



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Dichtung und Wahrheit“
– Die Herausforderungen des Rechts durch die
Schlüsselliteratur

Verfasserin

Mag. Nora Dim

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: ao.Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	9
I. Allgemeines zur Schlüsselliteratur	13
1. „Was ist Schlüsselliteratur?“.....	13
1.1. Definition.....	13
1.2. Schlüsselroman ≠ Autobiographie.....	14
1.3. Semantische Techniken der Verschlüsselung.....	15
2. „Erkennbarkeit“.....	18
2.1. „Ars imitatur naturam“.....	21
2.2. Die wirklichere Wirklichkeit.....	22
3. Mögliche Motive für Verschlüsselung.....	24
3.1. Höfische Etikette.....	24
3.2. Die Lust am Geheimnis.....	25
3.3. Furcht als möglicher Initiator.....	26
3.4. Abgrenzung zu Satire und Pasquill.....	26
4. Reaktionen und Konsequenzen.....	27
II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	32
1. Historische Entwicklung der Anerkennung des Persönlichkeitswertes.....	32
2. Verfassungsrechtliche Verankerung im deutschen Recht.....	33
3. Schutzwirkungen der Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG.....	34
3.1. Ausgestaltung als klassisches Abwehrrecht.....	34
3.2. Auslösen staatlicher Schutzpflichten.....	34
3.3. Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung.....	35
3.4. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung.....	36
4. Sachlicher Schutzbereich.....	37
4.1. Fallgruppen.....	38
a) Schutz der Privatheit vor der Öffentlichkeit.....	38
b) Schutz der Individualität in der Öffentlichkeit.....	38
4.2. Sphärentheorie.....	41
4.3. Sozialadäquanz als Schutzzobergrenze.....	42
4.4. Güter- und Interessenabwägung.....	43
4.5. Einwilligung.....	45
5. Träger des Grundrechts.....	45
5.1. Personen der Zeitgeschichte und Prominenz.....	46

6. Besonderes Spannungsverhältnis mit Art 5 GG.....	47
III. Kollisionen des Persönlichkeitsrechts mit der Kunstfreiheit.....	48
1. Verfassungsrechtliche Verankerung der Kunstfreiheit im deutschen Recht.....	48
2. Der Fall „Mephisto“.....	50
2.1. Die biographische Vorgeschichte.....	50
2.2. G. G. = H. H. = G. G.?.....	52
2.3. Porträt oder Typus?.....	54
2.4. Nach dem Krieg ist vor dem Krieg.....	56
2.5. Anrufung des Gerichts.....	58
2.6. Der Verfahrensverlauf in den unteren Instanzen.....	59
a) Das Urteil des LG Hamburg.....	59
b) Die Entscheidung des OLG.....	59
c) Die Entscheidung des BGH.....	62
2.7. Die Entscheidung des BVerfG.....	65
a) Die Kernthesen der Entscheidung bezüglich der Kunstfreiheitsgarantie.....	66
b) Entscheidungsbegründung.....	68
c) Die Abweichende Meinung des Richters Stein.....	69
d) Die abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck.....	71
2.8. Kritische Bemerkungen.....	71
3. Weiterentwicklung des rechtlichen Kunstbegriffs im Anschluss an „Mephisto“.....	75
3.1. Materieller, formaler und zeichentheoretischer Ansatz.....	75
3.2. Topische Begriffsbestimmung.....	76
a) Mögliche relevante Kriterien für die Zuordnung der Kunstwerkseigenschaft.....	77
b) Wer definiert was und warum.....	78
3.3. Schranken der Kunstfreiheit.....	80
a) Verfassungsimmanente Schranken	81
b) Abstufung der Schranken entsprechend dem „Werk-“ und „Wirkbereich“.....	82
c) Kunstgerechter Maßstab im Zuge der Güterabwägung im Kollisionsfall.....	85
d) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schranke der literarischen Freiheit.....	86
4. Der Fall „Esra“ – eine „Adaption“ der Grundsatzentscheidung?.....	89
4.1. Der Inhalt des Romans.....	90
4.2. „Esra“ – ein Schlüsselroman?.....	90
a) Der Schauplatz.....	91
b) Der Ich-Erzähler Adam.....	91
c) Schreiben über Reales.....	93
d) Die „hard facts“.....	94
e) Sonstige biographische Übereinstimmungen.....	95

4.3. Der Verfahrensverlauf im Fall „Esra“ und die Entscheidungen der unteren Instanzen.....	97
a) Die Klageerhebung beim LG München I und das erste Urteil.....	97
b) Die Entscheidung des OLG.....	99
c) Die Entscheidung des BGH.....	101
4.4. Das Verfahren vor dem BVerfG	102
a) Die Verfassungsbeschwerde.....	102
b) Stellungnahmen von dritter Seite.....	104
c) Die Entscheidung des Senats.....	105
d) Die abweichenden Meinungen aus den Reihen der Richter.....	109
4.5. Kritische Bemerkungen.....	111
a) Das Kriterium der Erkennbarkeit.....	111
b) Die Je-desto-Formel.....	115
c) Literarischer Sachverstand.....	116
d) Die Rolle der Medien.....	122
e) Der Reiz des Verbotenen.....	125
f) „Die neue Klagelust“	129
g) Schadenersatz als alternative Sanktionsform?.....	132
h) Resümee.....	134
IV. Österreichische Problemlagen.....	139
1. Die wesentlichen rechtsdogmatischen Unterschiede zwischen <i>Deutschland und Österreich</i>	139
2. Der Persönlichkeitsschutz im österreichischen Recht.....	144
2.1. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz.....	144
a) Die „angeborenen Rechte“ des § 16.....	144
b) Der Schutz des Namens (§ 43 ABGB).....	148
c) Der Schutz der Ehre (§ 1330 ABGB).....	150
d) Der Schutz der Privatsphäre (§ 1328a ABGB).....	152
e) Das Recht an vertraulichen Aufzeichnungen (§ 77 UrhG) und das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG).....	154
f) Der Schutz des Lebensbildes.....	156
g) Postmortaler Persönlichkeitsschutz.....	157
2.2. Der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz.....	158
a) Die strafbaren Handlungen gegen die Ehre (§§ 111-117 StGB).....	158
b) Weitere Bestimmungen.....	160
2.3. Der medienrechtliche Persönlichkeitsschutz.....	161
a) Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung (§ 6 MedienG).....	162
b) Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches (§ 7 MedienG).....	164
c) Einziehung und Beschlagnahme (§§ 33 und 36 MedienG).....	166

2.4. Zusammenfassung.....	167
3. Art 17a StGG und seine praktischen Auswirkungen.....	170
3.1. Die Kunstfreiheitsgarantie des Art 17a StGG.....	170
3.2. Die Schranken der Kunstfreiheit im Allgemeinen und durch das Persönlichkeitsrecht im Besonderen.....	172
4. „Skandalöses“ aus der Praxis.....	176
4.1. „Holzfällen – die Erregung über „Eine Erregung“.....	177
a) Zum Inhalt des Romans.....	178
b) Die Beschimpfungen des Ich-Erzählers.....	179
c) Literaturhistorischer Hintergrund und mehr oder weniger verschlüsselte Hinweise.....	181
d) Die rechtlichen Folgen.....	183
e) Kritische Bemerkungen.....	188
4.2. David Schalkos „Weiße Nacht“ zwischen Schlüsselroman und Satire.....	193
a) Inhaltliches	193
b) Politische Hintergründe.....	194
c) Erkennbare Details.....	195
d) Der Rechtsstreit um „Weiße Nacht“.....	196
e) Das Spiel mit Recht und Medien.....	202
V. Gesamtresümee.....	206
Literaturverzeichnis.....	215

Vorwort

Diese Arbeit beschäftigt sich mit verbotener Literatur. Es geht hier aber nicht etwa um die Indizierung pornographischer oder jugendgefährdender Schriften, wie sie beispielsweise die deutsche Bundesprüfstelle vornimmt. Es geht auch nicht um die klassische Form der Zensur, wie sie uns sowohl aus früheren Zeiten, wie unter der Herrschaft absolutistischer Machthaber, als auch von politischen Regimes der jüngeren Zeitgeschichte oder gegenwärtigen Diktaturen bekannt ist. In dieser Arbeit geht es um gerichtliche Verbote von Romanen, die nicht aus politischen Gründen von einer staatlichen Behörde erwirkt werden, sondern aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen von einzelnen Privatpersonen, die sich darin als Romanfiguren wiederfinden. Diese Sanktion soll demnach einen Schutz vor Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch literarische Werke bieten. Gleichzeitig stellt sie jedoch auf der anderen Seite einen drastischen Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete Kunstfreiheit dar.

Im deutschen Recht offenbart sich hier ein Konflikt zweier grundsätzlich gleichrangiger Grundrechte: das allgemeine Persönlichkeitsrecht als eine aus der Verfassung abgeleitete Rechtsfigur steht der Freiheit der Kunst gegenüber. Dieser Konflikt kann nur durch eine fallspezifische Interessenabwägung gelöst werden, bei der der einen oder anderen Seite der Vorrang eingeräumt wird.

Für das Hervorrufen eines derartigen Grundrechtskonflikts durch literarische Werke zeigt sich abseits von Satire und Karikatur besonders die Gattung der Schlüsselliteratur prädestiniert. Trotz der Verschleierung durch verschiedene Verschlüsselungstechniken kann die Verwendung realer Vorbilder oft so weit erkennbar bleiben, dass den Dargestellten eine Verbreitung des Werkes in der breiten Öffentlichkeit unzumutbar ist und die Freiheit der Kunst zurückstehen muss. Andererseits darf es aber auch nicht zu einer quasi Aushöhlung dieses Grundrechts kommen, indem Schriftstellerinnen und Schriftstellern die Bezugnahme auf die Realität völlig versagt wird.

Viele renommierte Literaten sahen sich im Laufe der Literaturgeschichte schon mit dem Vorwurf konfrontiert, der Realität einen allzu deutlichen Einfluss auf ihr Werk gewährt zu haben und mussten sich deshalb öffentlich verteidigen, manche eben sogar vor Gericht.

Einer dieser Fälle führte in der deutschen Rechtsprechung in den 1970er Jahren zu einer Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), deren Bedeutung – so scheint es – auch Jahrzehnte später nicht geschmälert ist: das Verbot des Romans „Mephisto“ von *Klaus Mann*. Die in dieser Entscheidung aufgestellten Beurteilungskriterien sollten 30 Jahre lang als Maßstäbe für die Abwägung der literarischen Freiheit mit dem Persönlichkeitsrecht dienen.

Um das Jahr 2003 entbrannte neuerlich eine Diskussion um dieses Konfliktfeld, als sich Urteile zu Lasten der Kunstfreiheit und daraus resultierende Bücherverbote häuften. Ein Fall sorgte in der Öffentlichkeit für besonders große Aufmerksamkeit, nicht zuletzt deshalb, weil er den Anlass dafür gab, dass sich das deutsche BVerfG nach „Mephisto“ das zweite Mal mit dieser Materie befassen musste. Dieser Rechtsstreit betraf den Roman „Esra“ von *Maxim Biller*, dessen Veröffentlichung im Jahr 2007 endgültig gerichtlich verboten wurde.

Aber auch österreichische Autoren waren auf Grund von Anspielungen auf reale Personen in ihren Werken immer wieder Vorwürfen ausgesetzt. Der bekannteste – auch gerichtlich ausgetragene – Streit wurde durch den Roman „Holzfällen“ von *Thomas Bernhard* hervorgerufen, dessen gerichtlich angeordnete Beschlagnahme im Jahr 1984 für Österreichs ersten großen Literaturskandal sorgte. Gegenstand einer rezenten österreichischen Entscheidung war das Buch „Weiße Nacht“ des Schriftstellers *David Schalko*. Dieses war zwar nicht vom Verbot bedroht, dafür aber Gegenstand eines Schadenersatzprozesses. Durch die Besprechung dieser Fälle soll der Brückenschlag zur hiesigen Rechtslage geschaffen werden, die sich durch das Fehlen einer dem deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht vergleichbaren Rechtsfigur deutlich anders gestaltet.

Neben der allgemeinen Erörterung des Begriffs „Schlüsselliteratur“ und der Darstellung der für das hier zentrale Konfliktfeld relevanten Rechtsbereiche, sollen in dieser Arbeit Parallelen sowie Kontraste der angesprochenen Fälle aufgezeigt werden. Dies dient auch dazu jene Kriterien einer kritischen Betrachtung zu unterziehen, die bisher bei der Beurteilung literarischer Werke in Bezug auf ihre Wirkung auf persönlichkeitsrechtliche Sphären einzelner Privatpersonen in der deutschen und österreichischen Rechtsprechung zur Anwendung gekommenen sind.

Das letzte Wort im Streit um den Roman „Esra“ des deutschen Autors *Maxim Biller* wurde am 24. 11. 2009 vom VI. Zivilsenat des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) gesprochen. Dieser hatte sich zuletzt mit der von der Klägerin wegen der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts erhobenen Schadenersatzforderung beschäftigt, welche ihr vom Landgericht (LG) München I in der Höhe von 50.000 € zugesprochen worden war. Dieser Anspruch wurde sowohl in zweiter Instanz vom Oberlandesgericht (OLG) München, wie auch vom BGH in dritter und letzter Instanz wieder aberkannt. Der Ausgang dieses Verfahrens wurde medial zwar an die Öffentlichkeit gebracht, sorgte jedoch nicht mehr für allzu großes Aufsehen. Die Diskussionen um den Roman waren mittlerweile verebbt.

Im Jahr 2007 hatte allerdings noch große Aufregung geherrscht. Nach dem Erscheinen des Romans im Frühjahr 2003 und der bald folgenden Klage der ehemaligen Freundin des Autors und deren Mutter wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechtes hatte auch die öffentliche Aufmerksamkeit nicht lange auf sich warten lassen. Die mediale Berichterstattung hatte den Fall durch alle Instanzen begleitet, bis schließlich das deutsche Bundesverfassungsgericht die letzte und wichtigste Entscheidung gefällt hatte. Diese hatte am 13. 6. 2007 zum Verbot der Veröffentlichung des Romans geführt. Dem Autor war unter starker Bezugnahme auf die „Mephisto“-Entscheidung unter anderem vorgeworfen worden, seine Hauptfigur *Esra* zu wenig verfremdet und damit einen Schlüsselroman verfasst zu haben. Dem Persönlichkeitsrecht der Erstklägerin, die sich in dieser Figur wiedererkannt hatte, sei demnach hier gegenüber der Kunstfreiheit des Schriftstellers der Vorzug zu geben gewesen.

Dies sind die groben Umriss jenes Falles, der zuletzt wegweisende Bedeutung in der Diskussion um die literarischen Grenzen der Kunstfreiheit erhalten hat. Es soll nun einerseits untersucht werden, welche rechtlichen Entwicklungen der Entscheidung in diesem Fall vorausgegangen sind, andererseits aber auch, welche neuen Erkenntnisse dadurch hervorgebracht wurden und ob diese tatsächlich als Fortschritt zu werten sind. Zunächst ist aber noch der Frage nachzugehen, wodurch sich die Gattung der Schlüsselliteratur auszeichnet und warum gerade diese bei Konflikten des Persönlichkeitsrechts mit der Kunstfreiheit immer wieder eine Rolle spielt.

I. Allgemeines zur Schlüsselliteratur

1. „Was ist Schlüsselliteratur?“

Die rechtliche Relevanz der Schlüsselliteratur mag auf Grund ihres geringeren Bekanntheitsgrades vielleicht weniger ins Auge springen als bei anderen literarischen Gattungen wie der Karikatur, der Satire oder dem Pasquill. Bei näherer Betrachtung ihrer typischen Merkmale zeigt sich aber schnell, dass sie besonderes Potential birgt, einen Konflikt hervorzurufen. Es erscheint mir daher sinnvoll, zunächst einleitend die Besonderheiten verschlüsselter Werke mit einem Brückenschlag zur Literaturwissenschaft und -geschichte zu erörtern, bevor ich mich der rechtlichen Betrachtung widme.

1.1. Definition

Der Begriff der Schlüsselliteratur wurde von *Fernand Drujon* in seinem Werk „Les livres à clef“ geprägt. Dieses erste umfassende Verzeichnis verschlüsselter Texte aus dem Jahre 1888 enthält in seiner Vorrede folgende Umschreibung:

„Tout livre contenant des faits réels ou des allusions à des faits réels dissimulés sous des voiles énigmatiques plus ou moins transparents, – tout livre mettant en scène des personnages réels sous des noms supposés ou altérés – est un livre à clef.“¹

Das „Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft“ subsumiert unter den Begriff der Schlüsselliteratur

„literarische Werke fiktionalen Charakters, in denen 'wirkliche' Personen und Begebenheiten mittels spezifischer Kodierungsverfahren verborgen und zugleich erkennbar gemacht sind.“²

¹ Zit. n. *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 5.

² *Kanzog* in *Müller* (Hrsg), Reallexikon (2003) 380.

Noch eine – etwas ausführlichere – Erklärung findet sich in *Paul Fechters* „Kleinem Wörterbuch für literarische Gespräche“:

„Schlüsselromane sind Romane, zu deren Geschehen es einen Schlüssel in oder aus der Wirklichkeit gibt, das heißt, deren Handlung und Gestalten der Autor nach Ereignissen und Gestalten der Wirklichkeit mehr oder weniger leicht verhüllt geschaffen hat, so daß der Wissende ohne weiteres imstande ist, trotz der veränderten Namen und der gewandelten äußeren Umstände die Wirklichkeit, die zugrunde liegt, wiederzuerkennen, den Schlüssel zu ihr zu finden.“³

Die ausgewählten Definitionen zusammenfassend, handelt es sich also um *fiktionale* Werke, welche *reale Personen und Geschehnisse* durch den Einsatz *spezieller Techniken* auf eine Art und Weise *verschleiern*, die die *Erkennbarkeit* soweit bestehen lassen, dass unter Verwendung des richtigen *Schlüssels* eine *Enthüllung* durch den Leserkreis möglich bleibt.

Diese typischen Wesensmerkmale der Schlüsselliteratur sollen nun im Folgenden einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden.

1.2. Schlüsselroman ≠ Autobiographie

Literarisches Schaffen ist wie andere Formen der Kunst eine Art der Mitteilung an die Außenwelt. Neben der inhaltlichen Gestaltung dieser Botschaft kommt auch deren Präsentation große Bedeutung zu. Der erste Eindruck beeinflusst die künftige Rezeption, sei es optisch durch Design oder Layout, oder durch textbezogene Informationen in Titel, Untertitel, Vorwort oder Klappentext. So entwickelt das Publikum eine gewisse Erwartungshaltung gegenüber den dargebotenen Informationen und auch, wie diese verstanden werden können oder sollen. Die Gattungsbezeichnung eines Textes hat daher großen Einfluss auf das Leseverhalten.

In Bezug auf die Schlüsselliteratur ist es deshalb wichtig, die Unterscheidung von referentiellen und fiktionalen Texten aufzuzeigen. Erstere erheben a priori einen höhergradigen Wahrheitsanspruch. In diese Sparte sind beispielsweise Biographie oder Autobiographie einzuordnen.⁴ Anders verhält es sich mit dem Roman; der verschlüsselte

³ *Fechter*, Kleines Wörterbuch (1950) 261.

⁴ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 35.

stellt hier keine Ausnahme dar. Dieser zählt zur Gruppe der fiktionalen Texte und fordert damit vordergründig eine von der Realität distanzierte Betrachtung.

Auf das Verständnis des Textes in seiner Gesamtheit oder einzelner Elemente kann also bereits im Vorfeld eingewirkt werden, indem er mit dem „Stempel“ der Wahrheit oder dem der Fiktion versehen wird.

Die Erwartungshaltung der Leserschaft kann sich dann aber im Zuge der Rezeption insoweit ändern, als der Inhalt selbst eine anderweitige Deutung mehr oder weniger nahelegt. Letztendlich sollte die Gattungsbezeichnung auch eine inhaltliche Bestätigung erfahren, um ihrer vorläufigen Aussage zu entsprechen. Wer einen Text als Autobiographie betitelt, stellt damit die Behauptung der Identität von Verfasser und Figur bzw tatsächlichen und beschriebenen Ereignissen auf. Dies verhält sich bei einem Werk der Schlüsselliteratur genau gegenteilig. Durch die Bezeichnung als Roman wird genau diese Identität zunächst geleugnet.⁵ In der Folge werden jedoch unter dem Banner der Fiktionalität Tatsachen in einer Weise dargestellt, die geeignet ist, beim Lesepublikum den Verdacht eines realen Ursprungs hervorzurufen. Wenn die inhaltliche Gestaltung des Textes es dem Publikum nahelegt, sämtliche Schilderungen für wahr zu halten, bleibt der Ausweis als Phantasieprodukt als leere Hülle bestehen bleibt und das Werk wird insgesamt der Vermutung der Fiktionalität nicht mehr gerecht.

1.3. Semantische Techniken der Verschlüsselung

Die Technik der Verschlüsselung findet vor allem im Roman Anwendung, darüber hinaus findet sie sich manchmal auch in Novellen⁶ und Briefen⁷. Die stilistische Besonderheit der Schlüsselliteratur liegt darin, dass Verfremdung und Transparenz gleichermaßen gebraucht werden und dem Enthüllungseffekt hier besondere Bedeutung beigemessen wird.⁸ Verhüllung und Offenbarung greifen ineinander. Dies unterscheidet sie auch von anderen verwandten literarischen Gattungen wie der Satire oder dem Pasquill.

⁵ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 35.

⁶ *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 29.

⁷ *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 27.

⁸ Vgl. *Kanzog* in *Müller* (Hrsg), *Reallexikon* (2003) 380.

Um diesen Enthüllungseffekt zu erzielen, stehen verschiedene Verschlüsselungstechniken zur Verfügung, welche seit dem Aufkommen der Schlüsselliteratur einigen Veränderungen unterworfen waren. In der deutschen Literaturgeschichte gilt der „Theuerdank“ *Kaiser Maximilians I.* als erster Schlüsselroman. Diesem 1517 erstmals gedruckten Werk wurde ein Schlüssel beigegeben – eine Vorgehensweise, die „im Umfeld der höfischen Literatur des Mittelalters längst literarische Gewohnheit gewesen sein dürfte“⁹. In Form einer Gegenüberstellung von Urbild und Romanfigur wurde der neugierigen Leserschaft des Rätsels Lösung präsentiert. Oft wurde ein derartiger Schlüssel von den Verfassern selbst veröffentlicht, manchmal nur in schlichter tabellarischer Form, bisweilen als ausführlich begründeter Brief.¹⁰

In der Folge findet die Verschlüsselung bzw Enthüllung etwas subversiver statt. In sogenannten *Paratexten*, also unmittelbar dem Haupttext vorangehenden oder angeschlossenen Begleitformeln wie Untertitel, Motto, Vor- oder Nachwort, können die Verfasser mit dem Lesepublikum in Kontakt treten und die Lektüre in ihrem Sinne lenken.¹¹ Die Formulierung eines Vorwortes, versehen mit der nötigen Prise Ironie, sorgt oft dafür, dass die handelnden Personen genau entgegen dem Wortlaut eben nicht für frei erfunden gehalten werden. Ähnlichen Effekt können auch Widmungen haben.¹²

Im Nachhinein kann wiederum in Form sogenannter *Epitexte* auf die Interpretation des Textes und seiner Figuren eingewirkt werden. In medialen Rezensionen und Berichten, Interviews oder öffentlichen Diskussionen wird die Rezeption des Textes von außerhalb, oftmals sogar entgegen den Intentionen des Verfassers, beeinflusst.¹³

Die sensibelste Form der Verschlüsselung ist aber wohl jene, die ganz ohne vor- oder nachfolgende externe Lektüreeinweisungen auskommt und diese vielmehr in den eigentlichen Text integriert. Durch dessen Gestaltung und die gekonnte Platzierung effektvoller Hinweise werden Leser und Leserinnen zu autonomer Selbstreflexion und

⁹ Killy, Literaturlexikon XIV, 344.

¹⁰ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 43.

¹¹ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 24.

¹² Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 178.

