufmerksam werden.

An demselben Fall wird auch anschaulich, dass der konkrete Shitstorm entstand, weil in der Werbung der Bank eine Normverletzung oder zumindest Wertgefährdung in dem Sinne gesehen wurde, dass es nicht hinnehmbar war, dem Fleischkonsum in diesem Zusammenhang eine Bühne zu bieten. Allgemein geht aus den Antworten hervor, dass Shitstorms meist als Reaktion auf ein vermeintliches Fehlverhalten entstehen – auch (oder gerade weil) darin weitergehende, tiefersitzende Emotionen, z.B. Frust, entladen werden. Dass die Themen, um die es geht, häufig solche sind, die Emotionen auslösen, deutet ebenfalls in Richtung Wertgefährdung. Denn in diesen Situationen reagiert man häufig emotional, weil mit den eigenen Werten etwas Grundlegendes, Persönliches berührt ist. Und auch die genannten gesellschaftlich „brisanten“ Themen entzündeten sich häufig an Wertefragen (etwa die Flüchtlingspolitik⁸²).

Hinsichtlich *Hypothese 2* lässt sich zunächst feststellen, dass die Adressaten von Shitstorms definitionsgemäß besonders gut erreichbar sind, denn sie haben zumeist einen Social-Media-Auftritt und „exponieren“ sich dort meist besonders mit ihren Äußerungen. Personen des öffentlichen Lebens und auch Unternehmen o.Ä. haben auf Social Media meist eine große Reichweite und sind insofern besonders gut erreichbar, weil die von ihnen geteilten Inhalte viele Menschen sehen. Im Einzelfall kann das auch für „Privatpersonen“ gelten, wenn deren Äußerungen quasi zufällig eine große Verbreitung finden. Shitstorms können vermutlich auch entstehen, wenn eine Person nicht unmittelbar auf einem Medium erreichbar ist. Aber auch dann konnte sich aufgrund der Gegebenheiten der Social Media eine entsprechende Dynamik entwickeln, die möglicherweise nicht unmittelbar gegen diese Person gerichtet ist, aber sich doch um sie dreht. In dem Gespräch mit *Ballon* ging es zu einem großen Teil um Betroffene. Dort entstand das Bild, dass häufig die Personen Adressaten von Shitstorms sind, die von Diskriminierung betroffen

⁸² Vgl. z. B. [Flüchtlingsdebatte: Heiko Maas im Shitstorm, HAZ v. 27.08.2015](#) (Stand: 03.10.2021).

sind. Diskriminierten Personen werden bestimmte Merkmale zugeschrieben, die sie von der diskriminierenden Gruppe unterscheiden. Insoweit lässt sich wohl von „Abgrenzungsmerkmalen“ sprechen. Das lässt sich auf einige Shitstorms, etwa solche gegen Unternehmen, nicht ohne Weiteres übertragen. Allerdings sind auch diese aufgrund ihrer Bekanntheit besonders „exponiert“ und in diesem Sinne abgrenzbar, etwa in Bezug auf Konsumenten.

Für die weitere Überprüfung der These kann erneut das Nowitzki-Beispiel herhalten: an Nowitzki als Person wurde der Unmut über die Werbung hauptsächlich abreagiert. Laut *Pfeffer* muss im Shitstorm häufig jemand für etwas herhalten, für das er wenig kann. Und in der Regel wird es wohl so sein, dass der Adressat etwas personifiziert, das die Reaktionen hervorruft, die gemeinsam einen Shitstorm ausmachen. Gemäß der Definition von *Ballon* wird sich auf eine Person gestürzt, „um an ihr ein Exempel zu statuieren.“ Wahrscheinlich geht es also häufig nicht nur um die Person an sich oder ihr Verhalten, sondern auch darum, was sie repräsentiert.

