

Übungsfall: „Enthüllung“ – Zu den Grenzen der Kunstfreiheit bei Romanen mit (auto-)biographischem Hintergrund

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Akad. Rat Dr. Dr. Markus Thiel, Düsseldorf

Sachverhalt¹

Im Jahre 2006 ist der Roman „Enthüllung“ des Autors A im V-Verlag, einer in der Gesellschaftsform der GmbH organisierten privaten Verlagsgesellschaft, erschienen und in größerer Stückzahl an den Buchhandel ausgeliefert worden. In dem Roman schildert A intime Details aus einer gleichgeschlechtlichen Liebesbeziehung zwischen dem Ich-Erzähler „Hinz“ und dem „Kunz“. Insbesondere beschreibt er detailliert Einzelheiten aus dem Sexualleben von „Hinz“ und „Kunz“. „Kunz“ wird darüber hinaus als krankhaft geizige Person dargestellt, die sich bei allen Gelegenheiten von „Hinz“ und anderen Freunden und Bekannten auch größere Geldbeträge „geliehen“ hat, ohne das Geld später zurück zu geben.

B hat zwischen 2004 und 2005 eine gleichgeschlechtliche Liebesbeziehung mit dem A geführt. Er sieht sich nunmehr in der Figur des „Kunz“ verkörpert und fühlt sich durch den Roman „Enthüllung“ in seinen allgemeinen Persönlichkeitsrechten verletzt. Er macht geltend, die Figur des „Kunz“ entspreche – was objektiv zutrifft – seiner eigenen Person in Alter, äußerem Erscheinungsbild, Gewohnheiten, Ansichten und Lebensbiographie bis ins kleinste Detail. Im Roman sei er, der B, lediglich unter falschem Namen vollständig „abgebildet“ und der dargestellte Geiz sei – was ebenfalls zutrifft – in Bezug auf ihn völlig überzeichnet.

2006 hat B vor dem zuständigen Landgericht Klage gegen den V-Verlag mit dem Antrag erhoben, die Verbreitung des Romans wegen eines Verstoßes gegen seine Persönlichkeitsrechte gemäß §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. seinen Grundrechten zu untersagen. Das Gericht folgte diesem Antrag, die Verbreitung des Buches wurde vollständig untersagt. Die Berufung des V-Verlags vor dem Oberlandesgericht blieb ebenso erfolglos wie die Revision vor dem Bundesgerichtshof, der das Verbot mit Urteil vom 4.7.2008 aufrechterhalten hat. In dem Urteil wird ausgeführt, es sei zweifelhaft, ob es sich bei dem Roman „Enthüllung“ um ein Kunstwerk handele, denn B werde lediglich unter falschem Namen wirklichkeitsgetreu abgebildet. „Enthüllung“ sei daher eher eine Dokumentation, für die nicht der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG greife, sondern aber die Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG. Selbst wenn man die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit annehme, komme dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im vorliegenden Fall der Vorrang zu, weil der B in dem Roman erkennbar dargestellt werde und die Darstellungen ihn in besonders schwerwiegender Weise in seinen Persönlichkeitsrechten verletzen. Enthüllungen aus seinem Intimbereich seien aus verfassungsrechtlichen Gründen absolut tabu. Der besondere Rang des Persönlichkeitsrechts sei auch eine Konsequenz der völkerrechtsfreundlichen

Auslegung des Grundgesetzes im Lichte des Art. 8 Abs. 1 EMRK. Diese Bestimmung sei vom Bundesverfassungsgericht jüngst als allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG und mithin als Rechtsgut mit Vorrang vor den Verfassungsgütern der Meinungs- und Pressefreiheit anerkannt worden. Daraus folge, dass die EMRK auf Verfassungsebene Berücksichtigung verdiene. Jedenfalls seien ihre Wertungen bei der Anwendung von Generalklauseln des BGB und bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachten.

Am 7.7.2008 hat der V-Verlag, vertreten durch seinen Geschäftsführer G, Verfassungsbeschwerde gegen die Gerichtsurteile des Landgerichts, des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs vor dem Bundesverfassungsgericht erhoben. G macht geltend, der V-Verlag sei in seiner Kunstfreiheit verletzt. Ein Verbot eines Romans wegen der Verletzung allgemeiner Persönlichkeitsrechte komme schon wegen der besonderen Bedeutung der Kunstfreiheitsgarantie nicht in Betracht. Jedenfalls sei es unverhältnismäßig. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des B sei außerdem gar nicht festzustellen. Einer Berücksichtigung der EMRK gegenüber der Kunstfreiheit stehe entgegen, dass die EMRK keinen Verfassungsrang genieße. Außerdem seien dem Art. 8 Abs. 1 EMRK für den Schutz gegen Enthüllungen wie im vorliegenden Fall über den Schutzstandard des Grundgesetzes hinaus keine Direktiven zu entnehmen. Gleichgeschlechtliche Beziehungen seien ebenso wie das Fehlverhalten bei persönlicher Geldnot Themen von allgemeinem gesellschaftlichen Interesse und die Darstellung in dem Roman sei gerade wegen ihrer Realitätsnähe und durch den persönlichen Erfahrungsschatz des Autors besonders wertvoll.

B macht demgegenüber geltend, es handele sich um einfachrechtliche Fragen. Das Bundesverfassungsgericht dürfe nicht erneut in der Sache entscheiden; das Urteil des Bundesgerichtshofs sei nicht zu beanstanden, weil es alle verfassungsrechtlich relevanten Belange berücksichtigt habe.

Hat die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags Aussicht auf Erfolg?

Sämtliche Probleme des Falles sind – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – zu erörtern.

Lösungshinweise

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zunächst zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG muss zuständig sein. Das GG und das BVerfGG nennen abschließend eine Reihe von verfassungsprozessualen Verfahrensarten.

¹ Der Fall wurde im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2008/2009 als Hausarbeit gestellt. Die Thematik eignet sich aber ohne weiteres auch (für Fortgeschrittene) als Klausur.

Für die (Individual-)Verfassungsbeschwerde ist das BVerfG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Antragsberechtigung / Beteiligtenfähigkeit

Der V-Verlag müsste jedoch auch antragsberechtigt sein. Antragsberechtigt ist nach § 90 BVerfGG „jedermann“. Das setzt die Grundrechtsfähigkeit des Beschwerdeführers voraus. Vorliegend handelt es sich bei dem V-Verlag um eine GmbH, also um eine juristische Person des Privatrechts. Der V-Verlag ist damit unproblematisch eine inländische juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG und damit grundsätzlich fähig, Träger von Grundrechten zu sein.² Damit ist die Antragsberechtigung gegeben.

III. Beschwerdegegenstand

Gegenstand der Individualverfassungsbeschwerde können alle Akte der „öffentlichen Gewalt“ sein, also auch gerichtliche Entscheidungen.³ Vorliegend wehrt sich der V-Verlag gegen sämtliche ihn mit einem Verbot belastenden Gerichtsentscheidungen. Da es dem Beschwerdeführer überlassen ist, entweder nur das letztinstanzliche Judikat oder alle (ihn belastenden) Urteile bzw. Beschlüsse mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen, sind Beschwerdegegenstand hier die Entscheidungen des Landgerichts, des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs.

IV. Beschwerdebefugnis

Der V-Verlag müsste auch beschwerdebefugt sein. Er müsste dazu – vertreten durch den G – behaupten, selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem seiner Grundrechte (bzw. in grundrechtsgleichen Rechte – nicht jedoch Rechten aus der EMRK!⁴) verletzt zu sein. Es genügt dabei die „Möglichkeit“ einer Grundrechtsverletzung (die freilich vom Beschwerdeführer auch „behauptet“ werden muss), d.h. die Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen sein.