¹³ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 24.

eigenständiger Deutung angehalten, durch welche die Enthüllung gelingt – oder auch nicht.¹⁴

Was die Verfremdung von Personen betrifft, ist der am häufigsten Verwendung findende textintegrale Hinweis auf ein reales Vorbild das *Spiel mit den Namen*. Besonders beliebt sind hier Akronyme, assonierende Namen, oder Anagramme.¹⁵ Die Palette reicht vom simplen Buchstabenaustausch, bis zu raffinierten Umbildungen, denen oft nur mit einigem Einfallsreichtum oder fundierten Kenntnissen auf die Schliche zu kommen ist. *Paul Heinz Wantzen* beispielsweise stellt sein Lesepublikum in einem Schelmenbuch auf eine harte Probe: Um in *Professor Iselmott* das Urbild des *Professor Landois* zu erkennen, ist es von Nöten, einen Umweg über die niederdeutsche und dann die französische Sprache zu nehmen, damit „der Esel muss“ zu „l'âne doit“ wird und die Ähnlichkeit mit dem Original zum Vorschein kommt.¹⁶ Häufiger werden aber einfache Abkürzungen gewählt – *Charlotte Kestner* heißt auch in *Goethes „Werther“* wieder *Lotte* – oder die echten durch in Wortbild oder Wortbedeutung ähnlich gestaltete Namen ersetzt. Die gelegentliche Verwendung von Tier-, Pflanzen oder Götternamen weist dagegen schon eine starke Nähe zur Allegorie auf.¹⁷ Während zwar veränderte, aber durchaus realistische Namen manchmal vielleicht nur vom eingeweihten Leserkreis enträtselt werden können, geben Auslassungen und extreme Abkürzungen (zB „Herr K.“) ein weitaus deutlicheres Signal der Referentialisierung und fordern quasi zum Nachforschen auf.¹⁸

Ähnlichen Effekt haben auch andere, nicht personenbezogene semantische Leerstellen¹⁹ im Text (zB ***), die weniger durch sich selbst als durch ihre kontextuelle Platzierung auf das reale Vorbild hindeuten. Auch durch die Veränderung von Zeit und Ort der Handlung kann eine verschleierte Darstellung der Personen erwirkt werden.²⁰

¹⁴ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 268.

¹⁵ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 159.

¹⁶ Vgl. *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 118.

¹⁷ Vgl. *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 118, 119.

¹⁸ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 159.

¹⁹ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 95.

²⁰ Vgl. *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 122, *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 96.

2. „Erkennbarkeit“

Sämtliche Techniken der Verschlüsselung haben ein Ziel: sie sollen das reale Vorbild verbergen, aber nicht bis zu Unkenntlichkeit, sondern nur soweit, dass wenigstens eine Ahnung des Wirklichkeitsbezugs verbleibt. Sie sollen die Urbilder zu einem gewissen Grad für den kundigen Leser erkennbar lassen und eine Enthüllung ermöglichen. Die Besonderheit der Schlüsselliteratur liegt demnach darin, dass der Prozess der Verarbeitung realer Vorbilder bewusst aufgedeckt wird.²¹ Mit eingeschlossen, wenn nicht sogar beabsichtigt, so oft zumindest nicht vermeidbar, ist die Entschlüsselung durch den Beschriebenen selbst, der so in den überraschenden „Genuss“ der Entdeckung seiner Vorbildwirkung kommt.

Da in der Schlüsselliteratur oft eigene Beobachtungen der Autorinnen und Autoren verarbeitet werden, sind jene, die im Zuge dessen dann eine tragende Rolle spielen, zunächst auch meist in deren näherer Umgebung anzutreffen,²² also Familienangehörige, gute Freunde und bessere Bekannte. Darüber hinaus dienen aber auch Personen außerhalb dieses Kreises als Vorbilder, vorausgesetzt sie heben sich in irgendeiner Weise von der breiten Masse ab und sind so von Interesse und auch Eignung für eine rätselhafte Verhüllung. Es muss sich dabei ja nicht gleich um Weltberühmtheiten handeln, deren Identität nur allzu leicht aufgedeckt werden kann – „[e]in Vermummter, der kenntlich ist, spielt eine armselige Rolle“²³. Besser eignen sich jene als Modelle, „die eine an sich häufig vorhandene Eigenschaft in besonderem Maße entwickelt haben“²⁴: „Lebenskünstler“, „Gesellschaftslöwen“, „die Dämonischen“, „die Zerrissenen“, „die Weltschmerzler“, schrullige oder komische Figuren ebenso, wie „vom Schicksal gebeutelte“²⁵. Wichtig ist in jedem Fall, dass die charakteristischen Wesenszüge des Urbilds erhalten bleiben, um tatsächlich von einer Schlüsselfigur sprechen zu können.²⁶

Des Weiteren liegt der Fokus der Verfasser von Schlüsselromanen eher auf ihren Zeitgenossen, denn auf Personen der Zeitgeschichte. Nicht nur, um auf eigene

²¹ v. Becker, *Fiktion und Wirklichkeit* (2006) 22.

²² Vgl. Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 34.

²³ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 40.

²⁴ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 44.

²⁵ Vgl. Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 42-45.

²⁶ Vgl. Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 134.

Wahrnehmungen zurückgreifen zu können, sondern auch, weil dies den Entschlüsselungsprozess beeinflusst, bzw diesen erst anstößt.²⁷ Je größer die Zeitspanne zwischen Darstellung und Wiedergabe, „desto stärker überformt die Rezeption schon die Bedeutung des Textes.“²⁸ Schlüsselromane sind damit quasi einer „Halbwertszeit“ unterworfen und bedürfen umso mehr eines Kommentars, „je weiter der Text von der Gegenwart des Leser [sic!] abrückt.“²⁹ Damit also die von den Autoren intendierte Wirkung der Verschlüsselung und die Interaktion mit dem Lesepublikum erhalten bleibt, liegt es in ihrem Interesse, den zeitlichen – aber auch räumlichen! – Abstand zwischen Produktion und Rezeption nicht zu groß zu wählen.

Die Identifikation einer Person als Urbild einer Romanfigur kann sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Andeutungen ergeben oder auch aus nur einem kleinen, dafür aber eindeutigen Detail.³⁰ Die Gestaltung der Hinweise und damit die Verschlüsselungstechnik ist für die entsprechende Dechiffrierung zwar von großer Wichtigkeit, verfehlt aber ihr Ziel, wenn sie bei der Leserschaft auf Grund Fehlens entsprechender vordergründiger Information keine Aufmerksamkeit erweckt. Verfasser und Rezipienten müssen somit „über den gleichen Kenntnishorizont verfügen“³¹. Mag der Schlüssel auch noch so gut ins Schloss passen, wird dieses dennoch nicht geöffnet werden können, wenn niemand um die Existenz versperrter Türen weiß.

Während es in einem solchen Fall aus der Sicht der Autorin lediglich bei einem Schuss ins Leere bleibt, bergen substantielle Vorkenntnisse des Publikums wiederum die Gefahr der Falsch- oder Überinterpretation. Immerhin – um an die vorherige Metapher anzuknüpfen – kann bei mehreren einander ähnelnden Türen durchaus einmal die falsche gewählt, oder eine gesehen werden, wo eigentlich keine ist.

Handelt es sich um einen kleinen Adressatenkreis und verlässt das Werk und der dazugehörige Schlüssel diesen nicht, spielt dieses Problem eigentlich keine Rolle. Missverständnisse entstehen entweder gar nicht erst, oder können umgehend, auch ohne großes Aufsehen zu erregen, aus dem Weg geräumt werden.

²⁷ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 28.

²⁸ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 28.

²⁹ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 80.

³⁰ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 37.

³¹ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 19.

Das Ausräumen von Missverständnissen gestaltet sich aber umso schwieriger, je weiter sich der Kreis der Leserschaft ausdehnt. Autorinnen und Autoren wird mitunter genau das zum Verhängnis, womit sie bei der Textgestaltung spekulieren, wenn das Spiel der Leser mit den vorgegeben Bausteinen einen unvorhergesehenen Ausgang nimmt und sie die Kontrolle über die Interpretation ihrer Geschichte gänzlich verlieren. „Der Interpret übernimmt die Deutungsmacht über den Text“³² und identifiziert womöglich Personen als Urbilder, die gar nicht als solche gedient haben oder deutet fiktive Handlungselemente als reale Begebenheiten. Unter der Prämisse, dass es sich bei einem Schlüsselroman eben genau nicht um einen reinen Tatsachenbericht handelt, sondern Faktum und Fiktion zu einer literarischen Einheit verschmolzen werden, erscheint eine solche Folge auch nicht als abwegig. Zwar entspräche es der Logik, auch in einem Schlüsselroman nicht alles für bare Münze zu nehmen. Die Differenzierung zwischen Erfundenem und Tatsächlichem erweist sich hier aber vielleicht als besonders schwierig, da doch gerade deren gekonnte Durchmischung ein solches Werk charakterisiert und man fast notgedrungen eine „suggestive Verbindung“³³ herstellt.

Die Unterstellung der Authentizität auch dort, wo sie eigentlich nicht mehr zutrifft³⁴, hat für den Autor vor allem dann weitreichende Konsequenzen, wenn sie nicht bloße persönliche Auslegung bleibt, sondern im Austausch mit anderen in die Öffentlichkeit getragen wird. Durch eine dort stattfindende Diskussion wird er mitunter genau zu jener Offenlegung gezwungen, die er durch die bewusste Wahl der Verschlüsselungsmethode zu vermeiden suchte. „Welche Gegenstände – und darunter ist auch zu verstehen: welche Urbilder – der Autor auch wählt, stets muß er damit rechnen, daß diese Gegenstände auf ein unterschiedlich vororientiertes Publikum treffen und es ihm unmöglich wird, das Verständnis seiner Leser zu kontrollieren.“³⁵ Möchte er einen derartigen Kontrollverlust bzw die Gefahr einer Falschinterpretation hintanhalten, bliebe ihm im weitesten Sinne nichts Anderes übrig, als es bei Beschreibungen seiner eigenen Person zu belassen oder gänzlich auf die Verwendung realer Vorbilder zu verzichten.

³² Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 19.

³³ Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 173.

³⁴ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 173, 174.

³⁵ Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 87.

Aber so wenig wie Dinge „an sich“³⁶ beschrieben werden können, im Sinne einer Unabhängigkeit von den Betrachtern und deren möglicher subjektiver Deutung, so knüpft auch jede Beschreibung an etwas Tatsächliches an und ist im weitesten Sinn von einem realen Vorbild abhängig.

2.1. „Ars imitatur naturam“³⁷

„Ob nun wol der Poet bemühet ist neue Erfindungen an das Liecht zu bringen / so kan er doch nichts finden / dessen Gleichheit nicht zuvor gewesen / oder noch auf der Welt wäre.“³⁸

Das Leben und die Phantasie gelten gleichermaßen als Quellen der Dichtung.³⁹ Im Grunde hat aber auch die Phantasie ihre eigenen Wurzeln in der Wirklichkeit. Die Realität ist, ja muss logischerweise der Nährboden jeden literarischen Schaffens sein. Auch das Phantastische, das frei Erfundene, jedes Fabelwesen und jede Märchengestalt, mag man sie in der irdischen Welt in der beschriebenen Form auch nie zu Gesicht bekommen, ist letztlich doch auch wieder nur ein aus genau in dieser Welt gesammelten Eindrücken zusammengesetztes Gebilde. Die „Inhalte [des Romans] sind geschichtliche, gleichartig den anderen, vom Lauf der Zeit hervorgebrachten und sind von dem Boden, auf dem sie gewachsen sind, nicht loszureißen.“⁴⁰

Diese Mimesistheorie beschränkt sich nicht auf die Poetik, vielmehr ist die Wirklichkeit *conditio sine qua non* für jedwede Form künstlerischer Betätigung, ist sie doch seit jeher „einem Schriftsteller nichts anderes gewesen, als einem Bildhauer der Stein“⁴¹.

„Die Frage nach dem Verhältnis von Dichtung und Wirklichkeit durchzieht als Grundproblem die ganze Geschichte der Ästhetik“⁴², ob es sich nun um realistische Malerei handelt, oder anstatt des Pinsels die Sprache als Werkzeug dient. „Während früher

³⁶ Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 86.

³⁷ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 152.

³⁸ G. P. Harsdoerffer, *Poetischer Trichter*, zit. n. Petersen, *Mimesis* (2000) 151.

³⁹ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 152.

⁴⁰ Lukács, *Theorie des Romans*, 39 zit. n. Ferchl, *Zwischen „Schlüsselroman“, Kolportage und Artistik* (1991) 23.

⁴¹ Zit. n. Kastner, *Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht* (1982) 602.

⁴² Preisendanz, *Wege des Realismus* (1977) 217.

die Übereinstimmung der Kunst mit der Realität als Folge der Nachahmung das eigentliche Merkmal des Ästhetischen darstellte, gehört es [sic!] nun [eher] auf die Seite des Unkünstlerischen.“⁴³ Die Anlehnung an ein Modell wird bei den bildenden Künsten jedoch viel weniger getadelt, als im literarischen Bereich. Hier war die Nachahmungsproblematik einem geschichtlichen Wandel unterworfen und löste auch eine Vielzahl von Meinungsverschiedenheiten in der Welt der Fachkundigen aus.

Aristoteles beispielsweise räumte dem überlieferten Stoff höheren Rang gegenüber dem erfundenen ein, „weil er die Wahrscheinlichkeit beglaubige und damit dem Text mehr Wirkung verschaffe“⁴⁴. Andere, wie *Johann Christoph Gottsched* oder *Johann Jakob Breitinger* halten später (im 18. Jahrhundert) weniger von der malerischen Poesie, wenn sie einen solchen Künstler nur als „gute[n] Abdrücker“ bezeichnen, der seine Leser „mit [seinen] ewigen Schildereyen bald zu Tode mal[t]“⁴⁵. Ein zeitgenössischer Befürworter des Nachahmungsgedankens, *Jean Baptiste Du Bos*, geht in seiner Theorie wiederum so weit, dass er den Zweck der Kunst in der Nachahmung der Wirklichkeit sieht. Er argumentiert, dass „Kunst – wenn sie denn tatsächlich Effekte im Rezipienten hervorrufen will – nur dieselben erregen kann, die auch die Realität im Menschen erzeugt.“⁴⁶ Dieser Ansatz trifft wiederum den Gedanken, dass umgekehrt die Rezipienten in der Kunst gleichsam die Wirklichkeit suchen und sie, ohne darin Elemente des wirklichen Lebens zu finden, vielleicht gar nicht verstehen würden.⁴⁷

2.2. Die wirklichere Wirklichkeit

Aus welcher Quelle nun mehr geschöpft wird, ist eine Frage der Ergiebigkeit – und auch des Geschmacks. Doch wäre es auch nicht angebracht, jene, die sich mehr am „wahren Leben“ orientieren und dies in realistischerer Schreibweise ausdrücken, als bloße „Abdrücker“ zu bezeichnen. Die Kunst ahmt die Wirklichkeit zwar (notwendigerweise) nach, stellt jedoch keinen naturgetreuen Abdruck her. Was Schriftsteller zu Künstlern und

⁴³ *Petersen*, *Mimesis* (2000) 206.

⁴⁴ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 167.

⁴⁵ *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 85.

⁴⁶ *Petersen*, *Mimesis* (2000) 163.

⁴⁷ v. *Becker*, *Fiktion und Wirklichkeit* (2006) 27.

ihre Werke zu solchen der Kunst macht, ist, dass sie darin eine gegenüber der realen Wirklichkeit verselbständigte „Welt in der Welt“⁴⁸ anstreben, in der die reale Wirklichkeit künstlerisch überhöht und damit auf eine ästhetische Ebene gebracht wird.⁴⁹ Indem sie ihre Beobachtungen auf dieser anderen Ebene in neue Formen bringen, schaffen sie also ein, zwar der Realität entspringendes, letztlich aber ihrer Phantasie zuzuordnendes Kunstwerk. Die Wirklichkeit ist also nur im allerweitesten Sinn Ursprung des künstlerischen Schaffens, wenn es dem Künstler gelingt, sie durch seinen Erfindungsreichtum und die geschickte Anwendung stilistischer Mittel „artistisch [zu] emanzipieren“.⁵⁰

Die Vermischung von Faktum und Fiktion ist so gesehen keine Besonderheit des Schlüsselromans, sondern des Romans im Allgemeinen. Was die Schlüsselliteratur von letzterem unterscheidet, ist, dass reale Modelle in der Absicht verwendet werden, in der Folge auch als solche enthüllt zu werden. Hier wie da geht es jedoch um die Wahrung des richtigen Verhältnisses. *Norman Mailer* bezeichnet diesen Schnittpunkt zwischen Geschichte und Erfindung in einem aus „Fact“ und „Fiction“ konstruierten Kunstwort als „Faction“⁵¹. In Anknüpfung an die obigen Ausführungen zur Unterscheidung von referentiellen und fiktionalen Texten, soll hier noch einmal erläutert werden, dass letztere die Vermutung der Fiktionalität in ihrer Gesamtheit genießen, da „die ‚reale‘ und die ‚ästhetische‘ Seite eines Kunstwerks eine Einheit bilden“⁵². Um dieser Vermutung gerecht zu werden dürfte demnach die Referentialität nicht zu schwer ins Gewicht fallen, sondern müsste der Schwerpunkt auf dem fiktionalen Element liegen.

Bei Romanen wäre also zu erwarten, dass als Schauplatz der Handlung die ästhetische Ebene fungiert und dies dem Publikum auch in entsprechender Weise verdeutlicht wird. Die darin enthaltenen Schilderungen lassen sich nicht kategorisieren und dies soll auch gar nicht versucht werden. Die Schwierigkeit liegt darin, eine solche Kategorisierung durch die Leserinnen weitgehend auszuschließen und ihnen eine Zuordnung des Werks zu einem solchen der Phantasie zu ermöglichen. Damit ist eine Anlehnung an Modelle der realen

⁴⁸ *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman? (2004) 431.

⁴⁹ Vgl. *Kastner*, Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht (1982) 602.

⁵⁰ *Petersen*, Mimesis (2000) 152.

⁵¹ Vgl. *Kastner*, Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht (1982) 602.

⁵² *Kastner*, Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht (1982) 602.

Umwelt keineswegs ausgeschlossen, solange deren Vorbildwirkung durch artistische Übersteigerung und Verschleierung im rätselhaften Dunkel bleibt.

Im Falle unzureichender „Verfremdung“ rückt die ästhetische Ebene mehr und mehr in den Hintergrund. Stellt man aber erst einmal die Verbindung zwischen Gelesenem und tatsächlich Geschehenem her, entkommt man der Zuordnung des Ganzen zum Faktischen nur mehr schwer. Für die Erkannten führt dies unter Umständen dazu, dass ihnen Handlungen oder Eigenschaften zugeschrieben werden, die im Roman wiederum eigentlich der Phantasie der Autorin entspringen. Dies kann eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereichs dieser Person darstellen, wenn eine öffentliche Darstellung generell unerwünscht, oder diese so gestaltet ist, dass sie dem bloßgestellten Modell eher zum Nachteil gereicht. Nicht eines jeden Selbstdarstellungstrieb ist so ausgeprägt, dass er oder sie gern Auszüge aus seinem oder ihrem Leben in gedruckter Form verbreitet sehen möchte. Gerade wenn es um sehr persönliche Themen und Intimitäten geht, lässt man sich die Entscheidung, damit an die Öffentlichkeit zu gehen, ungern abnehmen.

Diese Problematik dürften auch Künstlerinnen und Künstler zumindest im Hinterkopf haben, wenn sie bewusst Brücken zur Realität herstellen, durch die besagter Enthüllungseffekt erzielt werden soll. Es stellt sich also die Frage, welche Intention sich hinter dieser Vorgangsweise verbirgt. Schließlich bestünde auch die Möglichkeit, sich mit seinen Anliegen direkt an die betroffenen Personen zu wenden oder ihre Zustimmung zur Verarbeitung des Stoffes einzuholen. Was also bewegt Schriftsteller zur Verschlüsselung?

3. *Mögliche Motive für Verschlüsselung*

Dies bildet immer das Haupt-Interesse. Rätsel lösen. Alles andere ist Nebensache.“
Theodor Fontane an seinen Verleger *Wilhelm Hertz*.⁵³

3.1. Höfische Etikette

Die höfische Kommunikation des 17. Jahrhunderts gestaltete sich „als indirektes, verbergendes Sprechen, das auf Diskretion und auf die Vermeidung von Konfrontation

⁵³ Zit. n. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 165.

hinauslief.“⁵⁴ Verschlüsselte Texte erwiesen sich zu dieser Zeit als beliebtes Kommunikationsmittel, da sie sich mit dieser höfischen Verhaltenslehre verbinden ließen. Die dargestellten Personen wurden nicht bloßgestellt, sondern auf schonende Weise dargestellt.⁵⁵ Dazu trugen vor allem die damals verwendeten Schlüssel bei, die oft nur einem sehr kleinen Leserkreis übermittelt wurden oder überhaupt den Hof nicht verließen. Das Publikum teilte sich somit in eine eingeweihte und eine nicht-ingeweihte Gruppe.⁵⁶

Den Begriff des Schlüsselromans kannte man damals noch nicht, geschweige denn eine Definition, wie man sie heute in Lexika findet. Der höfisch-historische Roman dieser Zeit zeichnete sich durch eine starke Verbindung des Historischen mit dem Erfundenen aus, was durch die Beigabe eines expliziten Schlüssels und etwaiger anderer Leseanweisungen gegenüber dem Publikum auch verdeutlicht wurde.⁵⁷ Den beigegebenen Paratexten kam somit mindestens so große Bedeutung zu wie dem Roman selbst, dem sie oft auch im Umfang um nichts nachstanden.⁵⁸

3.2. Die Lust am Geheimnis

Ein allgemeiner Beweggrund für die bewusste Verwendung von Verschlüsselungstechniken könnte als „Lust am Geheimnis“⁵⁹ bezeichnet werden. Dichterinnen und Dichtern bietet sich so die Möglichkeit, Ereignisse zu verarbeiten, die zwar das Interesse der Öffentlichkeit auf sich ziehen, in dieser aber eigentlich nicht besprochen werden sollten. Man kann „zugleich verhüllen und offenbaren“⁶⁰, indem Fakten unter dem Mantel des Fiktiven verborgen werden, jedoch nicht, ohne in dessen Muster das ein oder andere Detail einzuweben, das die aufmerksame Leserschaft auf die richtige Fährte bringt. Dementsprechend kommt diese in den Genuss des Enthüllens. Rätsel können gelöst und Geheimnisse, womöglich Skandale aufgedeckt werden.

⁵⁴ Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 63.

⁵⁵ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 65.

⁵⁶ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 65.

⁵⁷ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 57, 58.

⁵⁸ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 60.

⁵⁹ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 20.

⁶⁰ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 15.

3.3. Furcht als möglicher Initiator

Fasst man Situationen ins Auge, in denen nicht nur moralische Redetabus umgangen werden sollen, sondern es durch geheime Kommunikation mitunter den eigenen Kopf zu retten gilt, so kommt als Antrieb für Verschlüsselung auch bloße Furcht⁶¹ in Betracht. Dies ist wohl eine ebenso zeitlose Triebfeder wie die oben angeführte hedonistische. So verwendeten schon einige Teilnehmer des Wiener Kongresses 1814/15 aus Angst vor politischer Verfolgung Decknamen in Briefen an ihre Verbündeten⁶², ebenso wie der 1996 entführte *Jan Philipp Reemtsma* in jenen an seine Familie versuchte, den Ort seiner Gefangenschaft⁶³ verdeckt mitzuteilen. Neben Briefen dien(t)en in politisch bewegten Zeiten auch „Zeitungsartikel, Zeitschriftenaufsätze, Reden und Flugschriften“⁶⁴ als Transportmittel für unerwünschte und deshalb versteckte Kritik. Von strenger Zensur bedrohte Autoren wurden so in die Defensive gezwungen und konnten ihre Botschaften oftmals nur durch die Verwendung verhüllender Sprechweisen zum Ausdruck bringen.⁶⁵

In gemilderter Form ist es vielleicht nicht unbedingt Furcht, sondern einfach Vorsicht, die zu verschlüsselter Schreibweise bewegt. Dies deutet aber gleichzeitig darauf hin, dass man damit rechnet oder es zumindest nicht ausschließen kann, dass eine direktere Vorgangsweise unangenehme Konsequenzen mit sich brächte.

3.4. Abgrenzung zu Satire und Pasquill

Im Zuge der Behandlung möglicher Beweggründe für Verschlüsselung scheint es mir auch angebracht kurz auf die Verwandtschaft des Schlüsselromans mit der Satire einzugehen. Diese beiden Formen unterscheiden sich nämlich unter anderem dadurch, dass die Satire viel mehr auf die Darstellung der menschlichen Laster gerichtet ist und ihr eine „strafende Absicht“⁶⁶ zu Grunde liegt. Weiter noch geht das Pasquill, dessen Bedeutung „Schmäh- oder Spottschrift“ auch deutlich zeigt, dass hier die gezielte Verächtlichmachung und

⁶¹ *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 14.

⁶² *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 27.

⁶³ Vgl. *Rösch*, Clavis Scientiae (2004) 6.

⁶⁴ *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 24.

⁶⁵ Vgl. *Rösch*, Clavis Scientiae (2004) 33.

⁶⁶ *Rösch*, Clavis Scientiae (2004) 80.

Verleumdung einer Person beabsichtigt ist. Es handelt sich dabei also um eine Steigerung der satirischen Schrift, die meist gegen bestimmte Personen gerichtet ist. Hier wie dort wird referentialisiert und mit Verschlüsselung gearbeitet. Die Absichten des Romans zielen jedoch in mehrere unterschiedliche Richtungen und können durchaus auch positiver Natur sein.⁶⁷ Des Weiteren erfordert die Satire – und vor allem das Pasquill – auf Grund des Anklagecharakters und der gesteigerten Pointierung einen größeren Wahrheitsgehalt als der Roman⁶⁸, bei dem ja das fiktive Element im Vordergrund steht bzw stehen sollte.

