

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

133

Almuth Buschmann

Das Recht auf verbalen Gegenschlag



Nomos

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden

Band 133

Almuth Buschmann

Das Recht auf verbalen Gegenschlag



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Dresden, TU, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8747-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3185-0 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Philosophischen Fakultät der TU Dresden als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Dezember 2021 berücksichtigt. Das Thema der Arbeit war mir Jahre zuvor während meiner Anwaltstätigkeit begegnet und ließ mich gedanklich nicht mehr los. Ich bin sehr dankbar, dass ich in den vergangenen Jahren den passenden Rahmen und ausreichend Unterstützung hatte, um das Thema bearbeiten zu können. Meinem Doktorvater Prof. Dr. Horst-Peter Götting möchte ich für die fortwährende fachliche Unterstützung und gleichzeitig maximale Freiheit bei der Ausarbeitung des gewählten Themas danken. Für manch bereicherndes Gespräch und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg. Prof. Dr. Christian Berger, an dessen Lehrstuhl ich während der Bearbeitung gearbeitet habe, gebührt Dank für ermutigende Worte zur richtigen Zeit. Herzlich danken möchte ich auch meiner Familie, die mir mit kleinen und großen Entlastungen den Abschluss der Arbeit möglich gemacht hat. Mein besonderer Dank gilt meiner Mutter Dr. Ursula Strzodka und meiner früheren Kollegin Dr. Arne Schümann für das gründliche und kritische Korrekturlesen des Manuskripts.

Dezember 2021

Almuth Buschmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
1. Teil: Untersuchungsgegenstand	17
I. Wortbedeutung	17
II. Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	18
1. Stattgebende Entscheidungen zum Gegenschlag	19
2. Anderweitige Verknüpfung von Anlass und Reaktion	23
3. Sachverhaltskategorien	26
4. Benannte Rechtsgrundlagen eines „Gegenschlagsrechts“	27
5. Grenzen eines „Gegenschlagsrechts“	28
III. Widersprüchlichkeit in der Instanzrechtsprechung	29
IV. Das „Recht auf Gegenschlag“ in der Literatur	31
V. Zusammenfassung zum Untersuchungsgegenstand	36
2. Teil: Dogmatische Herleitung	37
I. Kollidierende Rechtsgüter	37
1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	37
a) Offener Schutzbereich	37
b) Schranken	40
c) Ergebnis	41
2. Ehre	42
a) Ehre auf Verfassungsebene	42
b) Ehre auf einfachgesetzlicher Ebene	45
c) Stellungnahme	48
d) Fazit	53
3. Unternehmensschutz	54
4. Kein Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG	57
5. Ergebnis zu den kollidierenden Rechtsgütern	57

II. Geschützte Rechtsgüter	58
1. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG	58
a) Schutzbereich	59
(1) Allgemein	60
(2) Meinungsäußerung und Tatsachenbehauptung	60
(3) Inhalt der Äußerung	62
(4) Form	64
(5) Ausgenommen	64
(6) Ergebnis Schutzbereich	65
b) Schranken	65
c) Wechselwirkungslehre	67
d) Ausübung	70
e) Fazit	71
2. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit	71
3. Kunstfreiheit	73
a) Schutzbereich	74
b) Abgrenzung zur Meinungsfreiheit	75
c) Schranken: Verfassungsimmanenz	76
d) Satire	76
e) Ergebnis	78
4. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	79
5. Ehre	81
6. Ergebnis	82
III. Spurensuche: ähnliche Rechtsgüter und -prinzipien	83
1. § 193 StGB	83
a) Bedeutung	84
b) Anwendungsbereich	86
c) Fallgruppen	87
d) Voraussetzungen für eine Rechtfertigung	88
e) Gegenschlag als berechtigtes Interesse	95
f) Geltung im Zivilrecht	98
g) Fazit	99
2. Anspruch auf Gegendarstellung	99
a) Rechtsgrundlage und Ausgestaltung	100
b) Wirksamkeit der Gegendarstellung	101
c) Vergleich zum Gegenschlag	104
(1) Verwirklichte Grundrechte	104
(2) Ziel	107
(3) Zeitpunkt der Beurteilung	108
(4) Anforderungen an die Erstmitteilung	108

