

RECHTLICHER RICHTIGKEITSSCHUTZ

– Zugleich ein Beitrag zur Unterscheidung
von Meinungen und Nachrichten im Rahmen
des Art. 5 Abs. 1 GG –

Von Johannes Buchheim, Freiburg

I. Einleitung

1. Tatsachen-Angst im „Postfaktischen Zeitalter“

Spätestens seit der Wahl Donald Trumps zum US-amerikanischen Präsidenten, die nach Auffassung vieler – zumindest auch – der Anfälligkeit sozialer Medien für Desinformationskampagnen geschuldet war,¹ sehen viele in den westlichen Demokratien das „postfaktische Zeitalter“ angebrochen.² Eine Zeit also, in der die Positionierung zur und das Handeln in der Welt – im persönlichen wie im politischen Bereich – nicht mehr auf Grundlage (vermeintlich) gesicherter Fakten verlaufen, sondern auf Basis persönlicher Präferenzen, also je nachdem, was wir – bewusst oder unbewusst – für gegeben halten *wollen*.³ Man kann sich darüber streiten, ob dies – mal mehr, mal weniger – nicht immer schon so war⁴ und aus sozial- und kognitionspsychologi-

¹ Für eine empirische Untersuchung s. *Hunt Allcott/Matthew Gentzkow*, Social Media and Fake News in the 2016 Election, *Journal of Economic Perspectives* 31 (2017), S. 211; s. auch *Sheera Frenkel/Mike Isaac*, Facebook ‘Better Prepared’ to Fight Election Interference, *Mark Zuckerberg Says*, *The New York Times* v. 13. 9. 2018, <https://www.nytimes.com/2018/09/13/technology/facebook-elections-mark-zuckerberg.html> (diese und alle weiteren Internetquellen zuletzt abgerufen am 10. 4. 2020); *Sam Levin*, Mark Zuckerberg: I regret ridiculing fears over Facebook’s effect on election, *The Guardian* v. 28. 9. 2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/27/mark-zuckerberg-facebook-2016-election-fake-news>.

² S. z.B. *Eduard Kaeser*, Das postfaktische Zeitalter, *NZZ* v. 22. 8. 2016, <https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/googeln-statt-wissen-das-postfaktische-zeitalter-ld.111900>; ein Überblick über das Phänomen auch bei *Armin Steinbach*, Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, *JZ* 72 (2017), S. 653, (653 f.); s. auch *Tobias Gostomzyk*, Gerüchte, Halbwahrheiten, Lügen, in: *Lilienthal/Neverla* (Hrsg.), *Lügenpresse*, 2017, S. 173.

³ Vgl. die Rede von einer „Nichtwissenwollengesellschaft“ bei *Kaeser* (Fn. 2).

⁴ S. z.B. *Thomas Hobbes*, *Leviathan* (Übers. Jutta Schlösser), 1996, S. 86: „Das ist die Ursache, warum die Lehre von Recht und Unrecht ständig Gegenstand des Streites ... ist, wogegen das bei der Lehre von Linien und Figuren nicht so ist; denn bei diesem Gegenstand fragen die Menschen nicht danach, was Wahrheit ist, da es niemandes Ambitionen, Vorteil oder Lust vereitelt. Aber wenn es jemandes Recht auf Herrschaft ... widersprochen hätte, dass die drei Winkel eines Dreiecks zwei Winkeln eines

schen Gründen⁵ auch sein muss. Nichtsdestoweniger scheint zumindest in der Selbstwahrnehmung der demokratischen Öffentlichkeiten die tendenziöse Konstruktion der eigenen und gemeinsamen Wirklichkeit in den letzten Jahren zuzunehmen.⁶ Jedenfalls hat sie Eingang auch in die höchsten Funktionskreise der westlichen Demokratien gefunden.⁷ Dies zeigt etwa die befremdliche Debatte um die Zahl der bei der Einschwörung Trumps anwesenden Personen⁸ oder die beharrliche Abkanzelung unliebsamer Medien als „Fake News“⁹. Dass die Vereinigten Staaten hier nicht alleinstehen, zeigt die auch in Deutschland allmählich (wieder) Usus werdende Verunglimpfung der angeblichen „Lügenpresse“.¹⁰

Angesichts dieser Entwicklungen hat in vielen Gesellschaften die Diskussion um angemessene Reaktionen eingesetzt.¹¹ Dabei setzen die einen auf dezentrale gesellschaftliche Selbstorganisation, etwa in Gestalt von kooperativen Internetforen, die Äußerungen öffentlicher Personen und Amtsträgerin-

Rechtecks gleich sind, wäre diese Lehre zweifellos ... durch die Verbrennung aller Geometriebücher unterdrückt worden, soweit der davon Betroffene es gekonnt hätte“; ebenso *Hannah Arendt*, *Wahrheit und Politik*, in: Ludz (Hrsg.), *Zwischen Vergangenheit und Zukunft – Übungen im politischen Denken I*, 2. Aufl. 2000, S. 327 (337): „Dass Menschen Tatsachen, die ihnen wohlbekannt sind, nicht zur Kenntnis nehmen, wenn sie ihrem Vorteil oder Gefallen widersprechen, ist ein so allgemeines Phänomen, dass man auf den Gedanken kommen kann, dass es vielleicht im Wesen der menschlichen Angelegenheiten [...] liegt, mit der Wahrheit auf Kriegsfuß zu stehen“.

⁵ Für ein Projekt, das diese Wechselwirkungen zwischen Präferenzen, Gruppenidentitäten und Wirklichkeitswahrnehmung systematischer erforscht s. <http://www.culturalcognition.net>; s. dort z. B. *Dan Kahan*, *Misconceptions, Misinformation, and the Logic of Identity-Protective Cognition*, *Cultural Cognition Project Working Paper Series No. 164*, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2973067>.

⁶ *Oxford Living Dictionaries* kürte das Wort „post-truth“ zum Wort des Jahres 2016, s. <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>; keine belastbaren empirischen Belege für einen Handlungsbedarf sehen *Karl-Heinz Ladeur/Tobias Gostomzyk*, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, 2017, S. 13 f.

⁷ S. etwa *Michiko Kakutani*, *The Death of Truth – Notes on Falsehood in the Age of Trump*, 2018.

⁸ S. *Eric Brandner*, *Conway: Trump White House offered ‚alternative facts‘ on crowd size*, CNN online v. 23. 1. 2017, <https://edition.cnn.com/2017/01/22/politics/kellyanne-conway-alternative-facts/index.html>.

⁹ S. z. B. *Kevin Breuninger*, *Trump slams the media as ‚the true Enemy of the People‘ days after CNN was targeted with mail bombs*, CNBC v. 29. 10. 2018, <https://www.cnbc.com/2018/10/29/trump-slams-media-as-true-enemy-of-the-people-days-after-cnn-targeted.html>.

¹⁰ Der Begriff „Lügenpresse“ wurde in Deutschland zum Unwort des Jahres 2014 gekürt, s. SZ.de v. 13. 1. 2015, „Lügenpresse“ ist Unwort des Jahres, <https://www.suendeutsche.de/kultur/sprache-luegenpresse-ist-unwort-des-jahres-1.2295042>.

¹¹ S. für eine Darstellung der Situation in verschiedenen südostasiatischen Staaten *Lasse Schuldt*, *Truth vs. Free Speech – How Southeast Asia’s war on fake news unfolds*, <https://verfassungsblog.de/truth-vs-free-speech/>.

nen auf deren Wahrheitsgehalt untersuchen.¹² Andere bauen auf die orientierende Wirkung und Verlässlichkeit etablierter Institutionen und Presseorgane, etwa wenn sie fordern, Kindern und Jugendlichen in den Schulen mehr Medienkompetenz zu vermitteln,¹³ um „echt“ und „fake“ verlässlicher voneinander scheiden zu können. Wieder andere vertrauen auf die regulierende Hand des Staates, ein Weg der sich etwa an dem Ende 2017 in Kraft getretenen Netzwerkdurchsetzungsgesetz,¹⁴ am französischen „Gesetz betreffend den Kampf gegen die Manipulation der Information“ vom 22. Dezember 2018¹⁵ oder an der kürzlich von der Vizepräsidentin der EU-Kommission Jourová formulierten Forderung nach einer Bestrafung gezielter Desinformation in näher bestimmten Kontexten¹⁶ beobachten lässt.

2. Eine dogmatisch-theoretische Lücke

Es besteht also offenbar in den demokratischen Öffentlichkeiten eine verbreitete Sorge um den ausreichenden Schutz der Tatsachengrundlagen unseres kollektiven Handelns.¹⁷ Gleichzeitig scheint in der verfassungsrechtlichen Diskussion eine theoretische Aufarbeitung der durch Desinformation und deren Regulierung aufgeworfenen Fragen nur zögerlich stattzufinden. Zwar ist die Debatte um die rechtstechnischen Mittel und Wege eines Vorgehens gegen gezielte Fehlinformation, insbesondere in Reaktion auf das NetzDG, in vollem Gang.¹⁸ Die theoretischen Grundlagen des Rechts der staatli-

¹² Z.B. <https://www.factcheck.org>; <https://faktenfinder.tagesschau.de>; ähnlich die Forderung der Präsidentin des Bundesgerichtshofs, Bettina Limperg, s. Taz v. 15. 12. 2018, Lügen sind nicht geschützt, <http://www.taz.de/!5559002/>; s. auch BBCNews.com v. 20. 3. 2018, Google pledges \$ 300 m to support journalism and fight fake news, <https://www.bbc.com/news/business-43473938>; The Hill v. 2. 4. 2020, Google to spend \$6.5 million in fight against coronavirus misinformation, <https://thehill.com/policy/technology/490865-google-to-invest-65-million-to-fight-coronavirus-misinformation>.

¹³ S. z.B. ZEIT online v. 11. 10. 2018, Jugendliche fordern Aufklärung über Fake News, <https://www.zeit.de/news/2018-10/11/jugendliche-fordern-schulische-aufklaerung-ueber-fake-news-181011-99-324524>.

¹⁴ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 7. September 2017 (BGBl. I, S. 3352).

¹⁵ LOI n° 2018–1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information; s. dazu die Interpretationsmaßgaben des Verfassungsrats, 20. 11. 2018, Entscheidung Nr. 2018–773 DC.

¹⁶ SPIEGEL Online v. 21. 2. 2020, EU-Kommissarin Jourová will Desinformation bestrafen, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/eu-kommissarin-vera-jourova-will-desinformation-bestrafen-a-00000000-0002-0001-0000-000169587486>.

¹⁷ S. auch EU-Kommission v. 12. 1. 2018, Experts appointed to the High-Level Group on Fake News and online disinformation, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-appointed-high-level-group-fake-news-and-online-disinformation>.

¹⁸ Vgl. aus der Diskussion nur *Alex Schiff*, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, MMR 2018, S. 366; s. auch *Hubertus Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, S. 439; *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten NetzDG (Fn. 6); der Fokus liegt dort jeweils auf den besonderen Problemen und Fragen, die sich in sozialen Medien und auf Plattformen stellen.

chen Regulierung von Äußerungen (im Weiteren: Äußerungsrecht) werden jedoch in diesem Kontext weniger behandelt und auf ihre Relevanz für das Problem untersucht.¹⁹ Dies beginnt damit, dass kaum formuliert wird, worin genau die Problematik der *Fake News* und darauf gründender falscher Vorstellungen eigentlich liegt. Deshalb bleibt weitgehend unklar, ob die Unrichtigkeit von Tatsachenäußerungen als solche überhaupt als legitimer Anknüpfungspunkt staatlicher Regulierungs- oder Eingriffsmaßnahmen herhalten kann. Diese auffällige theoretisch-dogmatische Leerstelle ist vermutlich auch dem Umstand geschuldet, dass die Herausforderungen durch *Fake News* zumeist in einem Atemzug mit der Regulierung von *Hate Speech* genannt und verhandelt werden,²⁰ die aber andere Fragen aufwirft.²¹ Denn während die Regulierung von *Hate Speech* ihre Rechtfertigung im verletzen, hetzerischen und ausschließenden Charakter oder Effekt bestimmter Äußerungen auf individuelle Personen suchen muss, hat die Problematik falscher Tatsacheninformationen mit Ehrschutz wenig zu tun. Es ist nicht die Unrichtigkeit in Hinblick auf einzelne Personen oder die kränkende Unrichtigkeit, die demokratische Gesellschaften besorgt, wenn sie das Zeitalter des Postfaktischen beklagen.²² Es ist die Unrichtigkeit der unserem gemeinsamen Entscheiden zugrunde gelegten Tatsachenüberzeugungen, die das Unbehagen weckt. Dass das so verstandene *Fake News*-Problem kaum theoretisch angegangen wird, hängt zusätzlich damit zusammen, dass sich juristische Dogmatik und Theorie traditionell mit der Unterscheidung zwischen Tatsachen und Wertungen schwertun,²³ die im Zentrum des Problems lauert. Zugleich bleibt rechtliches Vorgehen gegen Desinformation immer auch politisch heikel. Autoritäre Tendenzen und Systeme bedienen sich weiterhin gern des Topos eines Kampfs für die Wahrheit, um Opposition und deren Vorbedingung, eine freie Presse, mundtot zu machen. Die jüngste ungarische Strafrechtsgesetzgebung gegen Desinformation im Kontext der Coronavirus-Pandemie ist nur ein Beispiel für solche Angriffe gegen einen freien Journalismus.²⁴ Solche Fallstricke machen es unentbehrlich, die dogmatischen und theoretischen Fundamente eines liberalen Äußerungsrechts gründlich auf ihre Vereinbarkeit mit einem Vorgehen gegen *Fake News* zu untersuchen,

¹⁹ Grundsätzlichler allerdings *Steinbach* (Fn. 2).

²⁰ Vgl. etwa Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, BTDrucks 18/12356, S. 1.

²¹ Freilich besteht ein Zusammenhang insoweit, als gezielte Desinformation auch als Mittel der Hetze und Ausgrenzung eingesetzt wird; für eine solche Annahme einer „Hetze durch Desinformation“ z. B. BVerfG, 22. 6. 2018, 1 BvR 673/18, Rn. 33 u. 35.

²² Anders etwa *Steinbach* (Fn. 2), S. 655, in dessen Augen „postfaktisches Kommunikationsverhalten“ häufig mit der persönlichen Ehre in Konflikt trete.

²³ Repräsentativ etwa *Matthias Jestaedt*, in: Papier/Merten, Handbuch der Grundrechte, § 102 Rn. 36–38 m. w. N.; *Steinbach* (Fn. 2), S. 656–658.