Der Anlass, aus dem man überhaupt das Bedürfnis hat, etwas literarisch zu verarbeiten, mag positiv oder negativ sein. So könnte man das eigene Erfolgserlebnis aus Bedenken vor dem Neid der Konkurrenz ebenso verschleiern, wie die gemeine Beleidigung oder die enttäuschte Liebe aus Angst vor öffentlicher Schmach. Vor allem aber ist es auf diese Weise möglich, versteckt Kritik zu üben ohne sich sofort einer Erwiderung stellen zu müssen. Dies ist, wenn überhaupt wohl erst dann nötig, wenn die kritisierte Person sich in der Darstellung wiedererkennt und mit dieser nicht einverstanden ist.

4. Reaktionen und Konsequenzen

„Die Menschen, auch die vorurteilsfreien, sind unglaublich leicht beleidigt, wenn sie sich in einem gedruckten Buche zu erkennen glauben.“⁶⁹

Gabriele Reuter

Abhängig von der Art der Darstellung und der Sensibilität der Dargestellten können deren Reaktionen variieren. Manche fühlen sich geschmeichelt, andere verletzt, einige nehmen die Geschichte mit Humor, wieder andere sind zutiefst empört. Mitunter kommt es auch vor, dass jemand sogar als Vorbild gedient haben will und ein regelrechter Wettstreit um die Inanspruchnahme stattfindet – gleich achtzehn Londoner glaubten sich in der Figur des *Dorian Grey*⁷⁰ wiederzufinden. Immerhin kann eine positive Beschreibung für den

⁶⁷ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 80.

⁶⁸ Vgl. Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 81, 83.

⁶⁹ Zit. n. Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 155, 156.

⁷⁰ Schneider, *Schlüsselliteratur* (1951) 145.

Dargestellten durchaus von Vorteil sein – „Modelle können ja für geraume Zeit durch ihre Masken unvergeßlich werden.“⁷¹

Aus eben diesem Grund ist eine eher nachteilige Beschreibung umso unerfreulicher. So ist es auch nicht verwunderlich, dass „der Groll [...] unter Umständen für die Verfasser recht bedenkliche praktische Formen“⁷² annimmt. Forderte man früher zur Wahrung seiner Reputation in solchen Fällen noch gebührende Satisfaktion, änderten sich im Laufe der Zeit die gesellschaftlichen Gepflogenheiten und man ergreift heute weniger die Waffe als rechtliche Schritte. Wenn diese auch nicht gleich das eigene Leben bedrohen, so steht manchmal doch die persönliche und wirtschaftliche Existenz auf dem Spiel.

Die Liste jener Literaten, die als Verfasser so mancher Schlüsselschrift angesehen werden, ist lang und beinhaltet große Namen der Literaturgeschichte. Darunter finden sich *Simone de Beauvoir* („Les Mandarins“), *Gustave Flaubert* („Madame Bovary“), *Theodor Fontane* („Effie Briest“, „Frau Jenny Treibel“), *E. T. A. Hoffmann* („Meister Floh“), *Gottfried Keller* („Der grüne Heinrich“), *Leo Tolstoj* („Anna Karenina“), *Virginia Woolf* („Orlando“), *Emile Zola* („L'Œuvre“) und etliche mehr.

Ein besonders bekanntes Beispiel eines Schlüsselromans, der für großes Aufsehen sorgte, ist *Johann Wolfgang Goethes* „Die Leiden des jungen Werthers“ (1774), in dem nicht nur eine Person aus dem engeren Umfeld *Goethes* als Modell diente. Sowohl *Charlotte Kestner*, in welche dieser während seiner Wetzlarer Referendarzeit unglücklich verliebt gewesen sein soll, als auch deren späterer Mann erkannten sich in den Figuren *Lotte* und *Albert* und reagierten mit Entrüstung.⁷³ Der Schriftsteller sah sich mit der Kritik konfrontiert, dass er einerseits bei seinen Beschreibungen zu sehr ins Detail gegangen sei, andererseits aber „mit den vorgefundenen Gegenständen zu frei geschaltet“⁷⁴ zu haben. *Johann Christian Kestner* wandte sich in einigen Briefen an Goethe selbst und kritisierte vor allem die unverhältnismäßige Vermischung von Wahrheit und Erfundenem und die unzureichende Verfremdung der Figuren:

„Ihr habt zwar in jede Person etwas Fremdes eingewebt, oder mehrere in eine geschmolzen. Das ließ ich schon gelten. Aber wenn Ihr bey dem Verweben und

⁷¹ *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 145.

⁷² *Schneider*, Schlüsselliteratur (1951) 147.

⁷³ Vgl. *Fechter*, Kleines Wörterbuch (1950) 262.

⁷⁴ *Rösch*, Clavis Scientiae (2004) 117.

Zusammenschmelzen euer Herz ein wenig mit rathen lassen; so würden die würcklichen Personen, von denen ihr Züge entlehnet, nicht dabey so prostituirt seyn.“⁷⁵

Goethe verteidigte sein Werk vehement und wehrte sich vor allem gegen Missdeutungen durch das Publikum.⁷⁶ Immerhin führten die Diskussionen in diesem Fall aber nicht zu einem Streit, der vor Gericht ausgetragen werden musste.

Dies verhielt sich bezüglich des 1903 erschienenen Romans „Aus einer kleinen Garnison“ von *Fritz von Kyrburg*, verfasst unter dem Pseudonym eines Leutnants *Fritz Oswald Bilse*,⁷⁷ anders. Der anlässlich der darin enthaltenen kompromittierenden Beschreibungen einiger Offiziere geführte Beleidigungsprozess endete für den Autor mit der Verhängung einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe.⁷⁸ Dieser erlangte damit nicht nur über die Grenzen Deutschlands hinaus⁷⁹ fragwürdige Bekanntheit, sondern vor allem deshalb, weil sein Name für das Genre eine neue, wenn auch abfällige Bezeichnung sein sollte. Der Ausdruck „Bilse-Roman“ wurde als Synonym für Schlüsselschriften nunmehr des öfteren in Zusammenhang mit suspekten Werken gebracht.

Man kann erahnen, wie groß die Begeisterung *Thomas Manns* war, als im Zuge der Empörung, die seine „Buddenbrooks“ in der Lübecker Bevölkerung auslösten, das Schlagwort „Bilse-Roman“ gebraucht wurde. Immerhin stand zwar nicht er selbst vor dem Richter, sondern sein Lübecker Schriftstellerkollege *Johannes Valentin Dose*; sein Name und Werk wurden jedoch im Lauf des Prozesses mehrmals in Bezug auf die Verwendung realer Vorbilder erwähnt. Der sich zu einer schützenden Reaktion veranlasst sehende junge *Mann* verfasste daraufhin den, „zunächst als Zeitungsartikel für die *Münchner Neuesten Nachrichten* konzipiert[en]“⁸⁰ Essay „Bilse und ich“, eine flammende Verteidigung seines Werks und zugleich ein leidenschaftliches Plädoyer für die Freiheit der Kunst. Ebenso verleiht er seiner Haltung zur Mimesis-Problematik Ausdruck:

„Die Beseelung ... da ist es, das schöne Wort. Es ist nicht die Gabe der Erfindung, – die der Beseelung ist es, welche den Dichter macht. Und ob er nun eine überkommene Mär oder ein Stück lebendiger Wirklichkeit mit seinem Odem und Wesen erfüllt, die

⁷⁵ Zit. n. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 115.

⁷⁶ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 117.

⁷⁷ *Conter*, *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 12.

⁷⁸ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 211.

⁷⁹ Vgl. *Schneider*, *Schlüsselliteratur* (1951) 147.

⁸⁰ *Ansel*, *Buddenbrooks, Bilse und Biller*, 4.

Beseelung, die Durchdringung und Erfüllung des Stoffes mit dem, was des Dichters ist, macht den Stoff zu seinem Eigentum, auf das, seiner innersten Meinung nach, niemand die Hand legen darf. Daß dies zu Konflikten mit der achtbaren Wirklichkeit führen kann und muß, welche sehr auf sich hält und sich keineswegs durch Beseelung kompromittieren zu lassen wünscht – das liegt auf der Hand.⁸¹

Mann stellt in seinem Essay zwar eingangs außer Frage, dass die Figuren in den „Buddenbrooks“ „zum Teil nach lebenden Personen gebildet sind“⁸², macht aber deutlich, dass es sich dabei immer noch um ein fiktionales Werk handle und das Publikum nicht den Fehler begehen dürfe, Handlung und Personen 1:1 in die Wirklichkeit zu übertragen:

„Die Wirklichkeit, die ein Dichter seinen Zwecken dienstbar macht, mag seine tägliche Welt, mag als Person sein Nächstes und Liebstes sein; er mag dem durch die Wirklichkeit gegebenen Detail noch so untertan sich zeigen, mag ihr letztes Merkmal begierig und folgsam für sein Werk verwenden: dennoch wird für ihn – und sollte für alle Welt! – ein abgründiger Unterschied zwischen der Wirklichkeit und seinem Gebilde bestehen bleiben – der Wesensunterschied nämlich, welcher die Welt der Realität von derjenigen der Kunst auf immer scheidet.“⁸³

Des Weiteren versucht er, die Verwendung realer Vorbilder auch dadurch zu relativieren, als er sich selbst als das einflussreichste nennt. Jeder Schriftsteller schaffe in seinen Figuren bis zu einem gewissen Grad letztlich auch ein Abbild seiner selbst.

„Der Künstler, [...] der nicht sein ganzes Selbst preisgibt, ist ein unnützer Knecht. [...] Wie aber kann ich mein ganzes Selbst preisgeben, ohne zugleich die Welt preiszugeben, die meine Vorstellung ist? [...] Nicht von euch ist die Rede, gar niemals, seid des nun getröstet, sondern von mir, von mir ...“⁸⁴

Thomas Mann versuchte zwar im Zuge der Veröffentlichung durch Leseanweisungen für öffentliche Rezensenten den symbolischen Charakter seines Romans zu betonen, zahlreiche Dokumente wie Entschlüsselungslisten oder Auszüge seiner Vorarbeiten belegen aber deutlich die starke Referentialisierung.⁸⁵ Nicht nur zahlreiche Personen der Lübecker Gesellschaft, sondern vor allem Familienmitglieder zeigten sich empört über die wirklichkeitsgetreuen Darstellungen, wie beispielsweise *Manns* Onkel *Friedrich*, der seinen Neffen als einen „traurige[n] Vogel, der sein eigenes Nest beschmutzt“, bezeichnete.

⁸¹ *Mann*, *Bilse und ich* (1910) 23.

⁸² *Mann*, *Bilse und ich* (1910) 12.

⁸³ *Mann*, *Bilse und ich* (1910) 25.

⁸⁴ *Mann*, *Bilse und ich* (1910) 43.

⁸⁵ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 202-206.

Manns starke Anlehnung an reale Personen und Geschehnisse kann unter anderem durch seine Arbeitsweise erklärt werden. Er legte höchsten Wert auf die Plausibilität seiner Erzählungen und versuchte durch akribische Recherchen im Vorfeld seinen Texten logische, chronologische und psychologische Stimmigkeit zu verleihen.⁸⁶

Plausibilität ist auch jener Effekt, der dadurch erzeugt wird, dass ein Typus anhand einer bestimmten Person beschrieben wird. Welchen Sinn hätte es, eine Figur mit vollkommen glatter Oberfläche zu schaffen? Figuren brauchen Ecken und Kanten, sie brauchen Struktur, sie brauchen ein Gesicht. Ein solches Gesicht versuchte auch *Thomas Manns* Sohn *Klaus* seinen Figuren zu geben. Einer davon wurde durch ihre pointierte Zeichnung eine ganz besondere Aufmerksamkeit zuteil. Auch bei ihr orientierte er sich an einer ihm gut bekannten Person, vielleicht in Erwartung vorwurfsvoller Reaktionen, jedoch vermutlich ohne sich der derart weitreichenden Auswirkungen dieses Schaffens bewusst zu sein.

Der Gerichtsprozess, der später um seinen Roman „Mephisto“ geführt wurde, ging bis vor das deutsche Bundesverfassungsgericht. Angestrengt wurde hier nicht etwa eine strafrechtliche Verurteilung wegen Beleidigung oder übler Nachrede, sondern die Erwirkung eines Veröffentlichungsverbotes auf zivilrechtlichem Weg. Letztlich standen einander das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Klägerseite und die verfassungsrechtlich gewährleistete Kunstfreiheit auf Beklagtenseite gegenüber. Diese beiden Grundrechte sollen nun zum besseren Verständnis näher erörtert werden, bevor ich mich dem Fall „Mephisto“ eingehender widme.

⁸⁶ Vgl. *Rösch*, *Clavis Scientiae* (2004) 204.

II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

„Der Inbegriff aller Rechte ist die Persönlichkeit und es ist die erste und höchste Pflicht des Staates, diese an seinen Bürgern zu schützen.“⁸⁷

Johann Gottlieb Fichte

1. *Historische Entwicklung der Anerkennung des Persönlichkeitswertes*

In der griechischen Antike wurde der Mensch erstmals in den Mittelpunkt geistiger Betrachtungen gestellt, wenn auch zunächst mehr als Teil der Gemeinschaft denn als eigenständiges Individuum. Derartige Überlegungen stellte man zu dieser Zeit dagegen schon in der römischen Republik an und verknüpfte sie bereits mit der Anerkennung individueller Freiheitsrechte, welche allerdings dem römischen Bürger vorbehalten waren und mehr auf seinen äußeren Schutz abzielten, als auf innere Werte. In dieser Hinsicht brachte das europäische Mittelalter und die fortschreitende Verbreitung des Christentums neue Erkenntnisse über den sittlichen Wert des Menschen. Das zu dieser Zeit vorherrschende Menschenbild wies jedoch noch einen starken Gottesbezug auf. Erst die aufklärerischen Gelehrten der Neuzeit suchten den Wert des Menschen und seiner Persönlichkeit in sich selbst und vermochten die Anerkennung der individuellen Schutzwürdigkeit der Person nicht nur in die humanistische Selbstreflexion zu integrieren, sondern auch die diesbezügliche rechtswissenschaftliche Diskussion voranzutreiben.⁸⁸ „Der Schutz der jedem einzelnen schon ob seiner Menschennatur zukommenden Menschenwürde und der sittlichen Persönlichkeit als solcher“⁸⁹ wurde erstmals zum Gegenstand des praktischen Rechtslebens. In diese Zeit fallen auch die ersten großen Kodifikationen der Grund- und Freiheitsrechte wie die Petition of Rights (1627), die Habeas Corpus Acte (1679) und die Declaration of Rights (1688) in England sowie die Déclaration des droits de l'homme et des citoyens (1789) in Frankreich.⁹⁰

⁸⁷ Zitiert in Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 87.

⁸⁸ Vgl. die Darstellung bei Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 14-41.

⁸⁹ Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 96.

⁹⁰ Vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 34, 38.

2. *Verfassungsrechtliche Verankerung im deutschen Recht*

Obwohl auch in Deutschland die rechtsphilosophische Diskussion um den Schutz der menschlichen Würde und Persönlichkeit vor allem unter starken naturrechtlichen Einflüssen intensiv geführt wurde, gelang es lange Zeit nicht, diesen auch entsprechend zu positivieren.⁹¹ Vereinzelt fanden persönlichkeitsrechtliche Aspekte Eingang in die Verfassungen der deutschen Länder, auf gesamtstaatlicher Ebene erfolgte eine Kodifizierung eines generellen persönlichkeitsrechtlichen Schutzes und damit die grundrechtliche Anerkennung des individuellen Persönlichkeitswertes des Menschen jedoch erst mit der Ausarbeitung des Bonner Grundgesetzes nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges im Jahr 1949 durch die Verankerung der Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1.

Art 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

Art 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

In ihrer Kombination bilden diese beiden Bestimmungen auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die von der deutschen Lehre und Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des sogenannten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Neben dieser *verfassungsrechtlichen* Kodifizierung erfuhr der Schutz der Gesamtpersönlichkeit jedoch trotz mehrfacher Bemühungen⁹² keine entsprechende Regelung im *zivilrechtlichen* Bereich. Im BGB und anderen privatrechtlichen Sondergesetzen finden sich zwar einige Sonderbestimmungen, die gewisse Teilbereiche der Persönlichkeit schützen, wie beispielsweise das Namensrecht (§ 12 BGB), das Recht am eigenen Bild (§§ 22, 23 KUG) oder das Urheberpersönlichkeitsrecht (§§ 12 ff dUrHG), daneben gibt es aber keine allgemeine, die Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit schützende Norm.

Diese Tatsache führt zu der Überlegung, welche Wirkung nun die oben erwähnten verfassungsrechtlichen Grundsätze im Bereich des Privatrechts entfalten. Hält man sich vor Augen, dass sich in jenen Fällen, welche diese Arbeit aufgreifen möchte, immer die

⁹¹ Vgl. Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 86.

⁹² Vgl. die Gesetzesvorschläge der Jahre 1959, 1967, 1981 und 1990. Dargestellt ua bei Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 3 ff; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 166 ff.

widerstreitenden Interessen zweier oder mehrerer Privatpersonen gegenüber stehen, die sich zur Durchsetzung ihrer Ansprüche vor den Zivilgerichten ja auf zivilrechtliche Normen stützen müssen, ist eine Klärung dieser Frage unausweichlich.

3. *Schutzwirkungen der Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG*

3.1. Ausgestaltung als klassisches Abwehrrecht

Zum einen dient das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Abwehr staatlicher Eingriffe und damit der Gewährleistung eines staatsfreien Raums. Dieser Schutz wirkt allerdings nicht absolut, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung und daher einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt. Hoheitsakte zu Lasten des Persönlichkeitsrechtes sind zwar möglich, bedürfen allerdings einer besonderen Ermächtigungsgrundlage. Sämtliche Akte der öffentlichen Gewalt, seien es legislative, exekutive oder judizielle, die eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes darstellen würden, dürfen nur dann ergehen, wenn sie im Rahmen der Verfassung als notwendig und verhältnismäßig erachtet werden.⁹³ Der Erlass derartiger Gesetze und Einzelakte ist demnach an das Vorhandensein einer entsprechenden rechtfertigenden Norm gebunden. Auf der Ebene der Rechtsanwendung wiederum haben Gerichte und sonstige Behörden das allgemeine Persönlichkeitsrecht und etwaige andere, kollidierende Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen.⁹⁴

3.2. Auslösen staatlicher Schutzpflichten

Da Persönlichkeitsbeeinträchtigungen nicht nur von hoheitlicher, sondern auch von dritter Seite ausgehen können, trifft den Staat auch die Pflicht, derartigen Beeinträchtigungen durch entsprechende Schutzvorschriften entgegenzuwirken. Hier ist insbesondere der Gesetzgeber aufgerufen, geeignete Abwehrmechanismen einzurichten.⁹⁵ Auf der Normanwendungsebene sind diese durch eine grundrechtskonforme Auslegung effizient

⁹³ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 132; *Kube*, Persönlichkeitsrecht (2009) 110-113.

⁹⁴ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 134.

⁹⁵ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 135; *Kube*, Persönlichkeitsrecht (2009) 117.

einzusetzen, beziehungsweise dort, wo entsprechende Schutzvorschriften fehlen, im Wege der Lückenfüllung zu ergänzen und auszubauen.⁹⁶

3.3. Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung

Die Berufung auf die verfassungsmäßigen Grundrechte ist für den Einzelnen also jedenfalls bei Verletzung durch staatliche Hoheitsakte möglich. Geht die Persönlichkeitsbeeinträchtigung allerdings von dritter Seite aus, bedürfte es einer – in Umsetzung der verfassungsrechtlichen Garantien geschaffenen – eigenen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage. Eine *unmittelbare* Bindung der Privatrechtssubjekte durch die Grundrechte wird demnach abgelehnt.⁹⁷ Begründet wird dies unter anderem damit, dass die „Rechtsbeziehungen des einzelnen zum Staat [...] in ihrem Wesen weitgehend verschieden von denen des einzelnen zum Mitmenschen [seien], vor allem deshalb, weil dieser ebenfalls Träger der Grundrechte ist.“⁹⁸ Dies schließt jedoch eine Wirkung der Grundrechte auf private Rechtsverhältnisse nicht gänzlich aus. Vielmehr wird eine solche als sogenannte *mittelbare Drittwirkung* mehrheitlich anerkannt. Nach dieser Lehre sind die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden, vom Verfassungsgesetzgeber als maßgeblich festgelegten Wertentscheidungen bei der Anwendung des einfachen Rechts zu beachten.⁹⁹ Maßgebliche Bedeutung für die Entwicklung dieser Lehre hatte das sogenannte „Lüth“-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁰, welchem folgende Feststellung entnommen werden kann:

„Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche

⁹⁶ Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 22.

⁹⁷ Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 18, 29;

⁹⁸ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 111.

⁹⁹ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 138; *Kube*, Persönlichkeitsrecht (2009) 118; *Jarass*, Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz (1989) 862.

¹⁰⁰ BVerfGE 7, 198; Vgl. ua *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 138; *Kube*, Persönlichkeitsrecht (2009) 119; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 110; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 28.

Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹⁰¹

Schutzwirkungs- und Drittwirkungsdogmatik sind somit eng miteinander verknüpft. „Versäumt der Gesetzgeber [...] seine Schutzpflicht oder erfüllt er sie lediglich durch die Schaffung von Generalklauseln, dann ist die Rechtsprechung gefordert, ihrer Schutzaufgabe nachzukommen“¹⁰².

3.4. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung

Im „Lüth“-Urteil führte das BVerfG des Weiteren aus, dass die grundrechtlichen Wertmaßstäbe vor allem über die Generalklauseln des Zivilrechts auf dieses einwirken würden.¹⁰³ Im Fall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts war genau dieser Weg von der Rechtsprechung bereits 1954 in der sogenannten „Leserbrief“-Entscheidung gewählt und der Einfluss der Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG auf das Privatrecht über die Generalklausel des § 823 BGB hergeleitet worden. In diesem Urteil skizzierte der deutsche BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht erstmals als ein „privates, von jedermann zu achtendes Recht“¹⁰⁴ und erkannte es als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB an, welcher die maßgebliche Norm für zivilrechtliche Schadenersatzansprüche darstellt.¹⁰⁵ Diese Rechtsprechung wurde in der Folge vom BVerfG anerkannt¹⁰⁶ und damit die durch wissenschaftliche Lehre und richterliche Rechtsfortbildung geschaffene Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in die Zivilrechtsdogmatik aufgenommen.¹⁰⁷

¹⁰¹ BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁰² *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 22.

¹⁰³ BVerfGE 7, 198 (206).

¹⁰⁴ BVerfGE 13, 334 (338).

¹⁰⁵ § 823 (1) BGB Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

¹⁰⁶ Maßgeblich hier die sogenannte „Soraya“-Entscheidung (BVerfGE 34, 269).

¹⁰⁷ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 109; *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 143 ff; *Burkhardt*, Persönlichkeitsrecht (2003) 138.

Mitunter wird eine Unterscheidung zwischen verfassungsrechtlichem und zivilrechtlichem Persönlichkeitsrecht vorgenommen, gleichzeitig aber darauf hingewiesen, dass die Reichweite des Schutzes der beiden Rechte jedoch „häufig ähnlich“ ausfalle [*Schiemann*, Persönlichkeitsrechtsverletzung contra Kunstfreiheit (2010) 31]. Um größere Verwirrungen auszuschließen möchte ich darauf hinweisen, dass der Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in dieser Arbeit auf die verfassungsrechtliche Rechtsfigur bezogen ist.

4. *Sachlicher Schutzbereich*

Wenn sich nun die Herleitung der dogmatischen Grundlagen der Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als nicht ganz einfach erwiesen hat, so verhält es sich mit der Umschreibung ihres Schutzbereiches nicht anders. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der Begriff der „Persönlichkeit“ an sich schon schwer zu fassen ist, er sich darüber hinaus einer rechtlichen Definition aber zu entziehen scheint. Einer der wichtigsten Wegbereiter der Konstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, *Heinrich Hubmann*, erklärt dies damit, dass Persönlichkeit und Recht in vieler Hinsicht Gegensätze darstellen würden.¹⁰⁸ Vor allem der individuelle, immaterielle und dynamische Charakter der Persönlichkeit erschwert die Herausarbeitung einer allgemeinen, typisierten Norm, die ihrem Schutz gerecht werden kann. Dadurch, dass diese Rechtsfigur „nicht dem Erhalt sinnlich wahrnehmbarer Güter, sondern der Wahrung immaterieller Interessen“¹⁰⁹ dient, welche darüber hinaus von Person zu Person höchst unterschiedlich sein können, ist eine genauere Abgrenzung eines Schutzbereichs besonders schwierig.

Neben den bereits erwähnten „besonderen Persönlichkeitsrechten“, wie dem Namensrecht oder dem Recht am eigenen Bild, welche eine gesonderte gesetzliche Behandlung und auch Definition erfahren haben, scheint das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Art Auffangtatbestand darzustellen.¹¹⁰ Dies kann auch der Formulierung des BVerfG in der „Eppler“-Entscheidung entnommen werden, in der es die Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Gewährleistung der „engeren persönlichen Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen“¹¹¹, umschreibt. Eine genauere Erläuterung des Inhalts der „engeren persönlichen Lebenssphäre“ enthält diese Entscheidung zwar nicht, dafür aber eine Aufzählung verschiedener Persönlichkeitsbereiche, welche in der bisherigen Rechtsprechung als Unterfälle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen wurden.