(5) Anforderungen an die Entgegnung	109
(6) Beeinträchtigung des erstveröffentlichenden Mediums	110
(7) Rezipientenkreis	110
(8) Redaktionsschwanz	111
(9) Wirkung	112
(10) Ergebnis des Vergleichs	113
3. Selbstverteidigung	113
a) Notwehr	114
(1) Voraussetzungen der Notwehr	114
(a) Notwehrlage und Notwehrhandlung	114
(b) Subjektives Rechtfertigungselement	118
(c) Zwischenergebnis	119
(2) Vergleich	120
(a) Abwehr vs. Vergeltung: zeitliche Komponente	120
(b) Anforderungen an den Angriff/Erstschlag	122
(c) Zweiteilung der Prüfung	123
(3) Zwischenergebnis Notwehr	124
b) Notstand	125
c) Abwehrmaßnahmen im Wirtschaftsverkehr	126
d) Ergebnis zur Selbstverteidigung	131
4. Vergeltung	132
a) Allgemein/Begriffe	132
b) Vergeltung als Kompensation in der Geschichte	135
c) Gegenschlag und Vergeltung	141
5. § 199 StGB	144
6. Veranlasserprinzip	146
7. Einwilligung	147
IV. Zusammenfassung dogmatische Herleitung	149
1. Rechtsgrundlage	149
2. Im Übrigen: breiter dogmatischer Boden	149
3. Wirkung	150
4. Begriff „Recht auf verbalen Gegenschlag“	150
3. Teil: Ausgestaltung eines Rechts auf verbalen Gegenschlag	152
I. Kriterien des Gegenschlagsrechts	152
1. Rechtsinhaberschaft	152
a) Persönlich	153
b) Sachlich	153

c) Ausnahme: staatliches Organ	155
d) Ergebnis	157
2. Qualität des Erstschlags	157
a) Äußerung	157
b) Rechtswidrigkeit	161
c) Umfang	166
d) Bewusstsein der angreifenden Person	167
e) Zeitlicher Rahmen	168
f) Zwischenergebnis	171
3. Qualifizierung der Erwiderung als Gegenschlag	171
a) Äußerung	171
b) Formale Anforderungen	172
c) Bezugnahme auf die Erstmitteilung	173
d) Unmittelbarkeit	173
(1) Direkte gegenseitige Beleidigungen	174
(2) Anlass mit persönlichem und öffentlichem Bezug	175
(3) Anlass mit ausschließlich öffentlichem Bezug	178
(4) Ergebnis	181
e) Inhalt	181
(1) Schärfe des Gegenschlags	182
(2) Die Öffentlichkeit berührende Frage	184
(3) Differenzierung nach Sphäre	185
(4) Ergebnis	185
f) Subjektives Rechtfertigungselement	185
g) Zeitlicher Zusammenhang der Erwiderung	186
h) Ergebnis zur Qualität des Gegenschlags	188
4. Grenzen	188
a) Niveau des Erstschlags?	189
b) Schmähekritik	190
c) Formalbeleidigung	194
d) Absolute Grenze: Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG	194
e) Ergebnis zu den Grenzen	195
II. Der Gegenschlag als Abwägungskriterium	195
1. Feststellung der Interessen	196
2. Bewertung der Interessen	197
a) Abstrakte Abwägung	197
b) Konkrete Abwägung	199
(1) Einbeziehung der Funktion	200
(2) Art der Äußerung	200
(3) Grad der Beeinträchtigung	201

(4) Vorverhalten der betroffenen Person	201
(5) Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Person	201
3. Abwägungsergebnis	203
III. Rechtsschutz durch Gegenschlag	203
1. Unterlassung	204
2. Geldentschädigung	206
3. Richtigstellung/Widerruf	209
4. Ergebnis	209
IV. Anwendungsbeispiele	209
V. Zusammenfassende Thesen	213
4. Teil: Schlussbetrachtung – Plädoyer für den Gegenschlag	215
I. Bestandsaufnahme gegenwärtiger Ehrschutz	215
1. Gesetzliche Rechtsschutzinstrumente	215
2. Anwendung durch die Gerichte	217
3. Durchsetzbarkeit	218
4. Zwischenergebnis	219
II. Einfluss durch das Recht auf Gegenschlag	219
1. Allgemein: gelebter Rechtsschutz	220
2. Anwendung durch die Gerichte	223
III. Gebot einer gesetzlichen Regelung?	224
IV. Ergebnis	226
Literaturverzeichnis	227

Einleitung

„Das sogenannte Recht auf Gegenschlag wurde vom Bundesverfassungsgericht in der Schmid-Entscheidung sowie der Tonjäger-Entscheidung entwickelt (vgl. BVerfG, NJW 1961, 819; NJW 1969, 227). Danach sind Äußerungen grundsätzlich zulässig, wenn es sich um eine adäquate Reaktion auf einen anderen Vorgang handelt.“¹ Diese Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln in dem nicht rechtskräftigen Urteil vom 6. November 2012 fassen das „Recht auf verbalen Gegenschlag“ sehr knapp, aber in seiner Entwicklung und seinem Status treffend zusammen.