Der V-Verlag beruft sich auf die Kunstfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht gewährleistet ist. Die Ver-

letzung dieses Grundrechts müsste jedenfalls möglich erscheinen.⁵

Hinsichtlich der Kunstfreiheitsgarantie gemäß Art. 5 Abs. 3 GG ist anerkannt, dass sie sich in ihrer Schutzdimension nicht auf den eigentlichen künstlerischen Entstehungsprozess (einschließlich eventueller Vorarbeiten wie Materialbeschaffung etc.) und das im Entstehen begriffene bzw. fertige Werk beschränkt, sondern auch die Darbietung und Verbreitung von Kunst schützt. Der Schutzbereich umfasst einen „Werkbereich“ und einen „Wirkbereich“. Ist auch die Verbreitung von Kunst dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterworfen, so kann der Schutz in personaler Hinsicht nicht nur den Künstler selbst erfassen. Denn es ist „wesentlich“ für „jedes künstlerische Schaffen [...], daß es der Öffentlichkeit bekannt werden soll“.⁶ So sind auch die „Medien“ der Kunstvermittlung und -verbreitung grundrechtlich geschützt. Damit können sich etwa auch Galeristen und Verleger auf die Kunstfreiheit berufen.

Die Klagebefugnis hängt im vorliegenden Fall allerdings auch davon ab, ob sich der V-Verlag als juristische Person auf die Kunstfreiheit berufen kann. Nach Art. 19 Abs. 3 GG müsste die Kunstfreiheit „ihrem Wesen nach“ auf juristische Personen „anwendbar“ sein.

Das BVerfG begründet die Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich der Grundrechte regelmäßig damit, dass „ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‘Durchgriff’ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen läßt“.⁷ Entscheidend ist nach dieser – umstrittenen⁸ – „Durchgriffsformel“ ein „personales Substrat“ der juristischen Person. Für den V-Verlag lässt sich ein solches „Substrat“ bejahen; hinter ihm stehen natürliche Personen, die sich die Verbreitung und Darbietung von Literatur zu einem ihrer Ziele gesetzt haben. Dass dabei der wirtschaftliche Ertrag im Vordergrund steht, schließt die Eröffnung des Schutzbereiches der Kunstfreiheitsgarantie nicht aus.

Auch nach der Auffassung im Schrifttum, der zufolge es auf eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ ankommt, ist hier der V-Verlag von dem staatlichen Verbot der Verbreitung des Buches in grundrechtstypischer Weise betroffen. Der „Wesensvorbehalt“ des Art. 19 Abs. 3 GG ist nicht nur situativ auf die konkrete juristische Person zu beziehen, sondern hängt auch von der Natur des betroffenen Grundrechts ab, das jedenfalls nicht zu den höchstpersönlichen Rechten gehören darf.⁹ Zwar sind Teile des „Werkbereichs“ der Kunstfreiheit zu den höchstpersönlichen Aspekten des Grundrechtsschutzes zu rechnen und damit nicht auf juristi-

² Ob dies auch für die Berufung auf die Kunstfreiheit gilt, d.h. für die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 GG auf juristische Personen, wird – weil auf das jeweils geltend gemachte Grundrecht bezogen – vorzugsweise im Rahmen der Beschwerdebefugnis geprüft. Es ist auch vertretbar, die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG schon hier umfassend, d.h. für den Fall der Berufung auf Art. 5 Abs. 3 GG, zu erörtern.

³ Wird durch die gerichtliche Entscheidung erstmals ein Akt der öffentlichen Gewalt gesetzt, richtet sich die Verfassungsbeschwerde allein gegen diese. Liegt dagegen einer Entscheidung etwa ein (zum Beispiel mit der Anfechtungsklage angegriffener) Verwaltungsakt zu Grunde, so kann sich die Verfassungsbeschwerde auch gegen diesen Einzelakt richten.

⁴ S. dazu im Einzelnen unten B. II. 3. b).

⁵ Ob der Schutzbereich tatsächlich eröffnet und das Grundrecht verletzt ist, wird erst in der Begründetheit geprüft. Erörterungen zur Eröffnung des Schutzbereichs sind gleichwertig hier bzw. unten bewertet worden.

⁶ OVG Münster JZ 1959, 716 (719).

⁷ BVerfGE 21, 362 (369) – Sozialversicherungsträger.

⁸ Kritisch etwa Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. II, 2. Aufl. 2008, Art. 19 III Rn. 31 f.

⁹ Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 457 ff.

sche Personen zu erstrecken. Aber die ebenfalls geschützte Verbreitung im „Wirkbereich“ kann „ihrem Wesen nach“ ebenso gut autonom durch juristische Personen erfolgen.

Nach beiden Ansätzen ist Art. 5 Abs. 3 GG im vorliegenden Zusammenhang seinem Wesen nach also auch auf den V-Verlag anwendbar.

Die Betroffenheit in eigenen Rechten¹⁰ ergibt sich aus der behaupteten Grundrechtsträgerschaft des V-Verlags hinsichtlich der Kunstfreiheit. Er muss sich nicht auf die Kunstfreiheit des A stützen (was die Beschwerdebefugnis auch ausschliesse), sondern ist als Akteur sowohl im „Werkbereich“ als auch im „Wirkbereich“ originärer Grundrechtsträger. Das in den Gerichtsentscheidungen enthaltene Verbot ist an den V-Verlag als Beschwerdeführer gerichtet.

Auch eine gegenwärtige¹¹ Beeinträchtigung liegt vor. Die Entscheidungen der Fachgerichte wirken „schon und noch“ gegenüber dem V-Verlag „verbotsbegründend“.

Die „Unmittelbarkeit“ der Grundrechtsbetroffenheit ist regelmäßig nur bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen problematisch, wenn diese nicht „self-executing“ sind, sondern eines Umsetzungs(-einzel-)aktes bedürfen. Das Verbot, den Roman „Enthüllung“ zu verbreiten, berührt den V-Verlag indes unmittelbar. In den Fällen sog. „mittelbarer Drittwirkung“ führt die Grundrechtsbeschränkung durch die richterliche Intervention zu einer „unmittelbaren“ Grundrechtsbetroffenheit.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Der V-Verlag müsste schließlich den Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG „erschöpfen“ haben. Gegen die Revisionsentscheidung des BGH ist kein weiteres Rechtsmittel vor der Fachgerichtsbarkeit möglich.

Darüber hinaus gilt nach der Rechtsprechung ein – ungeschriebener – Grundsatz der Subsidiarität¹² der Verfassungsbeschwerde. So darf es auch nach Erschöpfung des „Hauptsache“-Rechtswegs keine weiteren Möglichkeiten geben, um die Beschwer fachgerichtlich beseitigen zu lassen.¹³ Derartige Optionen sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Von einer ordnungsgemäßen, schriftlichen Antragstellung durch den V-Verlag (§ 23 BVerfGG) ist auszugehen. Der V-Verlag wurde wirksam durch seinen Geschäftsführer G vertreten.¹⁴

¹⁰ Dieses Erfordernis soll „Popularklagen“ vermeiden. Zudem wird damit eine Prozessstandschaft hinsichtlich der Wahrnehmung fremder Grundrechte ausgeschlossen (Ausnahme: Verfassungsprozessuale Geltendmachung von Grundrechten Nicht-Prozessfähiger durch deren gesetzliche Vertreter).

¹¹ Das Merkmal dient insbesondere dazu, eine „präventive“ Verfassungsbeschwerde auszuschließen.

¹² Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 932 ff.

¹³ BVerfGE 59, 130 (139 f.); 74, 102 (113) – Erziehungsmaßregeln.