¹⁰⁸ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 68, 69.

¹⁰⁹ *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 151.

¹¹⁰ Vgl. *Kube*, Persönlichkeitsrecht (2009) 94; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 129, 130; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich (1997) 74.

¹¹¹ BVerfGE 54, 148 (153).

Dabei handelt es sich weitgehend um jene Fallgruppen, welcher man sich auch in der Lehre bedient, um dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Konturen zu verleihen.

4.1. Fallgruppen

Da besagte Fallgruppenbildung nicht einheitlich erfolgt und eine umfassende Darstellung zum Zweck dieser Arbeit auch nicht notwendig ist, beschränke ich mich auf eine grobe Einteilung in zwei Gruppen.

a) Schutz der Privatheit vor der Öffentlichkeit

Sowohl in Bezug auf Eingriffe von staatlicher Seite, als auch auf jene durch andere Privatpersonen, geht es zum einen darum, einen „abgeschirmten Bereich privater Lebensgestaltung“¹¹² zu schaffen, in den sich der Einzelne zurückziehen kann, in dem er „in Ruhe gelassen“ wird und „ein Recht auf Einsamkeit genießt“¹¹³. Ein Eindringen in diesen Bereich wäre beispielsweise denkbar durch die Installation von Abhöreinrichtungen oder Videoaufzeichnungen, heimliches Fotografieren oder simple Ausforschung des Aufenthaltsortes, gleichfalls aber auch die Herausforderung bestimmter Daten und personenbezogener Informationen.¹¹⁴

b) Schutz der Individualität in der Öffentlichkeit

Anders als beim oben beschriebenen Schutz der privaten Integrität, geht es in der anderen Richtung um das Recht auf Selbstbestimmung¹¹⁵ und den Schutz der sozialen Identität, also um die Wahl der Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit. Demnach soll es jeder Person selbst überlassen sein, ob und wie sie sich öffentlich präsentiert und welches Bild sie von

¹¹² Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 95.

¹¹³ BVerfGE 27, 1 (6).

¹¹⁴ Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 96.

¹¹⁵ Von manchen wird in diesem Zusammenhang der Begriff des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gebraucht [Vgl. Frey, Romanfigur wider Willen (2008) 81; Senn, Satire und Persönlichkeitsschutz (1998) 135], welchen ich allerdings auf die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten beschränken und damit nicht unbedingt dem hier besprochenen Thema zuordnen würde. Vgl. Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 145; Jarass, Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz (1989) 858.

sich vermittelt. Gleichzeitig umfasst dies auch das Recht darüber zu entscheiden, ob und inwieweit andere an dieser Darstellung mitwirken dürfen.¹¹⁶ Jede eigenmächtige Abbildung einer Person, jede Veröffentlichung persönlicher Schriftstücke oder die Verbreitung mündlicher Aussagen, die Veränderung des Wortlauts einer solchen, unwahre Behauptungen oder die Preisgabe intimer Geheimnisse trägt zur Vermittlung des Persönlichkeitsbildes in der Öffentlichkeit bei, weshalb die Entscheidungsmacht über derartige Handlungen bei jener Person liegen muss, die im Zentrum dieser Darstellung steht. In der Rechtsprechung wurde diese Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes erstmals in der „Lebach“-Entscheidung aufgegriffen.¹¹⁷ Der treffende rechtliche Terminus für diese Schutzrichtung ist das *Recht am eigenen Lebens- und Charakterbild*.¹¹⁸ Eine derartige Verwendung des Lebensbildes erfordert keine umfassende biographische Aufarbeitung, sondern liegt bereits dann vor, wenn „wesentliche, das Lebensbild prägende Sachverhalte“¹¹⁹ verarbeitet werden. Hier geht es vor allem um den Wunsch, *jedwede* öffentliche Erörterung persönlicher Belange selbst zu bestimmen und eine eigenmächtige Wiedergabe durch andere auszuschließen, egal ob diese positiver, neutraler oder negativer Natur ist. In gesteigerter Form richtet sich der *Identitätsschutz* als weiterer Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen die Verfälschung des Persönlichkeitsbildes, also gegen unwahre oder entstellende Darstellungen.¹²⁰ Dieser ist wiederum eng mit Verletzungen der Ehre und des guten Rufs verbunden, weshalb unter Umständen auch andere (zB strafrechtliche) Normen von Bedeutung sein können. Allerdings darf daraus nicht der fälschliche Schluss gezogen werden, dass man einen Anspruch darauf hätte, nur „seinem subjektiv empfundenen (Wunsch-) Selbstbild gemäß in der Öffentlichkeit dargestellt zu werden“¹²¹. Geschützt ist nicht das idealisierte Lebensbild, sondern das tatsächliche.

Das wesentliche Kriterium in diesem Zusammenhang ist die bereits oben unter 1.4. beschriebene Erkennbarkeit der dargestellten Person. Sobald „der Rezipient davon

¹¹⁶ Vgl. Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 97, Jarass, Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz (1989) 858; Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 167 ff; Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 147.

¹¹⁷ BVerfGE 35, 202.

¹¹⁸ Vgl. Frey, Romanfigur wider Willen (2008) 82, Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 274.

¹¹⁹ Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 374.

¹²⁰ Vgl. Frey, Romanfigur wider Willen (2008) 84; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 424; Senn, Satire und Persönlichkeitsschutz (1998) 133.

¹²¹ Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 168.

ausgehen muß, ihm werde ein wirkliches Lebens- oder Charakterbild dargeboten“¹²², und es ihm ohne größeren Aufwand möglich ist, eine Verknüpfung mit einer Person des realen Lebens herzustellen, verwirklicht sich der Schutzzweck des Selbstdarstellungsrechts.¹²³ Dieser Aspekt des Persönlichkeitsschutzes erfüllt damit einen ähnlichen Schutzzweck, wie er durch das Recht am eigenen Bild (§§ 22, 23 KUG) gewährleistet wird, weshalb von einigen auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf die Fälle von Verletzungen des Rechts am eigenen Lebensbild vorgeschlagen wird.¹²⁴ Interessant ist dieser Gedanke vor allem deshalb, als sich in diesen Bestimmungen konkretere gesetzliche Wertungen in Bezug auf einen Konflikt des Persönlichkeitsrechts mit der Kunstfreiheit und damit nützliche Anhaltspunkte für eine Abwägung dieser beiden Grundrechte finden. Nach § 23 Abs 4 KUG sind nämlich Abbildungen, deren Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dienen, vom Einwilligungserfordernis ausgenommen. Es ist eine Überlegung wert, diese zur Entstehungszeit des Gesetzes (1909) für Zeichnungen und Gemälde gedachte Privilegierung im übertragenen Sinn auch auf den Lebensbildschutz anzuwenden.

Genau dieser Persönlichkeitsbereich hat besonders im Verhältnis privater Grundrechtsträger untereinander Bedeutung und stellt auch den Kernbereich der in dieser Arbeit behandelten Problematik dar. Denn neben journalistischen Berichterstattungen und einfachen privaten, aber öffentlich ausgetragenen Meinungsverschiedenheiten, bietet hier vor allem die ungewollte Verarbeitung persönlicher Informationen in Form von künstlerischen Werken eine große Reibungsfläche. Die Verwendung bestimmter Charakterzüge einer Person bei der Schaffung einer (fiktiven) Romanfigur scheint ein geradezu perfektes Beispiel für einen Eingriff in die Verfügungsmacht über das eigene Lebensbild zu sein. An dieser Stelle sei jedoch nochmals betont, dass sich die Prüfung einer etwaigen Persönlichkeitsrechtsverletzung durch literarische Werke anders gestalten muss, als beispielsweise bei Presseberichten, zu denen ein gewichtiger Unterschied besteht. Durch den in letzterem Falle anzunehmenden Wahrheitsanspruch gestaltet sich eine Verarbeitung realer Tatsachen in den Medien notgedrungen anders als bei der

¹²² Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 148.

¹²³ Vgl. Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 148;

¹²⁴ Siehe dazu die Ausführungen von Frey, Romanfigur wider Willen (2008) 92 sowie v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 93-102.

Verarbeitung mit künstlerischen Mitteln. Dies führt nun weiter zu der Frage, wann überhaupt ein Eingriff in den Persönlichkeitsbereich vorliegt, ob er unter Umständen gerechtfertigt sein kann und wann eine Verletzung derart gravierend ist, dass dem Schutz der Persönlichkeit der Vorzug zu geben ist.

4.2. Sphärentheorie

In Ergänzung der Fallgruppenbildung eignet sich die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte sogenannte Sphärentheorie zwar nicht zur Abgrenzung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dient aber der Feststellung, ob ein Eingriff in den Persönlichkeitsbereich vorliegt und wie schwer dieser wiegt.

Auch in dieser Hinsicht nahm *Heinrich Hubmann* eine Vorreiterrolle ein, indem er als erster eine Abgrenzung dreier unterschiedlicher Sphären vornahm. Seine Theorie wurde in der Folge von anderen Rechtsgelehrten, aber auch von der Rechtsprechung weiterentwickelt, wobei es zwar an einer einheitlichen Terminologie mangelt, die inhaltliche Umschreibung jedoch immer demselben Muster folgt. Der in der Rechtsprechung mehrheitlich verwendeten Terminologie folgend, können demnach *Sozialsphäre*, *Privatsphäre* und *Intimsphäre* unterschieden werden.

Die *Sozialsphäre* liegt räumlich gesehen in der Öffentlichkeit und bietet dem Einzelnen innerhalb dieser Schutz seiner Individualität. Auch bei Verlassen des privaten Raums muss es möglich sein, Interventionen anderer nicht uneingeschränkt ausgesetzt zu sein. Die potentielle Wahrnehmbarkeit durch andere bedeutet noch nicht, dass man sich diesen bewusst zuwenden möchte.¹²⁵ Die Sozialsphäre gewährt quasi einen Rückzugsbereich im öffentlichen Raum, der allerdings gerade durch die allgemeine Zugänglichkeit und somit das gleichsamer Aufeinanderprallen der Sphären verschiedener Personen nur stark begrenzt sein kann. Aus diesem Grund bietet dieser äußere Kreis auch den geringsten Schutz, beziehungsweise auf der Gegenseite die niedrigsten Rechtfertigungsanforderungen.¹²⁶

Die *Privatsphäre* beschreibt demgegenüber jenen Bereich, zu dem nur ausgewählte Personen Zugang haben (sollen). Die sich dort abspielenden Vorgänge und getätigten

¹²⁵ Vgl. *Burkhardt*, Persönlichkeitsrecht (2003) 170.

¹²⁶ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 160.

Äußerungen sollen auch innerhalb dieses Personenkreises verbleiben. Räumlich gesehen handelt es sich vor allem um den häuslichen und familiären Bereich, jedoch sind auch andere Örtlichkeiten eingebunden, soweit sie eine Abschirmung von der Öffentlichkeit erlauben und diese Möglichkeit bewusst genutzt wird.¹²⁷ Simpel ausgedrückt geht es hier um jene Belange, die niemanden außer die Betroffenen oder Eingeweihten etwas angehen. Die Schutzintensität dieser Sphäre geht zwar über jene der Sozialsphäre hinaus, verbietet allerdings nicht jedes Eindringen in diesen Bereich. In bestimmten Fällen kann eine Einschränkung des Schutzanspruches durch ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse erforderlich sein.

Im Gegensatz dazu bietet die *Intimsphäre* einen absolut geschützten Kernbereich, der einer öffentlichen Erörterung generell entzogen ist. Hier genießt der Einzelne somit den stärksten Schutz gegenüber Eingriffen von dritter Seite. In diesen Kreis werden Angelegenheiten von höchster Sensibilität eingeordnet, wie beispielsweise Vorgänge aus dem Sexualbereich, der Gesundheitszustand sowie körperliche und seelische Gebrechen.¹²⁸ Die Abgrenzung zur *Privatsphäre* ist oft nicht einfach, vor allem scheint die Rechtsprechung eine Zuordnung zum intimsten Kreis durch seinen absoluten Schutzcharakter meist zu scheuen.¹²⁹

4.3. Sozialadäquanz als Schutzobergrenze

Mitunter wird auch eine vierte Sphäre – die *Öffentlichkeitssphäre* – genannt, welche allerdings auf Grund des bewussten Auftretens in einer Weise, die die allgemeine Kenntnisnahme fast erzwingt, von einem gesonderten Schutz ausgenommen ist.¹³⁰ Unter Verzicht auf die Schaffung einer eigenen Sphäre könnte man diesen Bereich auch als jenen beschreiben, in dem etwaige Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich deshalb gerechtfertigt und jedenfalls hinzunehmen sind, weil sie als *sozialadäquat* einzustufen sind. Darunter sind „typische, also stets wiederkehrende Verhaltensweisen“ zu verstehen, „die sich völlig im Rahmen der geschichtlichen Ordnung des Soziallebens bewegen, von zahlreichen

¹²⁷ Vgl. Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 164.

¹²⁸ Vgl. Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 161.

¹²⁹ Vgl. Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 158.

¹³⁰ Vgl. Burkhardt, Persönlichkeitsrecht (2003) 172.

Menschen verwirklicht und für fraglos rechtens gehalten werden.“¹³¹ Der Mensch ist als Teil der Gesellschaft notgedrungen untrennbar mit dieser verbunden und kann in ihr nicht existieren, ohne dabei mit anderen in Berührung zu kommen. Die fortschreitende soziale Vernetzung lässt auch nicht vermuten, dass es in Zukunft einfacher wird, sich individuelle Rückzugsbereiche zu schaffen. Alle müssen sich demnach „Beschränkungen ihrer Interessen gefallen lassen, die sich aus den Erfordernissen des Zusammenlebens nach unserer Kulturauffassung ergeben.“¹³²

Aus derartigen Beeinträchtigungen sind keine Rechtsfolgen ableitbar, das Recht ist somit einer „sozialen Bindung“¹³³ unterworfen. So wie die Gesellschaft ein umfassendes rechtliches Regelsystem benötigt, um funktionieren zu können, benötigt sie auch einen rechtsfreien Raum, in dem rechtliche Normen solange nicht ins Spiel kommen, solange eine gewisse Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten wird. Jede andere Handhabung gesellschaftsbedingter Reibungen würde einerseits auf eine „Bagatellisierung des Rechts“¹³⁴ und eine unverhältnismäßige Belastung des Rechtsapparates hinauslaufen, andererseits aber auch das Ziel der größtmöglichen Freiheit des Einzelnen verfehlen. Der unbegrenzte Schutz individueller Interessen würde in entgegengesetzter Richtung zugleich die unbegrenzte Beschränkung derselben Interessen bedeuten.

4.4. Güter- und Interessenabwägung

Die unscharfen Konturen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erschweren die Subsumierung eines Sachverhalts unter dessen Schutzbereich und führen in der Praxis dazu, dass das Problem der Lösung von Konflikten mit anderen Grundrechten in Einzelfallentscheidungen hier noch verschärft ist, weil präzise gesetzliche Vorgaben fehlen. Die beschriebene Bildung von Fallgruppen und die Sphärentheorie stellen hierbei Orientierungshilfen für die Entscheidungsträger dar, bieten aber bei weitem nicht jenes Grundgerüst, das durch einschlägige Normen sichergestellt wäre. Diese Handhabung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht und die Abwälzung der Wahrnehmung

¹³¹ Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 158.

¹³² Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 158.

¹³³ Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 158.

¹³⁴ Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 161.

der staatlichen Schutzpflichten rein auf die Rechtsprechung stehen auch immer wieder im Mittelpunkt der Kritik.¹³⁵

Gegen eine abschließende gesetzliche Festschreibung wird oft argumentiert, dass das Persönlichkeitsrecht stets einer fortlaufenden Entwicklung ausgesetzt sei und dieser nur als „dynamisches Recht“ gerecht werden könne.¹³⁶

Die praktische Beurteilung von Grundrechtskonflikten erfordert daher eine fallspezifische Interessenabwägung. Da sich die Rechtsprechung bei der Einordnung von Angelegenheiten in die Intimsphäre, deren Verletzung als Eingriff in den absolut geschützten Bereich eine Güterabwägung a priori ausschließen würde, eher restriktiv zeigt, wird beim Großteil der von Gerichten zu entscheidenden Kollisionsfälle die potentielle Beeinträchtigung der Privatsphäre untersucht und eine derartige Abwägung vorgenommen.

Demnach sind die widerstreitenden Grundrechte in „einen möglichst schonenden Ausgleich zueinander zu bringen“¹³⁷, was auch als Herstellung einer sogenannten „praktischen Konkordanz“¹³⁸ bezeichnet wird.

Der Darstellung von *Baston-Vogt* folgend, liegt es nahe, in einem ersten Schritt zunächst zu prüfen, ob das eingewendete Persönlichkeitsinteresse eine Zuordnung unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht erlaubt. Wird dies bejaht, ist in einem zweiten Schritt die Intensität des Eingriffs durch die Ausübung des kollidierenden Grundrechts zu prüfen und unter Berücksichtigung aller Umstände das Überwiegen eines der in Konflikt stehenden Interessen festzustellen.¹³⁹ Hierbei sollte jedoch das zurückweichende Grundrecht betreffend, das Prinzip des schonendsten Mittels Beachtung finden.¹⁴⁰ Für den Fall, dass ein eindeutiges Überwiegen eines Grundrechts nicht festgestellt werden kann, haben die widerstreitenden Interessen unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gleichermaßen zurückzuweichen.¹⁴¹

¹³⁵ Ahrens, Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung (2002) 30.

¹³⁶ Ahrens, Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung (2002) 30.

¹³⁷ Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 233.

¹³⁸ Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 233; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 70; Ahrens, Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung (2002) 39.

¹³⁹ Vgl. Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 156.

¹⁴⁰ Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 170.

¹⁴¹ Vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht (1967) 169.

In Zusammenhang mit der Sphärentheorie hat die neuere Rechtsprechung für derartige Abwägungsfragen die sogenannte „Je-desto“-Formel entwickelt. „Der grundrechtliche Schutz ist danach umso intensiver, je stärker die Intimsphäre des Betroffenen berührt ist.“¹⁴² Wie später im Zuge der Darstellung der „Esra“-Entscheidung noch gezeigt werden wird, ist diese Formel immer auf den jeweiligen Sachverhalt übertragbar. In Bezug auf die Romanverbotsverfahren verweise ich daher an dieser Stelle auf die späteren Erläuterungen zu der Entscheidung des BVerfG.

4.5. Einwilligung

Die ausführliche Abwägung der Interessen entfällt vor allem dann, wenn festgestellt werden kann, dass die betroffene Person dem Eingriff freiwillig zugestimmt hat. Als Ausprägung ihres Selbstbestimmungsrechts schließt ihre Einwilligung somit die Berufung auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes aus. Im Unterschied zur rechtfertigenden Einwilligung ist darunter aber kein Verzicht auf Rechtsschutz zu verstehen, sondern diese Form der (tatbestandsausschließenden) Einwilligung vielmehr als Ausdruck ihres Rechts auf Selbstbestimmung und damit als Inanspruchnahme ihres Persönlichkeitsschutzes zu interpretieren.¹⁴³ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass eine Einwilligung immer auf den konkreten Fall zu beziehen ist und ein allgemeiner Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht nicht wirksam ist.¹⁴⁴

5. Träger des Grundrechts

Der Grundrechtsschutz der Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG ist auf noch lebende natürliche Personen (bzw noch existente juristische Personen) zugeschnitten. Diesbezüglich spielt die noch ausführlich zu besprechende „Mephisto“-Entscheidung eine bedeutsame Rolle, weil das BVerfG hier einen *postmortalen Persönlichkeitsschutz* abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgelehnt hat. Demnach sei „die Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tode [...] zu verneinen, weil Träger dieses Grundrechts

¹⁴² Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 113.

¹⁴³ Vgl. Baston-Vögt, Der sachliche Schutzbereich (1997) 225/226.

¹⁴⁴ Vgl. Di Fabio, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 228.

nur die lebende Person“¹⁴⁵ sei. Eine Berufung der hinterbliebenen Angehörigen auf Art 2 Abs 1 GG ist daher ausgeschlossen, da diese Bestimmung „die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar“¹⁴⁶ voraussetzt. Darüber hinaus bejahte das BVerfG jedoch die Möglichkeit der Berufung allein auf Art 1 Abs 1 GG zum Schutz der Menschenwürde und zur Wahrung des Andenkens einer verstorbenen Person. Der Mensch dürfe „in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode [nicht] herabgewürdigt und erniedrigt werden“¹⁴⁷. In der Folge wurde dieses Erkenntnis vor allem vom deutschen BGH dahingehend interpretiert, dass das fortwirkende Lebensbild einer Person auch über ihren Tod hinaus gegen grob ehrverletzende Beeinträchtigungen geschützt werde. In besonders schweren Fällen ist daher ein Rückgriff auf den Schutz der Menschenwürde möglich, um einen hinreichenden Persönlichkeitsschutz zu wahren.¹⁴⁸

5.1. Personen der Zeitgeschichte und Prominenz

Personen, welche in gesteigertem Maße, sei es freiwillig oder notgedrungen, in der Öffentlichkeit stehen, sind dieser zwar nicht schutzlos ausgeliefert, jedoch ist ihr Anonymitätsschutz regelmäßig eingeschränkt, da in ihrem Fall der Publizitätsbezug wesentlich ausgeprägter ist.¹⁴⁹

Bei Personen, welche eine gewisse zeitgeschichtliche Bedeutung haben, kann dies damit begründet werden, dass sie an Ereignissen mitwirken, „an denen die Öffentlichkeit nicht lediglich ein Sensations- oder Unterhaltungsinteresse, sondern ein berechtigtes, wenn auch nur vorübergehendes Informationsinteresse hat.“¹⁵⁰ Personen, die ihr Privatleben freiwillig in der Öffentlichkeit ausbreiten, bezahlen auf diese Art den Preis für ihre Prominenz.¹⁵¹

¹⁴⁵ BerfGE 30, 173 (194).

¹⁴⁶ BerfGE 30, 173 (194).

¹⁴⁷ BVerfGE 30, 173 (194).

¹⁴⁸ Vgl. *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 226.

¹⁴⁹ *Ahrens*, Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung (2002) 60.

¹⁵⁰ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 299.

¹⁵¹ Vgl. *Burkhardt*, Persönlichkeitsrecht (2003) 159; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht (1967) 168; *Di Fabio*, Persönlichkeitsrecht (2010) Rn 237.

In Anlehnung an die Judikatur des EGMR wird eine derartige Abstufung des Persönlichkeitsschutzes zumindest in der jüngeren Rechtsprechung der deutschen Gerichte jedoch eher restriktiv gehandhabt.¹⁵² Demnach wird der Ansicht gefolgt, dass „jedem Menschen ungeachtet seiner sozialen Rolle Schutz der geistigen Integrität“¹⁵³ zusteht und allein im Zuge der Abwägung Beachtung finden soll, inwieweit ein Thema von öffentlichem oder rein privatem Interesse zur Diskussion steht.

6. *Besonderes Spannungsverhältnis mit Art 5 GG*

Jene Grundrechte, welche in der Praxis besonders häufig in Konflikt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geraten, sind die durch Art 5 GG gewährleisteten Freiheitsrechte, demzufolge die Meinungs- und Pressefreiheit (Art 5 Abs 1) und die Freiheit der Kunst (Art 5 Abs 3).

Im Folgenden soll nun das besondere Spannungsverhältnis mit der Kunstfreiheit als jener Grundrechtsposition erörtert werden, welche dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gegenübersteht, wenn eine Person ihre Darstellung in einem literarischen Werk als Eingriff in ihren höchstpersönlichen Lebensbereich empfindet.

¹⁵² Vgl. Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 116.

¹⁵³ Kube, Persönlichkeitsrecht (2009) 116.

III. Kollisionen des Persönlichkeitsrechts mit der Kunstfreiheit

„Die Geschichte richterlicher Bemühungen um die Kunst ist eine Geschichte richterlicher Blamagen.“

Josef Isensee

1. *Verfassungsrechtliche Verankerung der Kunstfreiheit im deutschen Recht*

In wörtlicher Anlehnung an die ursprüngliche Formulierung in der Weimarer Reichsverfassung (Art 142 Satz 1), wurde die Kunstfreiheit nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges auf gesamtstaatlicher Ebene in Art 5 Abs 3 Satz 1 des GG erneut verfassungsrechtlich verankert.

Art 5 (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. [...]

Im Gegensatz zu ihrer Vorgängernorm wurde die Kunstfreiheit im GG systematisch jedoch den Grundrechten der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit (Art 5 Abs 1) angeschlossen. Dies ist insofern konsequent, als es sich bei den nunmehr in Art 5 zusammengefassten Freiheitsgarantien allesamt um *Kommunikationsgrundrechte* handelt.¹⁵⁴ Auf der anderen Seite ist genau diese systematische Gliederung Gegenstand heftiger Kontroversen, wenn es um die in Art 5 Abs 2 geregelten Schrankenvorbehalte und deren Geltung auch für den nachfolgenden Abs 3 geht. Nähere Ausführungen dazu unten.