Diese Erkenntnisse über Shitstorms weisen – im Lichte der Hypothesen interpretiert – in Richtung eines SBM. Dabei gilt es zu beachten, dass es sich nur um eine mögliche Interpretation handelt. Kritisch anzumerken ist auch, dass eine gewisse Ergebnisorientiertheit bei der Auswahl der Interviewpassagen und der Interpretation nicht ausgeschlossen werden kann. Aber die Übertreibung und die Unsachlichkeit, durch die sich Shitstorms entsprechend den Ergebnissen der Interviews auszeichnen, sprechen dafür, dass der SBM zumindest *ein* Erklärungsansatz für das Entstehen von Shitstorms sein könnte. Denn eine Schuldübertragung oder -zuschreibung auf den Sündenbock geschieht, wie im Theorieteil herausgearbeitet, teilweise ungerechtfertigt, die Reaktion ist also im Verhältnis zu der Schuld des Sündenbocks übertrieben. Angesichts der unterschiedlichen Aussagen muss möglicherweise zwischen verschiedenen Arten von Shitstorms unterschieden werden, für die unterschiedliche Gesetzmäßigkeiten gelten. Es bedarf auf diesem Gebiet noch weiterer Forschung.

F. Konsequenzen für das Strafrecht

Aus Sicht des Strafrechts fragt sich nun, wie man angemessen mit den im Shitstorm herrschenden Dynamiken umgehen kann. Ziel sollte es sein, nicht nur einzelne Äußerungen bzw. Handlungen zu bestrafen, sondern das Zusammenwirken dieser Einzelbeiträge zu berücksichtigen. Dieses Zusammenwirken führt letztlich dazu, dass sich gegen einzelne Personen Beleidigungstiraden o.Ä. entwickeln, die für das Strafrecht relevant sind.

I. Allgemeines

Nicht alle Beiträge in einem Shitstorm sind als strafwürdig anzusehen, denn – wie gezeigt – wird auch Kritik geäußert, die die Schwelle zum strafwürdigen Unrecht nicht überschreitet. Es liegt zunächst nahe, die einzelnen Handlungen im Shitstorm unabhängig voneinander auf ihre strafrechtliche Relevanz hin zu überprüfen. Aufgrund der Charakteristika des Phänomens, das als solches anerkannt ist und nicht nur aus einer losen Ansammlung unabhängiger Kommentare besteht, sondern vielmehr meist aus zusammenhängenden Äußerungen und auch Personen, fragt sich, ob das Phänomen als solches in der strafrechtlichen Bewertung berücksichtigt werden muss. In seiner Dissertation stellte *Salzborn* im Jahr 2015 fest, dass eine umfassende wissenschaftliche Arbeit in der Rechtswissenschaft, die sich mit dem Phänomen „Shitstorm“ auseinandersetzt, noch ausstehe.⁸³ Daran dürfte sich bis dato nichts geändert haben. Grundvoraussetzung für die Strafbarkeit von Handlungen im Shitstorm nach deutschem Recht ist zunächst, dass die Normen des StGB Anwendung finden. Das richtet sich nach den §§ 3 ff. StGB. Bei Straftaten im Internet ergeben sich einige Besonderheiten, auf die jedoch an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann.⁸⁴ Neben den Beleidigungstatbeständen der §§ 185 ff. StGB kommen die Straftatbestände der Volksverhetzung gem. § 130 StGB, der Nötigung gem. § 240 StGB, der Bedrohung gem. § 241 StGB⁸⁵ und weitere Tatbestände, etwa die Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten⁸⁶ gem. § 126 StGB in Betracht.

II. Einzelne Nutzerbeiträge

Es fragt sich zunächst, welche im Shitstorm auftretenden Handlungen überhaupt geeignet sind, den objektiven Tatbestand zu erfüllen. Dies soll hier beispielhaft am Beleidigungstatbestand des § 185 StGB erörtert werden. Sowohl bei Facebook als auch bei Twitter gibt es die Möglichkeit, eigene Äußerungen in Form von Posts/Tweets oder in der Kommentarfunktion zu tätigen. Zudem können Beiträge anderer Nutzer auf der eigenen Chronik bzw. auf dem eigenen Profil geteilt werden. Schließlich können fremde Beiträge bewertet werden (Gefällt-mir-Angabe, Herz o.ä.). Als Äußerungsdelikt

⁸³ *Salzborn*, Phänomen Shitstorm, S. 282.