Die Recherche nach genaueren Anhaltspunkten – wer darf sich wann dieses „Rechts“ bedienen, welche Voraussetzungen müssen vorliegen und welche Rechtsfolgen ziehen diese nach sich – ist dagegen schnell beendet. Einerseits fand das „Recht auf verbalen Gegenschlag“ bislang so gut wie keine Beachtung in der rechtswissenschaftlichen Forschung. Andererseits lassen sich der Rechtsprechung über die o. g. „adäquate Erwiderung“ hinaus kaum verbindliche Anhaltspunkte entnehmen, da die Gerichte durch alle Instanzen das „Recht auf verbalen Gegenschlag“ sehr uneinheitlich handhaben. Das Bundesverfassungsgericht verwendet den feststehenden Ausdruck beispielsweise in nur vier Entscheidungen², wiederholt wurde dem Gericht aber die zu weitreichende Anwendung eines „Gegenschlagsrechts“ unterstellt.³ Statt das „Recht auf verbalen Gegenschlag“ ebenso wie das Bundesverfassungsgericht im direkten Schlagabtausch als Rechtfertigungsmöglichkeit zu bejahen, greifen die Instanzgerichte bei diesen Sachverhalten teils auf andere Konstruktionen zurück⁴, teils erweitern sie den Anwendungsbereich des „Gegenschlagsrechts“⁵.

Dabei ist der Gegenschlag selbst zunächst eine bloße Erwiderung, etwas Tatsächliches. Aber dient diese Erwiderung auch als subjektives Recht, d. h. lässt sich aus ihr eine allgemeingültige Regel ableiten, nach der erwidert, also gegengeschlagen werden darf? Wie ist diese Regel ausgestaltet?

1 OLG Köln, AfP 2013, 144 (148).

2 BVerfGE 12, 113 (132); BVerfG NJW 2009, 749 (750); BVerfG AfP 2016, 240 (Rn. 29); BVerfGE 148, 11 (25).

3 Buscher, NVwZ 1997, 1057 (1060); Kriele, NJW 1994, 1897 (1901); Ladeur, AfP 1993, 531 (535); Weber, in: FS Faller, S. 443 (450).

4 OLG Köln, AfP 1991, 438 (439): "vorweggenommene Gegendarstellung".

5 BayObLG, NSTz 2005, 215 (216).

Gibt es gar ein durchsetzbares „Recht auf verbalen Gegenschlag“? Was sind seine Grenzen? Antworten auf diese Fragen sind bislang weder in der Rechtsprechung noch der Literatur ausreichend zu finden.

Das ist nicht zuletzt mit Blick auf die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit, für die das „Recht auf verbalen Gegenschlag“ streitet, ein nicht hinnehmbarer Status quo. Das Recht auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wird vom Bundesverfassungsgericht als „*schlechthin konstituierend für die demokratische Grundordnung*“⁶ bezeichnet. Die freie Meinungsäußerung vollzieht sich vor allem über einen Meinungsustausch, sei es politisch oder über andere gesellschaftlich relevante Themen, sei es privat oder in der Öffentlichkeit. Dieser Austausch kann zu einem Meinungskampf werden. Hier spielen die – aus dem Militärischen stammenden – Begriffe des Erstschlags und des erwidrenden Gegenschlags eine Rolle. Zur Abgrenzung von der (militärisch) physischen Gewalt trägt der Gegenschlag im Zusammenhang mit einer Meinungsäußerung den Zusatz „verbal“. Für den verbalen Erst- und Gegenschlag liegen bislang kaum verbindliche bzw. einheitliche Anforderungen vor.

Die vorliegende Arbeit möchte diesen unbefriedigenden Stand durch eine eingehende Analyse des „Rechts auf verbalen Gegenschlag“ im deutschen Recht beenden. Aus dem scheinbar bloßen Sammelbegriff soll eine Rechtsfigur herausgearbeitet werden. Dabei soll zunächst der Untersuchungsgegenstand des Gegenschlags klar umrissen werden (1. Teil). Ausgehend von der geklärten Herkunft ist die Einordnung in unser Rechtssystem genauer in den Blick zu nehmen (2. Teil): Auch ohne gesetzliche Regelung hat der verbale Gegenschlag Auswirkungen auf Rechtsgüter in der Form, dass diese durch die Erwiderng ausgeübt werden sowie Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können. Der Gegenschlag zeigt Parallelen zu bestehenden Rechtsinstituten und -prinzipien. Die Untersuchung der dogmatischen Grundlage eines verbalen Gegenschlags gibt Aufschluss über das Zusammenwirken von Prinzipien unserer Rechtsordnung wie die Meinungsfreiheit und die Selbstverteidigung. Wie die Versicherungen in Rechtsprechung und Literatur, durch den Gegenschlag solle keinesfalls „Gleiches mit Gleichem vergolten werden“⁷, zeigen, wohnt dem Begriff zusätzlich ein Prinzip inne, das eine genauere Betrachtung verdient: das der Kompensation. Ist eine Wiedergutmachung, ein Ausgleich eines verletzten Rechtsgutes, durch die Erwiderng der Verletzung möglich? Die Beleuchtung anderer Ausprägungen des Kompensationsprinzips in unserer

6 BVerfGE 7, 198 (208).

7 Meurer, in: FS Hirsch, S. 651 (663) m.w.N.

Rechtsordnung kann Aufschluss über Inhalt und Grenzen eines „Gegenschlagrechts“ geben.