Die überaus offene Formulierung des Grundrechts lässt zum einen Spielraum für Spekulationen, inwieweit der verheerende Umgang mit Kunst im Nationalsozialismus bei der Ausarbeitung des GG eine Rolle gespielt haben könnte.¹⁵⁵ Diese Auslegung wird in der Literatur von vielen bejaht.¹⁵⁶ Zum anderen bedeutet diese Wortwahl aber vor allem eines: einen sehr weiten Interpretationsspielraum.

¹⁵⁴ Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 13.

¹⁵⁵ Vgl. *Würkner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 38.

¹⁵⁶ Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 108.

In den 1960er Jahren widmeten sich einige wissenschaftliche Arbeiten der rechtlichen Auslegung der Kunstfreiheit. Die Vorschläge reichten von einer Interpretation als rein objektiv-rechtlicher Freiheitsgarantie, die keine individuelle Komponente und damit keinerlei Privilegierung der Kunst beinhalte¹⁵⁷ bis zur Vertretung eines rein formalen Kunstbegriffs in Anknüpfung an bestimmte Werktypen¹⁵⁸. Viele dieser Theorien wurden in der Folge von anderen Autoren aufgegriffen und weiterentwickelt, fanden jedoch vor allem auch Eingang in die Rechtsprechung. An diese – vor allem die Höchstgerichte – wurde der Kelch im Grunde auch weitergegeben. Sie sollten sich in der Folge darum bemühen, „dem Grundrecht aus Art 5 III 1 GG unter sorgfältiger Abschichtung der in Einzelfällen aufgeworfenen Probleme justitiable Konturen zu verschaffen.“¹⁵⁹

Die wenigen Entscheidungen der 1950er und 1960er Jahre – darunter das erste höchstrichterliche Judikat zu Art 5 III 1 GG, gefällt vom BVerwG zum sogenannten „Sünderin“-Fall¹⁶⁰ – zeigten zunächst zwar eine eher liberale Tendenz, vermieden aber noch weitgehend, auf Fragen zu Definitionskompetenz, Auslegung des Schutzbereichs – mithin Auslegung des Kunstbegriffs und Formulierung eines (verfassungs-)rechtlichen Pendants, sowie Schrankenziehung umfassend einzugehen.¹⁶¹ Vor allem das BVerfG sollte sich dann aber als „primärer Kunstfreiheitsinterpret“¹⁶² in gesteigertem Maße mit der Ausarbeitung eines verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs befassen.

Erstmals war es intensiv mit dieser Thematik befasst, als die *Nymphenburger Verlagshandlung* gegen die Urteile des OLG Hamburg und des BGH in der Rechtssache „Mephisto“ Verfassungsbeschwerde erhob. Diese Entscheidung bildet den Ausgangspunkt der in Wissenschaft und Praxis geführten Diskussionen rund um Inhalt und Grenzen des Grundrechts auf Kunstfreiheit, da hier erstmals von höchstrichterlicher Seite deutliche Aussagen getroffen und Prinzipien ausformuliert wurden. Sämtliche nachfolgenden

¹⁵⁷ So beispielsweise die Hauptaussage der Dissertation von *W. Knies*, *Schranken der Kunstfreiheit*, zit n *Frey*, *Romanfigur wider Willen* (2008) 121.

¹⁵⁸ So zu finden bei *F. Müller*, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, zit n *Frey*, *Romanfigur wider Willen* (2008) 121.

¹⁵⁹ *Henschel*, *Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfGE* (1990) 1937.

¹⁶⁰ BVerwGE 1, 303.

¹⁶¹ Vgl. *Würkner*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst* (1994) 39-45.

¹⁶² *Würkner*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst* (1994) 6.

Theorien führen zu ihr zurück und bauen auf sie auf. In logischer Konsequenz folgt daher an dieser Stelle die Aufarbeitung des Falles „Mephisto“.

2. Der Fall „Mephisto“

Da es meines Erachtens für meine nachfolgenden Erörterungen der gerichtlichen Auseinandersetzung und die Nachvollziehbarkeit meiner Kritik unerlässlich ist, die Vorgeschichte des Falles zu kennen, möchte ich diesen vor einem Abriss des realen geschichtlichen Hintergrundes aufrollen.

2.1. Die biographische Vorgeschichte

Klaus Mann und *Gustaf Gründgens* lernen einander 1925 kennen. Es entsteht eine Freundschaft, die von der unterschiedlichen Herkunft der beiden jungen Männer geprägt ist. *Klaus Mann*, Sprössling einer angesehenen Literatenfamilie, und der um sieben Jahre ältere *Gründgens*, welcher eher aus kleinbürgerlichen Verhältnissen stammt, verbindet zum einen eine Leidenschaft für Kunst, Literatur und Theater, zum anderen ein außergewöhnlicher Ehrgeiz. *Klaus Mann* notiert schon in jungen Jahren in sein Tagebuch die Worte „Ich muß, muß, *muß* berühmt werden ...!“¹⁶³ Über *Gründgens* dagegen wird gesagt: „Sein unbändiger Ehrgeiz war vom ersten Augenblick an zu erkennen. Auch, daß er notfalls über Leichen gehen würde.“¹⁶⁴

Schon bald arbeiten die beiden mit *Manns* Schwester *Erika* gemeinsame Stücke aus, die unter weiterer Beteiligung der jungen *Pamela Wedekind* auch zur Aufführung gebracht werden. Die Freundschaft erweitert sich zur Verwandtschaft, als *Gustaf Gründgens* und *Erika Mann* 1926 heiraten. Diese Verbindung sollte jedoch ebenso wenig von langer Dauer sein wie die freundschaftliche Beziehung zwischen den beiden Schwagern. Nach mehreren kleineren und größeren Auseinandersetzungen – meist in Zusammenhang mit *Gründgens*

¹⁶³ *Mann*, Der Wendepunkt (1981) 95, zit n *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 7.

¹⁶⁴ *Ebermayer*, Eh' ich's vergesse ... (2005) 157.

verbissenem Wunsch, beruflich voranzukommen¹⁶⁵ – entfernt man sich immer mehr voneinander und geht schließlich getrennter Wege.¹⁶⁶

Während *Klaus Mann* auf gemeinsamen Reisen mit seiner Schwester die Welt erkundet und mehrere Publikationen veröffentlicht, versucht *Gründgens* die deutschen Bühnen zu erobern. Nach anfänglichen Erfolgen als Schauspieler und Regisseur an den Hamburger Kammerspielen, gelingt ihm Ende 1932 am Staatstheater in Berlin der endgültige Durchbruch als *Mephisto* in *Goethes „Faust“*.¹⁶⁷

Parallel dazu findet in Deutschland eine gravierende politische Wende statt. Durch die Machtübernahme der Nationalsozialisten und die Ernennung *Adolf Hitlers* zum Reichskanzler ändern sich unter anderem für kulturell Schaffende die Lebensumstände derart, dass viele schon früh die Heimat verlassen. Einer von ihnen ist *Klaus Mann*, der 1933 gemeinsam mit seiner Schwester *Erika* nach Paris emigriert. Schon zuvor politisch aktiv, verfolgt er kritisch die Vorgänge in Deutschland.¹⁶⁸

Gustaf Gründgens beschreitet anders als viele seiner Künstlerkollegen einen völlig anderen Weg. Obwohl er sich 1933 für Filmaufnahmen viel im Ausland aufhält, entscheidet er sich bewusst für eine Rückkehr nach Deutschland.¹⁶⁹ Als Schauspieler von *Hermann Göring* besonders geschätzt, erklimmt er unter dessen schützender Hand die Karriereleiter und wird 1934 sogar zum Intendanten des Berliner Staatstheaters ernannt.¹⁷⁰ Sein langjähriger Freund, der Schriftsteller *Erich Ebermayer*, der ihm später in seinen Memoiren ein eigenes Kapitel widmet, meint dazu: „Er hatte durchaus begriffen, wie man sich als Künstler in einer Diktatur zu verhalten hat, um an der Spitze zu bleiben.“¹⁷¹

Zwar sieht *Ebermayer* in *Gründgens* auch keinen überzeugten Nationalsozialisten, sondern nur einen Göring-Verehrer, *Gründgens* wahre politische Gesinnung bleibt für ihn aber letztlich weitgehend im Dunkeln. Einerseits nutzt er seine guten Beziehungen zur Spitze

¹⁶⁵ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 41-43.

¹⁶⁶ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 7-25.

¹⁶⁷ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 31.

¹⁶⁸ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 35 ff.

¹⁶⁹ *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 48.

¹⁷⁰ *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 55.

¹⁷¹ *Ebermayer*, Eh' ich's vergesse ... (2005) 184.

des Regimes, um unliebsame Kritiker loszuwerden, andererseits aber auch dazu, um von Verhaftung und Deportation bedrohte Mitglieder seines Ensembles zu schützen.¹⁷²

Das Ende der Freundschaft zwischen *Mann* und *Gründgens* dürfte zwar zunächst nicht politisch motiviert gewesen sein¹⁷³, dennoch spielt die veränderte Gesinnung des Schauspielers, der sich in den Jahren vor dem Regimewechsel noch „linker“ als Erika und Klaus¹⁷⁴ gegeben haben soll, in der Folge eine große Rolle. Nicht nur durch die frühere enge Bekanntschaft, sondern vor allem der auffälligen Skrupellosigkeit wegen, mit der *Gründgens* seine Karriere vorantreibt, zieht er die Aufmerksamkeit seines ehemaligen Freundes über die Grenzen Deutschlands hinweg auf sich.

2.2. G. G. = H. H. = G. G.?

Noch bevor *Klaus Mann* nach Paris emigriert, schreibt er 1932 den Roman „Treffpunkt im Unendlichen“ und schafft in der Figur des *Gregor Gregori* ein Charakterbild, das markante Züge seines ehemaligen Freundes *Gründgens* aufweist. In diesem Roman noch Nebenfigur – ein „Schauspieler und Tänzer, [...] Erfolgsstar und machtbesessene[r] Komödiant“ – bleibt dieser *Gregor Gregori* nicht das einzige literarische Abbild, sondern wird später als Vorläufer für die Hauptfigur eines anderen Romans gesehen, welcher ungleich mehr Aufsehen erregen und zum meistdiskutierten literarischen Werk *Manns* werden sollte: „Mephisto – Roman einer Karriere“.

Neben seiner Tätigkeit als Lektor für den Amsterdamer Exil-Verlag *Querido*, der Mitgestaltung des Kabarett-Programms „Pfeffermühle“ seiner Schwester *Erika* und der Unterstützung antifaschistischer Exilschriften¹⁷⁵, verfasst *Klaus Mann* im Exil zwei weitere Romane, deren Figuren ebenso bekannten Personen aus seinem Umfeld nachempfunden sind. Oft vermischt er auch Charakteristika verschiedener Personen in einer, was darauf hindeutet, dass es ihm nicht primär um die simple Verschlüsselung einer bestimmten Person ging. Auch bei der Arbeit an seinem Roman „Mephisto“ geht er teilweise so vor.¹⁷⁶

¹⁷² Vgl. *Ebermayer*, Eh' ich's vergesse ... (2005) 184.

¹⁷³ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 43.

¹⁷⁴ *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 43.

¹⁷⁵ Beispielsweise die Tarnschrift *Deutsch für Deutsche*, siehe *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 61.

¹⁷⁶ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 74.

Den Anstoß zum Verfassen dieses Romans erhält *Mann* zunächst von dritter Seite. Sein Freund *Hermann Kesten*, Lektor für den zweiten Amsterdamer Exil-Verlag *Allert de Lange*, unterbreitet ihm im November 1935 in einem Brief den Vorschlag, einen Roman über einen „homosexuellen Karrieristen im dritten Reich“¹⁷⁷ zu schreiben und nennt auch namentlich jene Person, die er dabei vor Augen hat. *Mann*, der zunächst noch zögert, beginnt Anfang des darauffolgenden Jahres mit den Entwürfen.

Informationen über das Geschehen in Deutschland holt er sich einerseits aus Zeitungen und Zeitschriften, die ihm auch im Exil durchaus zugänglich sind, andererseits pflegt er – unter Geheimhaltung – auch noch persönliche Kontakte in die alte Heimat.¹⁷⁸

Der Vergleich früher Skizzen mit der späteren Romanfassung zeigt deutlich die Anlehnung an reale Vorbilder, zum Teil aus der Familie des Schriftstellers selbst, wie auch Personen der damaligen Künstlerszene und politische Größen des machthabenden Regimes.¹⁷⁹

Im Mittelpunkt steht der Schauspieler *Hendrik Höfgen*. Erzählt werden dessen schauspielerische Anfänge am Hamburger Künstlertheater, der Durchbruch in Berlin – gefördert vom Ministerpräsidenten, der gesellschaftliche und berufliche Aufstieg bis zum Staatsrat und Generalintendanten der Preußischen Staatstheater, also allesamt biographische Höhepunkte, die sich mit jenen im Leben des *Gustaf Gründgens* decken. Der Roman ist aber vor allem eines: eine Charakterstudie. Akribisch wird ein Persönlichkeitsbild geschaffen, in dessen Zentrum fanatischer Ehrgeiz, erbitterter Perfektionismus und gnadenlose Zielstrebigkeit stehen, alles Eigenschaften, durch die sich das reale Vorbild *Gründgens* auszeichnet. Auch die Schilderung des äußeren Erscheinungsbildes lässt keinen Zweifel daran, wer *Mann* bei der Charakterisierung gedanklich vorschwebte.

„Von Frau Bella hatte Hendrik die lange, gerade, etwas zu fleischige Nase mit den beweglichen Nüstern; den breiten, weichen und sinnlichen Mund; das starke und edle Kinn mit der markanten Kerbe in der Mitte; die weiten, grau-grünen Augen; die hochgewölbten blonden Brauen, von denen der empfindliche Zug zu den Schläfen ging.“¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Hermann Kesten* an *Klaus Mann*. Brief vom 15. 11. 1935, zit. n. *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 67.

¹⁷⁸ Vgl. *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 68-71.

¹⁷⁹ Vgl. *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 72-76.

¹⁸⁰ *Mann*, *Mephisto* (1981) 121, 122.

Dieses präzise Vorgehen bei der Beschreibung beschränkt sich jedoch nicht auf den Protagonisten, auch wichtige Nebenfiguren¹⁸¹ werden sehr detailliert in Szene gesetzt. Dennoch interpretiert man diese Vorgehensweise später nicht als literarisches Stilmittel, sondern sieht darin einen deutlichen Hinweis auf die Absicht des Autors, hiermit ein Porträt seines ehemaligen Freundes schaffen zu wollen.

2.3. Porträt oder Typus?

Das Recht der Erstveröffentlichung erwirbt das deutschsprachige Emigrantenblatt *Pariser Tageszeitung*, welches den Roman am 19. 6. 1936 als „Schlüsselroman“ ankündigt und sich davon gesteigertes Interesse erhofft.¹⁸² *Klaus Mann*, gar nicht erfreut über diese Art der Werbung, wendet sich in einem Brief an die Redaktion:

„'Ein Schlüsselroman'? Wann hätte ein Schriftsteller, der solchen Namen irgend verdient, etwas hervorgebracht, was er mit dieser nicht gerade ehrenvollen Bezeichnung belegt sehen möchte? [...] Bin ich so tief gesunken, Romane um Privatpersonen zu schreiben? [...] Mein Schmerz, mein Zorn, meine Entrüstung haben größere Gegenstände, als ein bestimmter Schauspieler es sein könnte, und sei er selbst zum Intendanten aufgestiegen. [...] Nein, mein Mephisto ist nicht dieser oder jener. In ihm fließen vielerlei 'Züge' zusammen. Hier handelt es sich um kein 'Porträt', sondern um einen symbolischen Typus [...].“¹⁸³

Nicht nur die Wortwahl erinnert hier an den genau 30 Jahre zuvor verfassten Essay seines Vaters. Wie dieser befindet sich nun auch *Klaus Mann* in der Position des Verteidigers. „Verschlüsselung war ein Konzept geworden, das es abzuwehren galt, sollte nicht der Wert des Textes beschädigt werden.“¹⁸⁴ Der Terminus „Schlüsselroman“ ist also mittlerweile stark negativ besetzt und wird oft mit unmoralischen Absichten in Verbindung gebracht.¹⁸⁵ *Klaus Mann* versucht deshalb noch vor Erscheinen der ersten Auflage des Buches, durch einige Korrekturen und Streichungen die vermeintliche Porträtierung noch etwas

¹⁸¹ Beispielsweise jene des *Hans Miklas: Mann, Mephisto* (1981) 44 oder jene des *Geheimrats Bruckner* ebda 114.

¹⁸² *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 89.

¹⁸³ Zit n *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 90.

¹⁸⁴ *Rösch, Clavis Scientiae* (2004) 215.

¹⁸⁵ Vgl. *Rösch, Clavis Scientiae* (2004) 225.

abzuschwächen und fügt dem Roman letztlich noch folgenden Nachsatz hinzu: „Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts.“¹⁸⁶

In einer öffentlichen Selbstanzeige im Zuge der Veröffentlichung betont er wiederholt sein Anliegen, den Typus des Mitläufers darstellen zu wollen und versucht präventiv seine Vorgehensweise zu rechtfertigen.

„Dieses Buch ist *nicht* gegen einen Bestimmten geschrieben; vielmehr: gegen *den* Karrieristen; gegen *den* deutschen Intellektuellen, der den Geist verkauft und verraten hat. [...] Kein Roman kann *nur* polemisch konzipiert sein. Das Epische hat seine eigenen Gesetze. Ich mußte versuchen, einen *Menschen* aus diesem Typus, diesem Symbol Hendrik Höfgen zu machen – einen Menschen von Fleisch und Blut, mit seinen Schwächen, seinen Lächerlichkeiten, Zartheiten, seinen Aufschwüngen und seinen Niederlagen.“¹⁸⁷

Damit spricht er genau den oben erwähnten Effekt der Plausibilität an, welcher schon seinem Vater sehr wichtig war und diesem in gewisser Weise ebenso zum Verhängnis wurde. In Anknüpfung an die oben¹⁸⁸ ausgeführten Mimesistheorien, könnte man auch davon sprechen, dass es durch eine derartige „Vermenschlichung“, wenn nicht erst möglich, so doch zumindest erleichtert wird, das Publikum zu erreichen. Ähnlich der Beschreibung eines tragischen Einzelschicksals kann auch bei der Bearbeitung eines politischen Themas ein weitaus tieferer Eindruck geschaffen werden, wenn eine Person herausgegriffen und um sie herum eine Geschichte aufgebaut wird.

Eindruck macht der Roman bei seinem erstmaligen Erscheinen in Buchform im Amsterdamer *Querido-Verlag* 1936 allemal, viele werden jedoch jenen nicht los, dass den Schriftsteller nicht die besten Absichten bei seiner Arbeit geleitet haben. Spätere Befürworter des Buchverbots werfen *Mann* vor, das Buch aus reinem persönlichen Hass gegen *Gründgens* geschrieben zu haben.¹⁸⁹ Auch sein Kollege *Lion Feuchtwanger* interpretiert das Werk auf diese Weise, ohne jedoch der Figur *Höfgen* den Symbolcharakter abzusprechen:

„Das Buch ist mit Haß geschrieben, aber es ist ein Haß, welcher den dargestellten Menschen und Dingen Dichtigkeit gibt, Haltbarkeit, eine faszinierende

¹⁸⁶ *Mann*, *Mephisto* (1981) 391.

¹⁸⁷ Zit n *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 94, 95.

¹⁸⁸ I. 2.1.

¹⁸⁹ *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 85.

Überwirklichkeit. Der Schauspieler Höfgen ist mehr als ein beliebiger Schauspieler, der sich gegen seinen Geschmack und gegen seine Überzeugung einem schädlichen Regime verkauft, er wird zum Symbol der Eitelkeit und des Arrivismus überhaupt, es ist eine Molièresche Gestalt, lebend von dem schöpferischen Haß des Autors.“¹⁹⁰

Er lässt immerhin dahingestellt, ob dieser „schöpferische Haß“ auf persönliche Gefühle zurückzuführen ist, oder ob es sich dabei um jenes Hassgefühl handelt, das ein Exilliterat einem Künstler gegenüber möglicherweise empfinden könnte, der sich und sein Talent einem faschistischen Regime zur Verfügung stellt. Auch Vertreter dieser Theorie finden sich unter den ersten Rezensenten.¹⁹¹ Die Kritiken fallen insgesamt unterschiedlich aus, manche verkünden ihre Meinung zu dem Roman öffentlich, andere teilen sie dem Autor persönlich in privaten Briefen mit.¹⁹²

Die meisten Frei- und Rezensionsexemplare bleiben im Exil und werden auch dort besprochen. Einer der beiden in Deutschland ansässigen Empfänger ist *Gustaf Gründgens* selbst. Es ist jedoch bis heute nicht klar, ob er das Buch jemals gelesen hat; er selbst verneinte dies zumindest. Auch seine Reaktion auf das Buch bleibt bedeckt, sie dürfte jedoch weniger enthusiastisch ausgefallen sein als in jenem Fall, wo er seinem Freund *Ebermayer* zu einem Buch gratuliert, in dem dieser *Emil und Gussy Jannings* porträtiert: „Die müssen sich grün und blau ärgern! [...] Das haben Sie großartig gemacht!“¹⁹³

2.4. Nach dem Krieg ist vor dem Krieg

In Europa tobt der Zweite Weltkrieg. *Klaus Mann* hält sich größtenteils in Amerika auf, arbeitet unter anderem als Journalist und tritt 1942 nach Erwerb der amerikanischen Staatsbürgerschaft sogar in die US-Armee ein.¹⁹⁴ *Gustaf Gründgens* spielt weiter Theater. Auch er hat ein kurzes Gastspiel beim Militär, allerdings auf Seiten der Deutschen.

Nach Kriegsende kehrt *Mann* zwar nach Deutschland zurück, die langen Jahre im Exil und die Zermürbung über das Geschehene und die immer noch schwierige Situation in seiner

¹⁹⁰ L. Feuchtwanger, Klaus Mann zum Gedächtnis, zit n *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 88.

¹⁹¹ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 88.

¹⁹² Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 101.

¹⁹³ *Ebermayer*, Eh' ich's vergesse ... (2005) 185.

¹⁹⁴ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 121, 122.

alten Heimat haben jedoch ihre Spuren hinterlassen. Am 21. Mai 1949 nimmt er sich in Cannes das Leben.

Für das Erscheinen seines Romans „Mephisto“ in Deutschland setzt sich nun seine Schwester *Erika* ein. Dieses Vorhaben gestaltet sich jedoch unter anderem deshalb als äußerst schwierig, weil ein anderes Buch *Klaus Manns*, welches dieser im amerikanischen Exil verfasste, ebenso auf Unmut stößt. Sein Lebensbericht „The Turning Point“ bzw die deutsche Übersetzung „Der Wendepunkt“ enthält Passagen, in denen sich *Mann* über „Mephisto“, *Gründgens* und *Höfgen* äußert. Die Veröffentlichung dieses Textes ist nur unter der Voraussetzung mehrerer Streichungen möglich, von denen einige sogar von *Gründgens* selbst initiiert worden sein sollen. Erwähnenswert ist, dass eine der gestrichenen Passagen in der Folge in allen Instanzen des „Mephisto“-Prozesses eine große Rolle spielt.¹⁹⁵

Zunächst bleibt der „Mephisto“ in der BRD jedoch unveröffentlicht, nicht zuletzt, weil sich *Gründgens* selbst vehement dafür einsetzt. Immer wieder schaltet er seine Anwälte ein, die durch Drohbriefe an die Verlage ein Erscheinen verhindern.¹⁹⁶ Im Zuge dessen entsteht auch das erste juristische Gutachten zu dem Roman, angefordert vom *S. Fischer Verlag*, in welchem das Buch eindeutig als Schlüsselroman identifiziert, eine Negativzeichnung der Person *Gründgens* festgestellt und daher von einer Veröffentlichung abgeraten wird.¹⁹⁷

Östlich der Mauer gestaltet sich die Sache anders und *Erika Mann* ist mit ihrem Kampf für das Werk ihres Bruders nun endlich erfolgreich. 1955 gehen somit die Verlagsrechte für „Mephisto“ an den Ost-Berliner *Aufbau-Verlag* und das Buch erscheint 20 Jahre nach seinem Entstehen erstmals zumindest in einem Teil seiner Heimat. Dass der Roman vorläufig nur in der DDR erscheinen darf, heißt jedoch nicht, dass er nicht auch in Westdeutschland problemlos erworben werden kann.¹⁹⁸

1963 beginnt die in München ansässige *Nymphenburger Verlagshandlung* mit den Vorbereitungen für die Herausgabe des Gesamtwerks von *Klaus Mann*. Im Zuge dessen wird auch die Veröffentlichung des „Mephisto“ angekündigt. *Gründgens* setzt sich dagegen

¹⁹⁵ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 142. Siehe dazu unten unter III. 2.8.

¹⁹⁶ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 145.

¹⁹⁷ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 145, 146.