⁸⁴ Ausführlich dazu *Esser*, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, S. 305 (309 f.).

⁸⁵ *Esser*, Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, S. 305 (326).

⁸⁶ *Selman/Simmeler*, ZStrR 136 (2018), 248 (272) entsprechend für das schweizerische Strafrecht.

erfordert die Beleidigung die Kundgabe einer ehrverletzenden Tatsachenbehauptung bzw. eines herabwürdigenden Werturteils.⁸⁷ Dies kann sowohl durch mündliche und schriftliche Äußerungen, durch wortsetzende Gesten, durch bildliche Darstellungen sowie symbolische Handlungen und Tätlichkeiten geschehen.⁸⁸ Ob durch eine Äußerung die Missachtung eines anderen zum Ausdruck gebracht wird, ist durch Auslegung des objektiven Sinngehaltes zu ermitteln.⁸⁹ Keine Probleme ergeben sich, wenn eine eigene beleidigende Äußerung als Post, Tweet oder Kommentar geschrieben und allgemein oder zumindest in kleinen Foren zugänglich gemacht wird.⁹⁰ Das Teilen eines fremden beleidigenden Beitrages ohne eigene Stellungnahme wird mitunter nicht als Kundgabe eigener Missachtung gesehen.⁹¹ Das ist abzulehnen, nachdem gerade dann, wenn keine ablehnende Stellungnahme verfasst wird, die fremde Äußerung durch das Veröffentlichen auf dem eigenen Profil wiederholt, sich damit identifiziert und sie sich somit zu eigen gemacht wird.⁹² Auch im Betätigen der Teilen-Funktion kann somit eine täterschaftliche Beleidigung verwirklicht werden. Schließlich kommt das Bewerten mit „Gefällt-mir“ oder andere befürwortende Reaktionen in Betracht, wobei fraglich ist, ob man sich die fremde Äußerung dadurch zu eigen macht. Durch ein *Like*⁹³ wird die Äußerung nicht dergestalt wiedergegeben wie beim Teilen. Beiträge mit vielen Reaktionen werden tendenziell häufiger angezeigt und auch auf der Timeline von *Followern*⁹⁴ bzw. Freunden erscheint die Information, wie auf den Beitrag reagiert wurde.⁹⁵ Allerdings erscheint der Beitrag dadurch nicht dauerhaft auf dem eigenen Profil.⁹⁶ Somit bemächtigten sich Nutzer dadurch nicht dermaßen des Inhalts, dass darin ein „Zueigenmachen“ der Äußerung zu sehen ist.⁹⁷ Unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Internetbeleidigung ist jedoch auch

⁸⁷ *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 49. Edition 2021, § 185 Rn. 17.

⁸⁸ *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 185 Rn. 17.

⁸⁹ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 8.

⁹⁰ *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, vor § 185 ff. Rn. 22a; *Esser*, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, S. 305 (332).

⁹¹ *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (559).

⁹² *Krischker*, JA 2013, 488 (493); i. E. auch *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, vor § 185 ff. Rn. 22a.

⁹³ Übersetzt: „Gefällt-mir“-Angabe.

⁹⁴ Übersetzt: Anhänger (also Internetnutzer, die anderen Internetnutzern folgen).

⁹⁵ *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248 (262).

⁹⁶ *Krischker*, JA 2013, 488 (489).

⁹⁷ *Krischker*, JA 2013, 488 (489); a. A.: *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, vor § 185 ff. Rn. 22a; *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (560).

nach Vollendung der Tat eine Teilnahme noch möglich,⁹⁸ sodass auch durch *Likes* zumindest nach § 27 StGB Hilfe geleistet werden kann. Die Handlungen, die in einem Shitstorm relevant sind, können also grundsätzlich taugliche Tathandlungen im Rahmen des § 185 StGB sein.