¹⁴ Dies ist eine Frage der Postulationsfähigkeit, die auch in einem gesonderten Prüfungspunkt erörtert werden kann.

VII. Frist

Für die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG eine Frist von einem Monat einzuhalten. Der V-Verlag hat diese Frist eingehalten, indem er am 7.7.2008 u.a. gegen die Entscheidung des BGH vom 4.7.2008 Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Diese Frist bezieht sich lediglich auf die letztinstanzliche Entscheidung, steht also der kumulativen Beschwerde gegen alle belastenden Gerichtsentscheidungen – für die ja der Rechtsweg zu erschöpfen war – nicht entgegen.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste auch begründet sein. Das ist der Fall, wenn der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten oder in den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten grundrechtsähnlichen Rechten verletzt. Zu prüfen ist also eine Verletzung des V-Verlags in seinen entsprechenden Rechten.

I. Prüfungsmaßstab¹⁵

1. „Spezifische Grundrechtsverletzung“

Um nicht zur „Superrevisionsinstanz“ zu werden, weist das BVerfG bei den sog. „Urteilsverfassungsbeschwerden“ regelmäßig auf die Grenzen des eigenen Prüfungsprogramms hin. Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist nach den dabei entwickelten Maßstäben nur dann begründet, wenn eine sog. „spezifische Grundrechtsverletzung“¹⁶ vorliegt.

Diese Besonderheit beruht auf der Annahme, dass das BVerfG die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts grundsätzlich nicht nachzuprüfen habe. Ihm obliegt es lediglich, die Beachtung der grundrechtlichen (bzw. sonstigen verfassungsrechtlichen) Normen und Maßstäbe durch die Gerichte sicherzustellen. Die Schwelle eines zu korrigierenden Verstoßes gegen Verfassungsrecht ist erst erreicht, wenn eine Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf

¹⁵ Bei Urteilsverfassungsbeschwerden bietet es sich an, zu Beginn der Begründetheit den besonderen Maßstab der Überprüfung der fachgerichtlichen Rechtsprechung durch das BVerfG offen zu legen, zumal diese Problematik im „Esra“-Beschluss aufgenommen wird. – Vgl. hierzu auch bereits: BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; noch deutlicher: BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 (40) – Esra (im Anschluss an das Sondervotum von Stein, BVerfGE 30, 173 [201 f.] – Mephisto).

¹⁶ Im Schrifttum wird oft nicht hinreichend deutlich, worauf sich das Adjektiv „spezifisch“ bezieht: Richtigerweise muss erstens die Verletzung spezifisch sein, und zweitens muss es sich bei dem verletzten Recht spezifisch um Verfassungsrecht handeln (und nicht um einfaches Recht, für dessen Auslegung die Fachgerichte zuständig sind). Beides schließt aber nicht aus, dass die Auslegung des einfachen Rechts wegen der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu korrigieren ist.

einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Geltung bzw. Bedeutung eines Grundrechts beruhen.

Indem die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Grundrechte zu beachten und zu berücksichtigen haben, „fließen“ die Grundrechte in die Rechtspraxis des Einzelfalls ein. Die Grenze zwischen einfachrechtlichen und verfassungsrechtlichen Maßstäben ist dadurch gewollt „fließend“, muss aber jedenfalls hinsichtlich des verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs klar gezogen werden.

Das BVerfG hat dazu eine Reihe von Fallgruppen entwickelt, in denen eine „spezifische Grundrechtsverletzung“ vorliegt. Eine solche ist unproblematisch gegeben, wenn sog. „Verfahrensgrundrechte“ verletzt sind. Ferner ist sie anzunehmen, wenn die den Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtsnormen ihrerseits gegen Grundrechte verstoßen, die Gerichte also auf der Grundlage verfassungswidriger Bestimmungen entschieden haben.¹⁷ Haben die fachgerichtlichen Instanzen nicht erkannt, dass ein oder mehrere Grundrechte überhaupt anwendbar sind, oder haben sie die Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts nicht erfasst (sind ihnen also Fehler bei der Anwendung bzw. Auslegung eines Grundrechts unterlaufen), wird schließlich ebenfalls eine „spezifische Grundrechtsverletzung“ angenommen. Das gilt vor allem, wenn das abstrakte Gewicht eines Grundrechts verkannt wird, aber auch, wenn die konkrete Gewichtung im Einzelfall unplausibel ist. Die Prüfung durch das BVerfG ist dabei bislang einem graduellen „System“ gefolgt: Je schwerer die spezifische Verfassungsrechtsverletzung durch eine gerichtliche Entscheidung wiegt, desto eher und weit reichender ersetzt das BVerfG die unzutreffenden Wertungen des Fachgerichts durch eigene.¹⁸

2. Verschärfung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im „Esra“-Beschluss

In seinem „Esra“-Beschluss hat das BVerfG diesen zuletzt genannten Gedanken fortgeführt und verschärft. Bei der Kontrolle zivilgerichtlicher Entscheidungen, die das Verbot eines Romans aussprechen und damit besonders intensiv in die Kunstfreiheit eingreifen, beschränkt sich das BVerfG ausdrücklich nicht auf die Prüfung, ob die angegriffenen Entscheidungen auf einer grundsätzlichen Verkennung der Bedeutung und des Schutzzumfangs von Art. 5 Abs. 3 GG beruhen. Es hat die Entscheidungen vielmehr auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Falls überprüft und damit das sonst übliche verfassungsgerichtliche Kontrollprogramm verschärft und erweitert.

3. Ergebnis

Wegen der besonderen Bedeutung der Kunstfreiheitsgarantie hat das BVerfG seinen eigenen Kontrollumfang im Rahmen der „Urteilsverfassungsbeschwerde“ ausgedehnt und die Vereinbarkeit der Entscheidungen mit der Kunstfreiheit detailliert geprüft.

Im Folgenden ist also im Einzelnen zu prüfen, ob die Urteile eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Verletzung der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG darstellen.

II. Verletzung der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG

Eine Verletzung der Kunstfreiheit ist anzunehmen, wenn die Urteile zu Lasten des V-Verlags in den Schutzbereich des Grundrechts eingreifen und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Dann müsste es sich bei dem Roman „Enthüllung“ um „Kunst“ im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handeln. Wie bei anderen Freiheitsgrundrechten mit nicht rechtlich konturierter Schutzbereich (wie etwa der unmittelbar normgeprägten Eigentumsgarantie) stellt sich die Frage der Definition des sachlichen Schutzbereichs. Dazu werden verschiedene Ansätze vertreten:¹⁹

aa) Gattungstypischer Kunstbegriff

Eine „formale“ Betrachtungsweise²⁰ folgt einem „gattungstypischen“ Kunstbegriff, der nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse künstlerischer Betätigung (z.B. Malerei, Bildhauerei) und an die Formen bestimmter Kunsteinrichtungen (Theater, Orchester) anknüpft. Ein Werk muss einem bestimmten „Werktyp“ oder „Phänotyp“ von Kunst zuzuordnen sein, um am Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG teilhaben zu können. Diese Ansicht stellt eine Art „*numerus clausus*“ von Kunstgattungsformen auf.

Nach diesem formalen Kunstbegriff unterfiele der Roman „Enthüllung“ als Werktyp „Roman“ dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie. Dem steht nicht entgegen, dass tatsächliche Ereignisse geschildert werden.

bb) Kunstbegriff nach dem Selbstverständnis des Künstlers

Ein weiter gefasster Kunstbegriff setzt an dem Selbstverständnis²¹ des Werkerstellers, des „Künstlers“ an. Alles, was dieser plausibel, d.h. glaubhaft und nachvollziehbar, als „Kunst“ verstehe und bezeichne, unterfalle auch zugleich dem Schutzbereich der Kunstfreiheit.