¹⁹⁸ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 154.

nicht zur Wehr, sollte er davon überhaupt noch erfahren haben. Er nimmt sich am 7. Oktober desselben Jahres in Manila das Leben. Nach dem nunmehrigen Ableben der eigentlichen Protagonisten sollte der Streit um den „Roman einer Karriere“ jedoch erst richtig beginnen. Das „Duell der Toten“¹⁹⁹ war eröffnet.

2.5. Anrufung des Gerichts

„Das Buch ist wie geschaffen um darüber zu streiten.“

Carl Andrießen²⁰⁰

Peter Gorski, der Adoptivsohn von *Gustaf Gründgens*, reicht am 26. 3. 1964 beim Landgericht Hamburg Klage gegen die *Nymphenburger Verlagshandlung* ein. Behauptet wird darin, „daß in dem Roman ‚das Lebensbild Gustaf Gründgens‘ verzerrt und in einer Weise wiedergegeben [wird], die unwahr und dazu geeignet ist, seine Persönlichkeit in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen und daher sein Andenken in der Öffentlichkeit zu verunglimpfen“²⁰¹. *Klaus Mann* wird vorgeworfen, „er habe einerseits Gründgens porträtiert, indem er sein Äußeres und die Stationen seiner Theaterlaufbahn verwendete, andererseits habe er ihm unwahre Züge und Handlungen angedichtet, [...] was sein Ansehen posthum beeinflusse. „Mephisto“ sei kein literarisches Kunstwerk, sondern ein Schlüsselroman, mit dem *Klaus Mann* darauf abgezielt habe, aus privaten Haß- und Rachegefühlen seinen ehemaligen Schwager zu beleidigen.“²⁰² Angeprangert wird also zum einen das vermeintlich unredliche Motiv des Autors, zum anderen aber auch seine Vorgehensweise der Vermischung von realen Schilderungen mit rein fiktiven Elementen.

Rechtlich stützt sich der Kläger dabei auf den durch das Bonner GG verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich, insbesondere die Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1. Der *Nymphenburger Verlag* hält dem die ebenso in Verfassungsrang stehende Kunstfreiheits-

¹⁹⁹ Titel eines Artikels von *Marcel Reich-Ranicki* in „*Die Zeit*“ vom 18. 3. 1966, abgedruckt in *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 176, 177.

²⁰⁰ *Andrießen*, Der „Mephisto“ des *Klaus Mann*, in *Die Weltbühne*, 23. 5. 1956, abgedruckt in *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 152.

²⁰¹ Zit n *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 163.

²⁰² *Spangenberg, Karriere eines Romans* (1982) 163.

garantie des Art 5 Abs 3 GG entgegen und holt zu seiner Verteidigung mehrere Gutachten ein.²⁰³

2.6. Der Verfahrensverlauf in den unteren Instanzen

a) *Das Urteil des LG Hamburg*

Nach der Klageerhebung durch *Peter Gorski* endete das Verfahren vor dem Landgericht Hamburg im August des Folgejahres zunächst mit einer Abweisung der Klage. Begründet wurde die Entscheidung unter anderem damit, dass „den interessierten Kreisen [...] der Inhalt des Romans ohnehin längst bekannt“ sei und dieser „ein Stück Zeitgeschichte und Dokumentation über die deutsche Emigration“²⁰⁴ darstelle. In der Argumentation stützte man sich vor allem auf das bereits erwähnte „Lüth“-Urteil des BVerfG, bei dem ebenfalls eine Frage mit Bezug zur Aufarbeitung der NS-Vergangenheit zur Entscheidung gestanden war.²⁰⁵ Das BVerfG hatte dort die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers *Erich Lüth* durch das Urteil des LG Hamburg verletzt gesehen, dass dessen Aufruf zum Boykott gegen Nachkriegsfilme des in der NS-Zeit führenden Regisseurs *Veit Harlan* sittenwidrig und daher zu unterlassen sei.²⁰⁶ Damals hatte sich das Höchstgericht also auf die Seite des Gegners eines „im NS-System arrivierten Künstlers“²⁰⁷ geschlagen und das LG Hamburg folgte nun im Urteil zu „Mephisto“ diesem Muster. Der „Roman einer Karriere“ wurde daraufhin erstmalig in der BRD in einer Auflage von 10.000 Stück veröffentlicht, von der ein Großteil auch schnell verkauft wurde.²⁰⁸

²⁰³ Rösch, *Clavis Scientiae* (2004) 231.

²⁰⁴ Zit. n. Henne, *Alles schon mal dagewesen?* (2003) 639.

²⁰⁵ Vgl. Henne, *Die Mephisto-Entscheidungen* (2002) 200.

²⁰⁶ BVerfGE 7, 198 (201).

²⁰⁷ Henne, *Die Mephisto-Entscheidungen* (2002) 200.

²⁰⁸ Vgl. Henne, *Alles schon mal dagewesen?* (2003) 639.

b) *Die Entscheidung des OLG*

Der Verkauf des Romans musste allerdings vorerst eingestellt werden, als *Gorski* beim OLG Hamburg als zweiter Instanz eine einstweilige Verfügung erwirkte. Derzufolge durfte der Vertrieb nur fortgesetzt werden, nachdem die restlichen Exemplare mit einer vom Gericht selbst formulierten Leseanleitung versehen worden waren:

„An den Leser

Der Verfasser Klaus Mann ist 1933 freiwillig aus Gesinnung emigriert und hat 1936 diesen Roman in Amsterdam geschrieben. Aus seiner damaligen Sicht und seinem Haß gegen die Hitlerdiktatur hat er ein zeitkritisches Bild der Theatergeschichte in Romanform geschaffen. Wenn auch Anlehnungen an Personen der damaligen Zeit nicht zu verkennen sind, so hat er den Romanfiguren doch erst durch seine dichterische Phantasie Gestalt gegeben. Dies gilt insbesondere für die Hauptfigur. Handlungen und Gesinnungen, die dieser Person im Roman zugeschrieben werden, entsprechen jedenfalls weitgehend der Phantasie des Verfassers. Er hat daher seinem Werk die Erklärung beigefügt: „Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts“.

Der Verleger²⁰⁹

Im Verfahren in der Hauptsache wurde die eben noch vom Gericht selbst formulierte Vorbemerkung von diesem jedoch als unzureichende Maßnahme angesehen und der Berufung des Klägers am 10. 3. 1966 stattgegeben.

Das so ausgesprochene Veröffentlichungsverbot wurde unter anderem damit begründet, dass es „an einer ausreichenden, für den Leser erkennbaren Verfremdung [fehle]“, welcher „bei einer solchen Schilderung nicht zwischen Wahrheit und Dichtung unterscheiden [könne]“²¹⁰. Die Erklärung des Autors über die Typeneigenschaft der Figuren ändere daran nichts. Darüber hinaus sei „[d]ie Allgemeinheit [...] nicht daran interessiert, ein falsches Bild über die Theaterverhältnisse nach 1933 aus Sicht eines Emigranten zu erhalten.“²¹¹ Die „Schilderung des gemeinen Charakters des Höfgen [stelle] eine Beleidigung, Verächtlichmachung und Verunglimpfung von Gründgens dar. Das Buch sei – so gesehen – eine Schmähschrift in Romanform“²¹². Zwar wurde dem Roman die Kunstwerkseigenschaft immerhin zuerkannt, eine Abwägung von Kunstfreiheit und

²⁰⁹ BVerfGE 30, 173 (177).

²¹⁰ BVerfGE 30, 173 (178).

²¹¹ OLG Hamburg, zit. n. *Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 204.

²¹² BVerfGE 30, 173 (178).

Persönlichkeitsrecht sei in diesem Falle aber nicht erforderlich, da eine umfassende Güter- und Interessenabwägung bei Verletzung der durch Art 1 geschützten Intimsphäre ohnehin entfalle.²¹³ „Es geht nun nicht an, jedem in seinem Beruf tüchtigen Mann deswegen die Ehre abzuschneiden, weil er nicht 1933 und später emigriert ist, sondern auch unter dem neuen Regime weiter seinen Beruf ausübte“²¹⁴, so die Meinung der Entscheidungsträger des OLG. Diese sahen *Gustaf Gründgens* offenbar nicht als möglichen Typus des Mitläufers, sondern eher als Idealtypus des seiner Heimat treu verbundenen, fleißigen Arbeiters.

Die Argumentation des Gerichts lässt hier besonders deutlich erkennen, dass es sich bei dem Rechtsstreit um „Mephisto“ nicht nur um ein „Duell“ zweier bereits verstorbener Künstler handelte, die zu Lebzeiten zwei völlig konträre Reaktionen auf den politischen Machtwechsel in Deutschland gezeigt hatten, sondern vor allem, dass diese gegensätzlichen Einstellungen von der Justiz auf der einen Seite offen honoriert, auf der anderen Seite verurteilt wurden. Die öffentliche Sympathiebekundung erfolgte allerdings genau umgekehrt, als man sich das zu einer Zeit erwartet hätte, zu der die Aufarbeitung der Folgen der NS-Herrschaft schon weitaus fortgeschrittener hätte sein können. Hier wurde nicht die eigentliche Frage nach dem Ausgleich zweier entgegenstehender Grundrechte behandelt, sondern auf eine realitätsverweigernde Art und Weise der Umgang mit der nationalsozialistischen Vergangenheit geübt.

Die öffentlichen Reaktionen auf dieses Urteil ließen nicht lange auf sich warten, insbesondere aus den Reihen der literarischen Fachwelt wurden Bedenken und Befürchtungen geäußert, es könnte nun ein Ansturm zahlreicher anderer Hinterbliebener namhafter Schriftsteller drohen. Einer der damaligen Wortführer auf Seiten der Verteidiger der literarischen Freiheit, war *Marcel Reich-Ranicki*. Er konnte damals nicht ahnen, dass er fast vier Jahrzehnte später, nach der Veröffentlichung von *Martin Walsers* „Tod eines Kritikers“, die Rollen tauschen würde. In dessen satirischer Abrechnung mit dem Literaturbetrieb gerät er als die Figur *André Ehrl-König* immerhin selbst in die Schusslinie

²¹³ Vgl. BVerfGE 30, 173 (179).

²¹⁴ OLG Hamburg, zit. n. *Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 203.

der Kritik *Walters*, woraufhin eine heftige öffentliche Debatte entbrannte, bei der es im Gegensatz zum Fall „Mephisto“ aber auch blieb.²¹⁵

c) Die Entscheidung des BGH

In Folge dieses Veröffentlichungsverbots wandte sich der Verlag mit einer Revision an die oberste zivilgerichtliche Instanz, den BGH. Dieser bestätigte am 20. 3. 1968 das Verbot und legte in seinen Kernaussagen bereits den Grundstein für die nachfolgende Entscheidung des BVerfG.

Zunächst bestätigte das Gericht die Fortwirkung gewisser Aspekte des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus, da „die Wertentscheidung des Grundgesetzgebers im Grundrechtskatalog zugunsten eines umfassenden Schutzes der Menschenwürde keine zeitliche Begrenzung auf das Leben des Menschen erkennen“²¹⁶ ließe. Die Geltendmachung obliege einem (nicht näher zu bestimmenden) Kreis von Wahrnehmungsberechtigten, zu denen jedenfalls die nahen Angehörigen und damit auch der klagende Adoptivsohn zu zählen seien, „die durch die Verunglimpfung eines verstorbenen Familienmitgliedes oftmals selbst in Mitleidenschaft gezogen werden“²¹⁷. In diesem Zusammenhang erwähnt die Entscheidung ein interessantes Detail: Die Berufung auf den Persönlichkeitsschutz des verstorbenen *Gustaf Gründgens* sei unabhängig von der Betroffenheit der Angehörigen vor allem deshalb gerechtfertigt, da dieser noch zu Lebzeiten seinen Adoptivsohn damit beauftragt habe, die Veröffentlichung des Romans zu verhindern. Dies sei vom Gericht „ohne Rechts- und Verfahrensverstoß festgestellt“ worden. Es sei dahingestellt, auf welche Weise diese Feststellung erfolgt ist und wie sie sich mit jenen Behauptungen vereinbaren lässt, dass *Gründgens* den Roman selbst nie gelesen bzw sich dazu wenigstens nie geäußert habe, oder mit jenen, wonach er sowohl dem Inhalt des Romans als auch einer etwaigen Veröffentlichung in Deutschland gleichgültig gegenübergestanden sei.²¹⁸

²¹⁵ Vgl. *Henne*, Alles schon mal dagewesen? (2003) 639; v. *Becker*, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 33.

²¹⁶ BGHZ 50, 133, II. 2.

²¹⁷ BGHZ 50, 133, II. 2.

²¹⁸ Siehe dazu schon oben II. 2.3. und *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 97 sowie *Durrani*, „Der Mime triumphiert im Staat der Lügner“ (2009) 364.

In der Hauptsache schloss sich der BGH der rechtlichen Beurteilung des OLG weitgehend an. Das Gericht gestand dem Schriftsteller zwar die kritische Auseinandersetzung mit *Gründgens* als einer weithin bekannten Figur der Zeitgeschichte zu, stellte aber fest, dass *Mann* sowohl in Anbetracht des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art 5 I GG) als auch auf die Freiheit der Kunst (Art 5 III GG) das Maß an gerechtfertigter Kritik überschritten habe, indem er das Lebensbild *Gründgens* „mittels frei erfundener, oder doch ohne jeden Anhaltspunkt behaupteter, die Gesinnung negativ kennzeichnender Verhaltensweisen“²¹⁹ entstellt habe. Im Besonderen wird die Beschreibung der masochistisch anmutenden Beziehung des *Hendrik Höfgen* gegenüber einer schwarzen Tänzerin beanstandet, durch die der Autor jedenfalls das vertretbare Maß an Kritik überschritten habe.

In diesem Zusammenhang wird im Übrigen die Geltung der in Art 5 II GG beschriebenen Schranken der Kommunikationsgrundrechte aus Art 5 I für die Kunstfreiheit ausdrücklich verneint und daraus der Schluss gezogen, dass „dann, wenn eine Meinungsäußerung in die Form eines Kunstwerkes gekleidet ist, der Freiheitsspielraum gegenüber der Persönlichkeitssphäre eines Betroffenen weiter zu ziehen sein kann als bei solchen Meinungsäußerungen, die nicht den Rang eines Kunstwerkes erreichen“²²⁰.

Des Weiteren ging der BGH konkret auf den literarischen Schaffensprozess ein und bejahte ausdrücklich, dass der Schriftsteller „an reale Geschehnisse und persönliche Umwelterfahrungen anknüpfen“ und „bei romanhafter Darstellung des Lebens einer Person der Zeitgeschichte, wenn jene erkennbar nicht den Anspruch erhebt, die historischen Begebenheiten wirklichkeitstreu widerzuspiegeln, den Dargestellten auch durch erfundene Begebenheiten ergänzend charakterisieren und – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – bei Verstorbenen in gewissen Grenzen auch Vorgänge aus dem Intimbereich schildern“²²¹ dürfe. Im vorliegenden Fall habe es der Autor aber verabsäumt, die erfundenen und zudem äußerst negativen Darstellungen als „satirische oder sonstige Übertreibungen“ erkennbar zu machen. Ein derartiger Eingriff in die Persönlichkeitssphäre *Gründgens* sei nur dann zu rechtfertigen, wenn „das sich aus dem Roman ergebende Charakter- und Lebensbild von Höfgen mit den grundlegenden Wesenszügen und dem

²¹⁹ BGHZ 50, 133, III. 3. b.

²²⁰ BGHZ 50, 133, III. 3. c.

²²¹ BGHZ 50, 133, III. 3. c.

Persönlichkeitsbild von Gründgens, so wie dieses aus seinem Leben zu entnehmen ist, übereinstimmen würde²²². Dies sei in diesem Fall jedoch nicht geltend gemacht worden.

Ohne meine Kritik zu dem letztlich vom BVerfG bestätigten Veröffentlichungsverbot vorwegzunehmen, möchte ich an dieser Stelle doch die Frage aufwerfen, wie es bei der rechtlichen Beurteilung eines *Romans*, bei dem es sich nachweislich um ein fiktionales literarisches Werk handelt, auf die *Geltendmachung der Übereinstimmungen* mit tatsächlichen Gegebenheiten von Seiten des Verfassers oder Verlags ankommen kann? Der Roman erhebt anders als eine Biographie eben keinen Anspruch auf Wahrheit und genau dies dient ja der Verteidigung des Werkes. Jene Details, die das Vorbild für die Figur erkennbar machen, dürften dies vermutlich deshalb vermögen, weil es sich um Merkmale handelt, die der Person tatsächlich anhaften. Für die Geschichte aber, die darauf aufgebaut wird, verbürgt sich der Autor rein mit seiner Fantasie und sie sollte nicht durch die Zuordnung dieser und jener Vorgänge zur Wirklichkeit zerpfückt werden. Wie sollte sich auch das Charakterbild einer Figur, für das zwar Anleihen bei einer Person der Wirklichkeit genommen, welches darüber hinaus aber – wie das Gericht auch feststellt – durch Erfundenes ergänzt wird, mit dem tatsächlichen Lebensbild decken? Jene Charakterzüge, die der Figur *Höfgen* negativ anhaften, stellen meines Erachtens schon die Überzeichnung dar, die deutlich macht, dass der Roman eben keinen Wahrheitsanspruch erhebt. Dies rechtfertigt auch die Schilderung des Verhältnisses zur schwarzen Tänzerin *Tebab*, welche viel eher dazu geeignet ist, das dem glanzvollen Schauspielergesicht entgegengesetzte private Gesicht der Figur *Höfgen* zu zeichnen und damit dessen teuflische Doppelrolle hervorzuheben, als irgendein anstößiges Verhalten *Gründgens* ans Licht zu zerren. Davon abgesehen hätte im Falle, dass dieser Schilderung auch nur ein Funke Wahrheitsgehalt zu entnehmen gewesen wäre, eine solche Ende der 1960er Jahre wohl auch nicht mehr als anstößig empfunden werden müssen.

Genau dieses Detail hätte man allerdings ohnedies aus einem ganz anderen Blickwinkel betrachten können bzw müssen. *Gustaf Gründgens* war homosexuell, was zur Zeit des Prozesses bereits kein Geheimnis mehr war. *Klaus Mann*, der selbst ebenfalls homosexuell war und diese Thematik auch in sämtlichen seiner Romane verarbeitet hat, hat nun gerade in diesem einen Fall – vermutlich um *Gründgens* nicht der massiven Gefahr auszusetzen,

²²² BGHZ 50,133, III. 3. c.

die Homosexuellen zur Nazi-Zeit drohte – auf eine Anspielung verzichtet und eine Beziehung des Protagonisten zu einer Frau erfunden.²²³ In Kenntnis der realen Umstände hätte dies also erst recht als reine Fiktion gedeutet werden müssen und eine Anspielung auf wirkliche Geschehnisse und eine daraus resultierende charakterliche Negativzeichnung der Person *Gründgens* von vornherein ausgeschlossen werden können. Keine der mit dem Fall befassten gerichtlichen Instanzen ging jedoch auf diese Widersprüchlichkeit ein – obwohl damit eines der zentralen Verbotsargumente hätte entkräftet werden können. Das Thema wurde im Prozess einfach tabuisiert.

So wohlwollend das Gericht zwar eingangs die künstlerische Freiheit bei der Verarbeitung realer Stoffe hervorgehoben hat, so scheint es die selbst aufgestellten Prinzipien bei der Beurteilung in demselben Fall nicht angewendet zu haben. An dieser Stelle kann noch ein interessantes Detail bezüglich der Zusammensetzung des entscheidenden Senats genannt werden: Eine der damaligen erkennenden Richterinnen war *Gerda Krüger-Nieland*, deren Mann von 1944-1948 Schauspieler und Schauspieldirektor an jenem Hamburger Schauspielhaus war, an das *Gustaf Gründgens* 1955 als Intendant gerufen wurde.²²⁴

2.7. Die Entscheidung des BVerfG

Die *Nymphenburger Verlagshandlung* richtete sich letztlich mit einer Verfassungsbeschwerde an das Karlsruher Bundesverfassungsgericht. Sie argumentierte zum einen damit, dass die Kunstfreiheit in den vorinstanzlichen Verboten vor allem durch die unsachgemäßen Vergleiche der „Welt des Dichters“ mit der „realen Welt“ verletzt sei. „Der Rechtsschutz für die Persönlichkeit könne nur für den Menschen in der Wirklichkeit und in Bezug auf die Wirklichkeit bestehen, nicht in Bezug auf eine Phantasiewelt dichterischer Schöpfung.“²²⁵ zum anderen wehrte man sich gegen die Wertung der Schrift als „Schlüsselloch-Roman“, „bei dem nicht der künstlerische Ausdruck, sondern unter dem Deckmantel eines Pseudonyms die Schmähung im Mittelpunkt stehe“²²⁶. Des Weiteren wurde vorgebracht, dass die Bedeutung des Romans als ein Werk der Emigranten- und

²²³ Henne, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 220, 221.

²²⁴ Henne, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 207.

²²⁵ BVerfGE 30, 173 (183).

²²⁶ BVerfGE 30, 173 (182).

Exilliteratur und die politischen Umstände zur Zeit seiner Entstehung nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden hätten.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens gab auch der damals amtierende Justizminister *Gustav Heinemann* eine Stellungnahme²²⁷ ab, der zwar keine eindeutige Präferenz zu entnehmen ist, die aber immerhin das Erfordernis einer verhältnismäßigen Abwägung betont und Zweifel daran vermuten lässt, dass ein absolutes Verbreitungsverbot einer solchen entspräche.

Drei Mitglieder des entscheidenden Senats sprachen sich am 24. Februar 1971 für das Verbot der Veröffentlichung und Verbreitung des Romans aus, die anderen drei Mitglieder stimmten dagegen. Dieses Abstimmungsergebnis führte gemäß § 15 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – wonach bei Stimmgleichheit „ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden kann“ – zur Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde und damit zu einem uneingeschränkten Veröffentlichungsverbot des „Mephisto“.

a) Die Kernthesen der Entscheidung bezüglich der Kunstfreiheitsgarantie

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei dem Beschluss des BVerfG um die erste höchstrichterliche Entscheidung, in welcher umfassend zur Auslegung des Art 5 III GG Stellung genommen und vor allem der verfassungsrechtliche Kunstbegriff geprägt wurde. Die Mehrzahl der hier aufgestellten Thesen waren „grundlegend für die Dogmatik der bundesdeutschen Grundrechtsjudikatur“²²⁸ und werden noch heute in Rechtsprechung und Wissenschaft vertreten. Die der Entscheidung zu Grunde liegenden Kernpunkte können wie folgt zusammengefasst werden:²²⁹

1. Die Kunstfreiheitsgarantie des Art 5 III GG ist zunächst eine „objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde Grundsatznorm.“ Darüber hinaus stellt sie jedoch auch ein individuelles Freiheitsrecht dar.²³⁰

²²⁷ BVerfGE 30, 173 (185).

²²⁸ *Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 193.

²²⁹ Vgl. auch die Zusammenfassung von *Würkner*; Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 49 ff, der die Kernaussagen der Entscheidung allerdings in 12 Thesen zusammenfasst.

²³⁰ Vgl. BVerfGE 30, 173 (188).

2. Der verfassungsrechtliche Kunstbegriff hat sich am Wesen der Kunst und den ihr eigenen Strukturmerkmalen zu orientieren. Künstlerische Betätigung ist demnach „freie Schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“ Das künstlerische Schaffen „ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers.“²³¹
3. Die Kunstfreiheitsgarantie erstreckt sich sowohl auf den „Werkbereich“ als jenen der unmittelbaren künstlerischen Betätigung, als auch auf den „Wirkbereich“, welcher der Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks in der Öffentlichkeit dient.²³²
4. Der künstlerische Schaffensprozess ist vor jeder Ingerenz öffentlicher Gewalt geschützt. Die Kunstfreiheitsgarantie beinhaltet demnach ein Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken. Für literarische Werke lässt sich daraus insbesondere die Garantie einer freien Themenwahl und Themengestaltung ableiten.²³³
5. Die Grundrechtsträgerschaft erstreckt sich über den Kunstschaffenden hinaus auch auf jene, die eine vermittelnde Tätigkeit ausüben und damit die Veröffentlichung und Verbreitung des Kunstwerkes fördern. In Bezug auf Druckwerke schließt dies also jedenfalls den Verleger mit ein.²³⁴
6. Das Grundrecht der Kunstfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Im Besonderen sind die Schrankenvorbehalte des Art 5 Abs 2 GG allein auf die in vorstehendem Abs 1 anwendbar und gelten nicht für die in Abs 3 geregelte Kunstfreiheit.
7. Gleichzeitig kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Kunstfreiheit völlig schrankenlos gewährleistet ist. Die Vorbehaltlosigkeit bedeutet lediglich, dass die Grenzen dieses Grundrechts von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Sie ist als Teil des grundrechtlichen Wertsystems in Einklang mit diesem und damit

²³¹ BVerfGE 30, 173 (189).

²³² BVerfGE 30, 173 (190).

²³³ BVerfGE 30, 173 (190).