Ziel der Arbeit ist es, einzuordnen, welche Sachverhaltskonstellationen tatsächlich den Titel „Gegenschlag“ verdienen und für diese präzisere und einheitlich anzuwendende Regeln zu bestimmen (3. Teil), so dass am Ende von einem „Recht auf verbalen Gegenschlag“ als anerkannte Rechtsfigur gesprochen werden kann.

Was ist das Erkenntnisinteresse einer eingehenden Untersuchung eines „Rechts auf verbalen Gegenschlag“?

Die genauere Untersuchung und Konkretisierung des „Gegenschlagrechts“ soll die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in den Fokus rücken und festigen. Die Auseinandersetzung mit Worten, die Debatte, ist Kern einer jeden funktionierenden Demokratie. Sie ist unverzichtbar. Die Meinungsfreiheit kollidiert im Meinungs austausch laufend mit den Persönlichkeitsrechten Einzelner. Mechanismen aufzuzeigen sowie Regeln und Grenzen für diese Debatte zu umreißen, kann einerseits die beteiligten Grundrechte sowie eine Debattenkultur stärken.

Das Strafrecht zeigt Grenzen für verbale Auseinandersetzungen auf, die aber mit Sanktionen verbunden sind. Diese Sanktionen sind nicht in der Lage, eine Debattenkultur zu stärken, sondern vielmehr, sie am Entstehen zu hindern. Die von *Hufen* bereits vor über 20 Jahren dringend geforderte „demokratie- und menschenwürdige Streitkultur“⁸ bedarf im grundgesetzlichen Rahmen aussagekräftiger rechtlicher Maßstäbe. Nicht zuletzt ist das durch die seit 2015 anhaltende Diskussion um die Aufnahme von und den Umgang mit Geflüchteten offenbar geworden. Der Vorwurf der Verrohung der Sprache und der Diskussionskultur und der damit einhergehenden Spaltung der Gesellschaft⁹ wiegt schwer und muss nicht nur gesellschaftlich angegangen werden, sondern ihr muss auch mit rechtlichen Möglichkeiten entgegengewirkt werden.

8 *Hufen*, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Meinungsfreiheit, S. 23.

9 *Leupold*: "Hetzparolenindustrie", (22.07.2018), <www.zeit.de/freitext/2018/07/11/sprache-politik-fluechtlingspolitik-populismus-macht/> (zuletzt geprüft am 05.12.2021); *Höhne*: "Rhetorische Eskalation im Flüchtlingsstreit: Der Kampf der Worte", (07.07.2018), <www.spiegel.de/politik/deutschland/zuwanderung-und-asylstreit-wie-verrohung-der-sprache-zur-eskalation-beitraegt-a-1216754.html> (zuletzt geprüft am 05.12.2021).

Hier soll weniger Kritik am Bestehen¹⁰ oder der Ausgestaltung¹¹ der einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften geübt werden, als schlichtweg der Ablauf und die Auswirkungen strafrechtlicher Verfahren für eine öffentliche Debatte aufgezeigt werden. Eine Strafanzeige und das sich anschließende (in der Regel Privatklage-)Verfahren beenden abrupt jeden Austausch, jede weitere Diskussion über das Thema der inkriminierten Äußerung, es folgt ausschließlich eine Entscheidung zur Zulässigkeit der Äußerung. Ein befriedigender Interessenausgleich zwischen den Betroffenen findet nicht statt.

Dieser kann sich schon eher im zivilrechtlichen Verfahren verwirklichen, in dem es durch die Beteiligung beider Parteien der Debatte zumindest zu einem Austausch kommt. Auch hier geht es in der Regel aber um die gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der Aussagen (Unterlassung) bzw. eine an strenge Formalien gebundene Stellungnahme (Gegendarstellung, Widerruf, Richtigstellung) der sich äussernden Partei.

Anders ist dies bei einer Erwiderung der Äußerung im außergerichtlichen Rahmen – gestärkt durch verbindliche Maßstäbe auf dem Boden des Grundgesetzes. Hierbei kommt eine Debatte in Gang, die einen Austausch der inhaltlichen Positionen ermöglicht, den Inhalt aufarbeitet und im besten Fall auch Dritte informiert. In jedem Fall geht die Demokratie daraus gestärkter hervor als aus der Steigerung der Anzahl strafrechtlicher Verfahren. Ziel muss es sein, diese Maßstäbe optimal an allen einfließenden Grundrechten – eben nicht nur an der Meinungsfreiheit, sondern auch an von einer Äußerung betroffenen bzw. verletzten Grundrechten – auszurichten.

Ein weiteres Erkenntnisinteresse betrifft den subjektiven Rechtsschutz. Die unterstellte kompensatorische Wirkung eines Gegenschlags drängt zu der Annahme, dass durch die Erwiderung Rechtsschutz verwirklicht wird. Wie weit dieser reicht und wie er sich zum formellen Rechtsschutz der erwidern Person verhält, soll mit der Arbeit ebenfalls geklärt werden.