²⁴ The Guardian v. 3. 4. 2020, Hungarian journalists fear coronavirus law may be used to jail them, <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/03/hungarian-journalists-fear-coronavirus-law-may-be-used-to-jail-them> Hungarian; s. auch *Adrian Lobe*, Wer bestimmt die Wahrheit?, Falter.at v. 7. 4. 2020, <https://www.falter.at/zeitung/20200407/wer-bestimmt-die-wahrheit?ref=homepage>.

um sie nicht vorschnell im Angesicht vermeintlich „neuer Gefahren“ des Internets²⁵ aufzugeben. Dabei stellt sich auch die Frage, ob in Hinblick auf schlichte Tatsacheninformationen Gewährleistungsunterschiede zwischen individueller Meinungsäußerungsfreiheit und besonderen Medienfreiheiten bestehen oder begründet werden können, sodass auf dieser Grundlage auch das nicht immer klare Verhältnis dieser Grundrechtsgarantien schärfer konzentriert werden könnte.²⁶

II. *Fake News* als Problem

1. Tatsachen als Handlungsgrundlage

Warum sind unrichtige Tatsacheninformationen ein Problem für das individuelle oder politische Handeln?²⁷ Die Antwort ist evident. Sie sind ein Problem in derselben Weise, in der die Aussage meiner Arbeitgeberin, sie halte für alle Mitarbeiter Regenschirme am Arbeitsplatz bereit, problematisch ist, wenn dem tatsächlich nicht so ist und es heute Nachmittag regnet. Sie sind ein Problem, weil ich dann keinen Schirm zur Arbeit mitgenommen haben werde. Sie sind natürlich nur dann ein Problem, wenn ich nicht gerne in voller Kleidungsmontur nass werde. Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, etwa wenn ich in der unzutreffenden Annahme, es gäbe auf Arbeit keine Schirme, meinen eigenen Regenschirm dabei hatte. Denn dann habe ich mich ohne Not mit dem Gewicht des Schirms beschwert. Noch dazu habe ich womöglich Kopfschütteln meiner Arbeitskollegen geerntet. Falls ich weder das eine noch das andere schätze, war meine Unkenntnis des tatsächlichen Schirmvorrats ein Problem. In beiden Varianten gäbe es Menschen und Präferenzen, in deren Augen und angesichts derer die unrichtige Vorstellung nicht problematisch gewesen wäre. Ob wir einen kräftigen Regenschauer über uns ergießen lassen wollen oder nicht, können wir verhandeln. Wir können dazu verschiedene Auffassungen haben, etwa weil manche von uns eine gute Regenjacke besitzen, andere nicht. Nur profitiert die innerliche Diskussion über die Tunlichkeit, einen Schirm mitzunehmen, nicht davon, dass ich unzutreffende Vorstellungen über den Vorrat an Schirmen, die Bewegungsrichtung eines Tiefdruckgebiets, die Wasserdurchlässigkeit oder Wärmespeicherkapazität meiner Kleidung habe.

Eben dies – nicht mehr, nicht weniger – ist die zumeist unausgesprochene Annahme derjenigen, die die Verbreitung unwahrer Tatsacheninformationen als Problem begreifen. Nämlich die Annahme, dass jegliche Form von Handeln – individuell, gemeinsam oder politisch – von einer bestimmten Basis, ei-

²⁵ Für eine gewisse Internetskepsis s. auch BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 101–109.

²⁶ S. dazu unten IV.1 und IV.2.

²⁷ Instruktiv zum Verhältnis von Wahrheit und politischem Handeln *Arendt* (Fn. 4); s. auch allgemein zum Nutzen von Information aus ökonomischer Sicht *Friedrich Hayek*, *The use of knowledge in society*, *Am. Econ. Rev.* 35 (1945), S. 519ff.

nem Zustand der Dinge ausgehen muss, worin es wurzelt.²⁸ Das bedeutet nicht, dass sich aus dem Zustand der Dinge ergäbe, welche Handlungen aus ihm zu folgen hätten. Es bedeutet nur, dass dieser Zustand den Referenzpunkt bildet, von dem aus und auf den bezogen wir handeln und uns über unser Handeln Gedanken machen. Ein solches Bedürfnis nach zutreffenden Tatsacheninformationen besteht jedenfalls, solange unsere Vorstellungen davon, was der Fall ist, einen derart mächtigen Einfluss auf unsere – auch kollektiven – Entscheidungen haben. So funktioniert beispielsweise das politische Spiel mit Ängsten in der Bevölkerung – etwa vor straffällig werdenden Migranten oder einer nuklearen Bedrohung durch eine fremde Macht – nur deshalb, weil tatsächliche Vorstellungen und die daraus abgeleitete Risikowahrnehmung für die meisten Menschen höchst handlungsleitend sind.²⁹ Dasselbe gilt für alle kollektiven Praktiken, die auf ein vergangenes Geschehen reagieren, etwa ein Krieg der begonnen wird, um eine völkerrechtswidrige Invasion fremden Territoriums zu vergelten und von zukünftigen Aggressionen abzuschrecken. Diese in der Menschheitsgeschichte üblichen Praktiken politischer Gemeinwesen ergeben nur Sinn auf Grundlage der hinreichend geteilten Überzeugung, dass die zu sanktionierenden Ereignisse tatsächlich stattgefunden haben.

Doch darin erschöpft sich die Schädlichkeit falscher tatsächlicher Informationen und Vorstellungen nicht. Adäquate Information ist auch für die im engeren Sinn wertende Frage, ob ich jemand bin, dem ein Regenschauer nichts ausmacht und der daher lieber darauf verzichtet, mit einem Schirm herumzulaufen, relevant. Denn ich werde mich vor meinem inneren Auge eher als regengleichgültig portraituren, wenn ich einen Regenschauer für unwahrscheinlich halte. Gehe ich von einer hohen Wahrscheinlichkeit eines Wolkenbruchs aus, wird mein Selbstbild mich dagegen als vorausschauenden Zeitgenossen zeichnen, der – selbst auf das Risiko hin, dass es nicht regnen wird – vorbereitet sein will.³⁰ Auch Ergebnis, Ernsthaftigkeit und Anspruch einer wertenden Positionierung hängen also davon ab, ob man weiß, woran man ist und was genau auf dem Spiel steht.³¹ Dasselbe gilt im Bereich kollek-

²⁸ *Arendt* (Fn. 4), S. 370: „[M]etaphorisch gesprochen ist sie [scil. die Wahrheit] der Grund, auf dem wir stehen“.

²⁹ Zur Lüge als klassischem Stilmittel politischen Handelns s. *Arendt* (Fn. 4), insbes. S. 336f., 352ff.

³⁰ Instruktiv zu solchen Verzerrungseffekten s. z.B. *Kim A. Kamin/Jeffrey Rachlinski*, *Ex Post is not Ex Ante*, *Law and Human Behavior* 19 (1995), S. 89, die aufzeigen, dass das Fahrlässigkeitsurteil der meisten Versuchspersonen durch das Wissen um den Eintritt oder Nichteintritt eines schädigenden Ereignisses stark vorgeprägt ist; dazu und zu möglichen Erklärungen auch *Rachlinski*, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, *Univ. Chi. L. Rev.* 65 (1998), S. 571; für eine Untersuchung des sogenannten *coherence bias*, also der in beide Richtungen gehenden Tendenz des menschlichen Kognitionsapparats, normative und faktische Vorstellungen aufeinander abzustimmen s. z.B. *Dan Simon* u. a., *The Emergence of Coherence over the Course of Decision Making*, *J. Exp. Psych.* 27 (2001), S. 1250.

³¹ Nicht umsonst werden Teilnehmern verhaltensökonomischer Experimente zu meist reale finanzielle Anreize gesetzt, um den Ernstfall einer Entscheidungssituation

tiven Handelns, wenn wir bestimmte Anliegen – wie zum Beispiel den Datenschutz – mehr oder weniger wichtig nehmen, je nachdem wie groß wir die damit verbundenen Risiken – etwa eines systematischen Missbrauchs von Daten – einschätzen.

Insofern unsere Handlungen und wertenden Positionierungen also auf einer Wahrnehmung der Tatsachen aufbauen, scheint ein Bedürfnis oder Streben nach „richtigen“ Tatsachen daher anererkennungswürdig; ein Bedürfnis oder Streben, das sich unterscheidet von dem übergeordneten Streben nach „guter Politik“ oder „gutem Handeln“, in die es zweckmäßig eingebunden ist. Es geht den Kritikern von *Fake News* also nicht um ein selbstzweckhaftes Streben nach Wahrheit,³² sondern um eine möglichst adäquate Bewältigung der Wirklichkeit. Als Zwischenstadium benötigen wir eine brauchbare Tatsachengrundlage.

2. Richtigkeitschutz als Dispositionsschutz – Ein Modell für den rechtlichen Schutz der Grundlagen kollektiven Handelns

In diesem Sinn – als Schutz von und vor Dispositionen – ist die Tatsachenrichtigkeit bereits vielfach durch moderne Rechtsordnungen geschützt. Der Betrugstatbestand schützt vor nachteiligen Vermögensdispositionen, die wir aufgrund falscher Vorstellungen über die Wirklichkeit treffen.³³ Die Bestrafung der Urkundenfälschung und der Falschbeurkundung im Amt schützen den Rechtsverkehr abstrakt, also unabhängig von einer Schädigung individueller Personen, vor Dispositionen, die aufgrund falscher Vorstellungen über die Urheberschaft beweisbarer Erklärungen oder über den Inhalt behördlicher Erklärungen gemacht werden könnten.³⁴ Ähnliches gilt für den Tatbestand des fälschlichen Führens von Titeln, Abzeichen und bestimmten Berufsbezeichnungen gemäß § 132a StGB.³⁵ Nicht anders begründet sich die Strafbarkeit der falschen Verdächtigung, des Vortäuschens einer Straftat und der Falschaussage, die staatliche Organe jeweils abstrakt vor einer Inanspruchnahme und Manipulation durch falsche tatsächliche Informationen abschirmen soll.³⁶ Auch die Tatbestände der üblen Nachrede oder Verleumdung lassen sich dahingehend interpretieren, dass sie uns abstrakt vor nach-

zu simulieren, s. z. B. die Versuchsanordnung bei *Alexander Morell*, *Sticky Rebates*, *J. Comp. Law & Econ.* 11 (2015), S. 431 (442).

³² So die implizite Unterstellung bei *Steinbach* (Fn. 2), S. 656–659.

³³ Vgl. etwa *Klaus Tiedemann*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 8 m. w. N.

³⁴ Für eine ausführliche Diskussion des Schutzzwecks der §§ 267 ff. StGB s. BGH, 3. 2. 1987, VI ZR 32/86, Rn. 12–17.

³⁵ Aufschlussreich zur ähnlichen Problematik des *Stolen Valor Act* im US-Verfassungsrecht s. *United States v. Alvarez*, 567 US 709 (2012).

³⁶ Vgl. *Wolfgang Ruß*, in: *Leipziger Kommentar StGB* (Fn. 33), § 145d Rn. 1; Vor § 153 Rn. 2; § 164 Rn. 1–2 m. w. N.

teiligen Dispositionen schützen sollen, die unser soziales Umfeld aufgrund unbelegter oder unwahrer Vorstellungen über uns ergreifen könnte.³⁷

In einer solchen Rekonstruktion des rechtlichen Richtigkeitsschutzes als Schutz der Dispositionsgrundlage menschlichen Handelns liegt die Chance, einer augenfälligen Unwucht im Bereich des Äußerungsrechts zu begegnen: Während die rechtliche Praxis individualbezogene Unwahrheiten in aller Regel über das Gegen-Gut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abwägend in den Griff bekommt, fehlen ihr bei nicht individualbezogenen Unwahrheiten geeignete Instrumente. Individualbezogene Unrichtigkeiten werden tagtäglich routiniert in rechtlichen Verfahren verarbeitet, man denke nur an das presserechtliche Gegendarstellungsrecht, an Strafverfahren zum Schutz der Ehre und an den Schutz der Unternehmensreputation. Das Ergebnis dieser Verfahren ist in aller Regel, dass nicht offensichtlich irrelevante³⁸ tatsächliche Unrichtigkeiten – bei entsprechender Beleglage – berichtigt werden können.³⁹ Egal ob man Tatsachenmitteilungen von vornherein aus dem Schutz der Meinungsfreiheit ausnimmt, erkennt die Rechtsordnung jedenfalls im Ergebnis kein schützenswertes Interesse daran, Unrichtiges über konkrete Andere zu verbreiten.

Eine ähnlich klare Aussage lässt sich für nicht individualbezogene Unrichtigkeiten nicht treffen. So ist bereits höchst umstritten, ob es im Gewährleistungsbereich der Meinungsfreiheit liegt, tatsächliche Unwahrheiten – etwa über chemisch-physikalische Messdaten und Prozesse der Erderwärmung⁴⁰ oder tatsächliche Anhaltspunkte eines Genozids⁴¹ – zu verbreiten.⁴² In Abwesenheit geeigneter rechtlicher Verfahren und mangels Konzeption und Konturierung eines abwägungsfähigen Gegen-Guts können unwahre Tatsachenbehauptungen rechtlich in aller Regel nur sehr punktuell verarbeitet werden. Sie bleiben damit – mit den Mitteln des Rechts – zumeist unwidersprochen. Das gilt auch dann, wenn die behaupteten Tatsachen höchst relevant sind für kollektive Richtungsentscheidungen, wie z. B. die Politik in Klimafragen oder die Positionierung gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen oder fremden Staaten.

³⁷ Die Rekonstruktionen des Schutzguts „Ehre“ sind umstritten und komplex, s. nur *Eric Hilgendorf*, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 33), Vor § 185 Rn. 1–23; letztlich dürfte der soziale Geltungsanspruch deshalb schützenswert sein, weil er gewährleistet, in den Augen unserer Mitmenschen „etwas zu gelten“, d. h. mit ihnen verkehren zu können, als ebenbürtiger Interaktionspartner akzeptiert zu werden, nicht ausgegrenzt zu werden usw. Ehrschutz ist damit in der Sache Schutz unserer Handlungsmöglichkeiten unter Rückbindung an das, was der Fall ist.

³⁸ Zur Figur der wertneutralen Falschbehauptung s. BGH, 15. 11. 2005, VI ZR 274/04, Rn. 10–13.

³⁹ S. auch *Steinbach* (Fn. 2), S. 655.

⁴⁰ Z. B. über die physikalisch-chemische Funktionsweise des Treibhauseffekts.

⁴¹ Z. B. über die Frage, ob in bestimmten Anlagen eine Vergasung von Menschen möglich war.

⁴² Für einen Schutz durch die Meinungsfreiheit z. B. *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 36–38 m. w. N.

Erkennt man in den oben angesprochenen Straftatbeständen und im allgemeinen Persönlichkeitsrecht das verbindende Element des Dispositionsschutzes, öffnet sich die Möglichkeit, den Schutz vor individualbezogenen und nicht individualbezogenen Unrichtigkeiten auf eine gemeinsame Grundlage zu stellen. Was den Ausschlag dafür gibt, dass wir uns mit der rechtlichen Verarbeitung individualbezogener Unrichtigkeit leichter tun, ist kein kategorialer Unterschied zu sonstigen Unrichtigkeiten. Entscheidend ist allein der Umstand, dass bei einem konkreten Individualbezug die durch die Unrichtigkeit negativ beeinträchtigten Dispositionen näher liegen, leichter fassbar sind und eine bestimmte Person betreffen. Zudem ist auch die gerichtliche Tatsachenfeststellung und damit Herstellung einer zumindest prozessualen Wahrheit bei individualbezogenen Unrichtigkeiten wesentlich einfacher, weil die Beteiligten dort in aller Regel über eine bessere und konkretere, jedenfalls über die relativ beste, Informationsgrundlage verfügen. Gemeinsamer normativer Grund jedes rechtlichen Schutzes vor tatsächlicher Unrichtigkeit ist dennoch nie die Unrichtigkeit als solche, sondern immer deren – näher oder ferner liegender – Bezug zu Dispositionen, die wir nur auf einer verlässlichen Grundlage in freier und verantwortlicher Weise meinen treffen zu können. Das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verortete Recht einer jeden Person, relevante Unrichtigkeiten in Hinblick auf sich richtigstellen zu können,⁴³ hat daher nur eine dienende Funktion. Letztlich ist dieses Recht – wie die anderen in Art. 2 Abs. 1 GG wurzelnden Rechte –⁴⁴ auf die dadurch geschützten möglichst freien und nicht korrumpierten oder manipulierten Dispositionen, also die Autonomie der Person, zurückzuführen.⁴⁵

3. Spezifischer Richtigkeitschutz und totalitäre Tendenz

Betrachtet man dementsprechend den Schutz der Autonomie durch Sicherstellung der Entscheidungsgrundlage menschlichen Handelns als eigentlichen Grund jedes regulierenden Zugriffs auf unrichtige Tatsachenmitteilungen, wird deutlich, wie eine rechtliche Reaktion auf die Verbreitung von *Fake News* aussehen könnte. Wie bei individualbezogenen und anderen strafrecht-

⁴³ Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts „insbesondere vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen [...] von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung“, s. BVerfGE 114, 339 (Rn. 25); erstmals in Richtung eines allgemeinen Schutzes gegen unrichtige, nicht notwendig ehrverletzende Äußerungen BVerfGE 54, 148 (Rn. 15–18); weiterentwickelt in BVerfGE 97, 125 (Rn. 79–84).