²³⁴ BVerfGE 30, 173 (191).

allen anderen Grundrechten auszulegen. Die Würde des Menschen (Art 1 GG) ist als oberster Wert besonders zu berücksichtigen.²³⁵

8. Ein Konflikt mit anderen Grundrechten wie insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist auf Grund der grundsätzlichen Gleichwertigkeit unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles zu lösen.
9. Ein Konflikt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist vor allem deshalb möglich, weil im Kunstwerk die realen Anknüpfungspunkte zwar „künstlerisch überhöht werden, damit aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren“²³⁶. Es ist demnach im Zuge der Einzelfallbetrachtung zu prüfen, „ob und inwieweit das Abbild gegenüber dem Urbild durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs [...] so verselbständigt erscheint, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der ‚Figur‘ objektiviert ist.“²³⁷

b) Entscheidungsbegründung

In Bezug auf die Geltendmachung der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des verstorbenen *Gustaf Gründgens* verneinte das BVerfG zunächst eine Fortwirkung dieses Grundrechts über den Tod hinaus, da hierfür die Existenz des Rechtsträgers unabdingbar sei.²³⁸ Für die Entscheidung war dies aber deshalb eher zweitrangig, als man sich ohnedies auf die Prüfung einer Verletzung des Art 1 Abs 1 GG, dem Grundrecht auf Menschenwürde, beschränkte. In diesem Zusammenhang wurde der Feststellung des BGH zugestimmt, dass „das Schutzbedürfnis [...] in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt.“²³⁹

Überhaupt wurde, wie bereits erwähnt, weitgehend den Feststellungen des OLG als letzter Tatsacheninstanz und der Interessenabwägung des BGH gefolgt. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass das BVerfG seine Prüfungskompetenzen im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde nur in engen Grenzen wahrnehmen kann und sich auf die Prüfung

²³⁵ BVerfGE 30, 173 (193).

²³⁶ BVerfGE 30, 173 (194).

²³⁷ BVerfGE 30, 173 (195).

²³⁸ BVerfGE 30, 173 (194).

²³⁹ BVerfGE 30, 173 (196).

einer unrichtigen Grundrechtsauslegung der Vorinstanzen zu beschränken hat. Insbesondere sind ihm eigene Wertungen nach Art eines Rechtsmittelgerichts nicht gestattet. In diesem Sinn wurde im Verfahren über die Verfassungsbeschwerde lediglich geprüft, ob „der zuständige Richter entweder nicht erkannt hat, daß es sich um eine Abwägung widerstreitender Grundrechte handelt, oder [...] seine Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des einen oder anderen der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihrer Schutzrechte, beruht.“²⁴⁰

Dem BGH wurde auch beigeplichtet, dass die (oben unter Punkt 9 der Kernthesen angeführte) Abgrenzung von „Abbild“ und „Urbild“ im Fall der Romanfigur des *Hendrik Höfgen* nicht ausreichend zum Ausdruck komme, weshalb ein „nicht unbedeutender Leserkreis“²⁴¹ in diesem den ehemalige Schauspieler *Gründgens* wiedererkennen müsse. Durch diese Darstellung entstehe ein derart negatives Persönlichkeits- und Charakterbild des verstorbenen *Gründgens*, dass ein Veröffentlichungsverbot wie es das OLG erstmals ausgesprochen hat auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine zumutbare Schlussfolgerung sei.²⁴²

c) *Die Abweichende Meinung des Richters Stein*

Von den abweichenden Meinungen der drei Senatsmitglieder kam vor allem jener des Richters *Erwin Stein* besondere Bedeutung zu, und sie wurde in der Folge beinahe ebenso ausführlich besprochen wie das Urteil selbst.

Zunächst bemängelte *Stein* allgemein die unzureichende Wertung des Falles durch das BVerfG selbst. Nur durch eine angemessene Prüfung der „Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidung mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts“ könne das Gericht seiner Aufgabe gerecht werden, „über die Beachtung und Anerkennung der Verfassungsnormen durch die rechtsprechende Gewalt zu wachen.“ Dies würde nicht dazu führen, dass das BVerfG deshalb als Rechtsmittelgericht auftritt, vielmehr stehe allein die Ermittlung des Schutzbereichs der Grundrechte im Zentrum.²⁴³

²⁴⁰ BVerfGE 30, 173 (197).

²⁴¹ BVerfGE 30, 173 (198).

²⁴² BVerfGE 30, 173 (199).

²⁴³ BVerfGE 30, 173 (201).

Der Kern der Kritik, die *Stein* quasi in ein „literaturästhetisches Gutachten“²⁴⁴ kleidete, trifft allerdings die unzureichende Würdigung der Kunstwerkseigenschaft des Romans und damit die Auslegung der Garantie des Art 5 Abs 3 GG. Die Gerichte hätten sich „einseitig auf das Spannungsfeld im sozialen Wirkbereich“²⁴⁵ konzentriert und dabei die ästhetische Realität des Romans außer Acht gelassen. Dadurch sei es zu einem unhaltbaren Vergleich zweier völlig unterschiedlicher Ebenen gekommen. Er betont die Abgrenzung des Romans zu anderen Gattungen wie Biographie und Dokumentation durch den Verzicht auf eine wahrheitsgetreue Darstellung und fordert die Berücksichtigung des besonderen Verhältnisses der Kunst zur Realität. Dieses zeichne sich vor allem dadurch aus, dass das Kunstwerk eine „gegenüber der realen Wirklichkeit verselbständigte ‚wirklichere Wirklichkeit‘ [anstrebe], in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewußter erfahren wird.“²⁴⁶ Durch die ungesonderte Vermischung von Faktischem und Fiktivem auf der ästhetischen Ebene²⁴⁷ könne die Realität nicht der gerechte Maßstab bei der Betrachtung eines Kunstwerks sein.

Weiters spricht sich *Stein* dafür aus, dass der Kunst eine Anknüpfung an reale Persönlichkeitsdaten grundsätzlich möglich sein muss und erkennt dies als lange gepflegte Tradition der Literatur.²⁴⁸ Auch seien die Möglichkeiten des Künstlers, durch Verfremdung seiner realen Anknüpfungen eine Erkennbarkeit auszuschließen, ebenso beschränkt, wie sein Einfluss auf die Wirkungen in der Öffentlichkeit.²⁴⁹ Die Gerichte dürften nicht von der Voraussetzung ausgehen, dass das Lesepublikum den Roman allein auf seine Übereinstimmungen mit der Wirklichkeit hin untersuchen würde.

Stein zufolge ließe die Romanfigur *Höfgen* eindeutig den Typus erkennen, und nicht das Porträt, wie sich *Klaus Mann* schon in seinem Nachwort zu „Mephisto“ ausgesprochen habe. Die Vorbildfunktion des *Gustaf Gründgens* sei zwar deutlich, dies sei jedoch auf Grund der von *Stein* verfochtenen Beurteilung nach kunstspezifischen Kriterien nicht von Belang. Des Weiteren hebt er die zeit- und kulturgeschichtlichen Aspekte des Romans und

²⁴⁴ Zit. n. *Henne*, Alles schon mal dagewesen? (2003) 640.

²⁴⁵ BVerfGE 30, 173 (203).

²⁴⁶ BVerfGE 30, 173 (204); *Stein* nimmt hier Bezug auf die Ausführungen von *Adorno* in seiner „Ästhetischen Theorie“, woraus er auch später zitiert.

²⁴⁷ BVerfGE 30, 173 (205).

²⁴⁸ BVerfGE 30, 173 (208).

²⁴⁹ BVerfGE 30, 173 (209).

seine Bedeutung als Werk der Exilliteratur hervor.²⁵⁰ Das Publikum wäre durch das auf den zeitgeschichtlichen Hintergrund des Romans hinweisende Vorwort ausreichend über die objektivierende Wirkung der Darstellung informiert, weshalb ein uneingeschränktes Veröffentlichungsverbot jedenfalls unverhältnismäßig sei.

d) Die abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck

Eine weitere Richterin machte von der Möglichkeit Gebrauch, ihre abweichende Meinung dem Urteil anzuschließen. Die Richterin *Wiltraud Rupp-v. Brünneck* schloss sich den Ausführungen des Richters *Stein* weitgehend an und rügte ebenso die unzureichende Prüfung des Falles durch das BVerfG selbst, da eine derartige Vorgehensweise eine evidente Verkürzung des Grundrechtsschutzes bewirken würde.²⁵¹ Des Weiteren kritisiert sie, dass sich der Senat trotz vorheriger Einigung auf die Unanwendbarkeit der Schranken des Art 5 Abs 2 dann doch zur Begründung seiner Entscheidung an diesen orientiert habe. Darüber hinaus sei diese nicht durch eine Gesamtbetrachtung des Romans zustande gekommen, sondern durch die gezielte Prüfung einzelner Details. Daraus sei auch der paradoxe Vorwurf an den Autor entstanden, er habe einerseits zu wenig verfremdet, indem er die Romanfigur *Höfgen* dem Schauspieler *Gründgens* erkennbar nachempfunden habe, andererseits zu wenig verfremdet, als er der Figur unwahre, negative Eigenschaften hinzugedichtet habe.²⁵² Dies laufe auf eine „subjektive, ästhetische Bewertung der Qualität des Kunstwerks“²⁵³ hinaus, von der der Grundrechtsschutz des Art 5 Abs 3 eben nicht abhängen dürfe.

2.8. Kritische Bemerkungen

Obwohl das BVerfG doch in seiner Wortwahl von einem sehr offenen Kunstbegriff ausgeht, wagt es letztlich nicht, diesem in seiner Entscheidung gebührende Achtung zu schenken, was vor allem in Hinblick auf den historischen Zeitpunkt des Beschlusses eine bedauerliche Tatsache darstellt. Es wird die Verankerung der Kunstfreiheit in der

²⁵⁰ BVerfGE 30, 173 (212)

²⁵¹ BVerfGE 30, 173 (220, 221).

²⁵² BVerfGE 30, 173 (222).

²⁵³ BVerfGE 30, 173 (223).

Verfassung und die bewusste Ausgestaltung als vorbehaltloses Grundrecht hervorgehoben, es wird der Zusammenhang dieser besonderen Ausgestaltung mit den Vorgängen aus der Zeit des NS-Regimes betont, welches eine freie künstlerische Betätigung um jeden Preis zu unterbinden verstand. Dennoch gelingt es in der Folge nicht, die Kunstfreiheitsgarantie auch in diesem Sinne auszulegen.

Es ist unbestreitbar, dass *Klaus Mann* sich bei der Gestaltung der Romanfigur *Hendrik Höfgen* an *Gustaf Gründgens* orientiert hat. Es ist auch unbestreitbar, dass die Romanfigur *Hendrik Höfgen* sehr negativ gezeichnet ist und man ihr – dem Titel des Buches gerecht werdend – einen geradezu teuflischen Charakter zuschreiben kann. Es ist mir jedoch nicht klar, wie aus der charakterlichen Darstellung einer fiktiven Figur der Schluss gezogen werden kann, es werde damit einer realen Person eben dieser Charakter ebenfalls auf den Leib und damit ihre Biographie gleichsam umgeschrieben. Es wird völlig außer Acht gelassen, dass die Figur des *Höfgen* abseits der Ähnlichkeiten mit ihrem realen Vorbild weitaus mehr zu bieten hat, vor allem Merkmale, die häufig Personen zugeschrieben werden, die bereit sind, ihre Werte und Prinzipien an die fütternde Hand zu verkaufen. Und diese Merkmale hätten vielleicht auch auf andere gepasst, wie *Klaus Mann* schon im Originalmanuskript seines früheren Werkes „Der Wendepunkt“ dargelegt hat:

„Das individuelle Problem Gründgens interessierte mich nicht. Aber das Problem des kultivierten Mitläufers, des talentvollen Opportunisten, der gesinnungslosen Begabung – das schien mir doch des Interesses wert! Es reizte mich, dieses Problem, dieses Phänomen, diesen moralischen Skandal erzählerisch darzustellen. Als Exempel hätte mir genauso gut ein anderer dienen können [...]. Meine Wahl fiel auf Gründgens – nicht, weil ich ihn für besonders schlimm gehalten hätte (er war vielleicht sogar eher ein bisschen besser als so manch anderer Würdenträger des Dritten Reiches), sondern einfach, weil ich ihn zufällig besonders genau kannte.“²⁵⁴

Einerseits betont das Gericht die Notwendigkeit der Anknüpfung an die Realität im Zuge künstlerischer Betätigung, um dieses Zugeständnis in demselben Atemzug wieder einzuschränken. Ich kann mich an dieser Stelle der abweichenden Meinung des Richters *Stein* anschließen, wenn er die einseitige Betrachtung des Romans und die unangemessene Bewertung der Realitätsbezogenheit seiner Figuren bemängelt und stelle mir die Frage,

²⁵⁴ *Mann*, *Der Wendepunkt*. Originalmanuskript, 275, zit. n. *Spangenberg*, *Karriere eines Romans* (1982) 142. Hierbei handelt es sich im Übrigen um einen Auszug jene Passage, welche ich bereits zuvor (III. 2.4.) kurz erwähnt habe und anhand derer – bzw eigentlich der englischen Originalversion – der Kläger *Gorski* vor Gericht die Porträtierung seines Stiefvaters veranschaulichen wollte.

wieviele Leser des Romans wohl auf den Gedanken gekommen wären, durch die Ähnlichkeiten der Figur *Höfgen* mit dem ihnen bekannten (und das wäre ohnehin die Voraussetzung) *Gründgens* zu folgern, dass dieser genauso wie jener gedacht, agiert, gelebt hat? Wieviele hätten nicht den wahren Kern von der fiktiven Schale lösen können? Aus der Entscheidung, den Roman vorsichtshalber gänzlich vom Buchmarkt zu verbannen, spricht in dieser Hinsicht die Annahme, dass sämtliche Leserinnen und Leser derartiger Literatur zu einer Unterscheidung von dokumentarischer und fiktionaler Erzählweise nicht in der Lage sind. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das potentielle Lesepublikum des Romans, welches vom BVerfG mit dem „theaterkundigen“ gleichgesetzt wird²⁵⁵, die *Gründgens* „hinzugedichteten“ Eigenschaften vielleicht deshalb für „möglich oder sogar glaubwürdig“ hält, weil genau das theaterkundige Publikum dieser Zeit eben von der Person *Gründgens* ohnehin genug Informationen besaß.²⁵⁶ Die vorausgesetzte Unmündigkeit der Leserschaft soll also das Verbot eines Romans rechtfertigen und dies im Jahre 1971, acht Jahre nach dem Tod des angeblich beleidigten *Gründgens* und 26 Jahre nach der Beendigung der NS-Herrschaft. Man sollte annehmen, es wäre genügend Zeit verstrichen, um der kritischen Exilliteratur den ihr notwendigen und gebührenden Platz zu schaffen.

Dieser Tatsache wird meines Erachtens viel zu wenig Bedeutung beigemessen. Die Entstehungsgeschichte darf in diesem Fall nicht vom Endprodukt des künstlerischen Schaffensprozesses getrennt werden. Der Schluss liegt nahe, dass *Klaus Mann* persönliche Motive bei seiner Arbeit geleitet haben und er als emigrierter Schriftsteller schwer nachvollziehen konnte, dass sich auch nur irgendeiner seiner Künstlerkollegen mit den Machthabern arrangieren wollte bzw konnte. So wie *Gründgens* als Typus des opportunistischen Künstlers und NS-Protégé und *Höfgen* als dessen literarische Nachbildung gesehen werden kann, verkörperte *Klaus Mann* selbst auch einen Typus.²⁵⁷ den des Künstlers, der dem Regime kritisch gegenüberstand, dessen Schaffen nicht in das Kunst- und Kulturkonzept der politischen Spitze passte und der deshalb Zuflucht im ausländischen Exil suchte. Die Beurteilung des BVerfG ist völlig losgelöst von diesem

²⁵⁵ BVerfGE 30, 173 (178).

²⁵⁶ Vgl. *M. Reich-Ranicki*, Das Duell der Toten, in *Die Zeit*, 18. 3. 1966 abgedruckt in *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 176/177.

²⁵⁷ Vgl. *Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 194.

zeitgeschichtlichen Hintergrund. Genauso wie der dadurch entstehende Wert des Romans verkannt wird.

Im übrigen ist der abweichenden Meinung des Richters *Stein* auch dahingehend zuzustimmen, dass das BVerfG seine Prüfungskompetenz nur in unzureichendem Maße wahrgenommen hat. Die Verfassungsrichter stellen in ihrer Entscheidung erstmals wegweisende Grundsätze über den Schutzzumfang der Kunstfreiheitsgarantie und deren Aufeinandertreffen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf, sie beschränken sich in der letztlich Begründung jedoch darauf festzustellen, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht „auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und vom Umfang der Schutzbereiche der beiden Grundrechte beruhen.“²⁵⁸ Die vorderhand aufgestellten Grundsätze werden auf diese Weise in die eigene Entscheidung gar nicht einbezogen.

Auch die letztlich vom Gericht vorgenommene Güterabwägung ist für mich nicht nachvollziehbar. Wie auch der abweichenden Meinung der *Richterin Rupp-v. Brünneck* zu entnehmen ist, ergibt sich hier eine Widersprüchlichkeit dahingehend, als letztlich die ehrverletzende Darstellung des *Gustaf Gründgens* eine Veröffentlichung des Romans unzumutbar macht, obwohl die Heranziehung des Art 5 Abs 2, mithin die Beschränkung des Abs 3 durch das Recht der persönlichen Ehre verneint wird. Ich möchte aber ernsthaft bezweifeln, dass die Schilderungen im Roman den Menschenwürdekern, auf den sich das Gericht dann eigentlich stützt, derart verletzen, dass ein uneingeschränktes Veröffentlichungsverbot die ausgleichende Gerechtigkeit wiederherstellt. Im Übrigen darf auch nicht vergessen werden, dass *Gustaf Gründgens* als Schauspieler und Intendant eine Person der Öffentlichkeit war und diese ja auch suchte. Wie bereits oben dargestellt sind diese Personen daher auch einem gesteigerten Maß an Kritik ausgesetzt und müssen damit auch zurechtkommen. Freilich bedeutet dies nicht, dass sie sich alles gefallen lassen müssen, doch ist die überzogene Darstellung eines daheimgebliebenen Kollaborateurs aus der Sicht eines erbitterten Widerstandskünstlers schon jenseits der Grenze des Erträglichen? Mögen private Differenzen auch eine Rolle gespielt haben, darf dennoch nicht vergessen werden, dass *Gründgens* in Bezug auf den deutschen Theaterbetrieb der 20er und 30er Jahre eine repräsentative Rolle zukam und weder der Figur *Höfgen* eine

²⁵⁸ BVerfGE 30, 173 (198).

gewisse Symbolhaftigkeit für bestimmte damalige Gesellschafts- und Machtstrukturen abgesprochen, noch die aus der teilweise satirischen Darstellung dieser Strukturen erkennbare Kritik des Autors geleugnet werden kann.²⁵⁹

Trotz der bedauerlichen Schlussfolgerung, die der Senat letztlich gezogen hat, können den allgemein zur Kunstfreiheitsgarantie aufgestellten Thesen wichtige Kernaussagen entnommen werden. Dies wurde nach der Entscheidung auch immer wieder betont und viele davon haben nach wie vor uneingeschränkte Gültigkeit. Die Weiterentwicklung dieser Grundsätze wurde in der Folge sowohl von der Literatur wie auch vom BVerfG selbst vorgenommen.

3. Weiterentwicklung des rechtlichen Kunstbegriffs im Anschluss an „Mephisto“

3.1. Materieller, formaler und zeichentheoretischer Ansatz

Wie die „Mephisto“-Entscheidung selbst, wurde auch der darin vom BVerfG entwickelte Kunstbegriff nicht kritiklos hingenommen. Vor allem stieß man sich an der Anknüpfung an ein idealistisches, stark von Ästhetik geprägtes Kunstverständnis²⁶⁰, welches innovativen, abstrakten Kunstformen keinen Raum ließe und dem Erfordernis der Wertneutralität zu wenig gerecht werde. Diese *materielle*, qualitative Begriffsprägung orientiert sich an der schon zuvor von Literatur und Rechtsprechung herangezogenen „Brockhaus-Formel“, derzufolge sich Kunst als „die Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen“²⁶¹ definieren lasse und lehnt sich an ein eher romantisches Künstlerbild an²⁶². Ihr wird zum Teil auch heute noch gefolgt, mehr jedoch in Kombination mit anderen Auffassungen, wie beispielsweise der *formalen* Betrachtungsweise.²⁶³ Diese stellt auf die Zugehörigkeit zu einer etablierten Kunstgattung

²⁵⁹ Vgl. v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 34-35.

²⁶⁰ Vgl. Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980) 27.

²⁶¹ Zit. n. Ohmer, Gefährliche Bücher? (2000) 54; Vgl. auch Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis (1985) 255.

²⁶² v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1120.

²⁶³ Vgl. Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 28; Schemmer, Kommentar zu Art 5 Abs 3 (2011) 158, 159; Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis (1985) 255.

ab und ist damit zwar völlig losgelöst von der Motivation der Künstler und Künstlerinnen und vielleicht weniger anfällig für Werturteile²⁶⁴, vermag jedoch ebenfalls keinen geeigneten Freiraum für das Aufkommen neuer Erscheinungen moderner Kunst bereitzuhalten.²⁶⁵

Der formale Kunstbegriff wurde in der zweiten wegweisenden Entscheidung des BVerfG zur Kunstfreiheit im Jahr 1984 (BVerfGE 67, 213 „Anachronistischer Zug“) geprägt. Ihm, und dem zuvor erwähnten materiellen Kunstbegriff, wurde hier allerdings noch ein dritter Lösungsweg, der sogenannte *zeichentheoretische* Ansatz hinzugefügt, demzufolge sich Kunst dadurch auszeichnet, dass es „wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“²⁶⁶. Indem das BVerfG in dieser Entscheidung von der „Unmöglichkeit, Kunst zu definieren“ ausgeht, lässt sich insgesamt eine Tendenz zu einem eher *offenen* Kunstbegriff erkennen, welchem auch heute weitgehend gefolgt wird.²⁶⁷

3.2. Topische Begriffsbestimmung

Isoliert betrachtet, bietet keine dieser Definitionen einen brauchbaren Lösungsansatz, da sie entweder einer avantgardistischen Weiterentwicklung entgegenstehen, oder auf Grund zu schwammiger Formulierung die Interpretationsmöglichkeiten ins Unendliche treiben. Man hat sich deshalb in der deutschen Rechtsprechung der Lösung dieses Dilemmas durch die Anwendung eines „topischen Verfahrens“²⁶⁸ zugewandt, bei dem eine Prüfung anhand konsensfähiger Gesichtspunkte, entwickelt aus einer Kombination der erwähnten Begriffe, stattfindet, die von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen kann. Oder anders gesagt: Es gilt nicht, einen Tatbestand auszuformulieren, der nach Erfüllung sämtlicher Merkmale eine

²⁶⁴ Vgl. Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis (1985) 255.

²⁶⁵ Vgl. v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1121; Schemmer, Kommentar zu Art 5 Abs 3 (2011) Rn 159.

²⁶⁶ BVerfGE 67, 213 (226 f).

²⁶⁷ Vgl. Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 22; v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1118; Schemmer, Kommentar zu Art 5 Abs 3 (2011) Rn 160.

²⁶⁸ Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis (1985) 255; Wirkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 73.

eindeutige Subsumtion zulässt. Zielführender scheint es dagegen zu sein, nicht von einer Reihe notwendiger, sondern *typischer* Charakteristika auszugehen, die im Einzelfall nicht alle erfüllt sein müssen.²⁶⁹ Das Fehlen einzelner oder mehrerer dieser Kriterien schließt das Vorliegen eines Kunstwerks noch nicht aus, erst wenn kein einziges zugeordnet werden kann, dürfte die Bestätigung des Kunstcharakters schwierig werden.²⁷⁰

a) *Mögliche relevante Kriterien für die Zuordnung der Kunstwerkseigenschaft*

Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob etwas Kunst ist oder nicht, wird neben den erwähnten Definitionsversuchen oft das *Kriterium der Drittanerkennung* genannt, demzufolge die gesellschaftliche – sei es die un- oder fachkundige – Meinung einen Hinweis liefert. Wird etwas demnach von vielen Laien oder einigen Experten als Kunst angesehen, deutet dies darauf hin, dass es sich dabei auch wirklich um Kunst handelt. Leider ist man sich auch in Sachverständigenkreisen oft nicht einig über die Beurteilung eines Werkes, weshalb die Definitionsproblematik im Grunde nur verlagert wird.²⁷¹ Darüber hinaus ist dieses Kriterium von rein subjektiven und daher oft auch schwer nachvollziehbaren Überlegungen geprägt. Es bietet jedoch einen Anhaltspunkt. Vor allem für die Suche nach einer rechtlichen Zuordnung ist es in vielen Bereichen Usus, Sachverständige zu Rate zu ziehen. Warum sollte deren Meinung im künstlerischen Bereich dann nicht auch ins Gewicht fallen?