Der genauere Umriss eines „Gegenschlagrechts“ wird eine rechtssichere Handhabung des Begriffs in Rechtsprechung und Literatur ermöglichen, was abschließend im 4. Teil verdeutlicht werden soll.

10 Kübler, JZ 1984, 541 (544); Kubiciel/Winter, ZStW 113 (2001), 305 (314).

11 So z.B. Hufen, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Meinungsfreiheit, S. 20–21; für die Zuordnung der Beleidigungsvorschriften zum Ordnungswidrigkeitenrecht: Gesetzesentwurf der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 11/1040, S. 7

1. Teil: Untersuchungsgegenstand

Eingangs ist der Untersuchungsgegenstand abzustecken: Was verbirgt sich hinter dem Begriff des „verbalen Gegenschlags“? Der Ausdruck ist in seiner wörtlichen Bedeutung zu erfassen (I.), die Herausarbeitung durch das Bundesverfassungsgericht (II.), die Instanzgerichte (III.) und die Literatur (IV.) zu betrachten. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Bestandsaufnahme (V.).

I. Wortbedeutung

Nähert man sich dem Wort zunächst ohne die Einschränkungen eines Fachgebiets, eröffnet der Wortbestandteil „*Gegen-*“ die Bedeutung, dass es einen Widerpart geben muss. Die Handlung bzw. konkreter die Äußerung erfolgt als Erwiderung auf eine vorangegangene Handlung oder Äußerung.

Der Wortbestandteil „*-schlag*“ deutet auf etwas Heftiges hin. Was hier entgegengesetzt wird ist keine bloße Antwort, kein Hinweis, sondern ein Hieb, eine Entgegnung also, die ihrerseits in Rechte der zuerst handelnden Person eingreift.

Der „Gegenschlag“ deutet im zusammengenommenen Wortsinn darauf hin, dass der Auslöser, den es zu erwidern gilt („Erstschlag“), von einer gewissen Schlagkraft gewesen sein muss, seinerseits also ebenfalls in Rechte eingegriffen hat oder Rechtsgüter verletzt hat.

In Abgrenzung zum militärischen oder allgemein physischen Gegenschlag, soll der hier untersuchte Gegenschlag den Zusatz „verbal“ tragen. Der Zusatz grenzt den Gegenschlag von einer rein physischen Erwiderung ab, ohne weiter einzuschränken. Einschränkend ist beispielsweise der Zusatz „publizistisch“, da dieser sich ausschließlich auf die Publizistik bezieht, also den Bereich der Beschäftigung mit allen die Öffentlichkeit interessierenden Angelegenheiten in Buch, Presse, Rundfunk, Film und Fernsehen¹². Ein zulässiger Gegenschlag erhält vor allem große Bedeutung durch das Internet und die Möglichkeit, seine Meinung unkompliziert öffentlich kundzutun. Diese Meinungsäußerungen durch nicht unmittel-

12 Laut Duden unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Publizistik#Bedeutung> a (zuletzt geprüft am 05.12.2021).

1. Teil: Untersuchungsgegenstand

bar publizistisch tätige Menschen fallen eben nicht unter den Begriff der Publizistik. Zu denken wäre an eine medienbezogene Erläuterung des Begriffs, z. B. über die Ergänzung „medialer Gegenschlag“. Aber auch diese Ergänzung erscheint zu eng. Der Vorteil einer Einschränkung der Erwiderung auf eine bestimmte Äußerungssituation ist nicht erkennbar. Ein Gegenschlag ist mündlich vorstellbar, durch die Verbreitung über klassische Medien oder verschiedene andere Intermediäre. Zu bevorzugen ist daher der Begriff des verbalen Gegenschlags¹³, der den Gegenschlag vom physischen abgrenzt, ohne dabei weitere Einschränkungen vorzunehmen.

Schlussendlich etikettiert der Begriff des „verbalen Gegenschlags“ den Inhalt der Äußerung. Das heißt im Umkehrschluss, dass er verschiedene äußere Formen annehmen, beispielsweise als schriftlicher Text aber auch als Bild oder Hörbeitrag erscheinen kann. Das entscheidende Kriterium für die Qualifizierung eines verbalen Gegenschlags ergibt sich aber aus dem Inhalt der Äußerung, nämlich durch die Bezugnahme des Gegenschlags auf den Erstschat. Dabei bleibt der Gegenschlag nur ein Moment der inhaltlichen Beurteilung. Soll heißen, dass die Äußerung im Übrigen jeden erdenklichen Inhalt haben kann, sich auf öffentliche oder private Fragen beziehen kann, verschiedene Sphären des Gegners oder der Gegnerin berühren kann, Tatsachenbehauptung oder Werturteil sein kann.

Allein der Begriff „verbaler Gegenschlag“ deutet nach alledem auf eine heftige und anlassbezogene Erwiderung hin, die verschiedene Formen annehmen kann, dabei aber nicht physisch ist.

II. Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Gemessen am festgestellten Wortsinn – die Verknüpfung von Anlass und Reaktion bei verletzenden Äußerungen – ist der Begriff des Gegenschlags insgesamt selten in Gerichtsentscheidungen zu finden. Entwickelt durch das Bundesverfassungsgericht in der *Schmid/Spiegel*-Entscheidung¹⁴ fand der Gegenschlag als Rechtsfigur später auch in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, beim Bayerischen Obersten Landesgericht und in die Instanzrechtsprechung Eingang. Die betroffenen Entscheidungen sind allerdings weit davon entfernt, ein „Gegenschlagsrecht“ einheitlich zu qualifizieren oder anzuwenden. Für die Erfassung des verbalen Gegenschlags

13 So auch BVerfG, NJW 2009, 749 (750).

14 BVerfGE 12, 113.

im rechtlichen Sinne soll zunächst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts untersucht werden. Dieses hat Verfassungsbeschwerden zwar nur in drei Fällen ausdrücklich unter Heranziehung eines „Rechts auf verbalen Gegenschlag“ stattgegeben (1.), die Verknüpfung von Anlass und Reaktion aber in einigen weiteren Entscheidungen untersucht (2.). Der Vergleich dieser Entscheidungen erlaubt die Bildung von Sachverhaltskategorien, die nach der Nähe der erwidernenden (also „gegenschlagenden“) Person zum Anlass der Äußerung unterscheiden (3.). Aus den untersuchten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts können außerdem Schlüsse für eine Rechtsgrundlage für einen Gegenschlag (4.) sowie für mögliche Grenzen (5.) desselbigen gezogen werden.

1. Stattgebende Entscheidungen zum Gegenschlag

Das Bundesverfassungsgericht war von Anbeginn an der Auslegung und Entwicklung der Grundrechte maßgeblich beteiligt. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wurde dabei erstmals in der *Lüth*-Entscheidung aus dem Jahr 1958¹⁵ fundamentale Bedeutung zuerkannt. Mit der Feststellung: *„für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (...)“*¹⁶ erhebt das Bundesverfassungsgericht auch den *Meinungskampf* in den Rang der unerlässlichen Demokratieoraussetzungen.

Drei Jahre nach der *Lüth*-Entscheidung stärkte das Bundesverfassungsgericht die Meinungsfreiheit erneut mit seiner ersten Entscheidung zum „Recht auf verbalen Gegenschlag“.¹⁷ Betroffen von verletzenden Äußerungen, die vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erachtet wurden, war ausgerechnet ein Pressemedium, der „Spiegel“. Der Beschwerdeführer Dr. Schmid, Oberlandesgerichtspräsident, dem aufgrund seiner Äußerungen zu politischen Streiks kommunistische Tendenzen nachgesagt wurden, hatte sich zunächst in einem Interview mit einem Journalisten des „Spiegel“ dagegen verteidigt und auch entlastendes Material vorgelegt. Der darauf erschienene Beitrag im „Spiegel“ wertete nicht das vorgelegte Material aus, sondern die Vergangenheit des Beschwerdeführers mit dem verzerrten Ergebnis, ein kommunistischer Jurist sei durch Beziehungen

15 BVerfGE 7, 198.

16 BVerfGE 7, 198 (208).

17 BVerfGE 12, 113.

weit nach oben gekommen.¹⁸ Der Beschwerdeführer Schmid veröffentlichte daraufhin seinerseits einen Beitrag in einer regionalen Tageszeitung, in dem er den „Spiegel“ als „Reizliteratur“ bezeichnete und u. a. schrieb: „Es ist eine Gattung von Publizistik, die auf dem Gebiet der Politik das ist, was die Pornographie auf dem Gebiet der Moral, nur mit dem Unterschied, dass man die erstere noch offen lesen kann.“¹⁹ Schmid wurde auf dem Privatklageweg zu einer Geldstrafe verurteilt und erhob Verfassungsbeschwerde. Die Äußerung des Beschwerdeführers wurde vom Bundesverfassungsgericht als Gegenschlag gegen eine unzutreffende Information der Öffentlichkeit gewertet, das Einwirken auf die öffentliche Meinung wurde als berechtigtes Interesse anerkannt.²⁰ Das Gericht stellte zudem klar, dass die vom Landgericht vorgenommene Prüfung, nach der eine sachliche Erwiderung notwendig gewesen wäre, die Äußerung also nicht angemessen gewesen sei, nicht der Maßstab für die Zulässigkeit der Äußerung sein könne. Vielmehr sei danach zu fragen, ob die Gegenäußerung der Art der Erstäußerung und ihrer Wirkung auf die öffentliche Meinung entsprach.²¹ Der „Spiegel“ habe mit seinem verzerrenden Beitrag selbst Anlass für die Äußerungen des Beschwerdeführers gegeben und habe entsprechend auch scharfe Formulierungen als Erwiderung hinzunehmen.²²