⁴⁴ Der Bezug zur Autonomie der Person ist evident für die allgemeine Handlungsfreiheit, gilt aber auch für die informationelle Selbstbestimmung, die sich als abstrakter Schutz vor Grundrechtsgefährdungen und den daraus folgenden Einschränkungen der eigenen Betätigungsmöglichkeiten verstehen lässt, s. dazu *Ralf Poscher/Buchheim*, Staatsaufsicht und Datenschutz, DVBl. 2015, S. 1273 (1278 f.); *Ralf Poscher*, Die Zukunft des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, in: ders. u. a. (Hrsg.), Resilienz in der offenen Gesellschaft, 2012, S. 167 (178 ff.); zu einer ähnlichen Konturierung des Gewährleistungsbereichs in Horizontalkonflikten s. jüngst auch BVerfG, Urteil v. 6. 11. 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 87–90.

⁴⁵ So auch noch deutlich in der früheren Rechtsprechung, z. B. BVerfGE 54, 148 (Rn. 16–18).

lich erheblichen Unrichtigkeiten müssten mit den Mitteln des Rechts Situationen definiert werden, in denen eine ausreichende Nähe zu kollektiven Dispositionen besteht, um darauf bezogene Fehlinformation in rechtlichen Verfahren einfangen und richtigstellen zu können. Denkbar wäre zum Beispiel, auf Fehlinformation im Vorfeld von Wahlen⁴⁶ oder Referenden⁴⁷ oder in bestimmten besonders relevanten oder manipulationsanfälligen Informationskanälen, etwa sozialen Netzwerken,⁴⁸ verstärkt regulierend zuzugreifen. Element solcher Regime müssten dabei auch für den besonderen Gegenstand (kollektivrelevante Unrichtigkeit) adäquate Beteiligten-, Beweiserhebungs- und Feststellungsregeln sein.

Die Aufgabe, solche Kontexte zu definieren, obläge selbstverständlich den gesetzgebenden Organen. Der hier propagierte verstärkte rechtliche Zugriff auf unrichtige Tatsachenmitteilungen wäre also von vornherein bereichsspezifisch und begrenzt.⁴⁹ Befürchtungen, dass einem rechtlichen Vorgehen gegen *Fake News* zwangsläufig totalitäre Tendenzen innewohnen,⁵⁰ sind daher – bei bedachtsamer Einhegung und Beachtung der unten näher auseinandergesetzten Grenzen – unbegründet. So wenig es als solches totalitär ist, die Verbreitung individualbezogener Unrichtigkeiten im Kontext des § 187 StGB unter Strafe zu stellen, so wenig ist es zwangsläufig totalitär, parlamentarische und andere kollektive Entscheidungs- und Willensbildungsprozesse mit den Mitteln des Rechts gegen Manipulationen durch unrichtige Information abzuschirmen. Wie beim individualbezogenen Richtigkeitsschutz ist aber auch hier darauf zu achten, dass das Anliegen an „richtigen Tatsachen“ sich nicht von seinem Autonomiebezug löst, überhand nimmt und Diskussion unterbindet.⁵¹ Ein spezifischer Richtigkeitsschutz hat daher mit der häufig bemühten Horrorvorstellung einer allgemeinen Wahrheitspolizei⁵² wenig gemein. Er ist durch das Anliegen, konkret zu artikulierende kollektive Entscheidungsgrundlagen zu sichern, begrenzt. Es handelt sich nicht um eine Generalemächtigung zum Verbot von tatsächlicher „Unrichtigkeit“. So

⁴⁶ So etwa für Frankreich Titel 1 des „LOI n° 2018–1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information“.

⁴⁷ So etwa die Kampagnen im Vorfeld des Brexit, s. *Matthew Field/Mike Wright, Russian trolls sent thousands of pro-Leave messages on day of Brexit referendum, Twitter data reveals*, The Telegraph v. 17. 10. 2018, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/17/russian-iranian-twitter-trolls-sent-10-million-tweets-fake-news/>.

⁴⁸ Denkbar wären z.B. spezifische Richtigkeitsanforderungen bzw. Kennzeichnungspflichten in sozialen Netzwerken, für von Lobbyisten gegenüber Abgeordneten oder Ministerien eingebrachte oder für in Schulen übermittelte Sachinformationen.

⁴⁹ S. auch die Initiative der EU-Kommissarin Jourová, Spiegel Online v. 21. 2. 2020 (Fn. 16).

⁵⁰ S. etwa *Lobe* (Fn. 24).

⁵¹ Die regelmäßigen verfassungsgerichtlichen Interventionen gegenüber einem überzogenen Ehrschutz durch die Fachgerichte legen Zeugnis dafür ab, dass auch dort erhebliche Gefahren lauern.

⁵² Gegen diese reflexhafte Angst der ehemalige Verfassungsrichter Ferdinand Kirchhof, vgl. Taz v. 15. 12. 2018 (Fn. 12).

wie sich der abstrakte durch § 267 StGB (Urkundenfälschung) oder § 187 StGB (Verleumdung) gewährleistete Richtigkeitschutz als Eingriff in grundrechtliche Freiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG) rechtfertigen muss, gilt dies auch für den Schutz der Tatsachengrundlagen kollektiv-politischer Dispositionen. Zu diesen Dispositionen muss eine plausible Nähe bestehen; die besondere Relevanz der Tatsachengrundlage muss augenfällig sein. Der besondere Kontext⁵³ solcher Regelungen und die Instrumente der Feststellung kollektivrelevanter Tatsachen müssten rechtlich bestimmt sein.

4. Richtigkeitschutz und die Grundentscheidung für ein liberales Äußerungsrecht

Das hier formulierte Ansinnen, die Richtigkeit der Tatsachengrundlage kollektiver Entscheidungen und Dispositionen in näher zu definierenden Fällen mit den Mitteln und der Gewalt des Rechts regulierend abzusichern, müsste sich allerdings mit den in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG getroffenen Richtungsentscheidungen vertragen. Baut die grundrechtliche Garantie der Meinungsfreiheit nicht gerade auf den vielzitierten „Marktplatz der Ideen“⁵⁴, den möglichst ungehinderten Diskurs? Verlässt sich die grundgesetzliche Ordnung – wie andere liberale Ordnungen – nicht darauf, dass sich in der freien Diskussion die „richtige“ Auffassung durchsetzen werde?⁵⁵ Ist das hier Vorgeschlagene nicht mit eben diesen freiheitlichen Grundannahmen unvereinbar? Soll die Meinungsfreiheit nicht gerade gewährleisten, dass wir alle gleichberechtigt und ungehindert durch unsere Äußerungen am öffentlichen Diskurs und demokratischen Entscheidungen – einschließlich ihrer tatsächlichen Grundlagen – mitarbeiten können?⁵⁶ Wie sollen Eingriffe mit der oben verteidigten Zielsetzung möglich sein, ohne diese Grundentscheidungen in ihr Gegenteil zu verkehren?

Nach meiner These sind die angedeuteten Richtungsentscheidungen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG überschießend formuliert. Sie greifen nur für einen Teil dessen, was wir aussagen können, nämlich für die Mitteilung unserer Po-

⁵³ Für gesteigerte Spezifizitätsanforderungen an solche Gesetze s. etwa die Maßgaben des französischen Verfassungsrats zum Fehlinformationsbekämpfungsgesetz (Fn. 15), Rn. 8, 19, 21, 23.

⁵⁴ *S. United States v. Abrams*, 250 US 616 (1919), S. 630 (Sondervotum Holmes); krit. hinsichtlich des Konzepts z. B. *Stanley Ingber*, *The Marketplace of Ideas – A Legitimizing Myth*, Duke L. J. 33 (1984), S. 1; zu Anklängen einer solchen Konzeption in der Rechtsprechung des BVerfG s. *Boris Paal*, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 27 m. w. N.

⁵⁵ Insoweit – als Verfassungserwartung – auch *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 9; für den Wagnis-Charakter der Freiheit und den liberalen Ausgangspunkt der Garantie der Meinungsfreiheit s. *Johannes Masing*, *Meinungsfreiheit und der Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung*, JZ 67 (2012), S. 585 (insbes. 585 f.); für eine Ausbuchstabierung der liberalen Grundannahmen s. *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927), S. 375 f. (Sondervotum Brandeiss).

⁵⁶ S. für eine solche Rekonstruktion der amerikanischen Free Speech-Garantie *Robert Post*, *Meiklejohn's Mistake*, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), S. 1109.

sitionierung zur Welt. Sie gelten gerade nicht für die schlichte Mitteilung von Tatsachen. Aus diesem Grund schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – anders als die besonderen Medienfreiheiten –⁵⁷ nicht jegliche Art menschlicher Gedankenausäußerungen, sondern nur die Äußerung, Verbreitung und Vervielfältigung von *Meinungen*. Diese schlichte Feststellung ist so alt wie die ersten Erörterungen des Art. 118 WRV⁵⁸ und die frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁵⁹ Dennoch hat sie – ebenso wie genauere Abgrenzungen zwischen Meinungsfreiheit und Medienfreiheiten –⁶⁰ nur selten die ihr gebührende theoretische Beachtung gefunden. Weil Tatsachenmitteilung und wertende Folgerung zumeist miteinander verquickt sind, wird die Unterscheidung – gerade in theoretisch(er)en Abhandlungen zur Meinungsfreiheit – oft als unhaltbar fallen gelassen.⁶¹ Bereits die Auswahl mitzuteilender Tatsachen impliziert und transportiert eine Stellungnahme, nämlich zumindest, dass man sie für zutreffend und relevant halte.⁶² Überhaupt scheint die Annahme einer prinzipiellen Unterscheidbarkeit des Normativen und des Faktischen angesichts der Subjektivität menschlicher Erkenntnis und der normativen Prägung wissenschaftlicher und anderer Verifizierungs- und Falsifizierungsverfahren kaum aufrecht zu erhalten sein.

Mit solchen und vergleichbaren Argumenten gibt man die im Grundgesetz angelegte Differenzierung von Meinungsäußerungen und Tatsachenmitteilungen jedoch voreilig auf. Wie im Weiteren zu zeigen sein wird, hat die Unterscheidung einen berechtigten Kern, der eng mit den das Grundrecht unterfütternden Autonomieerwartungen verknüpft ist. Damit wirft eine genauere Analyse der Unterscheidung von Tatsachen und Meinungen klärendes Licht auf die Grundlagen des Meinungsfreiheitsartikels und öffnet zugleich den Raum für einen nicht-individualbezogenen rechtlichen Richtigkeitschutz. Diese Überlegungen können nicht allein an das Grundgesetz anknüpfen, sondern finden auch in anderen Grund- und Menschenrechtskatalogen und jedenfalls in der darauf aufbauenden äußerungsrechtlichen Praxis der meisten Rechtsordnungen eine Entsprechung. So differenziert beispielsweise Art. 10 EMRK unter dem Oberbegriff der Ausdrucksfreiheit (*liberté d'expression*) zwischen der Freiheit der Meinungen und des Austauschs von Informationen (und Ideen). Auch Artikel 11 der Menschenrechtserklärung von 1789 schützt

⁵⁷ S. dazu unten Abschnitt IV.1. und IV.2.; gegen eine Differenzierung zwischen Meinungsfreiheit und Medienfreiheiten in Hinblick auf den Schutz von Tatsacheninformationen *Walter Schmitt-Glaeser*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), AöR 97 (1972), S. 61 (74).

⁵⁸ *Karl Rothenbücher*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 1 (15–17).

⁵⁹ S. z. B. BVerfGE 7, 198 (Rn. 36).

⁶⁰ S. dazu unten IV.1. und IV.2.

⁶¹ *S. Christoph Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 90. Lfg. 2020, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 48 ff., s. auch die Nachweise bei *Schmitt-Glaeser* (Fn. 57), S. 68; eine auf das Ziel der Meinungsbildung fokussierende Bestimmung des Schutzbereichs etwa bei *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Neudr. d. 20. Aufl. 1999, S. 170.

⁶² S. etwa *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 37; dazu ausführlich unten IV.1.

die freie Kommunikation von Gedanken und Meinungen und bietet damit Anknüpfungspunkte für eine Differenzierung zwischen einem Austausch schlichter Tatsacheninformationen und der Meinungsfreiheit als freier Kommunikation über Gedankeninhalte. Selbst in der international sicherlich stilprägenden US-amerikanischen Ausdrucksfreiheitsdogmatik hat sich – ohne textliche Anknüpfungspunkte – eine Praxis herausgebildet, die falsche Tatsacheninformationen zwar nicht aus dem ersten Zusatzartikel ausnimmt, die aber zahlreiche Konstellationen rechtlich fassbarer Schädigungen (u. a. *defamation*; *fraud*) anerkennt, in denen die tatsächliche Unwahrheit eine Äußerung dem ansonsten recht absoluten grundrechtlichen Schutz Grenzen zieht.⁶³ Das Problem, ganz erhebliche Schutzunterschiede zwischen Tatsachenmitteilungen und Meinungen erklären zu müssen, stellt sich daher rechtsordnungsübergreifend.

III. Tatsachenmitteilung vs. Meinungsäußerung – Ein Rekonstruktionsversuch

1. Ausgangsbeobachtung: Differenzierende Praxis ohne befriedigende Rekonstruktion

Die Unterscheidung zwischen Tatsachenmitteilungen und Wertungen spielt in der Meinungsfreiheitsdogmatik, aber auch in der zivil- und strafgerichtlichen Praxis des Äußerungsrechts, eine zentrale Rolle. Während Wertungen in aller Regel, soweit sie nicht mutwillig ehrenrührig oder abschätzig sind, sanktionslos zum Ausdruck gebracht und verbreitet werden dürfen, legen wir bei Tatsachenmitteilungen einen strengeren Maßstab an.⁶⁴ Wer als Presseorgan Tatsachen über andere verbreitet, sieht sich Gegendarstellungsansprüchen ausgesetzt und zwar prinzipiell unabhängig davon, ob die gegen darzustellende Behauptung zutrifft.⁶⁵ Wer bei anderen unwahre Vorstellungen über die Welt weckt und sie dadurch zu nachteiligen Vermögensdispositionen veranlasst, wird wegen Betrugs bestraft. Wer Tatsachen über Personen verbreitet, die nicht erweislich sind, sieht sich Unterlassungsansprüchen und unter Umständen einer Strafdrohung ausgesetzt. In der Literatur und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird zudem vielfach wiederholt, dass Tatsachenäußerungen als solche überhaupt nicht dem Schutz durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterfielen, sondern nur akzessorischen grundrechtlichen Schutz genießen.⁶⁶

⁶³ S. *US v. Alvarez*, 567 US 709 (2012).

⁶⁴ Für die Annahme gesteigerter Sorgfaltspflichten bei der Äußerung von Tatsachenbehauptungen s. etwa *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 38 m. w. N.; für eine große Relevanz der Unterscheidung in der Rechtspraxis zumindest auf Ebene der Grundrechtsschranke s. auch *Grabenwarter* (Fn. 61), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 48.

⁶⁵ S. z. B. § 10 Abs. 1 S. 1 PresseG Bln; zur Wahrheitsunabhängigkeit presserechtlicher Gegendarstellungsansprüche BVerfGE 97, 125 (Rn. 82f.).

⁶⁶ Vgl. jüngst wieder BVerfG, Urteil v. 22. 6. 2018, 1 BvR 673/18, Rn. 28; für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung s. *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 35.

Obwohl die Unterscheidung einen so zentralen Platz in der äußerungsrechtlichen Praxis und Dogmatik einnimmt, ist sie in theoretischer Hinsicht unterbelichtet. Weshalb verdient die Freiheit, Tatsachen mitzuteilen und zu verbreiten, weniger grundrechtlichen Schutz als die Freiheit, zur Welt Stellung zu nehmen? Worin genau liegt der normativ erhebliche Unterschied zwischen beiden Arten von Äußerungen? Sind sie überhaupt unterscheidbar? Lassen sich für die praktischen Unterschiede in Schutzzumfang und -intensität Gründe benennen?