Auch nach dieser Ansicht wäre der Roman „Enthüllung“ ein Kunstwerk.

¹⁷ Zu den Aufbauvarianten einer inzidenten Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm im Rahmen der Verfassungsbeschwerde vgl. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Schema 34.

¹⁸ BVerfGE 18, 85 (92) – spezifisches Verfassungsrecht.

¹⁹ S. etwa auch *Thiel*, Die ‚verwaltete‘ Kunst, 2003, S. 63 ff.

²⁰ *Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967; *F. Müller*, Die Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969.

²¹ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993.

cc) Idealistischer Kunstbegriff

Der idealistische Kunstbegriff sucht das Wesen der Kunst in der Subjektivität des Schöpferischen. Dies entspricht einem idealistischen Geniebild des 19. Jahrhunderts und wird auch als „Genieästhetik“ bezeichnet. Danach liegt in der schöpferischen Kraft des Künstlers der Unterschied zwischen Kunst und Natur. Im Zweifelsfall wird ein Element menschlicher Initiative zur Abgrenzung der Kunst von der Natur oder von rein mechanischen Vorgängen ausreichen.²² Kunst unterscheidet sich von der ebenfalls schöpferischen Wissenschaft dadurch, dass sie nicht auf Objektivierbarkeit angelegt ist, sondern sich im Gegenteil aus der Subjektivität individuellen Erlebens speist. Nach der Rechtsprechung liegt Kunst in der Entäußerung des „unmittelbarsten Ausdrucks der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“.²³

Vorliegend spricht der dokumentarische Charakter der Darstellung gegen eine Subsumtion unter den idealistischen Kunstbegriff. Andererseits fehlen dem Roman „Enthüllung“ subjektive Verfremdungen nicht völlig. Schließlich ist die Einengung auf eine zu subjektivistische Vorstellung bei moderner Kunst problematisch und insofern abzulehnen. Der idealistische Kunstbegriff versagt bei Kunstrichtungen der Versachlichung und der Verselbstständigung des Materials und der Technik. Künstler haben im 20. Jahrhundert damit ihre eigene Rolle hinterfragt und das Maß künstlerischer Subjektivität bewusst minimiert.

dd) Bedeutungsorientierter Kunstbegriff

Nach dem bedeutungsorientierten Kunstbegriff besteht das entscheidende Merkmal der Kunst in ihrer Mehrdeutigkeit.²⁴ Dieser kommunikative Ansatz geht von der Semiotik, der Lehre von der Bedeutung der Zeichen, aus. Demnach handelt es sich bei Kunstwerken um Mittel („Zeichen“) in einem Kommunikationsprozess, denen verschiedene Bedeutungen zukommen können. Mit diesem Ansatz gelingt wiederum die Abgrenzung der Kunst von der Wissenschaft, deren Aussagen auf Eindeutigkeit angelegt sind. Um Kunst von mehrdeutigen Meinungen abzugrenzen, muss freilich ein sinnlich-ästhetisches Moment der Kommunikation hinzukommen.²⁵ Auch dieser Ansatz darf nicht zu Verengungen herangezogen werden: Anspruchslose Trivalliteratur wird ebenso von Art. 5 Abs. 3 GG erfasst wie engagierte Kunst,²⁶ auch wenn letztere nicht mehrdeutig, sondern eindeutig provozieren will. Vorliegend wird gerade durch die Verarbeitung von Tatsachen in Romanform ein Moment der Mehrdeutigkeit eröffnet. Nach diesem Ansatz läge hier Kunst vor.

²² Mahrenholz, Freiheit der Kunst, in: HbVerfR, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 37 f.

²³ BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.

²⁴ Denninger, HStR, 2. Aufl. 2001, Bd. VI, § 146 Rn. 16.

²⁵ Mahrenholz, Freiheit der Kunst, in: HbVerfR, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 39 ff.

²⁶ BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto.

ee) „Objektivierter“ Kunstbegriff

Die Rechtsprechung verfolgt einen „gemischten“ Ansatz. In seiner Entscheidung zum sog. „Anachronistischen Zug“ hat das BVerfG auf die Unmöglichkeit hingewiesen, Kunst abschließend, verbindlich und objektiv zu definieren. Es – und mit ihm die h.M. – behilft sich mit einem „objektivierten“ Kunstbegriff, der Elemente der vorgenannten Begriffe aufgreift und kombiniert: „Kunst“ ist jedes Ergebnis „freier schöpferischer Gestaltung“, in dem eigene „Erfahrungen, Eindrücke und Erlebnisse“ des Künstlers „durch das Medium einer bestimmten Formensprache“ „zu unmittelbarer Anschauung gebracht“ werden. Diese Kriterien werden gelegentlich noch durch die Anforderung ergänzt, dass sich das Werk immer neuen Interpretationen erschließen müsse. Nach den Kriterien der Rechtsprechung ist zweifelhaft, ob es sich bei „Enthüllung“ tatsächlich um einen als Kunstwerk geschützten Roman handelt.

Zunächst müsste es sich um das Ergebnis „freier schöpferischer Gestaltung“ handeln. Dies ist deshalb problematisch, weil der Roman „Enthüllung“ im Wesentlichen von A Erlebtes und Beobachtetes darstellt und A daher nicht durch ein maßgebliches „Hinzuerfinden“ schöpferisch tätig wird.

Die Judikatur des BVerfG zeigt aber, dass das Gericht einen weiten, offenen Kunstbegriff vertritt und den Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie somit weit fassen möchte. Daher sind an die Merkmale seines Kunstbegriffs nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. So dürfte es genügen, dass A seine persönlichen Erfahrungen in eine sprachliche Darstellung „gegossen“ hat; Literatur ist eben nicht nur durch ihre Inhalte geprägt, sondern auch durch die Art und Weise ihrer Darstellung. Eine künstlerische Schöpfung ist daher bereits in der sprachlichen Ausformung zu sehen.

Anderes würde nur dann gelten, wenn „Enthüllung“ als nichts anderes verstanden werden könnte denn als reiner Tatsachenbericht bzw. als Dokumentation. Dann wäre nicht Art. 5 Abs. 3 GG einschlägig, sondern Art. 5 Abs. 1 GG.

Für eine solche Einordnung spricht die identische Abbildung des B in der Figur des „Kunz“ mit realitätsgetreuer Darstellung seiner Eigenschaften und Auffassungen sowie seiner „Lebensbiographie“. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in der deutlichen Überzeichnung des Geizes des „Kunz“ eine signifikante fiktionale Verfremdung, jedenfalls aber „Ergänzung“ bzw. „Erfindung“ liegt. Dies kann, will man keine allzu hohen Hürden für die Einordnung als „Kunst“ errichten, als „freie schöpferische Gestaltung“ angesehen werden. Denn dass ein Autor Vorbilder für seine Romanfigur aus der Beobachtung der Realität gewinnt, ist ein eher typischer Vorgang.

Im vorliegenden Fall kann zudem ergänzend die Selbsteinschätzung des A herangezogen werden. Das Buch „Enthüllung“ ist als Roman erschienen und wird von A auch als solcher verstanden. Auch wenn die Selbsteinschätzung des Künstlers nicht als einziges Definitionsmerkmal von „Kunst“ taugt, weil dem Grundrechtsträger nicht die alleinige „Definitionsmacht“ hinsichtlich der Schutzbereichsgrenzen zuerkannt werden kann, ist sie als „Indiz“ durchaus bedeutsam. A wollte hier keinen bloßen Tatsachenbericht oder eine Dokumentation schreiben und veröffentlichen, sondern ein literari-

sches Werk schaffen. Eine freie schöpferische Gestaltung ist damit zu bejahen.