Besondere Bedeutung kommt im Rahmen der Internetbeleidigung nunmehr der Qualifikation der Beleidigung durch Verbreiten von Schriften i.S.d. § 11 Abs. 3 BGB zu, die mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität am 03.04.2021 in Kraft trat.⁹⁹ Mit Blick auf die Adressaten von Shitstorms kommt unter den entsprechenden Voraussetzungen außerdem eine Strafbarkeit nach § 188 StGB, welcher mit dem neuen Gesetz nun die Beleidigung erfasst¹⁰⁰ und zudem auf die kommunalpolitische Ebene ausgeweitet wurde,¹⁰¹ in Betracht. Gesondert zu betrachten wäre, inwiefern Äußerungen in Shitstorms dazu geeignet sein können, den öffentlichen Frieden zu stören und ob sie somit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gem. § 130 StGB und § 126 StGB strafbar sein können.

III. Shitstorms als Gesamtphänomen

Bereits zu Beginn des Projekts, dessen Abschluss diese Arbeit darstellt, trat die Frage auf, ob der Shitstorm als Ganzes in die strafrechtliche Bewertung einfließen kann. Es entstand die Diskussion, ob für den Shitstorm ein Tatbestand ähnlich dem der Beteiligung an einer Schlägerei, § 231 StGB, angemessen wäre. Voraussetzung wäre, dass man den Shitstorm an sich als strafwürdig ansieht. Angesichts der Folgen, welche für die Adressaten – insbesondere Einzelpersonen – gravierend sein können, ließe sich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit i.S.v. beispielsweise psychischen Beschwerden als schwerer Folge konstruieren (wenn man die Strafbarkeit überhaupt eingrenzen wollen würde¹⁰²). Als Tathandlung des § 231 StGB kommt jede Beteiligung im untechnischen Sinne in Betracht, also eine örtlich-zeitliche Mitwirkung.¹⁰³ Bei einem Shitstorm könnte ebenso jede teilnehmende Handlung, also ein Kommentar, eine Reaktion (z. B. „Like“)

⁹⁸ *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (561 f.); *Krischer*, JA 2013, 488 (492).

⁹⁹ BGBl I. 2021, S. 441 (441).

¹⁰⁰ BGBl I. 2021, S. 441 (441).

¹⁰¹ BGBl I. 2021, S. 441 (442).

¹⁰² *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 231 Rn. 1, stellvertretend für die Ansicht, es handle sich bei der Schlägerei bereits um strafwürdiges Unrecht, dessen Gefährlichkeit durch den Eintritt der Folge zum Ausdruck gebracht wird.

¹⁰³ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. IV, 3. Aufl. 2017, § 231 Rn. 14.

oder auch das Teilen einer fremden Äußerung Tathandlung sein. Allerdings müsste man nachweisen, dass die betreffende Handlung tatsächlich als Teil des Shitstorms einzuordnen ist. Das könnte mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten einhergehen. Es wäre zunächst schwierig festzustellen, wer als Teilnehmer zu zählen ist, ohne die Strafbarkeit auf einen beinahe unbestimmten Kreis von Personen auszudehnen.¹⁰⁴ Man müsste den Shitstorm also nach außen abgrenzen, was sich angesichts der Masse an Kommentaren und anderen Handlungen als sehr schwierig gestalten dürfte. Zudem müsste man berücksichtigen, dass die Kritik im Rahmen der Meinungsfreiheit gestattet ist.¹⁰⁵ Insgesamt wäre es schwierig, die relevante Grenze der Gefahrschaffung im Shitstorm zu definieren.¹⁰⁶ Das gilt umso mehr angesichts der unterschiedlichen Ausprägungen des Phänomens. Die Schaffung eines solchen Tatbestandes ist daher abzulehnen, zumal die Handlungen im Shitstorm bereits nach geltendem Recht erfasst werden können. Darüber hinaus wäre es möglich, die spezifische Dynamik eines Shitstorms anderweitig in die rechtliche Würdigung mit einfließen zu lassen, etwa im Rahmen der Strafzumessung.