Klassischer Weise werden beide Arten von Äußerungen danach abgegrenzt, ob der Äußerungsinhalt prinzipiell einem Beweis zugänglich oder methodisch gesichert zu widerlegen ist.⁶⁷ Ist dies der Fall, handelt es sich um eine Tatsachenäußerung. Ist es nicht der Fall, ist das Geäußerte als Meinung zu behandeln. Diese stark am Wahrheits- oder Wissensbegriff orientierte Abgrenzung bleibt allerdings die Gründe schuldig, kraft derer sie eine in der Rechtspraxis so wirkmächtige Unterscheidung tragen soll. Warum sollte es für den Schutz von Äußerungen eine Rolle spielen, ob ihre Richtigkeit prinzipiell (aber nicht für den Empfänger oder nicht in der konkreten Äußerungssituation) erweislich ist? Macht es die Äußerung wichtiger, besser, harmloser, schädlicher? Warum sollten Äußernde oder Empfänger davon profitieren beziehungsweise darunter leiden, dass das von ihnen Gesagte oder Gehörte nach derzeitigem Stand des Wissens nicht bewiesen oder widerlegt werden kann?

Eine Unterscheidung je nach prinzipieller Beweisbarkeit wäre womöglich folgerichtig, wenn man allgemein „Wahrheit“ als das durch die Garantie des Art. 5 Abs. 1 GG gesicherte oder angestrebte Gut begriffe. Dann könnte das, was sich nach aktuellem Wissensstand als unwahr beweisen lässt, ohne größere Bauchschmerzen aus dem Schutz des Grundrechts ausgenommen werden.⁶⁸ Eine solche Position scheint in der Meinungsfreiheitsdogmatik aber kaum dem Konsens zu entsprechen. Stattdessen wird überwiegend die freie kommunikative Entfaltung Einzelner als Schutzgut des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG benannt.⁶⁹ Für das Interesse der äußernden Person an kommunikativer Entfaltung scheint die prinzipielle Beweisbarkeit oder Wahrheit des Geäußerten jedoch zunächst einmal gleichgültig zu sein. Im Gegenteil müsste die Verbreitung unwahrer Informationen als besonders effektives Mittel kommunikativer Wirkungsentfaltung unter Umständen gar gesteigerten Schutz genießen. Auch diejenigen, die die Funktion der Meinungsfreiheit betonen, demokratisches Mit- und Zusammenwirken zu ermöglichen, bleiben eine einleuchtende Rekonstruktion der Tatsachen-Wertungsunterscheidung schuldig. Denn solange man nicht davon ausgehen will, dass demokratisches Handeln wahrheitsgerichtet, -fähig oder -verpflichtet ist, bleibt unklar, wie aus dieser Funktionsbestimmung ein Kriterium für die Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen zu gewinnen sein soll. Selbst

⁶⁷ S. etwa BVerfGE 90, 241 (Rn. 27).

⁶⁸ Auch das ist letztlich nicht zwingend, da auch das Beweisbarkeitskriterium normativ formbar ist und dadurch das Nicht-Herrschende ausgegrenzt werden könnte.

⁶⁹ S. etwa *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 7–9 m. w. N.; *Steinbach* (Fn. 2), S. 656–659.

wenn man keinen schlüssigen Konnex zwischen rechtspraktischem Abgrenzungskriterium und grundrechtlichem Schutzgut fordert, bleibt man Antworten schuldig. Denn es ist schleierhaft, weshalb die Meinungsfreiheit, verstanden als „Recht auf Teilhabe am öffentlichen Meinungsbildungsprozess“, eine Differenzierung zwischen wertenden und tatsächlichen Redebeiträgen implizieren sollte. Der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung setzt sich ganz offensichtlich aus beiden Elementen – Konstruktion einer Tatsachenbasis und Übereinkunft über gemeinsames Handeln – zusammen. Daher wäre es aus dieser Perspektive nur folgerichtig, beide Arten von Redebeiträgen – tatsächliche und wertende – gleichermaßen und mit gleicher Intensität in den grundrechtlichen Schutz einzubeziehen. Die herrschende Abgrenzung nach dem Beweisbarkeits- oder Wahrheitskriterium steht daher quer oder jedenfalls beziehungslos zu den gängigen Annahmen zum grundrechtlichen Schutzgut.

2. Rekonstruktionsansatz: Unterschiedliche Empfängerreaktionen

Wie also lässt sich die Unterscheidung stattdessen rechtfertigen? Meines Erachtens sucht an falscher Stelle, wer den Unterschied unmittelbar am Äußerungsinhalt festmachen möchte und daher dessen abstrakte Beweisbarkeit untersucht. Um der Berechtigung der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG getroffenen Unterscheidung näher zu kommen, sind stattdessen die geschützte Kommunikationssituation,⁷⁰ die dort ablaufenden sozialen Programme und die darin angelegten Gefahren ins Blickfeld zu rücken. Klassisch für eine solche pragmatische und situationsbezogene Herangehensweise ist Oliver Wendel Holmes vielzitiertes und -missbrauchtes⁷¹ Beispiel, wonach selbst der strikteste Schutz der Redefreiheit es nicht schützen könne, in einem vollen Theater laut „Feueralarm“ zu rufen. Denn ein solcher Ausruf zielt nicht darauf und ist auch nicht dazu geeignet, beim Publikum eigene Überlegungen dazu hervorzurufen, ob es denn tatsächlich brenne und wie man sich angesichts dessen zu verhalten habe. Stattdessen wird dadurch bei Rezipienten jede Deliberation abgeschnitten und unmittelbar ein bestimmtes Handlungsprogramm angesprochen. Aus demselben Grund genießt die Verfasserin einer Gebrauchsanleitung – etwa für einen Ofen – in einem etwaigen Haftungsfall keinen Schutz durch die Meinungsfreiheit, obwohl es sich ganz offensichtlich um einen kommunikativen Akt handelt, dessen Inhalt zudem normativ ist. Blickt man in ähnlicher Weise auf die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Meinungsäußerungen, zeigt sich, dass sie ebenfalls durch die grundverschiedenen Programme gerechtfertigt ist, nach denen Empfänger auf eine ihnen gemachte Mitteilung reagieren. Während sinnvolle Kommunikation über

⁷⁰ Im Ausgangspunkt ähnlich *Schmitt-Glaeser* (Fn. 57), S. 67, der fordert, die Meinungsfreiheit stets im Zusammenhang mit der Wirkung der Äußerung auf den Empfänger zu betrachten.

⁷¹ S. dazu *Trevor Timm*, It's Time to Stop Using the ‚Fire in a Crowded Theater‘ Quote, *The Atlantic* v. 2.11.2012, <https://www.theatlantic.com/national/archive/2012/11/its-time-to-stop-using-the-fire-in-a-crowded-theater-quote/264449/>.

Tatsachen in aller Regel voraussetzt, dass Empfänger prinzipiell bereit sind, den ihnen mitgeteilten Tatsachen glauben zu schenken, existiert ein solches kommunikatives Grundvertrauen in die Triftigkeit des Mitgeteilten bei Wertungen nicht.

Dieser Unterschied wird besonders dann deutlich, wenn wir die Zwecke ins Auge fassen, die die Empfängerseite in einer Kommunikationssituation verfolgt. Das Einholen und die Kenntnisnahme von Meinungen anderer dienen den Rezipienten regelmäßig zu den unterschiedlichsten Zwecken: als Anregung eigener Überlegungen, zur Vergewisserung und zum Austesten eigener Positionen, zur Einordnung des Gegenüber als Gegnerin oder Gesinnungsgenossin, zum Abschätzen der Erfolgsaussichten eigener Vorschläge, zur Erhebung und Erheiterung über den Blödsinn der anderen Meinung, zum intellektuellen Kräfteressen etc. Gemeinsam ist all diesen Situationen, dass man Meinungen nicht in erster Linie erfragt oder zur Kenntnis nimmt, um sich ihnen anzuschließen. Demgegenüber sind das Erfragen und die Kenntnisnahme von Nachrichten in aller Regel darauf gerichtet, das Erfragte oder zur Kenntnis Genommene dem weiteren Glauben und Handeln zugrunde zu legen. Wem ich ohnehin nichts glaube, den frage ich auch nichts.

Die mit einem Kommunikationsakt verbundenen Normen und Erwartungen machen Empfänger bei der Mitteilung von Tatsachen wesentlich schutzbedürftiger als bei einer Mitteilung von Wertungen. Bei letzteren erwarten wir, dass sich Empfänger selbst vor Fehlvorstellungen schützen, indem sie beispielsweise die Gründe für die ihnen gegenüber geäußerten Wertungen nachvollziehen und prüfen. Dies ist bei Tatsachen in aller Regel (es sei denn, es handelt sich um Umstände der eigenen Wahrnehmung) nicht möglich. Soweit es nach meinem sonstigen Wissen um die Welt prinzipiell möglich ist, dass eine mir mitgeteilte Tatsache der Fall ist, muss ich das Mitgeteilte schlichtweg unterstellen oder aber den Kommunikationsversuch insgesamt als vergeblich verwerfen. Anders als eine Wertung kann ich das So-Sein mir mitgeteilter Tatsachen selten „nach-vollziehen“.⁷² Eben deshalb ist es prinzipiell gerechtfertigt, die Mitteilung von Tatsachen anderen Anforderungen zu unterwerfen als die Mitteilung von Wertungen. Denn wir sind Tatsachenmitteilungen als Empfänger schutzlos ausgeliefert.

Wenn mir beispielsweise der flüchtige Bekannte A auf die Frage nach meinem guten Studienfreund B mitteilt, dass er diesen letzte Woche zum Abendessen getroffen habe, besteht in der Regel kein Anlass, dieser Aussage keinen Glauben zu schenken. Mein (vermeintliches) Wissen über die Welt wird fortan die Vorstellung enthalten, dass A den B letzte Woche zum Abendessen getroffen habe. In meinen Kontakten zu B würde ich in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte unterstellen, dass er letzte Woche A getroffen habe. Ich würde mich daher beispielsweise erkundigen, was er denn von A halte. Wenn

⁷² Arendt (Fn. 4), S. 354, spricht insoweit ähnlich von der „irritierende(n) Kontingenz, die allen Tatsachen anhaftet; da es sich immer auch anders hätte verhalten können, besitzen Tatsachen keinerlei zwingende Evidenz für den menschlichen Verstand“.

A mir stattdessen mitteilt, B habe sich letzte Woche beim Abendessen ihm gegenüber „schlecht benommen“, würde anderes von mir erwartet. Ich dürfte die Wertung nicht unhinterfragt als triftig unterstellen. Stattdessen wäre es üblich – zumindest bei Mitteilungen über einen guten Freund – zunächst näher nachzufragen, ehe ich die negative Wertung in mein handlungsleitendes⁷³ Vorstellungsbild übernehme. Beispielsweise könnte ich mich erkundigen, was B denn „Schlimmes getan“ habe. Wenn A dann antwortet, B habe ihn „scheel angeguckt“ oder er habe „Verständnis für Sozialschmarotzer“ gezeigt, habe ich Anlass, die Mitteilung nicht als triftig zu übernehmen. Jedenfalls aber wäre B mit allem Recht verwundert und dürfte sich gegebenenfalls beschweren, wenn ich mein nächstes Treffen mit ihm mit der vorwurfsvollen Frage eröffnete, weshalb er sich A gegenüber denn „so schlecht benommen“ habe.

Zusätzlich zum gesteigerten Ausgeliefertsein stellen Tatsachenmitteilungen einen anderen Verbindlichkeitsanspruch als Wertungen. Sie geben vor etwas mitzuteilen, was für alle, einschließlich der Zuhörerinnen, unabänderlich feststeht, relevant ist und dem sie sich nicht entziehen können. Zwar sind auch mitgeteilte Wertungen anderer Personen für die Rezipienten unabänderliche „Fakten“. Sie brauchen sich aber nicht darum zu kümmern, weil die derart mitgeteilten Sachverhalte zunächst ein Internum der sich Äußernden bleiben. Erst wenn diese auch nach ihren Wertungen handeln, wird daraus eine Angelegenheit, die andere berührt, wird daraus eine Tatsache, mit der sie umgehen müssen. Einer Tatsachenmitteilung kann man daher nach allgemeinen Diskursstandards auch nicht adäquat dadurch entgegenreten, dass man sagt, das sehe man eben anders. Ein achselzuckendes „agree to disagree“ ist im Diskurs über Tatsachen keine Option, wäre aber eine völlig normale Reaktion auf eine mitgeteilte Wertung.

3. Grund der Unterscheidung: Unterschiedliche Autonomieannahmen

In den unterschiedlichen Programmen, die Empfänger in Reaktion auf Äußerungen ablaufen lassen, um ihre Vorstellungswelt und ihr Verhalten danach einzurichten, spiegeln sich grundlegend verschiedene Autonomieerwartungen.⁷⁴ Indem wir bei mitgeteilten Wertungen von Empfängern erwarten, dass sie sich ein eigenes Bild von ihrer Triftigkeit machen, unterstellen wir ein hohes Maß an Selbständigkeit und Autonomie bei der Entscheidung über die Übernahme eines Mitteilungsinhalts. Dieses Maß an Umsicht und

⁷³ Zur Frage, inwieweit die Bildung von Überzeugungen ein sinnvoller Gegenstand von Normen (sogenannte *epistemic norms*) sein kann, möchte ich mich nicht verhalten. Jedenfalls greift Normativität, sobald wir unsere Vorstellungen über die Welt unserem Handeln zugrunde legen.

⁷⁴ Für eine Rekonstruktion der Garantie der Äußerungsfreiheit über die Autonomieansprüche der Äußerungsempfänger in der amerikanischen Diskussion s. *Thomas Scanlon, A Theory of Freedom of Expression*, Phil. & Publ. Aff. 1 (1972), S. 204 (insbes. 215 ff.).

Selbstbestimmung erwarten wir bei der Übernahme mitgeteilter Tatsachen in das eigene Vorstellungsbild nicht. Stattdessen würden wir uns wundern, wenn ich im ersten der oben geschilderten Fälle zunächst bei besagtem Restaurant anrufe, um mir von der Wirtin bestätigen zu lassen, dass A und B vergangene Woche tatsächlich zum Abendessen dort waren. Wer sich so verhielte, hätte bestimmte soziale Normen und Üblichkeiten nicht recht verinnerlicht. Während wir uns also Personen bei der Frage, welche Wertungen sie treffen oder übernehmen, grundsätzlich als eigenverantwortlich und autonom vorstellen, gilt dies nicht bei der Frage, ob wir mitgeteilte Tatsachen in die eigene Vorstellungswelt aufnehmen.

Besonders greifbar ist dieses Autonomiedefizit gerade bei solchen Tatsachenmitteilungen, die sich als wissenschaftlich fundiert ausgeben, zum Beispiel bei Mitteilungen über die molekulare Zusammensetzung eines uns vorliegenden Stoffes oder über statistische Häufigkeiten. Denn die meisten von uns haben schlicht nicht das methodische Instrumentarium und Wissen, um solche Aussagen nachvollziehen und prüfen zu können. Uns bleibt schlicht nichts anderes übrig als – wie Kinder – das Mitgeteilte zu glauben, etwa weil wir die Sprecherin für generell vertrauenswürdig und mit der Materie vertraut halten. Ausgerechnet diejenigen Aussagen, die nach naturwissenschaftlichen Paradigmen also am ehesten den Anspruch stellen können, wahrheits- und wissensfähig zu sein, verlangen daher Empfängern strukturell die größte Gutgläubigkeit ab. Das gilt jedenfalls im nicht-fachlichen öffentlichen Diskurs und in privaten Kommunikationssituationen.