Die Ausübung der Kunstfreiheit dient auch der Findung personaler Identität mit ästhetischen Mitteln. Das Grundrecht ist gerade wegen dieser Funktion, die nicht selten Grenzen überschreitet und mit Rechten anderer kollidiert, als vorbehaltloses Grundrecht gewährleistet.²⁷ Der Roman „Enthüllung“ schildert nicht zuletzt eigene „Erfahrungen, Erlebnisse und Eindrücke“ des A, die er aus seiner Beziehung mit B gewonnen hat. A nutzt für die Darstellung dieser Erfahrungen, Erlebnisse und Eindrücke die literarische Gattung als „Medium einer bestimmten Formensprache“. Mit der durch die Fassung in geschriebene Worte eröffneten Möglichkeit, den Roman zu lesen, werden sie auch „zu unmittelbarer Anschauung gebracht“. Ebenfalls steht außer Zweifel, dass sich der Roman „Enthüllung“ immer neuen Interpretationen öffnet. Jeder Leser wird nach der Lektüre unterschiedliche Schlüsse aus dem Roman ziehen. Nach der Definition des BVerfG ist das Buch „Enthüllung“ daher als Roman und damit als „Kunst“ anzusehen.

ff) Ergebnis

Da die dargestellten Ansichten zum Kunstbegriff zu demselben Ergebnis kommen, bedarf es keiner Entscheidung des Meinungsstreites. Der Roman „Enthüllung“ ist ein Kunstwerk und unterfällt damit dem sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG.²⁸

b) Persönlicher Schutzbereich

Wie bereits gezeigt, wirkt sich die Aufteilung der Kunstfreiheit in „Werkbereich“ und „Wirkbereich“ auch auf den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts aus. Der V-Verlag ist als Verlagsgesellschaft vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Persönlich geschützt sind sowohl der Künstler als auch alle Vermittler.²⁹ Hier kommt auch der kommunikative Ansatz zum Tragen, der der Kunst und nicht nur des Künstlers wegen Schutz über Art. 5 Abs. 1 GG hinaus verdient.³⁰ Insoweit umfasst Art. 5 Abs. 3 GG alle Dimensionen, die allgemein auch im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG geschützt werden.

c) Zwischenergebnis

Vorliegend wurde der Schutzbereich durch die Fachgerichte verkannt. Schon insoweit wurde spezifisches Verfassungsrecht verletzt. Dennoch sind der Eingriff und dessen Rechtfertigung (nicht nur hilfsgutachtlich) weiter zu prüfen unter dem Aspekt, ob sich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts auch „ausgewirkt“ hat.³¹

2. Eingriff

In den gerichtlichen Verboten müsste ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit zu sehen sein. Ein Eingriff ist nach heutigem Verständnis³² jede Beschränkung des grundrechtlichen Schutzbereichs.

Das Verbot macht es dem V-Verlag unmöglich, den Roman „Enthüllung“ künftig zu verbreiten. Damit wird hinsichtlich dieses Kunstwerks jede Tätigkeit des V-Verlags im „Wirkbereich“ gesperrt. Es handelt sich um einen Fall mittelbarer Drittwirkung, die dem Staat durch das gerichtliche Verbot zuzurechnen ist. Ein Eingriff liegt damit vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist aber, ob der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

a) Beschränkbarkeit der Kunstfreiheit

Der Kunstfreiheit sind möglicherweise Schranken gesetzt, die durch die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen „aktiviert“ worden sind, so dass der in diesen Entscheidungen liegende Eingriff verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden wäre.

Die Kunstfreiheitsgarantie in Art. 5 Abs. 3 GG ist vom Wortlaut her vorbehaltlos gewährleistet; so fehlt etwa ein Gesetzesvorbehalt wie in anderen Grundrechtsartikeln.

Möglicherweise sind aber die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG auch auf die in Abs. 3 normierten Grundrechte übertragbar. Dieser früher vertretenen Auffassung ist indes vom BVerfG eine klare Absage erteilt worden. Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weise Abs. 3 gegenüber Abs. 1 GG als *lex specialis* aus und verbiete es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden.³³ Die in Abs. 2 enthaltene Schrankenregelung bezieht sich damit nicht (auch) auf Abs. 3.

Des Weiteren könnten die in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen Schranken auf solche Freiheitsrechte übertragen werden, die dem Normtext nach „schrankenlos“ gewährleistet sind („Schrankenleihe“). Auch dieser Annahme ist entgegen zu halten, dass Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den speziellen Freiheitsgrundrechten subsidiär ist. Kann schon der Schutzbereich dieses „Auffanggrundrechts“ nicht eröffnet sein, wenn

²⁷ *Michael*, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Artikel Kunstfreiheit, S. 1371 (1372).

²⁸ Die Gegenauffassung ist bei entsprechender Begründung gut vertretbar.

²⁹ Für Verleger: BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto; für Schallplattenhersteller: BVerfGE 36, 321 (331) – Schallplatten; für Werbung: BVerfGE 77, 240 (251) – Herrnburger Bericht; aus der Lit.: *Michael*, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Artikel Kunstfreiheit, S. 1371, (1372 f.); enger: *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Bd. I, 53. Erg.-Lfg., Art. 5 Abs. 3 Rn. 13 d) dd).

³⁰ Anders *Scholz*, aaO, der stattdessen Art. 5 Abs. 1 GG für einschlägig hält.

³¹ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 979, Schema 34.

³² Vgl. demgegenüber den früher herrschenden „klassischen“ Eingriffsbegriff, der u.a. eine zielgerichtete, „finale“ Beeinträchtigung voraussetzte.

³³ BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto.

derjenige eines speziellen Freiheitsgrundrechts tangiert ist, so kann auch die Schrankenregelung nicht „entliehen“ werden. Das BVerfG hat die Kunstfreiheit so auch in ständiger Rechtsprechung als vom Normtext her vorbehaltlos garantiertes Grundrecht qualifiziert.³⁴

Jedenfalls aber ist anerkannt, dass auch ohne ausdrückliche Einschränkungsmöglichkeit normierte Grundrechte nicht schrankenlos gewährleistet sind. Das folgt aus der Einheit der Verfassung. Grundrechte sind nicht isoliert zu betrachten, sondern sind im Konfliktfall zu anderen Verfassungsgütern ins Verhältnis zu setzen. Zu beachten sind jeweils die sog. „verfassungsimmanenten Schranken“; Grundrechte finden z.B. dort ihre Grenzen, wo der Schutz der Grundrechte anderer dies erfordert. Darüber hinaus können auch andere Werte mit Verfassungsrang grundrechtsbeschränkende Funktion entfalten.

Zu prüfen ist also, welche anderen grundgesetzlichen Bestimmungen der Kunstfreiheit des V-Verlags im vorliegenden Fall Schranken ziehen können.

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als verfassungsimmanente Schranke

Als Schranke kommt in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.

Art. 2 Abs. 1 GG, der auch als Grundlage einer grundrechtlich geschützten, weit als Auffanggrundrecht verstandenen allgemeinen Handlungs- oder besser allgemeinen Verhaltensfreiheit dient, schützt seinem Wortlaut nach die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses Entfaltungsrecht wird nun mittels Art. 1 Abs. 1 GG mit einem „Menschenwürdekern“ aufgeladen und führt zur Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das vom BVerfG mittlerweile zu einem ganzen Strauß von sog. „Ausprägungen“ aufgefächert worden ist, die teilweise sogar als eigenständige Grundrechte gehandelt werden.³⁵ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als grundrechtliche Gewährleistung wird daher aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.