Wortwörtlich zog das Bundesverfassungsgericht ein „Recht zum verbalen Gegenschlag“ erneut zur Rechtfertigung einer Äußerung in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 heran. Während einer Rede vor dem Stadtrat in Dortmund hatte der spätere Beschwerdeführer auf seine Schulzeit Bezug genommen. Ein anderes Stadtratsmitglied störte die Rede mit dem Zwischenruf, er könne gar nicht glauben, dass der Beschwerdeführer zur Schule gegangen sei. Der spätere Beschwerdeführer antwortete darauf schlicht mit dem Ausruf „Dummschwätzer“. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer für diese Äußerung wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe. Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 193 StGB, sah es nicht für gegeben an. Auch § 199 StGB kam mangels Einsicht des Beschwerdeführers nicht zur Anwendung. Die vorige Provokation durch den Beleidigten fand ausschließlich in die Strafzumessung Eingang.²³ Das Bundesverfassungsgericht hob die Entscheidung auf und beanstandete, dass

18 BVerfGE 12, 113 (114–118).

19 BVerfGE 12, 113 (118).

20 BVerfGE 12, 113 (132).

21 BVerfGE 12, 113 (130).

22 BVerfGE 12, 113 (131).

23 BVerfG, NJW 2009, 749.

das Amtsgericht bislang zu wenige Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen des Anlasses und Kontexts der gegenständlichen Äußerung erhoben hatte. Nach weiteren Feststellungen hierzu sei in eine anschließende Rechtsgüterabwägung einzustellen, „*ob und in welchem Umfang dem Beschwerdeführer ein Recht zum verbalen Gegenschlag zustand*“²⁴.

Ungeachtet der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht nach der Entscheidung *Schmid/Spiegel* hier zum zweiten Mal ein „Recht zum verbalen Gegenschlag“ heranzieht, ist die Entscheidung insofern bemerkenswert, als dass das Bundesverfassungsgericht beiläufig eine zeitliche Komponente an dieses Recht knüpft: Es käme für das Vorliegen des Gegenschlagsrechts darauf an, in welcher zeitlichen Nähe zueinander die Äußerungen gefallen seien.²⁵

Zuletzt erkannte das Bundesverfassungsgericht – *expressis verbis* – ein „Recht auf Gegenschlag“ an mit Beschluss vom 10. März 2016²⁶. Das Gericht hatte in der „Causa Kachelmann“ zu entscheiden. Vorausgegangen war dem Beschluss das Urteil des OLG Köln²⁷ vom 6. November 2012. Das OLG hatte aufgrund einer Vielzahl gegenseitiger ehrverletzender und öffentlicher Äußerungen über die Berechtigung eines Gegenschlags zu entscheiden. Ein bekannter Wettermoderator war wegen schwerer Vergewaltigung an seiner (Ex-) Lebensgefährtin angeklagt worden. Der Strafprozess wurde von einem großen Medienecho begleitet. Zu dem anschließenden Zivilprozess kam es, als das behauptete Opfer auch zwei Wochen nach dem Freispruch in einem Presseinterview die Vergewaltigungsvorwürfe gegen ihren früheren Lebensgefährten und dem Freigesprochenen ausdrücklich und mehrfach wiederholte.

Während das OLG Köln ein „Gegenschlagsrecht“ ablehnte²⁸, nahm das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde der Beklagten und Beschwerdeführerin gemäß § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt sei. Das ist bemerkenswert, da dies vom Bundesverfassungsgericht nur für einen Bruchteil der eingehenden Beschwerden angenommen wird.²⁹ Die vorgenommene Abwägung zwischen dem Persön-

24 BVerfG, NJW 2009, 749 (750).

25 BVerfG, NJW 2009, 749 (750).

26 Az. 1 BvR 2844/13.

27 OLG Köln, AfP 2013, 144.

28 OLG Köln, AfP 2013, 144 (149).

29 Im Jahr 2019 wurden von 4.953 durch das Bundesverfassungsgericht erledigten Verfassungsbeschwerden 4.793 nicht zur Entscheidung angenommen, das entspricht knapp 96,8 %; siehe Jahresstatistik 2019 des Bundesverfassungsgerichts,

1. Teil: Untersuchungsgegenstand

lichkeitsrecht des Klägers und behaupteten Täters und der Meinungsfreiheit der Beklagten habe letztere in nicht tragbarer Weise eingeschränkt.³⁰ Insbesondere in die vom OLG geprüfte Angemessenheit der Äußerung der Beklagten sei nicht einbezogen worden, dass ein Geschehen vom Äußern auch subjektiv und emotionalisiert bewertet und wiedergegeben werden könne.³¹ Da auch der Kläger sich zuvor über die Beschwerdeführerin nicht nur sachlich in der Öffentlichkeit geäußert habe, müsse er nun eine entsprechende Reaktion hinnehmen.³² Das Bundesverfassungsgericht ging in seiner Entscheidung nicht auf die vom OLG geprüften zwei Stufen des „Gegenschlagrechtes“ (ob und wie)³³ ein, sondern stellte lediglich fest, dass der Beschwerdeführerin ein solches zustand.