Es ist eben diese unterschiedliche Situation der Empfänger, die die normativ mächtige Unterscheidung zwischen wertenden und tatsachenmitteilenden Äußerungen trägt: Weil Empfänger in der Lage sind,⁷⁵ sich wertend zur ihnen bekannten Welt zu verhalten, erwarten wir von ihnen, dass sie ihre Auffassungen in Freiheit und unbeeindruckt davon bilden, was ihnen gegenüber andere an Wertungen äußern. Weil wir diese Erwartung in Empfänger setzen, schreiben wir ihnen die alleinige Verantwortung für die Wertungen zu, die sie letztlich als eigene übernehmen. Weil Empfänger für Wertungen verantwortlich sind, die sie übernehmen, ist es im Grundsatz nicht gerechtfertigt, Sprecherinnen daran zu hindern oder dafür zu sanktionieren, dass sie unsinnige Wertungen äußern, verbreiten oder für sie eintreten. Denn ihre kommunikative Selbstentfaltung berührt und mindert im Fall einer Wertungsmitteilung nicht die allgemeine Autonomieunterstellung beziehungsweise den Autonomieanspruch auf Seiten der Empfänger. Für den faktischen Einfluss, den natürlich auch mitgeteilte Wertungen auf das Vorstellungsbild und das darauf gründende Handeln der Adressaten haben können, sind Äußernde – sozusagen kraft „eigenverantwortlichen Dazwischentretens“ der Empfänger – grundsätzlich⁷⁶ nicht haftbar zu machen.

⁷⁵ Oder jedenfalls als in der Lage seiend gedacht werden.

⁷⁶ Zu den Ausnahmen, die greifen, wenn die geistigen Wirkungen einer Meinungsäußerung in unmittelbarer Nähe zu dadurch veranlassten Verletzungshandlungen stehen, s. *Masing* (Fn. 55), S. 587–589.

Dies ist anders bei der Mitteilung von Tatsachen: Die Autonomieerwartung an Empfänger ist dort stark reduziert. Es wird allgemein von uns erwartet, dass wir mitgeteilte tatsächliche Umstände, zu denen Sprecherinnen plausibler Weise Zugang hatten, in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte in unser eigenes Vorstellungsbild übernehmen. Das ist zum einen die unausweichliche Folge gesellschaftlicher Arbeitsteilung, die die Herstellung und Weitergabe von Tatsachenwissen spezialisierten Diskursen überantwortet hat. Zum andern ist es eine praktische Notwendigkeit auch in den alltäglichsten Kommunikationssituationen, solange wir den Anspruch haben, Informationen von A an B transportieren zu können. Dagegen erwartet niemand, dass wir uns den Wertungen unserer Mitmenschen anschließen, selbst wenn wir sie für klug und besonnen halten. Wir sträuben uns hartnäckig – und meines Erachtens zurecht – gegen jede Art des Expertentums in Bezug auf „das Gute“. Das zeigt sich auch an professionalisierten Diskursen über diesen Gegenstand, etwa in der praktischen Philosophie, die in aller Regel moralische Intuitionen zu ihrem Ausgangs- und letzten Referenzpunkt macht. Letzte Instanz für die Beurteilung der Triftigkeit wertender Aussagen sind also immer alle und jeder. Diese Überzeugung steht am Ausgangspunkt jedes demokratischen Projekts. Dem entspricht die soziale und rechtliche Praxis, die uns in aller Regel für das, was wir für tatsächlich gegeben halten, weniger streng verantwortlich hält, als für irrige Wertungen.⁷⁷

Auch abgesehen von der grundverschiedenen Zweifelsregel besteht bei der Mitteilung von Tatsachen ein enger gefügtes sozial-normatives Programm dafür, ob Empfänger gehalten sind, sie in ihr eigenes Glaubenssystem zu übernehmen. In tatsächlicher Hinsicht erkennen wir Autorität kraft besseren Wissens und überlegener Recherche-Möglichkeiten an. Zum Beispiel werden die meisten eher dazu geneigt sein, einer Tatsachenmitteilung Glauben zu schenken, die in der Süddeutschen Zeitung oder der New York Times steht, als einer Mitteilung, die auf einem beliebigen Blog im Internet gemacht wird. Gleiches gilt für eine Aussage einer Klimaforscherin in einem Fachjournal im Vergleich zu Aussagen in einem in Heimarbeit erstellten Youtube-Kanal. Eben solche Normen und Gewohnheiten sollen erlernt und eingeübt werden, wenn von Schulfächern wie „Medienkompetenz“ die Rede ist. Eben solche Normen und Programme werden angegriffen und unterlaufen, je mehr die etablierten Medien in die Kritik geraten und durch dezentralere Informationskanäle ersetzt werden. Eben solche Normen gewährleisten aber auch ein Mindestmaß gemeinsamer Weltwahrnehmung, das Voraussetzung funktionsfähiger kollektiver Selbstbestimmung ist. Diese Gemeinsamkeit der Tatsachenwahrnehmung fußt nicht auf irgendwelchen kulturellen oder anderweitigen Homogenitätsansprüchen, sondern auf der elementaren Gleichheit des menschlichen Kognitionsapparats. Was wir in tatsächlicher Hinsicht

⁷⁷ Dies zeigt etwa die stark unterschiedliche Behandlung von Tatbestands- und Rechtsirrtümern im deutschen Strafrecht (s. §§ 16f. StGB); in ganz ähnlicher Weise würde mir das Nicht-Erscheinen zum Tanten-Geburtstag wesentlich übler genommen, wenn ich es damit begründete, „Wichtigeres zu tun“ als wenn ich mich nur im Termin geirrt hätte.

für gegeben halten und halten dürfen, erlernen wir von Kindesbeinen an in den verschiedensten Kontexten. Dabei ist auffällig, dass wir bei dem, was wir als gegeben lernen, gerade nicht dazu angehalten werden, nur das für wahr zu halten, was wir selbst verifizieren oder nachvollziehen können. Anders als bei Wertungen genügt zur Rechtfertigung tatsächlicher Aussagen, dass eben etwas „so“ und nicht anders „ist“. Man könnte also sagen: Tatsachen soll man schlucken, bei Wertungen soll man denken.

Infolge solcher Normen, insbesondere aufgrund der praktischen Notwendigkeit und der an uns gestellten kommunikativen Erwartung, mitgeteilte Tatsachen im Grundsatz als wahr zu unterstellen, kann die Entscheidung über die Übernahme von Tatsachenmitteilungen in die eigene Vorstellungswelt nicht als autonom in einem halbwegs anspruchsvollen Sinn des Wortes gelten. Weil also Empfänger beim Diskurs über Tatsachen nicht im selben Maß als frei gedacht werden und sich selbst nicht schützen können wie beim Diskurs über Werte, können in diesem Bereich andere regulierende Interventionen zulässig sein. Denn wir dürfen Empfänger davor schützen, dass die für die Übernahme von mitgeteilten Tatsachen in das eigene Vorstellungsbild greifenden normativen Programme und Erwartungen zu ihren Lasten manipuliert und missbraucht werden.

4. Theoretischer Vorzug: Kohärenz und Entdinglichung

Diese theoretische Rekonstruktion der Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung birgt den Vorteil, dass sie einen Konnex zwischen Schutzgut der Meinungsfreiheit, zugrunde liegenden Autonomieannahmen, sozialer Praxis und rechtspraktischer Handhabung der Unterscheidung herstellen kann. Darüber hinaus entgeht sie den theoretischen Einwänden, die auf grundsätzlicher Ebene gegen eine Unterscheidbarkeit von Tatsachenaussagen und Wertungen vorgebracht werden.

Schutzgut der Meinungsfreiheit bleibt nach dem hier Vertretenen die kommunikative Entfaltung Einzelner. Diese Entfaltung ist dahingehend zu präzisieren, dass sie nicht jeden Sprechakt schützt, sondern lediglich solche, in denen sich die Sprecherin zur Welt verhält, also Stellung bezieht. Soweit hinreichend klar markiert ist, dass es sich um eine Positionierung oder Schlussfolgerung des Äußernden handelt, sind Empfänger gehalten, die Äußerung selbst nachzuvollziehen und nur insoweit zu übernehmen, als sie zur selben Positionierung gelangen. Dass sie dies können und für ihre daraus folgenden Überzeugungen verantwortlich sind, unterstellt das Grundrecht der Meinungsfreiheit. Dagegen unterstellen die Ausdrucksfreiheiten nicht, dass wir in derselben selbstbestimmten Weise zu unseren tatsächlichen Überzeugungen über die Welt gelangen. Stattdessen ist bei solchen Äußerungen davon auszugehen, dass Empfänger mit den ihnen präsentierten Informationen nach erlernten festen Mustern umgehen, etwa indem sie darauf abstellen, wer sich äußert, welche Expertise und Äußerungsgrundlage die Sprecherin

besitzt und in welchem Kontext die Äußerung fällt. Je nachdem wie diese Muster verfasst sind, werden Empfänger den Äußerungsinhalt mehr oder weniger automatisch verwerfen oder aber in ihr eigenes Überzeugungs-System übernehmen. Ein Akt kommunikativer Entfaltung, durch den eine Sprecherin einem Empfänger mitteilt oder mitzuteilen vorgibt, was in der Welt der Fall ist, ist daher vom Grundrecht der Meinungsfreiheit zunächst nicht (oder nur akzessorisch)⁷⁸ geschützt.

Die in der Rechtspraxis zentrale Unterscheidung zwischen Meinungen und Tatsachenmitteilungen ist bei dieser Rekonstruktion nicht mehr unmittelbar einem vermeintlich seismäßigen Unterschied zwischen dem Gegenstand beziehungsweise der Referenz der Äußerung – Wert oder Tatsache –⁷⁹ geschuldet. Sie ist lediglich Konsequenz der unterschiedlichen sozialen Reaktionsprogramme und Autonomieunterstellungen beim Umgang mit bestimmten Arten der Äußerung. Damit lässt sich aus der vorgeschlagenen Rekonstruktion ein Kriterium für die Abgrenzung zwischen beiden Mitteilungsarten gewinnen,⁸⁰ das nicht – wie nach der bisherigen Praxis und Theorie – beziehungslos neben den mit der Meinungsfreiheit verbundenen theoretisch-dogmatischen Grundannahmen steht, sondern eng mit ihnen verknüpft ist. Zugleich immunisiert sich die Rekonstruktion gegen theoretische Einwände, die gegen eine Unterscheidbarkeit von Tatsachen und Werten vorgebracht werden. Denn sie braucht keinen essentiellen Unterschied zwischen den mit beiden Arten von Äußerungen jeweils in Bezug genommenen Gegenständen (Tatsache/Wert) nachzuweisen. Stattdessen genügt es für die Aufrechterhaltung der Unterscheidung, dass man unterschiedliche soziale Reaktions- und Prüfprogramme aufzeigen kann.

5. Theoretische Vorbehalte und Vorannahmen

Die Plausibilität dieser theoretischen Rekonstruktion hängt damit auch davon ab, ob sich die unterschiedlichen sozial-normativen „Reaktionsprogramme“ tatsächlich erhärten lassen. Das ist eine Frage, die sich für eine empirische Untersuchung anbieten könnte. Als normative Rekonstruktion der Unterscheidung ist die hier präsentierte Theorie nicht unmittelbar davon abhängig, dass die unterschiedlichen „sozialen Programme“ tatsächlich das Handeln sozialer Akteure, insbesondere der Zuhörenden, bestimmen. Normative Unterscheidungen hängen jedoch in der Luft und sind besonders begründungsbedürftig, wenn sie vom tatsächlichen Verhalten der Handelnden völlig losgelöst bleiben und ihnen in der durch diese Unterscheidung recht-

⁷⁸ Zu dieser grundrechtsdogmatischen Frage und ihren Folgen s. unten IV.1.

⁷⁹ Gegenbegriff zur Tatsache ist genau genommen wohl der Wert, nicht die *Wertung*. Wertung ist ein Vorgang, das Vollziehen oder zum Ausdruckbringen eines Werts; soweit man eine Wertung dadurch vornimmt, dass man sie aussagt, handelt es sich bei ihr um den Gegenbegriff zur Tatsachenmitteilung/Nachricht. Aus Gründen terminologischer Üblichkeit und Kürze ist hier aber auch von Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung die Rede.

⁸⁰ S. dazu unten IV.3.

lich zu strukturierenden Wirklichkeit nichts entspricht. Es wäre also ein erhebliches Argument gegen die hier vorgeschlagene Rekonstruktion der Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung, wenn ihre tatsächlichen Vorannahmen haltlos wären.

Gleichzeitig kann es nicht darum gehen, die unterschiedlichen sozial-normativen Programme, nach denen wir auf Tatsachenmitteilungen oder Wertungsaussagen reagieren und deren Inhalt in unser Glaubenssystem übernehmen oder verwerfen, im Einzelnen empirisch zu erfassen oder zu erhärten. Eine solche feingliedrige Aufschlüsselung der sozialnormativen Wirkmechanismen und -programme scheint mit dem aktuell verfügbaren Instrumentarium empirischer Sozialforschung kaum zu bewältigen. Sie wäre angesichts der höchst unterschiedlichen Kontexte, in denen Mitteilungen stehen können und rezipiert werden und angesichts des Umstands, dass die Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung – jedenfalls im praktischen Umgang mit Mitteilungsinhalten – oftmals unscharf verlaufen und auf einem Kontinuum liegen dürfte, wohl gar nicht wünschenswert. Stattdessen ginge es einer empirischen Unterfütterung nur darum, die Unterscheidung als solche in ihren groben Zügen zu plausibilisieren.

IV. Dogmatische Einordnung, praktische Folgerungen und Präzisierungen

1. Grundrechtlicher Schutz schlichter Tatsachenmitteilungen

Die Frage, ob die Mitteilung von Tatsachen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt, ist so alt wie der Meinungsfreiheitsartikel der Weimarer Reichsverfassung.⁸¹ Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat hierzu zunächst (verneinend) Stellung genommen,⁸² mit den Folgen dieser Festlegung aber seitdem kaum ernst gemacht. Wenn überhaupt, hat das Gericht erwiesen unwahre Tatsachenäußerungen aus dem Schutz des Grundrechts ausgenommen, da solche Tatsachenmitteilungen zur Meinungsbildung nichts beitragen könnten.⁸³ Das überzeugt unter systematischen Gesichtspunkt allerdings wenig. Denn es liegt auf der Hand, dass auch unwahre Tatsacheninformationen das Meinungsbild beeinflussen, nur eben in eine die Wirklichkeit und damit den Bezugspunkt unserer Handlungsintentionen verfehlende Richtung.⁸⁴ Es handelt sich also bei diesem Dogma um eine theo-

⁸¹ S. etwa *Rothenbücher* (Fn. 58), S. 15–17.

⁸² BVerfGE 7, 198 (Rn. 36: „ja der Schutz des Grundrechts bezieht sich in erster Linie auf die im Werturteil zum Ausdruck kommende eigene Stellungnahme des Redenden“).

⁸³ S. etwa BVerfGE 90, 241 (Rn. 27 f.) u. jüngst wieder BVerfG, 22. 6. 2018, 1 BvR 673/18, Rn. 20 m. w. N.; ebenso *Hesse* (Fn. 61), Rn. 391, nach dem die Einbringung bewusst und erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen eine bloße „Pseudooperation der Meinungsbildung“ darstellt.

⁸⁴ Ebenso kritisch *Steinbach* (Fn. 2), S. 657 ff.; *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 36, *Grabenwarter* (Fn. 61), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 51; vermittelnd und einleuchtend für eine Aus-

retisch schwer begründbare Setzung hinsichtlich des Werts unwahrer Tatsacheninformationen, die – umso mehr auf Schutzbereichsebene – überraschend und inkonsistent wirkt.