Fraglich ist jedoch, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B im vorliegenden Fall überhaupt berührt ist. Schilderungen der „Persönlichkeit“ einer fiktionalen Figur berühren nicht das Recht eines realen Grundrechtsträgers. Ein Grundrechtskonflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht entsteht nur, wenn eine reale Person in ihren Rechten betroffen ist. Das BVerfG stellt zur Feststellung (schon) einer „Betroffenheit“ im allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch fiktionale Werke auf die „Erkennbarkeit“ der realen Person ab. Es genügt nicht, wenn die Person lediglich aufgrund von Andeutungen im literarischen Werk „entschlüsselbar“ ist.

In seiner „Mephisto“-Entscheidung aus dem Jahre 1971 hat das Gericht hinsichtlich der „Erkennbarkeit“ noch darauf abgestellt, dass es sich bei dem in der Romanfigur *Hendrik Höfgen* dargestellten, verstorbenen Schauspieler und Intendanten *Gustav Gründgens* um eine Person der Zeitgeschichte handele und die Erinnerung an ihn in der Bevölkerung noch wach sei. Dieses Erfordernis hat das Gericht in seinem „Esra“-Beschluss³⁶ zu Recht für zu eng erklärt; es hat angemerkt, dass derartige Kriterien den Persönlichkeitsschutz im Wesentlichen auf einen Prominentenschutz reduzieren würden. Andererseits reiche die nachweisbare Vorbildfunktion einer realen Person für eine Romanfigur nicht, um per se eine persönlichkeitsrelevante Erkennbarkeit herbeizuführen. Denn jeder Autor gewinne seine Romanfiguren aus der Beobachtung der Realität, so dass das Merkmal der „Erkennbarkeit“ eine „hohe Kumulation von Identifizierungsmerkmalen“ voraussetze, solle die Kunstfreiheitsgarantie nicht übermäßig und unzumutbar eingeschränkt werden.

Danach genügt zwar eine Erkennbarkeit für einen mehr oder weniger großen Kreis von Bekannten, allerdings muss die Anzahl der eine Erkennbarkeit begründenden Einzelheiten im literarischen Werk besonders hoch sein, um eine Betroffenheit im allgemeinen Persönlichkeitsrecht überhaupt zu „eröffnen“.³⁷

Vor diesem Hintergrund müsste also der B in dem Roman „Enthüllung“ aufgrund einer „hohen Kumulation von Identifizierungsmerkmalen“ erkennbar sein.

Laut Sachverhalt hat der A den B hinsichtlich zahlreicher äußerer Merkmale unverändert in seinem Roman „abgebildet“. Alter, äußeres Erscheinungsbild, Gewohnheiten, Ansichten und Lebensbiographie sind „bis ins kleinste Detail“ übernommen. Der Übereinstimmungsgrad von „Urbild“ und „Abbild“ ist daher sehr hoch. An den Kreis derjenigen Personen, für die die reale Person im fiktionalen Abbild erkennbar sein muss, werden in Abweichung von der „Mephisto“-Entscheidung eben nur noch geringe Anforderungen gestellt. Es genügt mithin, wenn ein mehr oder weniger großer Bekanntenkreis die Person im literarischen Werk erkennen kann. Vorliegend ist von einer „Erkennbarkeit“ des B und damit von einer Betroffenheit seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts auszugehen.

Auch die Verfremdung der Persönlichkeit hinsichtlich der Überzeichnung des Geizes stellt die Erkennbarkeit, die sich an vielen unverfälschten Details manifestiert, nicht in Frage.³⁸

Fraglich ist, ob im Rahmen der Diskussion die Kunstfreiheit beschränkender verfassungsrechtlicher Schutzgüter auch Art. 8 Abs. 1 EMRK heranzuziehen ist. Dagegen spricht, dass es sich dabei nicht um eine Norm des (nationalen) Verfassungsrechts handelt. Andererseits ist die völkerrechtsfreund-

³⁴ Vgl. etwa BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto; 83, 130 (139) – Josephine Mutzenbacher.

³⁵ So etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1 ff. – Volkszählung) und das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfG MMR 2008, 315 ff. – Online-Durchsuchung).

³⁶ BVerfGE 119, 1 (25 f.) = NJW 2008, 39 (41) – Esra; aus der aktuellen Literatur zu dieser Entscheidung *Lenski*, NVwZ 2008, 281 ff.; *Gostomzyk*, NJW 2008, 737 ff.

³⁷ *Ladeur*, AfP 2008, 30 (32), kritisiert das Kriterium der „Erkennbarkeit“ als zu unspezifisch.

³⁸ Die Gegenauffassung ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

liche Auslegung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts anerkannt und nach der Rechtsprechung des BVerfG auch geboten.³⁹ Deshalb kommt eine Erweiterung des Schutzbereichs oder auch eine Verstärkung des Gewichts des grundgesetzlichen Persönlichkeitsrechts durch Art. 8 Abs. 1 EMRK durchaus in Betracht.⁴⁰ Allerdings kann die Frage vorliegend offen bleiben, da insoweit (im Gegensatz zu den Fragen des Persönlichkeitsschutzes Prominenter jenseits der häuslichen Sphäre) keine über den deutschen Grundrechtsschutz hinausgehenden Impulse erkennbar sind.

Weil B erkennbar und sein Persönlichkeitsrecht damit berührt ist, kommt eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Kunstfreiheit durch entgegenstehendes Verfassungsrecht jedenfalls in Betracht. Ob das Persönlichkeitsrecht letztlich verletzt wurde, bleibt der Prüfung der materiellen Rechtfertigung vorbehalten.

c) Formelle Rechtfertigung

Auch bzw. erst recht für die vorbehaltlosen Grundrechte gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Die Urteile sind hier auf §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. den Grundrechten) gestützt, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf einfachgesetzlicher Ebene schützen und an deren Verfassungsmäßigkeit kein Zweifel besteht. Auch wenn es sich um Generalklauseln handelt, ist dem Gesetzesvorbehalt formal genügt. An die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen werden in Fällen mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte keine qualifizierten Anforderungen gestellt. Umso mehr ist dem Grundrechtsschutz im Rahmen der richterlichen Entscheidung Rechnung zu tragen.

d) Materielle Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG genügt die Erkennbarkeit allein nicht, um neben einer „Betroffenheit“ auch eine „Verletzung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzunehmen. Nicht jede Betroffenheit des Persönlichkeitsrechts lässt die Kunstfreiheit zurücktreten. Vielmehr ist zwischen beiden Rechten eine Abwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz⁴¹ vorzunehmen. Diese entspricht einer modifizierten, verschärften Verhältnismäßigkeitsprüfung, also der Mittel-Zweck-Relation. Vorliegend ist fraglich, ob das Mittel des Verbreitungsverbot eines Romans in einem verfassungsrechtlich tragbaren Verhältnis zu dem Zweck des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von B steht.⁴²

Für die Rechtfertigung eines Eingriffs in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte genügt es nicht, dass ein anderes Verfassungsgut betroffen ist. Vielmehr muss der Schutz eines anderen Verfassungsgutes es erfordern, in das vorbehaltlos

gewährleistete Grundrecht einzugreifen.⁴³ Der Staat hat vorliegend eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, weil die Autonomie der Selbstdarstellung und des Bildes der Persönlichkeit des B gefährdet ist: Gegen den Willen des B werden Tatsachen aus seiner Privat- und Intimsphäre öffentlich.