G. Fazit

Sündenbocktheorien können herangezogen werden, um soziale oder gesellschaftliche Phänomene zu erklären. Sie zeichnen sich durch unterschiedliche Merkmale aus, bei deren Vorliegen davon ausgegangen werden kann, dass Sündenbockmechanismen wirken. Diese Merkmale müssen nicht allesamt vorliegen, andererseits haben sie lediglich indizierende Aussagekraft. Auch neuartige Phänomene, welche erst durch die Besonderheiten der Internetkommunikation auftreten, lassen sich anhand dieser Merkmale überprüfen. Konkret ging es in der vorliegenden Arbeit um „Shitstorms“. Diese zeichnen sich durch eine in kurzer Zeit überdurchschnittlich hohe Anzahl von überwiegend kritischen Nutzerbeiträgen auf Social Media aus, die teilweise mit negativem und beleidigendem Inhalt einhergehen. Aufbauend auf der naturgemäß recht jungen Forschung wurden Leitfadeninterviews mit sechs Experten geführt, aus denen insbesondere Erkenntnisse zur Entstehung und zum Verlauf von Shitstorms gewonnen werden konnten. Anhand dieser Erkenntnisse ließ sich feststellen, dass derartige Häufungen von Nutzerbeiträgen meist auftreten, wenn durch Social Media verbundene Personen subjektiv eine

¹⁰⁴ Selman/Simmler, ZStrR 136 (2018), 248 (279).

¹⁰⁵ Selman/Simmler, ZStrR 136 (2018), 248 (279).

¹⁰⁶ Selman/Simmler, ZStrR 136 (2018), 248 (279).

Normverletzung wahrnehmen und darauf reagieren. Diese Reaktion fällt als Shitstorm sehr wahrscheinlich übertrieben aus. Es wird eine einzelne Person oder Gruppe für die Normverletzung verantwortlich gemacht, die mutmaßlich lediglich eine geringe, bis keine Schuld daran trägt. Diese Charakteristika deuten darauf hin, dass die Theorie vom Sündenbock einen möglichen Erklärungsansatz für Shitstorms darstellen könnte. Um der Klärung dieser Frage näher zu kommen, bedarf es weiterer Forschung. Das Projekt von *Jürgen Pfeffer* und *Massimo Fornasier* an der Technischen Universität München¹⁰⁷ könnte durch die Analyse zahlreicher einzelner Shitstorms maßgeblich dazu beitragen, dass neue Erkenntnisse über deren Entstehungsgründe gewonnen werden können.

Bereits nach heutigem Stand können Schlussfolgerungen für das Strafrecht gezogen werden. Erwiesenermaßen wirken im Shitstorm Dynamiken, die zu der rasanten Entwicklung des Geschehens führen. Durch das Zusammenwirken einzelner Nutzerbeiträge – und mitunter auch der Nutzer selbst durch organisierte Aktionen – entstehen Tiraden von negativen Äußerungen. Einige dieser Äußerungen enthalten strafwürdiges Unrecht und können auch nach geltendem Recht, etwa als Ehrdelikte gem. der §§ 185 ff. StGB, strafrechtlich geahndet werden. Das gilt selbst für das Teilen fremder strafbarer Äußerungen oder befürwortende Reaktionen auf diese. Eine ganzheitlich strafrechtliche Bewertung von Shitstorms ist nach geltendem Recht nicht vorgesehen und wäre auch schwer begründbar. Ob für das gezielte Organisieren von Shitstorms bzw. Hasskampagnen etwas anderes gelten kann, konnte im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet werden. Mit dem neuen Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, das seit dem 03.04.2021 in Kraft ist, hat sich jedenfalls an der grundlegenden Bewertung von Shitstorms nichts geändert. Möglich wäre es etwa gewesen, eine gemeinschaftlich begangene Beleidigung als Qualifikation einzuführen¹⁰⁸, um auf die spezifischen Dynamiken im Shitstorm zu reagieren. Davon hat der Gesetzgeber abgesehen.

¹⁰⁷ [Technische Universität München, Online Firestorms and Resentment Propagation on Social Media: Dynamics, Predictability and Mitigation \(Stand: 03.10.2021\).](#)

¹⁰⁸ [Ichbinhier e. V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, 2020, S. 6 \(Stand: 03.10.2021\).](#)