In normativer Hinsicht ist diese Setzung freilich gut nachvollziehbar. Politik und demokratische Selbstbestimmung geschehen – wenngleich sie nicht in erster Linie in den Kategorien der Wahrheit oder Unwahrheit agieren – nicht in einem tatsächlichen Vakuum, sondern stets auf einer bestimmten Tatsachenbasis. Eben dies macht die Einbeziehung bewusst unwahrer Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit so problematisch. Denn sie liefe auf ein *prima-facie*-Recht hinaus, die Tatsachenbasis kollektiven Handelns zur Erreichung bestimmter Absichten und Mehrheiten im politischen Diskurs nach Belieben zu manipulieren. Die Formulierung einer solchen spezialgrundrechtlich geschützten Freiheit erscheint, auch wenn Einschränkungsmöglichkeiten bestünden, dogmatisch nicht sinnvoll.

Anstelle einer punktuellen Ausgrenzung des Unwahren⁸⁵ erscheint es folgerichtig, das Grundrecht beim Wort zu nehmen. Geschützt ist von vornherein nur das eigene Sich-Verhalten zur Welt. Geschützt ist also alles, was als eigene Schlussfolgerung oder Positionierung daherkommt und nicht – auch nicht akzessorisch – schlichte Mitteilungen über den Zustand der Welt. Geschützt ist das „Ich meine, dass“ und nicht das „X ist der Fall“. Geschützt ist also nicht ein Aussagegegenstand („Tatsache“), sondern eine bestimmte Weise, andere Personen anzusprechen: Geschützt ist die Ansprache anderer als Personen, die zu eigenen Schlussfolgerungen, Wertungen und zum Herstellen von Zusammenhängen imstande und berufen sind. Eine Meinung ist etwas, das man zur Diskussion stellt und zu dem sich andere verhalten können und sollen. Geschützt ist dagegen von vornherein nicht, anderen die tatsächlichen Grundlagen ihrer Handlungen und Überzeugungen zu liefern, egal, ob sie zutreffen oder nicht.

Als Meinungsäußerung geschützt ist insbesondere nicht alles menschliche Handeln und Denken, das irgendeine Tendenz aufweist und zum Ausdruck bringt.⁸⁶ Der Umstand, dass unsere Wahrnehmung der Welt und das Handeln in ihr unaufhebbar subjektiv eingefärbt und geprägt sind, ist menschliche Grundbedingung und daher grundrechtsdogmatisch nicht weiterführend. Die vermeintlich in jeder Aussage steckende Positionierung dahingehend, dass das Gesagte „relevant“ sei oder „für zutreffend gehalten“ werde, kann daher nicht genügen, um eine Äußerung als Meinung zu qualifizieren.⁸⁷ Das

grenzung bewusst unwahrer Tatsachenbehauptungen *Torsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, Rn. 655.

⁸⁵ Insofern ähnlich *Steinbach* (Fn. 2), S. 656–659, gegen eine Ausgrenzung „postfaktischen Kommunikationsverhaltens“. Nur gibt es eben noch einen anderen Weg, dieses Ergebnis zu erreichen, nämlich die Herausnahme sowohl der Fakten als auch der Post-Fakten aus dem spezialgrundrechtlichen Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

⁸⁶ Der sogenannte „Tendenzschutz“ (s. dazu BVerfGE 52, 283) ist ein Privileg der besonders durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Medien, nicht eine allgemeine Bestimmung des verfassungsrechtlichen Meinungsbegriffs.

⁸⁷ Ebenso für nicht ausreichend hält dies *Rothenbücher* (Fn. 58), S. 15.

liegt schon daran, dass diese Behauptung ganz offensichtlich nicht stimmt: Ich kann etwas sagen, was ich für vollkommen irrelevant oder falsch halte, etwa weil es mir eine Räuberin mit vorgehaltener Pistole befiehlt oder weil man mir dafür ein Schokoladeneis versprochen hat. Trotzdem würden wir – soweit wir die Umstände kennen – in ein solches Sprechen keine Positionierung hineingeheimnissen.⁸⁸ Viel wichtiger ist aber, dass das Tendenz-Haben nichts ist, womit sich andere irgendwie auseinandersetzen könnten. Die zum Ausdruck gebrachte bloß globale Tendenz und Einfärbung – wie sie etwa auch in den Algorithmen enthalten sind, nach denen Äußerungen in sozialen Netzwerken oder über andere Intermediäre automatisiert vervielfältigt und verteilt werden – ist zu amorph, als dass Rezipienten daran anknüpfen könnten. Dieser Feststellung geht es nicht darum, nur sinnvolle oder besonders gut artikulierte Äußerungen unter den Begriff der Meinung zu fassen. Sie soll nur deutlich machen, dass wir gewöhnlich von einer „Meinung“ nur sprechen, wenn der Inhalt einer Äußerung zumindest notdürftig artikuliert und fassbar ist. Ein Säugling, der seinem Vater laut hörbar zulacht, wenn er ihn wiedererkennt, bringt dadurch wohl seine Sympathie und damit etwas höchst Subjektives zum Ausdruck. Eine Meinung äußert er nicht. Diesen Unterschied zwischen „Meinen“ und „Tendenz-Haben“ sollte man auch gegenüber „postfaktischen Kommunikationsformaten“ aufrechterhalten, die zur „Amalgamation von Tatsachen und Werturteilen“⁸⁹ neigen.

Diese kategorische Härte bei der Handhabung der Garantie der Meinungsfreiheit ist nicht nur begrifflich angelegt, sondern zugleich der Schlüssel zu einer sinnvollen Abgrenzung der einzelnen in Art. 5 Abs. 1 GG enthaltenen Gewährleistungen. Anders als die Meinungsfreiheit schützt die Informationsfreiheit – auf Empfängerseite – gerade auch den Zugang zu schlichten Tatsacheninformationen. Nur ist eben nicht die spiegelbildliche Freiheit eines jeden spezialgrundrechtlich geschützt, diese reinen Tatsacheninformationen auch zu äußern und zu verbreiten.⁹⁰ Diese Freiheit, auch schlichte Tatsacheninformationen zu äußern und zu verbreiten, ist spezialgrundrechtlich nur für besondere Medien, nämlich Rundfunk, Film, Presse und alles, was jetzt oder in Zukunft darunter zu fassen ist, garantiert. Die Entscheidung, die spezialgrundrechtliche Garantie der Weitergabe schlichter Tatsacheninformationen auf institutionell voraussetzungsvollere Formate zu verengen, baut – nach hier vertretener Interpretation – gerade auf die in der Institutionalisierung liegende Gewährfunktion. Systematische Desinformation ist schwerer zu bewerkstelligen, zu verheimlichen und bleibt seltener unwidersprochen, wenn sie regelmäßig über ein von vielen frequentiertes Nachrichtenmedium abläuft. Darüber hinaus ist für Nutzerinnen von Angeboten institutioneller

⁸⁸ Jedenfalls keine Positionierung zum Aussageinhalt; freilich eine Positionierung zum Schokoeis und zum Wert des eigenen Lebens.

⁸⁹ *Steinbach* (Fn. 2), S. 661.

⁹⁰ Gerade umgekehrt für eine möglichst weitgehende Spiegelbildlichkeit der Gewährleistungen der Informations- und Meinungsfreiheit offenbar *Schmitt-Glaeser* (Fn. 57), S. 63 ff.

Akteure die globale Tendenz leichter erkennbar, weshalb sie bei der Verarbeitung der dort verbreiteten Informationen besser einkalkuliert werden kann. Gleichzeitig schafft die Kanalisierung der Weitergabe von Tatsacheninformationen auf institutionelle Akteure und Formate zwangsläufig einen von größeren Personenzahlen geteilten gemeinsamen Wirklichkeitsraum, der Voraussetzung kollektiver Dispositionen ist. Die Privilegierung der besonderen Medien (Presse, Rundfunk, Film) hinsichtlich der Weitergabe schlichter Tatsacheninformationen ist also normativ nicht aus der Luft gegriffen, sondern kann gerade als Teil der im Grundgesetz angelegten Schutzkonzeption verstanden werden. Ein solcher echter inhaltlicher Unterschied der Meinungsfreiheit zu den besonderen Medienfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG macht außerdem fassbar, worin der individual-freiheitliche Mehrwert der letzteren liegt. Über die Gründung, Betätigung oder Zuhilfenahme solcher Medien können wir etwas tun, was jenseits dessen nicht spezialgrundrechtlich geschützt wäre. Der Mehrwert der Medienfreiheiten gegenüber der Meinungsfreiheit läge dann nicht in ihrem institutionellen Gehalt, verstanden als Garantie einer „freiheitlichen Kommunikationsverfassung“ oder einer „freien öffentlichen Meinungsbildung“.⁹¹ Er läge stattdessen im fassbaren Mehr an spezialgrundrechtlich geschützter Freiheit der Einzelnen. Damit fügt sich die hier vertretene Auffassung einfacher in das – im Großen und Ganzen – wohl als liberal zu bezeichnende Grundrechtsmodell des Grundgesetzes beziehungsweise seiner Anwendungspraxis.⁹² Dieser Ansatz macht fassbar, dass auch die Medienfreiheiten in erster Linie Freiheitsrechte sind, nicht institutionelle Richtungsentscheidungen. Seine Chance liegt also darin, einen spezifischen individualfreiheitlichen Garantiegehalt der besonderen Medienfreiheiten zu gewinnen. Eine solche klarere Abgrenzung der Meinungsfreiheit von den Medienfreiheiten⁹³ könnte auch helfen, die nicht immer nachvollziehbar zwischen diesen verschiedenen Garantien changierende Praxis des Bundesverfassungsgerichts⁹⁴ präziser zu erfassen und erklären.

Eine Ausgrenzung schlichter Tatsacheninformationen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit beugt auch zahllosen Grundrechts-„Kollisionen“ oder aber asymmetrischen Konfliktlagen vor, die in einer Informationsgesell-

⁹¹ Kritisch zu institutionellen Lesarten des Art. 5 Abs. 1 GG *Schmitt-Glaeser* (Fn. 57), u. a. S. 66 f. (für die Informationsfreiheit); *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 19 ff.

⁹² Darüber lässt sich freilich streiten, s. nur die überrückende Darstellung bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529.

⁹³ Eine gewisse Verselbständigung der Pressefreiheit gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit ist z. B. auch im US-Verfassungsrecht zu beobachten, s. etwa die Betonung der besonderen Rolle der Presse als „important restraint on government“ *Minneapolis Star v. Minnesota Com.*, 460 US 575 (1983), S. 583–585; zur Kontrollfunktion als eigener Funktion der Äußerungsfreiheiten s. grundlegend *Vincent Blasi*, *The Checking Value in First Amendment Theory*, Am. Bar Found. Res. J. 2 (1977), S. 521; zur Kontrollfunktion in der deutschen Praxis s. nur BVerfGE 20, 162 (Rn. 35–38).

⁹⁴ *Schmitt-Glaeser* (Fn. 57), S. 72–75.

schaft ansonsten entstünden. Nähme man es mit dem Schutz von reinen Tatsacheninformationen durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ernst, implizierte jede Weitergabe von Informationen über eine konkrete Person einen im Wege praktischer Konkordanz zu moderierenden Grundrechtskonflikt zwischen einerseits Meinungsfreiheit und andererseits informationeller Selbstbestimmung beziehungsweise den äußerungsrechtlichen Schutzdimensionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁹⁵ Denn jede Weitergabe personenbezogener Informationen wäre zugleich ein Akt spezialgrundrechtlich geschützter Meinungsäußerung. Zwar könnte man – insbesondere bei falschen Informationen – das Meinungsfreiheitsinteresse auf Ebene der Rechtfertigung im Wege praktischer Konkordanz wieder „weg-wägen“.⁹⁶ Betrachtet man es als Aufgabe von Grundrechtsdogmatik, Konkretes zu liefern als ein Raster für allfällige Interessenabwägung⁹⁷ oder einzelne Abwägungsleitlinien, ist das aber kein wünschenswerter Zustand.⁹⁸ Insbesondere die jüngeren Entwicklungen in der US-amerikanischen Free-Speech-Dogmatik zeigen, dass in Abwesenheit einer konzisen Schutzgutbestimmung nahezu grenzenlos Free-Speech-Probleme konstruiert werden können.⁹⁹ Zudem käme es bei einer Einbeziehung schlichter Tatsachenmitteilungen unter Umständen zu einer grundlegenden grundrechtlichen Unwucht: Während die äußerungsrechtliche Schutzdimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur punktuell und fallgruppenspezifisch wirkt,¹⁰⁰ stünde auf der anderen Seite in jedem Fall schlichter Informationsweitergabe das ganze Gewicht der Meinungsfreiheit.

Damit verbunden wäre auch eine verfassungsrechtliche Abrüstung und Entlastung äußerungsrechtlicher Normen und Dogmatiken und entsprechend eine institutionelle Verschiebung vom Verfassungsgericht hin zu Gesetzgebung und Fachgerichten. Zwar gewönne mit dem hier vertretenen Ansatz die fachgerichtliche Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Meinungen eine größere grundrechtliche Relevanz und Schärfe. Im Gegenzug entstünde aber ein erheblicher Bereich äußerungsrechtlicher Streitigkeiten, der weder auf der einen Seite (durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht)

⁹⁵ Vgl. BVerfG, 6. 11. 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 83 ff.

⁹⁶ So etwa *Steinbach* (Fn. 2), S. 659.

⁹⁷ S. etwa die Kritik an der Prinzipientheorie der Grundrechte als dogmatisches Modell bei *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 81 f.

⁹⁸ Ausführlich für eine gründliche als Schutzbereichsbestimmung etwa *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009.

⁹⁹ S. zu den dortigen Problemen die erhellende Analyse bei *Amanda Shanor*, The New Lochner, Wis. L. Rev. 2016, S. 133; für ein Beispiel der durch eine extensive Handhabung der Äußerungsfreiheit drohenden Konflikte mit basalen Regulierungsinteressen s. etwa USA Today v. 30. 6. 2014, San Francisco parking app refuses shutdown order, <https://eu.usatoday.com/story/tech/2014/06/30/parking-app-refuses-shut-down/11755845/>; für einen vermeintlichen Konflikt mit dem Antidiskriminierungsrecht s. *Masterpiece Cakeshop v. Col. Civil Rights Com.*, 584 US __ (2018).

¹⁰⁰ Das ist Folge der genaueren Abgrenzung zwischen informationeller Selbstbestimmung und äußerungsrechtlichen Schutzdimensionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, s. BVerfG, 6. 11. 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 83 ff.

noch auf der anderen (durch die Meinungsfreiheit) grundrechtlich unterfüttert wäre. Die Flut von Fällen, in denen enttäuschte Geschäftspartner, ehemalige Arbeitgeber und -nehmer oder streitlustige Nachbarn untereinander ausfechten, ob etwas „der Fall“ war und damit hätte gesagt werden dürfen oder ob es nicht „der Fall“ war und daher auch nicht oder nicht so hätte gesagt werden dürfen, würde dadurch nicht zwingend kleiner, ließe aber immerhin die verfassungsgerichtliche Instanz aus. Derart verfassungsrechtlich abgerüstet wäre auch zu hoffen, dass das Pathos und die Beharrlichkeit solcher Streitigkeiten abnähmen und die Gerichte von ihrer Rolle als Tatsachenschiedsrichter etwas entlastet würden.

Schließlich ist bei der Entscheidung über die Zuordnung eines Verhaltens in einen spezialgrundrechtlichen Schutzbereich in Rechnung zu stellen, dass unter dem Grundgesetz alles menschliche Verhalten bereits den allgemeinen Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießt. Totalitäre Szenarien, in denen mündigen Bürgerinnen ohne rechtfertigenden Grund oder dazu ermächtigendes Gesetz der Mund verboten werden soll, werden zwar unerschwerlich in vielen Erörterungen der Meinungsfreiheit mitgeführt. Sie sind jedoch bereits durch die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit folgende allgemeine Rechtfertigungspflicht des Staates ausgeschlossen. Um es auf den Punkt zu bringen: Das gern bemühte „Wahrheitsministerium“ ist – unter dem Grundgesetz – schon durch Art. 2 Abs. 1 GG abgewehrt. Eben dort gehört das Problem auch inhaltlich hin. Denn der Totalitarismus stößt sich nicht im Besonderen an freier Rede, sondern an Freiheit schlechthin. Der Umstand, dass totalitäre Szenarien für die amerikanische Diskussion – mangels Existenz eines Auffanggrundrechts – valide Argumente für eine Einbeziehung bloßer Tatsacheninformationen abgeben mögen, besitzt daher für die deutsche Diskussion keine gesteigerte Relevanz.