Andererseits ist freilich auch vertretbar, dass den Staat zwar gegen das Eindringen Fremder in die Intimsphäre eine Schutzpflicht trifft, er jedoch verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet ist, bei Offenbarungen von Intimitäten, auf die sich jemand zunächst freiwillig eingelassen hat, einzuschreiten. Es spricht manches dafür, dass es sich bei derartigen Offenbarungen zwar um „unanständige“ Tabubrüche zwischen Privaten handelt, sich der Staat daraus jedoch tunlichst herauszuhalten hat. Auf diese Weise würde die schwierige Abwägung mit der Kunstfreiheit entbehrlich.

Allerdings folgt die Rechtsprechung hier einem umfassenderen Schutzkonzept zugunsten des Persönlichkeitsrechts. Zu prüfen ist mithin die Verhältnismäßigkeit des Verbots des Romans „Enthüllung“.

aa) Geeignetheit

Das Verbreitungsverbot ist geeignet, die (weitere) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B zu unterbinden.

bb) Erforderlichkeit

Zweifelhaft ist allerdings seine Erforderlichkeit.

Als milderer Mittel käme hier die Anordnung eines im Buch angebrachten Hinweises („Disclaimer“) auf die Fiktionalität der Personendarstellung in Betracht. Dagegen spricht aber, dass sich dadurch an der erkennbaren Ähnlichkeit zwischen B und der Romanfigur „Kunz“ nichts ändern würde. Zwar mag es sein, dass durch eine solche Maßnahme die – ohnehin kaum nachweisbare – Realitätsnähe der Details aus dem Intimbereich für manchen Leser in Frage gestellt würde. Ein Verbreitungsverbot wirkt indes wesentlich effektiver zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Auch die Beschränkung des Verbreitungsverbot auf bestimmte Passagen stellt keine verfassungsrechtlich gebotene Alternative dar. Es ist nicht Sache der Gerichte und würde im Übrigen seinerseits in die Kunstfreiheit eingreifen, Kunst „zurechtzustutzen“ und dadurch zu verändern. Schon aus praktischen Gründen stellt sich die Frage, ob ein solchermaßen zu einem „Torso“ beschnittener Roman überhaupt noch eine hinreichende Nähe zum Original hätte und ob der Autor zu einer solchen Veränderung überhaupt bereit wäre. Denn nach der Konzeption des Romans „Enthüllung“ stellen gerade die Enthüllungen über den „Kunz“ die entscheidenden „Schlüssel“-Passagen des Werkes dar. Eine Zulassung des Romans mit Auslassungen oder Veränderungen kommt daher nicht als zumutbares milderer Mittel in Betracht. Es bleibt dem Autor und dem Verlag freilich unbenommen, ihrerseits die Verbreitung einer veränderten Fassung des Werks anzu-

³⁹ BVerfGE 111, 307 (327 ff.) – Görgülü.

⁴⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 712.

⁴¹ Grundlegend Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.; Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 710 ff., 733 ff.

⁴² Im Folgenden bleiben dabei die legitimen Zwecke auf das Verfassungsgut des Persönlichkeitsrechts beschränkt.

⁴³ Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 719, 738; ebd., Schema 3 III. 3. a) aa).

streben – und gegebenenfalls deren rechtliche Beanstandungsfreiheit im Wege der Feststellungsklage auch gerichtlich klären zu lassen.

Das Verbot ist damit auch erforderlich.

cc) *Strenge Verhältnismäßigkeit i.e.S. als Herstellung praktischer Konkordanz*

Fraglich ist schließlich, welchem der beiden Grundrechte im vorliegenden Fall der Vorrang zukommt.

Die Kunstfreiheit genießt als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht abstrakt einen hohen Stellenwert. Sie dient nicht nur der persönlichen Entfaltung der Künstler, also dem besonders sensiblen „Werkbereich“. Vielmehr hat die Kunstfreiheit – insofern ergänzend zur Meinungs- und Pressefreiheit – auch objektivrechtliche Funktionen der Thematisierung und Verarbeitung von Themen öffentlichen Interesses.

Das Verbreitungsverbot ist konkret ein schwerwiegender Eingriff in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Kunstfreiheit. Durch ein umfassendes Schutzkonzept zugunsten des Persönlichkeitsrechts Dritter droht eine Tabuisierung bestimmter Themen, insbesondere der Verarbeitung persönlicher sexueller Erfahrungen im Bereich der Kunst bzw. deren Entpersonalisierung.

Der Kunstfreiheit steht vorliegend das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B gegenüber. Der Erkennbarkeit wegen ist eine Betroffenheit des B in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht anzunehmen; es stellt sich jedoch die Frage, in welchen Gewährleistungselementen er konkret verletzt ist.

Die Darstellung intimer Details aus dem Sexualleben des B über die Figur des „Kunz“ könnte dabei zunächst eine Verletzung der sog. „Intimsphäre“ als „Kernbereich“ des Persönlichkeitsrechts bedeuten.

Das BVerfG nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass „wegen der besonderen Nähe zur Menschenwürde ein Kernbereich privater Lebensgestaltung als absolut unantastbar geschützt“ sei.⁴⁴ Zu diesem Bereich der „Intimsphäre“ gehören insbesondere auch die Ausdrucksformen der Sexualität.⁴⁵

Die Preisgabe von – wegen der Erkennbarkeit unzweifelhaft ihm zuzuordnenden – Einzelheiten aus diesem Bereich greift damit in das Persönlichkeitsrecht des B ein.

Ferner könnte eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich der Darstellung des krankhaften Geizes des „Kunz“ vorliegen. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Eigenschaft dem B selbst gar nicht zukommt.

Allerdings könnte gerade in dieser Verfremdung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegen, weil der B ja offenkundig als „Kunz“ erkennbar ist und dem Leser bzw. der Öffentlichkeit daher der Eindruck vermittelt wird, auch diese als Charakterfehler dargestellte Eigenschaft des krankhaften Geizes sei dem B zu eigen. Denn zu den anerkannten Inhalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehören das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die

soziale Anerkennung und die persönliche Ehre.⁴⁶ Dazu ist auch der Schutz vor Äußerungen zu rechnen, die geeignet sind, sich „abträglich auf das Ansehen der Person, insbesondere ihr Bild in der Öffentlichkeit“ auszuwirken. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt so auch vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen.⁴⁷

Wegen des besonders hohen Maßes an Erkennbarkeit des B in der Figur des „Kunz“ dürfte die Abbildung des krankhaften Geizes als eine solche verfälschende bzw. entstellende Darstellung zu werten sein. Ausgeschlossen wäre eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinsichtlich dieses Gesichtspunktes allenfalls dann, wenn die Darstellung von „unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung“⁴⁸ wäre, sie also als „Bagatellfall“ verstanden werden könnte. Die Zurschaustellung eines tatsächlich nicht bestehenden erheblichen Charakterfehlers, der das Ansehen des B in der Öffentlichkeit herabzusetzen geeignet ist, kann aber nicht als unerheblich bezeichnet werden.

Das BVerfG hat in seinem „Esra“-Beschluss festgestellt, dass bei literarischen Veröffentlichungen grundsätzlich von einer Vermutung für die „Fiktionalität“ auszugehen ist. Die Darlegungslast für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts liegt also beim Betroffenen. Die bloße Erkennbarkeit einer Person reicht nicht aus, um diese zu entkräften und um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der realen Person „eins zu eins“ zur Romanfigur anzunehmen. Zusätzlich zur Erkennbarkeit der betroffenen Personen (die ja im Grunde ohnehin eine selbstverständliche Bedingung ist, um überhaupt eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts annehmen zu können) muss die Beeinträchtigung schwerwiegend sein. Ist sie nur geringfügig oder besteht nur die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung, so ist dies nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis als „Bagatellfall“ zu verbuchen; die Kunstfreiheit überwiegt.