Den drei stattgebenden Entscheidungen ist gemeinsam, dass direkte gegenseitige Ehrverletzungen oder Beleidigungen vorliegen. Ebenso verhält es sich mit dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 27. Februar 2018 zugrunde liegt. Ein verbaler Angriff gegen die Bundesregierung wurde dort von einer Bundesministerin direkt erwidert. Das Bundesverfassungsgericht hat das geltend gemachte „Gegenschlagsrecht“ mit Hinweis auf die Neutralitätspflicht der sich äuernden und später beschwerdeführenden Bundesministerin ausdrücklich zurückgewiesen.³⁴ In anderen Entscheidungen waren Anlass und Reaktion nicht derart unmittelbar miteinander verknüpft. Dort hatte das Gericht dann lediglich festgestellt, dass die Verknüpfung von Anlass und Reaktion nicht auf die Gruppe der unmittelbaren, gegenseitigen Beleidigungen beschränkt sei bzw. eine solche Einschränkung auf personalisierte Kritik beanstandet³⁵. Einhellig in Literatur und Instanzrechtsprechung wurde dies als Erweiterung des „Gegenschlagrechtes“ gewertet.³⁶ Es darf bezweifelt werden, dass das Bundesverfassungsgericht eine klare Nennung des „Rechts auf Gegenschlag“ nur in einer bestimmten Sachverhaltskonstellation vornimmt, bei andersartigen Verknüpfungen

S. 19 unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2019/gb2019/A-IV-1.pdf;jsessionid=C63EE9ADA3B3DEDC56A95A4710ADF B6E.1_cid361?__blob=publicationFile&cv=2 (zuletzt geprüft am 05.12.2021).

30 BVerfG, AfP 2016, 240 (Rn. 26).

31 BVerfG, AfP 2016, 240 (Rn. 27).

32 BVerfG, AfP 2016, 240 (Rn. 29).

33 OLG Köln, AfP 2013, 144 (149).

34 BVerfGE 148, 11 (25ff.).

35 BVerfG, NJW 2009, 3016 (3019).

36 *Burkhardt*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Kap. 6, Rn. 22; *Decken*, Meinungsäußerungsfreiheit und Ehrenschatz in der politischen Auseinandersetzung, S. 84; *Kriele*, NJW 1994, 1897 (1901); OLG München, AfP 1975, 54 (55).

von Anlass und Reaktion aber, was die Betitelung als „Recht“ anbelangt, Zurückhaltung übt. Es wird zu untersuchen sein, ob hier tatsächlich eine unterschiedliche Behandlung je nach Unmittelbarkeit des Schlagabtauschs angezeigt ist.

2. Anderweitige Verknüpfung von Anlass und Reaktion

Ausschließlich in den unter 1. beschriebenen Fällen hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff des „*Rechts auf (verbalen³⁷) Gegenschlag*“ verwendet.³⁸ Aus den Sachverhaltsdarstellungen anderer Entscheidungen³⁹ ergibt sich, dass Betroffene ein solches „Recht“ in den jeweils zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden immer wieder angeführt haben, das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation aber nicht übernommen hat. Die rechtfertigende Wirkung von Äußerungen im Rahmen des öffentlichen Meinungskampfes wurde allerdings auch ohne eine konkrete Betitelung als „Gegenschlagsrecht“ in einer Vielzahl von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts herausgestellt.

In der Entscheidung *Tonjäger*⁴⁰ hatte sich der Beschwerdeführer abfällig über die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) geäußert. Da die Äußerungen nicht grundlos, sondern im Zusammenhang mit einer öffentlichen Diskussion über Reformvorschläge des Urheberrechts fielen, sah das Gericht die Äußerungen als gerechtfertigt an. Die Verknüpfung von Anlass und Reaktion sei nicht auf wechselseitige Beleidigungen beschränkt.⁴¹ Die streitgegenständliche Äußerung sei als Reaktion jedenfalls dann rechtmäßig, „*wenn sie gemessen an den von der Gegenseite erhobenen Ansprüchen oder aufgestellten Behauptungen nicht unverhältnismäßig*“⁴² erscheine. Noch deutlicher wurde das Gericht 1980 in dem Beschluss *Kunstkritik*⁴³. Als Teil einer öffentlichen geistigen Auseinandersetzung zum Thema Kunst erhielten die streitgegenständlichen Äußerungen das volle Gewicht der Meinungsfreiheit.⁴⁴ Die Beschwerdeführer, zwei Journalisten, hatten sich abwertend („*Provinz-*

37 So nur in BVerfG, NJW 2009, 749 (750).

38 Stand: 05.12.2021.

39 BVerfGE 82, 43 (46); BVerfGE 82, 272 (277); BVerfGE 148, 11 (18).

40 BVerfGE 24, 278.

41 BVerfGE 24, 278 (286).

42 BVerfGE 24, 278 (286).

43 BVerfGE 54, 129.

44 BVerfGE 54, 129 (137 f.).