Die vielleicht gravierendsten Reibungen des hier vorgestellten Ansatzes dürften zu Meinungsfreiheitskonzeptionen bestehen, die deren demokratisch-integrative Funktion für Einzelne betonen.¹⁰¹ Diesen Ansätzen geht es nicht um den Mehrwert freier und ungehinderter Meinungsäußerung für das daraus resultierende öffentliche Meinungsbild. Stattdessen fokussieren sie darauf, dass die Meinungsfreiheit die gemeinsame Hervorbringung der öffentlichen Meinung und damit die Möglichkeit realer Mitarbeit und eine Miturheberschaft an kollektiven Entscheidungen absichert.¹⁰² Diesen Ansätzen könnte man die Forderung entnehmen, dass die spezialgrundrechtliche Gewährleistung der Möglichkeit, am gemeinsamen Entscheiden und Handeln mitzuwirken und mitzuarbeiten, sich auch auf die Einbringung schlichter Tatsacheninformationen in den öffentlichen Aushandlungsprozess erstrecken müsse. In diesem Fall bestünde eine Spannung zur hier vertretenen The-

¹⁰¹ Für Deutschland s. bereits in diese Richtung *Rudolf Smend*, Das Recht der Meinungsfreiheit – Mitbericht, VVDStRL 4 (1928), S. 44 (insbes. 46 u. 49f.); für die amerikanische Diskussion s. etwa *Post* (Fn. 56).

¹⁰² Für eine Herausarbeitung des Unterschieds anhand eines Gedankenexperiments s. *Robert Post*, Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence, Mich. L. Rev. 95 (1996–1997), S. 1517 (1523f.).

se, die den spezialgrundrechtlichen Schutz der Einbringung von schlichten Tatsacheninformationen auf bestimmte Medien verengt. Ein solcher Widerspruch dürfte jedoch nicht allzu scharf ausfallen. Zum einen ist die Aggregation schlichter Tatsacheninformationen in modernen Demokratien ohnehin weitgehend an hoch professionalisierte und spezialisierte Diskurse überantwortet. Eine Bürgerin, die es unternähme, „ihre“ Abgeordnete oder das Publikum in sozialen Netzwerken darüber zu „informieren“, welche naturwissenschaftlichen Zusammenhänge zwischen Impfungen und bestimmten Krankheitsbildern bei Kleinkindern bestehen, hätte unsere soziale Praxis, in der wir unser Wissen über die Welt konstruieren, missverstanden und stieße kaum auf Gehör. Jedenfalls aber ist das Einbringen schlichter Tatsacheninformationen – wenn überhaupt – nur ein eher marginales Mittel, um an demokratischen Entscheidungsprozessen mitzuwirken und sie sich damit zu Eigen zu machen. Entscheidend für demokratische Teilhabe dürfte vielmehr sein, dass wir unserer Stimme, unserer Positionierung zu demokratischen Entscheidungen und deren tatsächlichen Grundlagen Gehör verschaffen dürfen und können. Letzteres wäre aber auch in der hier vertretenen Lesart unter den Begriff der Meinungsäußerung zu fassen. Denn solange wir deutlich machen, dass wir anderen nicht nur einen Zustand der Welt mitteilen, sondern eigene Positionen oder Schlussfolgerungen dazu präsentieren, sind wir durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG selbstverständlich geschützt. Es geht der Ausgrenzung schlichter Tatsacheninformationen aus dem Schutzbereich also nicht darum, einen Diskurs über Tatsachen abzuschneiden oder abweichende Auffassungen von Tatsachen auszugrenzen. Auch Nikolaus Kopernikus und Galileo Galilei wären mit ihren Traktaten zu den Bewegungen der Himmelskörper nach der hier entwickelten Auffassung durch die Meinungsfreiheit geschützt gewesen. Allein die Freiheit, Dinge als schlichte, von Empfängern als gegeben hinzunehmende Tatsachen zu präsentieren, ist nicht durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet. Die Differenzierung von Tatsachen und Meinungen blickt also in letzter Konsequenz nicht darauf, was wir aussagen, sondern darauf, wie wir es aussagen. Meinung ist bei dieser Sicht jeder Inhalt, der zur Diskussion gestellt wird.

2. Schutz der Tatsachenrichtigkeit und Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes

Die Ausgrenzung schlichter Tatsacheninformationen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit schafft zugleich Raum für die oben angeregten gesetzlichen Instrumente zum kontextspezifischen Schutz der Tatsachenrichtigkeit kollektiver Entscheidungsgrundlagen. Solche gesetzlichen Regelungen dürften zwar das in der Wunsiedel-Entscheidung konturierte Minimum der Standpunktneutralität¹⁰³ erfüllen. Den ebenfalls aus dem Allgemeingebot entwickelten Anforderungen an die Nähe abzuwendender Rechtsgefährdungen beziehungsweise der Forderung, sich nicht abstrakt gegen

¹⁰³ S. BVerfGE 124, 300 (Rn. 57–60).

die geistigen Wirkungen einer Äußerung zu richten,¹⁰⁴ dürften solche Gesetze jedoch nicht genügen. Zwar wären die angedachten Regelungen darauf gerichtet, die Richtigkeit von Tatsachen in ihrer Funktion als Entscheidungsgrundlagen gegen Beeinträchtigungen durch gezielte Desinformation zu schützen. Sie dienten also einem legitimen staatlichen Interesse, nämlich der Gewährleistung brauchbarer Entscheidungsgrundlagen. Dieser Schutz wäre jedoch zwingend ein Vorfeldschutz, der – um zu funktionieren – unabhängig von konkret feststellbaren Auswirkungen auf kollektive Dispositionen greifen müsste. In strafrechtlicher Terminologie handelte es sich bei den hier angedachten Regelungen also um „abstrakte Gefährdungstatbestände“. Eben solche bloß abstrakten Gefahren durch „gefährliche Meinungen“ sollen aber nach der Wunsiedel-Entscheidung gerade nicht genügen, um Eingriffe in die Meinungsfreiheit zu rechtfertigen. Soweit man mit dieser Bewertung übereinstimmt, wären die hier angedachten rechtlichen Instrumente des Richtigkeitschutzes daher kaum einer Rechtfertigung zugänglich,¹⁰⁵ wenn man die Weitergabe von schlichten Tatsacheninformationen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einbezüge. Auch diese – zu begrüßende – Strenge des Bundesverfassungsgerichts auf Ebene des Schrankenvorbehalts ist ein Grund, mit der Einbeziehung schlichter Tatsacheninformationen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit vorsichtig zu sein. Jedenfalls aber spricht die strenge Handhabung der Grundrechtsschranke dafür, zumindest erwiesen unwahre Tatsachenmitteilungen aus dem Schutz des Grundrechts auszunehmen. Dies gilt auch, wenn es nach dem oben Gesagten einen theoretischen Bruch bedeuten mag.

Diese strenge Lesart des Schrankenvorbehalts impliziert zugleich, dass durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG besonders geschützte Medien von etwaigen Regelungen zur Sicherstellung der Tatsachenrichtigkeit ausgenommen werden müssten. Eine solche rechtliche Besserstellung der besonderen Medien ist gut zu begründen. Zum einen ist sie bereits in den nach ihrem Wortlaut verschiedenen Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG angelegt und kommt greifbar etwa in der Figur des datenschutzrechtlichen Medienprivilegs¹⁰⁶ zum Ausdruck. Zum andern hat die Besserstellung strukturelle Gründe: Eine Einhegung der Presse und sonstiger Medien wird bereits in vielfältiger Hinsicht durch die Pressegesetze und Landesmediengesetze geleistet. Darüber hinaus beste-

¹⁰⁴ S. BVerfGE 124, 300 (Rn. 72–75) s. jüngst auch BVerfG, 7. 7. 2020, 1 BvR 479/20, Rn. 13–15 u. 18.

¹⁰⁵ Die Entscheidung wurde überwiegend so verstanden, als mache sie mit der Sonderrechtslehre in ihrer strengeren Weimarer Variante (s. dazu *Kurt Häntzschel*, Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranke der allgemeinen Gesetze des Artikels 118 der Reichsverfassung, AöR 49 (1926), S. 228 [232–234]) ernst; in diesem Sinn etwa *Jestaedt* (Fn. 23), Rn. 62 f.; ebenfalls ein strenges Verständnis der herrschenden Schrankendogmatik voraussetzend z. B. *Berit Völmann*, Freiheit durch Einschränkung, AöR 143 (2018), S. 251 (268 f.).

¹⁰⁶ Früher § 41 BDSG; nunmehr besteht nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO die Pflicht aller Mitgliedstaaten, journalistische Tätigkeiten von weiten Teilen der DSGVO auszunehmen.

hen verschiedene Instrumente der Selbstkontrolle,¹⁰⁷ die bei institutionellen Akteuren naturgemäß effektiver wirken als bei dezentral agierenden Einzelpersonen. Denn es ist für institutionelle Akteure wesentlich schwieriger, mit ihren Handlungen unter dem öffentlichen Radar zu bleiben.¹⁰⁸ Zudem sind sie in wirtschaftlicher Hinsicht auf ihr öffentliches Ansehen angewiesen.¹⁰⁹ Rein soziale, nicht-rechtliche Mechanismen zur Gewähr der Tatsachenrichtigkeit sind daher bei den klassischen Medien ausreichend. Damit schwindet zugleich der nie ganz aufzuhebende autoritäre Zug von Instrumenten des rechtlichen Richtigkeitsschutzes. Die freien Medien als notorisches Ziel autoritärer Politiken¹¹⁰ und ihr Potential, abweichenden Auffassungen Raum zu geben und herrschende Strukturen einschließlich Versionen dessen, was der Fall ist, anzufechten, könnten so nicht unter Berufung auf die Tatsachenrichtigkeit zur Zielscheibe gemacht werden. Das begrenzt zwar die mögliche Reichweite und Wirksamkeit solcher Instrumente, entspricht aber dem Gebot einer robusten Medienfreiheit und im Übrigen der Regelungstechnik des NetzDG, das durch § 1 Abs. 1 S. 2 ebenfalls Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten und verantworteten Angeboten von seinem Geltungsbereich ausnimmt. Zumindest die wegen des Wegfalls regulierender Gatekeeper besonders problematische dezentrale Streuung von kollektivrelevanten *Fake News* über nicht institutionelle Akteure ließe sich besser in den Griff bekommen.

3. Praktische Handhabung der Unterscheidung

a) Verstärkte Kontextualisierung

Mit der Ausgrenzung schlichter Tatsacheninformationen auf Schutzbereichsebene gewinnt die Frage, um welche Art von Äußerungen es sich jeweils handelt, verschärfte Bedeutung. Nichtsdestoweniger kann man im Ausgangspunkt auf die dazu etablierte Praxis zurückgreifen, die diese Frage – zumindest auf Rechtfertigungsebene – bereits jetzt regelmäßig adressieren muss. Es war gerade Anliegen und Motiv dieses Beitrags, die normative Triftigkeit und Berechtigung dieser differenzierenden Praxis aufzuzeigen. Die bei der Abgrenzung bisher übliche Frage nach der prinzipiellen Beweisbarkeit des Aussageinhalts führt ebenfalls in die richtige Richtung. Sie produziert zwangsläufig erhebliche Konvergenzen mit dem hier vorgestellten Abgrenzungsansatz, der auf die unterschiedlichen sozialen Reaktionsprogram-

¹⁰⁷ Etwa der Presserat, s. <https://www.presserat.de/presserat/>.

¹⁰⁸ Dass systematische Desinformation über Tatsachen besonders gut in den dezentralen Strukturen sozialer Netzwerke funktioniert, haben nicht zuletzt die Brexit-Kampagne und der US-amerikanische Präsidentschaftswahlkampf gezeigt, s. die Nachweise oben I.1.

¹⁰⁹ „Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert“ gilt somit nicht für institutionelle Akteure.

¹¹⁰ S. oben Fn. 24; s. zu den Medien als notorischem Ziel von Autoritarismen auch *Christoph Möllers/Linda Schneider*, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, 2018, S. 54 f.; 71 f.; 132 f.

me bei Äußerungsempfängern abstellen möchte. Denn die Frage nach der Beweisbarkeit führt in der Praxis zurück auf die unterschiedlichen Praktiken, nach denen wir Tatsachen- oder Wertungsaussagen begründen und verifizieren. Während wir bei Tatsachen generell über ausreichende intersubjektive Verifizierungsverfahren (zu) verfügen (meinen), haben wir solche bei Wertungen nicht. Die Frage nach der Beweisbarkeit eines Aussageinhalts ist also eine grundsätzlich taugliche Annäherung und Heuristik. Der Mehrwert der hier vorgestellten Rekonstruktion liegt darin, dass sie die differenzierende Praxis noch enger an ihren normativ tragenden Grund rückbindet, nämlich an den Schutz einer auf beiden Seiten möglichst selbstbestimmten Kommunikation. Dies erreicht der Ansatz dadurch, dass er bei der Abgrenzung nicht beim Kriterium der Wahrheit oder Verifizierbarkeit ansetzt. Stattdessen blickt er unmittelbar auf die unterschiedlichen Praktiken und Normen, nach denen Tatsachen- und Wertungsaussagen von Empfängern geprüft, verifiziert und übernommen werden.

Einzig sinnvoller Referenzpunkt für diese Frage ist – anders als nach gängiger Praxis – nicht die abstrakte Beweisbarkeit oder gar die Beweisführungsmöglichkeiten im gerichtlichen Verfahren, sondern der beiderseitige Kontext des jeweiligen Kommunikationsakts. Zentrale Forderung ist also, dass die rechtliche Praxis Äußerungen bei ihrer Würdigung noch entschiedener kontextualisieren sollte. Wer Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen in aussagekräftiger Weise voneinander abgrenzen will, muss stets konkrete Äußerungssituationen untersuchen. Entscheidend ist, welche Möglichkeiten, Anforderungen und Bedingungen einer Prüfung und welche allgemeinen Autonomieunterstellungen und -erwartungen für die Kommunikationsteilnehmer bestehen. Wer sind die hauptsächlichen Adressaten eines Äußerungsakts? Über welches Wissen verfügen sie? Handelt es sich um einen Inhalt, der als feststehend und unveränderlich gegeben präsentiert wird, der also ohne weitere Fragen als zutreffend hinzunehmen ist (dann eher Tatsache)? Werden tatsächliche Belege, z. B. Statistiken oder aufgezeichnete Versuchsdaten, genannt (eher Tatsache) oder normative Argumente (eher Wertung) entwickelt? Wie schwierig ist für die konkreten beziehungsweise für gewöhnliche Rezipienten die Prüfung des betreffenden Inhalts aus allgemein verfügbaren Quellen (je schwieriger eine eigene Prüfung, desto eher Tatsache)? Werden Autoritäten aus Fachdiskursen in Anspruch genommen und in einen nichtfachlichen Kontext gestellt (dann eher Präsentation als Tatsache)? Wird das Element der eigenen Positionierung deutlich (Wertung) oder portraitiert sich die äuernde Person als *quantité négligeable* des Kommunikationsakts (dann Tatsache)? Wie zentral ist die jeweilige Tatsacheninformation für darauf gründende wertende Folgerungen (dann gesteigerte Prüfbewertungen auf Seiten der Empfänger, also eher Wertung)? Als wie umstritten (Wertung) oder feststehend (Tatsache) musste der ausgesagte Inhalt für ein durchschnittliches Publikum wirken? All dies sind relevante Faktoren für die Frage, in welches ihrer beiden verschiedenen Informationsverarbeitungsregister (Meinung oder Tatsache) Empfänger eine ihnen gegenüber gemachte Äußerung stecken. Je nachdem sind Empfänger entweder angespro-

chen als autonome, selbst wertende und prüfende Subjekte oder als möglichst effektiv funktionierende Informationsverarbeiter.

b) Akzentverschiebungen

Der Fokus der Schutzbereichsbestimmung und der rechtlichen Abgrenzungsarbeit verschiebt sich durch die hier vorgestellte Rekonstruktion in zweierlei Hinsicht: vom Aussageinhalt auf die Aussageweise und von der Sprecherin auf die Rezipienten.