Das Gericht verknüpft die Frage der Fiktionalität mit der Schwere der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es hat eine spezifische „Je-desto-Formel“⁴⁹ für die Kollision von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht entwickelt. Die zunächst noch hypothetische (weil nur das fiktionale Abbild im Roman betreffende) Beeinträchtigung

⁴⁶ BVerfGE 54, 148 (153 f.) – Eppler; 99, 185 (193) – Scientology; 114, 339 (346) – mehrdeutige Meinungsäußerungen.

⁴⁷ BVerfGE 119, 1 (24) – Esra; 97, 125 (148 f.) – Caroline von Monaco I; 99, 185 (193 f.) – Scientology; 114, 339 (346) – mehrdeutige Meinungsäußerungen.

⁴⁸ BVerfGE 119, 1 (24); 97, 125 (148 f.); 99, 185 (193 f.); 114, 339 (346).

⁴⁹ BVerfGE 119, 1 (30) = NJW 2008, 39 (42): „Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.“ – Kritisch zu der „Je-desto-Formel“ Enders, JZ 2008, 581 (583); zu einer möglichen weiteren Verwendbarkeit der „Je-desto-Formel“ Schröder, DVBl 2008, 146 ff.

⁴⁴ BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes; 27, 344 (350 f.) – Ehescheidungsakten; 54, 143 (146) – Taubenfütterungsverbot; 65, 1 (46) – Volkszählung; 80, 367 (373 f.) – Tagebuch; 109, 279 (313) – Großer Lauschangriff.

⁴⁵ BVerfGE 109, 279 (313) – Großer Lauschangriff.

des Persönlichkeitsrechts soll je nachdem, wie klar erkennbar das reale Urbild ist, wieder relativiert (bei nur geringer Erkennbarkeit) oder im Gegenteil noch verstärkt werden (bei einem besonders hohen Maß der Übereinstimmung). Je stärker sich Abbild und Urbild decken, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in Relation zur Kunstfreiheit. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass besonders schwerwiegende Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts ein besonders hohes Maß an Fiktionalisierung erfordern, um von der Kunstfreiheitsgarantie aufgewogen zu werden.

Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des B müsste danach besonders schwer wiegen, damit die entsprechenden Darstellungen nicht mehr verfassungsgemäß von der Kunstfreiheit getragen werden können.

Fraglich ist danach zunächst, ob diese besondere Schwere in der fälschlichen Darstellung des krankhaften Geizes zu sehen ist. Im Ergebnis dürfte aber hinsichtlich der Eigenschaft des Geizes die „Fiktionalitätsvermutung“ greifen, auch wenn ein Leser nicht unterscheiden kann, ob dem B diese Eigenschaft in der Realität auch zukommt oder ob es sich um reine Fiktion handelt. Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ist hier nicht als besonders schwerwiegend anzusehen. Denn ansonsten könnte sich die Kunstfreiheit im Ergebnis nie durchsetzen. Die falsche Zuschreibung einer als negativ empfundenen Eigenschaft betrifft zwar das Persönlichkeitsrecht, aus der Betroffenheit allein ergibt sich indes noch nicht die besondere Schwere.

Die Rechtsprechung nimmt an, dass umgekehrt das Persönlichkeitsrecht umso stärker betroffen ist, je weniger die betroffene und als solche erkennbare Person verfremdet wurde. Danach sprechen die detailgenauen Übereinstimmungen mit der Realität für eine besonders schwere Betroffenheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B.

Eine besondere Schwere könnte sich schließlich daraus ergeben, dass – wie bereits gezeigt – die „Intimsphäre“ des B als Teilbereich des „Menschenwürdekerns“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist. Die „Intimsphäre“ gehört nach anerkannter Auffassung zum „Kernbereich“ persönlicher Lebensführung; ein Eingriff in die Intimsphäre durch den Staat ist mithin in jedem Falle untersagt. Übertragen auf das Verhältnis zwischen Privaten dürfte eine Verletzung der Intimsphäre ein besonders schwerwiegender Übergriff sein. Es sind kaum Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts denkbar, die hinsichtlich des Belastungsgrades gravierender sind.

Diese besonders schwere Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts könnte allenfalls entschärft sein, wenn (gleichsam zum Ausgleich) der A in seinem Roman den B insgesamt hinreichend verfremdet, „fiktionalisiert“ hätte. Dies ist aber wegen der Tatsache, dass die Figur des „Kunz“ nahezu vollständig die Person des B widerspiegelt, hier nicht gegeben.

Im Ergebnis käme daher nach der Rechtsprechung des BVerfG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Abwägung vorliegend eine größere Bedeutung zu als der Kunstfreiheit.

Gegen diese Argumentation des BVerfG sprechen allerdings auch erhebliche Einwände, die in Sondervoten zum „Esra“-Beschluss⁵⁰ Niederschlag gefunden haben. Die Mehrheit des *Senats* gesteht der Kunst zwar grundsätzlich eine Vermutung der Fiktionalität zu. Das BVerfG stellt auch klar, dass es insoweit auf den Wahrheitsgehalt der geschilderten Umstände – anders als bei Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in Tatsachenberichten – letztlich nicht ankommen kann.⁵¹ Vom Künstler einerseits Fiktionalität zu erwarten und andererseits den Wahrheitsgehalt seiner Schilderungen zu fordern, wäre widersprüchlich. Allerdings wendet die Rechtsprechung ihre Vermutung für die Fiktionalität von Romanen nicht konsequent auf Schilderungen aus dem Intimbereich an. Diese Abweichung von den Prämissen der Kunstfreiheit lässt sich allenfalls damit begründen, dass es in diesen Fällen um den absolut gewollten Schutz der Intimsphäre geht, den das BVerfG auf die Menschenwürde stützt. Die Konsequenz ist eine Tabuisierung des Sexuellen jedenfalls hinsichtlich (ansonsten) erkennbarer Romanfiguren.

Letztlich hängt die Wertung davon ab, welchen Rang man dem grundrechtlichen Schutz künstlerischer Verarbeitung dieses Themenbereichs auch und gerade unter Einbeziehung realitätsnaher, persönlicher Erfahrungen zugestehen möchte. Will man – im Einklang mit den Sondervoten – der Kunstfreiheit auch in diesem Bereich Raum geben, kann dem Persönlichkeitsrecht nur in solchen Fällen der Vorrang zukommen, in denen die Kunstform offenkundig als Medium missbraucht wird, um eine Person bloß zu stellen. Allerdings erscheint die Annahme vertretbar, dass im vorliegenden Fall – darauf deutet auch der Titel des Romans „Enthüllung“ hin – diese Grenze überschritten ist. Es ließe sich jedenfalls vertreten, dass dieser Roman primär einer persönlichen Abrechnung mit B dient, wofür auch spricht, dass die einzige Verfremdung der Person des B in einer negativen Überzeichnung von dessen Geiz besteht.

Es ist daher im Ergebnis zumindest gut vertretbar anzunehmen, dass vorliegend nach beiden Auffassungen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des B ein Vorrang zuzuerkennen ist.

4. Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit des V-Verlags ist damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.⁵² Die Kunstfreiheit des V-Verlags aus Art. 5 Abs. 3 GG ist somit nicht verletzt. Damit wirkt sich die Verkennung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit im Ergebnis nicht aus.

Die Verfassungsbeschwerde ist daher unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags ist zulässig, aber unbegründet. Sie wird – jedenfalls nach der Rechtsprechung des BVerfG – nicht erfolgreich sein.

⁵⁰ BVerfGE 119, 1 (34 ff.) = NJW 2008, 39 (44 ff.) – Esra.

⁵¹ BVerfGE 119, 1 (33) = NJW 2008, 39 (43) – Esra.

⁵² Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung ebenfalls gut vertretbar.