Durch das Grundrecht geschützt wären in letzter Konsequenz nicht dinglich gedachte Inhalte (Meinungen), sondern eine bestimmte Weise, andere Personen anzusprechen. Eine Ansprache nämlich, die den Status der Empfänger als selbstbestimmte Subjekte wahrt, die sich zu den ihnen mitgeteilten Äußerungen verhalten und sie nicht bloß hinnehmen sollen. Insbesondere garantiert die grundrechtliche Meinungsfreiheit es nicht, bei Empfängern bestehenden Automatismen der möglichst effizienten Verarbeitung von Tatsacheninformationen auszunutzen und zu manipulieren. Eine solche Verschiebung des rechtlichen Fokus auf die Aussageweise anstelle des Aussageinhalts fügt sich gut in die herrschende Dogmatik und Praxis der Meinungsfreiheit. Dort hat man auch sonst mit einer Beschränkung der Formen und Mittel weniger Bauchschmerzen als mit einer Beschränkung der Inhalte.¹¹¹ So wird etwa einer Einwirkung auf das Überzeugungsbild anderer durch wirtschaftlichen Druck,¹¹² durch die emotionalisierende individuelle Ansprache von Schwangeren unter Einsatz von Schockbildern,¹¹³ durch allein das Unterbewusstsein ansprechende Werbebotschaften,¹¹⁴ oder offensives Anprangern anderer¹¹⁵ spätestens auf Ebene der Rechtfertigung häufig der grundrechtliche Schutz versagt.

Diese erste Akzentverschiebung zieht eine zweite nach sich, die nicht weniger wichtig ist. Kommt es für die Einstufung eines Kommunikationsakts als Nachricht oder Meinung darauf an, in welcher Weise Äußerungsempfänger angesprochen werden, verschiebt sich der Fokus der rechtlichen Aufmerksamkeit von der Sprecherin auf die Hörer. Referenzpunkt der rechtlichen Abgrenzung ist nicht mehr allein die sich äussernde Person, ihr Wille zur Stellungnahme und ihre jeweils verfolgten Absichten. Vielmehr tritt da-

¹¹¹ S. in diesem Sinn bereits *Häntzschel* (Fn. 105), S. 233; ebenso BVerfGE 124, 300 (Rn. 75); zur vereinfachten Rechtfertigung der Regulierung von *time, place, and manner* einer Äußerung im US-Verfassungsrecht s. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 US 781 (1989).

¹¹² BVerfGE 25, 256 (Rn. 25 u. 27).

¹¹³ S. etwa die Abwägung in VGH BW, 11. 10. 2012, 1 S 36/12, Rn. 57 u. 65 f., in einem Fall der untersagten „Gehsteigberatung“ von Schwangeren.

¹¹⁴ Für einen Schutzbereichsausschluss allein subliminaler Beeinflussung etwa auch *Timo Arnold*, *Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes*, 2019, S. 72 f.

¹¹⁵ Zur Berücksichtigungsfähigkeit einer unzumutbaren Prangerwirkung als die Meinungsfreiheit beschränkendes Element s. etwa BVerfGE 97, 391 (406); ebenso BVerfGK 8, 107, s. auch jüngst BVerfG, 23. 6. 2020, 1 BvR 1240/14, Rn. 18.

neben die Frage, ob diese Subjektivität der Äußerung, die unbestritten den normativen Grund des Schutzes der Meinungsfreiheit bildet, tatsächlich die Rezipienten erreicht hat oder erreichen konnte. In gewisser Weise ähnelt diese Akzentverschiebung damit der im Privatrecht seit Langem vollzogenen Abkehr von einer reinen Willenstheorie bei der Auslegung von Willenserklärungen.¹¹⁶ Maßgeblich für den Schutz durch die Meinungsfreiheit ist nicht, ob eine Stellungnahme intendiert war, sondern ob diese Stellungnahme tatsächlich erklärt wurde, also ob Adressaten als selbst denkende und sich positionierende Wesen angesprochen wurden. Wer das ermitteln will, muss zwingend auch auf das Publikum blicken.

c) Mögliche Einwände der Praxis

Eine solche höchst kontextsensible Einordnung von Äußerungen als Tatsachen oder Wertungen überfordert weder Rechtsanwendung noch Grundrechtsberechtigte. So wie es auch in anderen rechtlichen Kontexten, etwa beim Fahrlässigkeitsbegriff, bei der Auslegung von Verträgen oder der Handhabung von Vertrauenstatbeständen auf eine Fertigkeit bei der Rezeption, Interpretation und Gestaltung sozialer Üblichkeiten und Erwartungen ankommt,¹¹⁷ gilt dies auch bei der Handhabung der Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung. So wie auch sonst im rechtlichen Alltag, insbesondere über den Instanzenzug, konkretisierende Leitlinien für schwierige und kontextgesättigte Abgrenzungen gewonnen werden können, gilt das auch hier. Auch aus Sicht der Grundrechtsberechtigten spricht nichts gegen eine verschärfte Kontextualisierung der Abgrenzung zwischen Tatsachenmitteilungen und Wertungen je nach Art und Weise der Präsentation einer Aussage. Denn in aller Regel beherrschen Sprecherinnen die sozialen Praktiken, mittels derer sie eine Aussage als Tatsachenäußerung oder Wertung markieren können. Dies gilt umso mehr für diejenigen, die die Unterscheidung und die sie stützenden sozialen Programme bewusst zu ihren Gunsten nutzen, indem sie ihre Äußerungen als Tatsachen präsentieren und auf diese Weise ihre Gegenüber als nur eingeschränkt autonome Informationsverarbeiter ansprechen. Befürchtungen eines abschreckenden Effekts auf den freien Austausch von Meinungen¹¹⁸ könnte man zudem durch – bereits jetzt greifende Zweifelsregeln¹¹⁹ – einfangen. Jedenfalls sind Unsicherheiten der Grundrechtsberechtigten bei der Beherrschung sozial-normativer Programme nicht größer, sondern eher

¹¹⁶ Für die überwiegend angenommene Maßgeblichkeit des *bekundeten* Willens auch in § 133 BGB, s. *Jan Busche*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2018, § 133 Rn. 9, 12–15 m. w. N.

¹¹⁷ S. dazu und zu den daraus folgenden Problemen und juristischen Behelfsfiguren aus Perspektive des Common Law *John Gardner*, *The Many Faces of the Reasonable Person*, *Law Quart. Rev.* 131 (2015), S. 563.

¹¹⁸ Zur Berücksichtigung von Abschreckungseffekten in der Meinungsfreiheitsjudikatur s. etwa BVerfGE 54, 129 (Rn. 29); BVerfG, 26. 8. 2003, 1 BvR 2243/02, Rn. 15; 25. 6. 2009, 1 BvR 134/09, Rn. 65–76; 23. 6. 2020, 1 BvR 1716/17, Rn. 11.

¹¹⁹ S. dazu BVerfGE 90, 241 (Rn. 29); ebenso jüngst BVerfG, 22. 6. 2018, 1 BvR 673/18, Rn. 21.

kleiner, als die aktuell greifenden Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, was staatliche Organe für „prinzipiell beweisbar“ halten werden. Man kann nicht unterstellen, dass Laien mit in den Wissenschaften oder im gerichtlichen Verfahrensrecht etablierten Beweisbarkeitsstandards und Konventionen vertraut sind. Dagegen kann man durchaus davon ausgehen, dass Laien in aller Regel kompetente Sprecher sind und wissen, wie etwas nach sozialer Praxis „als Tatsache“ oder aber als Mitteilung einer eigenen Positionierung präsentiert wird. Die Kontextualisierung und Entdinglichung der Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung dürfte daher nicht zu einer im Vorhinein schlechthin unberechenbaren Praxis, sondern zu größerer Berechenbarkeit führen.

Im hier angedachten Fokus auf der Art und Weise, in der Aussagen präsentiert werden, lauert auch nicht die Gefahr der Beliebigkeit oder Manipulierbarkeit. Nicht jedes dahingesagte „Ich meine, dass“, macht einen ansonsten als Tatsache präsentierten Äußerungsinhalt zur Meinung. Wenn aus dem sonstigen Kontext deutlich wird, dass dem Gegenüber letztlich nur eine schlichte Tatsacheninformation übermittelt werden soll, bleibt es dabei. Die oben angedeuteten Hilfskriterien¹²⁰ für die Abgrenzung sind also nicht als Gebrauchsanweisung für diejenigen zu verstehen, die zwar „in der Sache“ nur Tatsachenmitteilungen machen möchten, sie aber als Meinung verpacken und bemänteln wollen. Doch der springende Punkt ist ein anderer: Bei Äußerungen ist die Verpackung Teil des Produkts; beide bilden eine Einheit. Dadurch dass wir einen geäußerten Inhalt mit bestimmten Markern versehen, verändern wir den Inhalt des Ausgesagten. Kennzeichnen wir eine Äußerung so, wie wir typischer Weise eigene Stellungnahmen kennzeichnen, nehmen wir ihr das Potential, von anderen als schlichte Tatsachenmitteilung aufgefasst und verarbeitet zu werden. Solange wir eine Aussage also als Meinung verpacken oder sie nach dem Kontext, in den sie fällt, so zu verstehen ist, ist sie eine Meinung. Dann besteht keine Notwendigkeit, das Vorstellungsbild der Äußerungsempfängerinnen gegen Manipulationen zu schützen. Denn wir erwarten bei Meinungen, dass Empfängerinnen das Geäußerte nicht einfach hinnehmen, sondern sich selbst ein Urteil bilden. Anderes gilt, wenn Aussagen mit einem Tatsachen-Marker versehen sind, etwa mit der Behauptung, dass „die Wissenschaft p festgestellt“ habe. In solchen Fällen spricht die äuernde Person – kraft dieser Einkleidung – auf Seiten der Empfänger ein grundlegend anderes Reaktionsprogramm an. Dann greift das Programm, das auf die Verarbeitung von Tatsacheninformationen zugeschnitten ist. Für eine solche Ansprache ist der Schutz der Meinungsfreiheit nicht eröffnet, egal ob das Ausgesagte der Wirklichkeit entspricht oder nicht.

V. Fazit

Die Verbreitung unrichtiger Tatsachen stellt demokratische Gesellschaften und ihr Recht nicht nur dann vor Probleme, wenn diese Unrichtigkeit

¹²⁰ S. oben IV.3.a.

konkrete Personen betrifft. Stattdessen ist auch ein Interesse an der Richtigkeit der Tatsachenbasis kollektiven Handelns anerkennungswürdig. Dieses Interesse kann im Grundsatz staatliche Eingriffe zum Schutz der Tatsachenrichtigkeit rechtfertigen. Solche Eingriffe dürfen jedoch nicht auf die Tatsachenrichtigkeit oder Wahrheit als solche gerichtet sein. Stattdessen sind Wahrheit und Richtigkeit – wie auch sonst im Recht – nur insoweit schützenswert, als sie die Grundlage von menschlichen individuellen oder kollektiven Dispositionen bilden. Staatliche Eingriffe zum Schutz der Tatsachenrichtigkeit dürfen also nur vorgenommen werden, soweit eine plausible Nähe zu kollektiven Dispositionen besteht. Derartige Regelungen zum rechtlichen Richtigkeitschutz wären von vornherein bereichsspezifisch und lassen deshalb keine totalitären Szenarien befürchten. Auch Reibungen mit den liberalen Grundannahmen des Meinungsfreiheitsartikels bestehen nur auf den ersten Blick. Denn es zeigt sich, dass diese Grundannahmen nur in Hinblick auf Meinungsäußerungen wirklich greifen. Für Tatsachenmitteilungen gelten sie nicht und entsprechen auch nicht den gängigen Wertungen der äußerungsrechtlichen Praxis.

Dies wirft ein neues Schlaglicht auf die Unterscheidung zwischen Meinungsäußerungen und Tatsachenmitteilungen. Es zeigt sich, dass diese Unterscheidung ihren Grund nicht in einem wesensmäßigen Unterschied zwischen Tatsachenäußerungen und Wertungen in Hinsicht auf deren Beweisbarkeit hat. Stattdessen fußt sie auf den unterschiedlichen sozial-normativen Programmen, die Empfänger ablaufen lassen, je nachdem ob ihnen gegenüber eine Wertung oder eine Tatsache zum Ausdruck gebracht wird. Im ersten Fall sind Hörerinnen als autonome Personen angesprochen, die sich selbst eine Meinung bilden können und sollen. Im zweiten Fall sind sie effektive Rechner, die Tatsacheninformationen nach festen sozialen Mustern mehr oder weniger automatisiert verarbeiten und in ihr eigenes Vorstellungsbild übernehmen. Kurzum: Meinungen sind, wozu wir uns selbst verhalten sollen. Tatsachen sind, was wir als gegeben hinnehmen müssen.¹²¹ Bei ersteren können und müssen wir uns selbst vor unsinnigen Vorstellungen schützen. Bei letzteren sind wir Fehlvorstellungen weitgehend schutzlos ausgeliefert. Die im Kontext der Meinungsfreiheit gängigen Bilder sich gegenseitig überzeugender, freier Subjekte haben daher nur bei Meinungsäußerungen eine Berechtigung.

Nimmt man diese theoretische Rekonstruktion zum Ausgangspunkt der dogmatischen Konstruktion, drängt sich auf, schlichten Tatsacheninformationen den Schutz durch die Meinungsfreiheit konsequent und unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt zu versagen. Die Verbreitung schlichter Tatsacheninformationen fällt vielmehr nur in den Schutzbereich der anderen in Art. 5 Abs. 1 GG enthaltenen Gewährleistungen, namentlich der besonderen Medienfreiheiten. Dadurch wird zum einen die normativ sinnvolle, aber theoretisch nicht begründbare Ausnahme zu Lasten unwahrer Tatsachenmitteilungen vermieden. Zum andern gewinnen die Medienfreiheiten auf diese

¹²¹ Ähnlich *Arendt* (Fn. 4), S. 370: „Wahrheit könnte man begrifflich definieren als das, was der Mensch nicht ändern kann“.

Weise eine klar fassbare individualfreiheitliche Relevanz jenseits von institutionellen Aufladungen. Totalitären Auswüchsen im Interesse der Tatsachenrichtigkeit wird bereits durch die Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit ein Riegel vorgeschoben. Infolgedessen wären staatliche Eingriffe zum Schutz der Tatsachenrichtigkeit kollektiver Entscheidungsgrundlagen nicht am Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes gem. Art. 5 Abs. 2 GG zu messen, dem sie auch kaum genügen könnten. Aus diesem Grund müssten besonders geschützte Medien aus dem Anwendungsbereich solcher Gesetze ausgenommen werden.

Die rechtspraktische Anwendung der Tatsachen-Wertungs-Unterscheidung könnte bei der hier präsentierten Rekonstruktion ihren Ausgangspunkt bei der bisherigen Praxis nehmen. Die Abgrenzung ließe sich jedoch verbessern und ihrem normativen Kern annähern, wenn Äußerungen noch entschiedener im Kontext der jeweiligen Äußerungssituation gewürdigt würden. Entscheidend für die Abgrenzung sollte deshalb nicht sein, was inhaltlich ausgesagt, sondern wie der Äußerungsinhalt präsentiert wird. Wird er als Meinung präsentiert, zu der man sich selbst verhalten soll, ist die Aussage durch die Meinungsfreiheit geschützt. Wird er als Tatsache hingestellt, die Empfänger schlicht hinnehmen sollen, greift nur die allgemeine Handlungsfreiheit.