Ebenso verhält es sich mit dem *Kriterium des künstlerischen Selbstverständnisses*, wonach der künstlerische Wille und die subjektive Betrachtung des Künstlers bzw der Künstlerin selbst von Bedeutung sein können. Einige lehnen dies vor allem deshalb ab, weil sie die subjektive Sicht eines Einzelnen nicht als geeignet ansehen, „die soziale und auch die rechtliche Einordnung seines Handelns selbst zu bestimmen.“²⁷² Darüber hinaus wäre ein Festhalten an diesem Grundrechtssubjektivismus unvereinbar mit der Gleichheit aller und würde lediglich den Effekt haben, dass sich der Staat seiner Definitionspflicht entziehen würde.²⁷³ Wenn man, wie die Entscheidungsträger im Fall „Mephisto“ aber davon ausgeht,

²⁶⁹ Vgl. v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1124.

²⁷⁰ Vgl. v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1125.

²⁷¹ Vgl. Ohmer, Gefährliche Bücher? (2000) 72.

²⁷² v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1129, 1130; Vgl. auch Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 26.

²⁷³ Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980) 36.

dass künstlerische Betätigung die Persönlichkeit der Künstlerin widerspiegelt, so können ihre Ambitionen jedoch auch nicht völlig unbeachtet bleiben. Wie das obige Kriterium der Drittanerkennung kann die eigene Selbsteinschätzung einen Anhaltspunkt bieten und zeigt im Wechselspiel mit der gesellschaftlichen Bestätigung gleichsam ihre Grenzen, wie bekannte traurige Schicksale der Kunstgeschichte zeigen, die ohne den sozialen Rückhalt im Nichts, durch ihn dann plötzlich in schwindelnden Höhen hingen, ohne je etwas an ihrer Motivation geändert zu haben.

Am ehesten dürfte also eine Gesamtbetrachtung aller möglichen Indizien für oder gegen die Zuweisung der Kunstwerkseigenschaft zu einem vertretbaren Ergebnis führen. Mehrheitlich abgelehnt wird jedenfalls ein Vorgehen nach der Regel „in dubio pro arte“, für das es auch in Hinblick auf den sonstigen Umgang mit der Grundrechtsauslegung keine Rechtfertigung gibt.²⁷⁴

b) Wer definiert was und warum

In Hinblick auf sämtliche Unsicherheiten, die sich im Zusammenhang mit dem Versuch zeigen, eine brauchbare Definition von Kunst und künstlerischer Betätigung zu finden, stellt sich auch die Frage, inwieweit es denn überhaupt notwendig ist, eine solche zu formulieren. Hier stehen einander die Theorien von staatlichem *Definitionsverbot* auf der einen und rechtlichem *Definitionsgebot* auf der anderen Seite gegenüber.²⁷⁵

Zum einen scheint ein staatlich gebildeter Kunstbegriff von vornherein ausgeschlossen, da sich der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des Freiheitsrechts selbst die Enthaltung jeglicher Einwirkung auferlegt. Dies stellte auch der entscheidende Senat im Fall „Mephisto“ fest, als er jede Form der Ingerenz auf das künstlerische Wirken – auch in Hinblick auf historische Fehlentwicklungen – vehement ablehnt, um der Gefahr eines staatlichen Kunstrichtertums²⁷⁶ entgegenzuwirken. Hier muss allerdings festgehalten werden, dass die Gefahr diesbezüglich in einer qualitativen Beurteilung liegt, in einer Einteilung nach „guter“ und „schlechter“ Kunst, was jedenfalls abzulehnen ist. Gegen eine

²⁷⁴ Vgl. *Schemmer*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 (2011) Rn 163; *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 27.

²⁷⁵ Vgl. v. *Arnould*, Freiheit der Kunst (2009) 1116; *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 25.

²⁷⁶ Vgl. *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 38; *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980) 18;

derartige Niveauekontrolle hat sich auch das BVerfG 1987 in seinem „Karikatur“-Beschluss (1 BvR 313/85) ausgesprochen.²⁷⁷ Fraglich ist jedoch, ob eine begriffliche Konturierung der künstlerischen Freiheit und mithin eine Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst, wie sie in eben jener Entscheidung gefordert wird, auch eine inhaltliche Begrenzung darstellen würde. Wie bereits aufgezeigt ist es ja nicht unbedingt notwendig, einen rein ästhetischen Maßstab anzulegen. Würde man jedoch versuchen, sämtliche denkbaren Begriffsprägungen in eine Definition einfließen zu lassen, würde man vermutlich nie zu einem abschließenden – und vor allem noch auslegbaren Ergebnis kommen – ohne je daran zu zweifeln, ein mögliches Charakteristikum vergessen zu haben. Es müsste sozusagen alles bedacht werden, was der kreative Mensch zu schaffen im Stande ist.

Um also eine stetige Weiterentwicklung zu ermöglichen, möchte man von rechtlicher Seite so wenig wie möglich in den kreativen Schaffensprozess eingreifen, sieht sich aber gleichzeitig mit dem Problem konfrontiert, dass eine gewisse Grenzziehung erforderlich ist. Ein derartiges Definitionsgebot lässt sich zunächst auf die Überlegung zurückführen, dass die Freiheit der Kunst ja auch eine Schutzgebotsfunktion hat, welche der Staat nur angemessen erfüllen kann, wenn er auch weiß, was er eigentlich zu schützen hat.²⁷⁸ Des Weiteren ergäbe sich aus einer völligen Enthaltung einer rechtlichen Definition das Problem erheblicher Rechtsunsicherheit – zum einen auf Seiten der Rechtsanwender und -anwenderinnen, zum anderen auf Seiten der Rechtsadressaten und -adressatinnen. Des Weiteren müssen von staatlichen Gewalten getroffene Entscheidungen letztlich auch einer Plausibilitätskontrolle standhalten können, was durch ein Festhalten an einem etablierten Prüfungsschema weitaus leichter sein dürfte. Und ganz abgesehen von rechtlichen Definitionspflichten könnte man sich auch die Frage stellen, inwieweit nicht sogar von künstlerischer Seite trotz allen Strebens nach unbeschränkten Möglichkeiten doch auch der Wunsch nach Abgrenzung besteht. Denn würde man mit *Joseph Beuys* dem erweiterten Kunstbegriff²⁷⁹ den Vorzug geben und alles zu Kunst erklären und jeden als Künstler bezeichnen, würden sich diese auch nicht mehr hervorheben, und ihre Tätigkeiten wären nicht mehr als Ausprägungen der allgemeinen Handlungsfreiheit.²⁸⁰

²⁷⁷ Vgl. *Würkner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 77.

²⁷⁸ Vgl. *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980) 35.

²⁷⁹ *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980) 29.

²⁸⁰ Vgl. v. *Arnauld*, Freiheit der Kunst (2009) 1118.

3.3. Schranken der Kunstfreiheit

Bei der allgemein sehr ausführlich geführten Diskussion, ob Kunst einer Definition zugänglich ist, inwiefern vor allem eine rechtliche Definition von Kunst erforderlich ist und wie eine solche zu formulieren wäre, möchte ich in Beschränkung auf das hier konkret behandelte Thema folgendes festhalten. Es wird meines Erachtens übersehen, dass im Vorhinein eine wichtige Unterscheidung oft viel zu sehr in den Hintergrund gestellt wird.

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit erstreckt sich ebenso wie bei anderen Grundrechten in unterschiedliche Richtungen mit jeweils unterschiedlichen Zielen. So ist der Schutz, den die Abwehrfunktion gegen staatliche Eingriffe bietet und der somit auf eine Unterlassungshandlung gerichtet ist, von jenem zu unterscheiden, der auf die Möglichkeit der Einforderung staatlicher Leistungen gerichtet ist. Gegenüber diesen subjektiv-rechtlichen Ausprägungen zielt die objektiv-rechtliche Betrachtung der Grundrechte im Allgemeinen und der Kunstfreiheit im Speziellen auf eine Sicherung der ihr innewohnenden Werte und Grundsätze ab.²⁸¹ Einige dieser unterschiedlichen Schutzrichtungen betreffend mag es durchaus sinnvoll und notwendig sein, dem Kunstbegriff rechtliche Konturen zu verleihen. Ein Beispiel wäre etwa die Vergabe staatlicher Förderungen, die anhand bestimmter objektiver Kriterien gewiss einfacher abzuwickeln und auch nachzuvollziehen ist.²⁸²

Wie in dieser Arbeit aufgezeigt steht die Kunstfreiheit auf der anderen Seite aber immer öfter in Konflikt mit anderen Grundrechten und richtet sich in dieser Funktion gegen grundsätzlich gleichberechtigte Dritte. Diese Drittwirkungsproblematik²⁸³ kann wiederum als eigene Ausprägung des grundrechtlichen Schutzbereichs betrachtet werden und ruft andere Wirkungen hervor. Die in der Praxis häufigsten Fälle sind jene, in denen dem Träger der Kunstfreiheit die Verletzung des Grundrechts einer anderen Person durch seine künstlerische Betätigung vorgeworfen wird. Es stellt sich für mich die Frage, ob es in diesem Zusammenhang notwendig ist, eine Definition von Kunst zur Diskussion zu stellen,

²⁸¹ Vgl. *Berka*, Die Grundrechte (1999) 47-52.

²⁸² In diesem Zusammenhang sei jedoch angemerkt, dass beispielsweise weder das österreichische Kunstförderungsgesetz noch die gemäß dessen § 8 von der zuständigen Bundesministerin zu erlassenden Förderungsrichtlinien eine Definition der zu fördernden Kunst beinhalten. Unter Aufzählung in Frage kommender Kunstsparten ist man auch hier sehr um einen offenen Kunstbegriff bemüht.

²⁸³ Siehe dazu schon oben II. 3.3.

wenn man den Fokus doch eigentlich auf der Gegenseite ansetzen könnte, nämlich auf den Schranken dieses Freiheitsrechts. Wendet man sich dem Problem von dieser Seite zu, ist es möglich, jede Gefahr einer inhaltlichen Beschränkung künstlerischer Betätigung durch eine exakte Begriffsbestimmung zu vermeiden, ohne diese jedoch ins Uferlose laufen zu lassen. Denn wie auch das BVerfG in seiner „Mephisto“-Entscheidung festgestellt hat, bedeutet die vorbehaltlose Ausgestaltung der Verfassungsbestimmung nicht gleichzeitig ihre Schrankenlosigkeit. Die Kunstfreiheit nimmt gegenüber den anderen Grundrechten keine übergeordnete Position ein, sondern ist diesen vielmehr gleichrangig, und eine einzelfallbezogene Abwägung ist deshalb unausweichlich. Im Zuge derselben ist es aber nicht erstes Ziel, eine ausführliche Begründung dafür zu finden, warum der in Frage stehende künstlerische Akt als solcher betrachtet wird, sondern vielmehr ob durch ihn bestimmte Grenzen überschritten wurden.

a) Verfassungsimmanente Schranken

Wie bereits in der „Mephisto“-Entscheidung vorgegeben, wird heute eine Anwendung der in Art 5 Abs 2 GG geregelten Schrankenvorbehalte auf die Kunstfreiheit überwiegend abgelehnt.²⁸⁴ Diese beziehen sich entsprechend ihrem Wortlaut²⁸⁵ lediglich auf die Grundrechtsgewährleistungen des Abs 1. Folglich sind weder die „allgemeinen Gesetze“, noch die Jugendschutzbestimmungen oder das Recht der persönlichen Ehre als gesetzliche Schranken der Kunstfreiheit heranzuziehen.

Um aber beispielsweise dennoch auch eine im Rahmen einer künstlerischen Performance stattfindende Verletzungshandlung nicht ungestraft lassen zu müssen, nimmt man einen Umweg über die systematischen Schranken, die anderen gleichstehenden Grundrechten und allgemeinen Werten der Verfassung immanent sind. Darunter fallen neben obersten staatserhaltenden Prinzipien auch das Sittengesetz und der Kernbestand der Kriminalstrafnormen, die für ein geordnetes Zusammenleben unverzichtbar sind.²⁸⁶

Lässt man diese rein rechtsdogmatischen Spitzfindigkeiten beiseite und beschränkt die Überlegungen auf die eigentliche Frage, also darauf, welchen Schranken die Kunstfreiheit

²⁸⁴ Vgl. Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 11, 54; v. Arnould, Freiheit der Kunst (2009) 1137;

²⁸⁵ Art 5 (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

²⁸⁶ Vgl. Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 64.

unterworfen ist, so ist zunächst festzuhalten, dass durch die vorbehaltlose Ausgestaltung jedenfalls intentionale Eingriffe durch die Gesetzgebung ausgeschlossen sind. Davon abgesehen sind aber auch die Träger der Kunstfreiheit durch allgemein gültige Regeln gebunden und können hier nicht privilegiert werden.²⁸⁷ Würde man die Vorbehaltlosigkeit in einem anderen Sinn interpretieren, würde sie gleichsam einen Freibrief für jedwedes Verhalten darstellen, das dem „gewöhnlichen“ Menschen verboten, jedoch dann erlaubt ist, wenn es in eine künstlerische Ausdrucksform gebracht wird.

Vor allem in Kollisionsfällen mit anderen Freiheitsrechten muss sich auch die Kunstfreiheit bisweilen Beschränkungen unterwerfen. In diesem Zusammenhang sei wiederholt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hervorgehoben, welcher in Funktion einer „Schrankschranke“²⁸⁸ wiederum allzu radikalen Beschränkungen Einhalt gebieten soll.

b) Abstufung der Schranken entsprechend dem „Werk-“ und „Wirkbereich“

Die Unterscheidung von „Werk“- und „Wirkbereich“ wurde erstmals von *Friedrich Müller* formuliert und vom BVerfG in seiner „Mephisto“-Entscheidung übernommen²⁸⁹. Müllers Theorie geht jedoch insofern weiter, als er diese Zweiteilung des Normbereichs mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbindet und diesen gemäß einer Zuordnung der künstlerischen Schöpfung zum jeweiligen Bereich differenziert zur Anwendung kommen lässt.

Demnach seien Beschränkungen im Werkbereich, also in der „Sphäre des Schaffens und der Garantie der Existenz von Kunstwerken“²⁹⁰, nur in Ausnahmefällen und nur zu Gunsten gleichrangiger Rechtsgüter zulässig. *Müller* begründet dies damit, dass jene Tätigkeiten, die dieser Sphäre zuzuordnen seien, sachspezifisch für den Bereich Kunst seien²⁹¹ und deshalb absoluten Schutz verdienen würden. Demgegenüber sei der Wirkbereich, welcher der Verbreitung des Kunstwerks dient, „von nicht-sachspezifischen Faktoren durchsetzt“²⁹², weshalb der Schutz hier nur relative Wirkung entfalte.

²⁸⁷ Vgl. *Enderlein*, Der Begriff der Freiheit (1995) 180.

²⁸⁸ *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 65.

²⁸⁹ Siehe oben III. 2.7. a) Num 3).

²⁹⁰ *Enderlein*, Der Begriff der Freiheit (1995) 29.

²⁹¹ *Enderlein*, Der Begriff der Freiheit (1995) 29.

²⁹² *Enderlein*, Der Begriff der Freiheit (1995) 29.

Unter Zugrundelegung des Gedankens, dass der künstlerische Schaffensprozess auch als Ausdruck der individuellen Persönlichkeit betrachtet werden kann, lässt sich diese Theorie als Pendant zur Sphärenbildung beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehen. Auch diese führt dort zu einer Abstufung der Schutzwirkungen je nach der Sensibilität der Persönlichkeitssphäre. Wenn man also den Bereich der Schöpfung eines Kunstwerks der Intimsphäre des Künstlers zuordnen würde, würde dies im Ergebnis wieder zu einem absoluten Schutz führen, wohingegen Verbreitungshandlungen, die gleichsam in der Sozialsphäre angesiedelt sind, ein verhältnismäßig geringerer Schutz zukommen würde.²⁹³

Diese Gegenüberstellung soll rein der Veranschaulichung dienen, dass eine Abstufung der Schutzintensität durchaus begründet ist, da sie auch bei der Auslegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herangezogen wird und hier wie dort zu einem nachvollziehbaren Ergebnis führt. Wie bereits ausgeführt wäre es abgesehen davon aber falsch, deshalb die künstlerische Betätigung rein als Persönlichkeitsentfaltung zu werten, da sonst der besondere Schutz der Kunstfreiheit keinen weiteren Effekt haben würde und sich gleichsam die Träger des Persönlichkeitsrechts gegenüberstünden.

Die Unterscheidung von Werk- und Wirkbereich erscheint in Bezug auf den Abwehraspekt der Kunstfreiheit durchaus sinnvoll, da im Werkbereich der absolute Schutz greift und damit dem Vorsatz Rechnung getragen wird, dass es dem Staat nicht möglich sein soll, bestimmte Formen künstlerischer Betätigung von vornherein zu unterbinden. Konzentriert man sich jedoch auf das Problem der Grundrechtskollision, drängt sich der Gedanke auf, dass diese eher dann entsteht, sobald Kunstschaffende eine Handlung nach außen hin setzen, sich also in den Wirkbereich begeben.²⁹⁴ Eine Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter ergibt sich in den meisten Fällen erst, wenn die Öffentlichkeit involviert wird. Dies bedeutet, dass eine Unterscheidung der Normbereiche bezüglich der Problematik der Grundrechtskonflikte eigentlich überflüssig ist, weil entweder nur der Wirkbereich von Belang ist oder beide Bereiche zusammenfallen²⁹⁵, was beispielsweise bei Formen von Improvisationskunst der Fall sein könnte.

²⁹³ Vgl. *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 65.

²⁹⁴ Vgl. BVerfGE 77, 240 (253 f) „Herrnburger Bericht“; *Würkner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 96 ff; anderer Meinung v. *Arnauld*, Freiheit der Kunst (2009) 1138.

²⁹⁵ Vgl. *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 65.

Diese Überlegung spitzt sich weiter zu, wenn man Kunst nicht nur als persönlichen Ausdruck betrachtet, sondern auch als Form der Kommunikation, und zwar Kommunikation mit der breiteren Öffentlichkeit. Ist Kunst ohne Einbeziehung der Öffentlichkeit überhaupt denkbar? Ist es nicht gerade eine primäre Intention der Künstler und Künstlerinnen, mit ihren Werken nach außen zu treten und sie anderen zugänglich zu machen? Meines Erachtens sind diese beiden Begriffe untrennbar miteinander verbunden und die Kunst braucht die Öffentlichkeit, um überhaupt wirksam werden zu können. Vor allem die literarische Freiheit lebt von diesem Zusammenspiel, wäre doch ein literarisches Werk ohne Publikation nicht mehr als ein persönliches Tagebuch oder ein nie versendeter Brief. Führt man diesen Gedanken weiter, scheint auch die Begründung für den nur relativen Schutz im Wirkbereich dieser Verknüpfung nicht gerecht zu werden, da die Berührung der Öffentlichkeit so gesehen durchaus als kunstspezifisch gewertet werden kann. Auch die auf die Unterscheidung von Werk- und Wirkbereich gegründete Abstufung der Schranken macht für den Fall der Grundrechtskollision demnach keinen Sinn. Der Schutz, den die Kunstfreiheit im Konflikt mit einem anderen verfassungsmäßig geschützten Recht entfaltet, kann so oder so nur ein relativer sein, da sie einem Rechtsgut gleichen Ranges gegenübersteht.

In diesem Sinn verdeutlicht sich auch der eigenständige vorbehaltlose Schutz der Kunstfreiheit gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder der allgemeinen Meinungsfreiheit, zumindest ein Aspekt davon. Die künstlerische Betätigung und die darauffolgende Darbietung verdient diesen besonderen Schutz durch ein eigens ausgestaltetes Grundrecht gerade *weil* sie in direkter Verbindung mit der öffentlichen Präsentation steht und dadurch einem gesteigerten Konfliktpotential ausgesetzt ist. Vice versa ist dies wiederum ein Grund dafür, warum die Publizität auch während der Schaffensphase, also im Werkbereich, für Künstlerinnen und Künstler eine Rolle spielt und sie in ihrer Arbeit beeinflusst, sei es weil sie das öffentliche Geschehen kritisch verarbeiten oder gesellschaftliche Anerkennung suchen.

c) Kunstgerechter Maßstab im Zuge der Güterabwägung im Kollisionsfall

Wie sich gezeigt hat, handelt es sich bei der Kunstfreiheit um ein Grundrecht, dessen Schutzbereich durch eine allgemeine rechtliche Definition schwer zu fassen ist, weshalb

auch hier – wie schon beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht – vor allem die Rechtsprechung wichtige Erkenntnisse anhand der zu entscheidenden Fälle gebracht hat, die in ihrer (bisherigen) Gesamtheit doch ein Bild ergeben, das sowohl für die Entscheidungs- wie auch für die Grundrechtsträgerinnen Anhaltspunkte für die Auslegung bietet. Dieser Prozess wird freilich dann noch erschwert, wenn sich genau diese beiden Grundrechte im Konfliktfall gegenüberstehen und gleichsam auf beiden Seiten zuvor eine umfangreiche Untersuchung über die Einordnung des Streitgegenstandes stattfinden muss, bevor die beiden Interessen gegeneinander abgewogen werden können.

In Anknüpfung an die obigen Ausführungen im Zuge der Darstellung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ist an dieser Stelle auf die kunstspezifischen Besonderheiten im Rahmen einer Einzelfallabwägung einzugehen.

Bei der Beurteilung, ob einem Kunstwerk der Vorrang gegenüber dem widerstreitenden Rechtsgut einzuräumen ist, ist an dieses ein sogenannter „werkgerechter“ Maßstab anzulegen.²⁹⁶ Dieser Begriff wurde vom BVerfG erstmals in seiner Entscheidung zu den „Strauß-Karikaturen“ (BVerfGE 75, 369) verwendet und damit einerseits die bereits im „Mephisto“-Beschluss geforderte Orientierung an den kunsteigenen Strukturmerkmalen²⁹⁷, wie auch die im Beschluss zum „Anachronistischen Zug“ eingeführten Kriterien der „Gesamtschau des Kunstwerks“ und des „gerichtlich relevanten Prüfungsmaßstabs“ konkretisiert.²⁹⁸

Die Anwendung eines werkgerechten Maßstabes erfordert nach Auffassung des BVerfG zunächst die Herausarbeitung der gattungsspezifischen Eigenheiten des in Frage stehenden Kunstwerks, um im Anschluss daran die eigentliche Aussage desselben zu eruieren.²⁹⁹ In einem zweiten Schritt ist erst zu prüfen, welche Wirkungen die so ermittelte Aussage entfaltet und ob eine Beeinträchtigung des anderen Grundrechts stattgefunden hat.

In Fortführung der Feststellungen in der Entscheidung zum „Anachronistischen Zug“³⁰⁰ betont das BVerfG im „Karikaturen“-Beschluss, dass eine Güterabwägung dann obsolet

²⁹⁶ Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfGE (1990) 1942; Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 90.

²⁹⁷ Siehe oben III. 2.7. a) Num 2).

²⁹⁸ Vgl. Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 90.

²⁹⁹ Vgl. Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 90.

³⁰⁰ BVerfGE 67, 213 (228).

sei, wenn der absolut geschützte Kern der Menschenwürde verletzt sei.³⁰¹ Dies konnte ja bereits den Kernthesen der „Mephisto“-Entscheidung entnommen werden.³⁰²

Die Rechtsprechung entwickelte dieses Abwägungsschema im Fall „Josephine Mutzenbacher“ (BVerfGE 83, 130) noch weiter, indem es dort konstatierte, dass Kunstwerke nicht nur auf der ästhetischen, sondern auch auf der realen Ebene Wirkungen entfalten könnten.³⁰³ Aus den Erläuterungen in dieser Entscheidung, in welcher sich das Gericht mit dem Verbot eines Romans aus jugendgefährdenden Gründen auseinandersetzte, kann gefolgert werden, dass eine werkgerechte Interpretation gerade deshalb erforderlich ist, als die Wirkungen eines Kunstwerks auf der realen Ebene daran zu messen sind, inwieweit problematische Inhalte in ein künstlerisches Konzept eingebunden sind. Demnach kann die Kunstfreiheit ihren Vorrang umso eher beanspruchen, je ausgeprägter die künstlerische Ausgestaltung ist.

d) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schranke der literarischen Freiheit

Die im Fall „Josephine Mutzenbacher“ vom BVerfG vertretene Ansicht lässt sich nun mit den Ausführungen in Kapitel I. 2.2. zur Vermischung von Faktum und Fiktion in Romanen bzw Schlüsselromanen in Verbindung bringen.

Je mehr der Schwerpunkt eines Romans auf der ästhetischen Ebene liegt und er mithin der Vermutung der Fiktionalität gerecht wird, desto weniger fallen seine Wirkungen auf der realen Ebene im Zuge der Güterabwägung ins Gewicht. Der werkgerechte Maßstab kommt also dann zum Tragen, wenn tatsächlich auch eine künstlerische Gestaltung stattgefunden hat und vor allem jene realen Bezüge, die in Hinblick auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen problematisch sein können, dadurch in ein anderes Licht gerückt werden. Sofern Autorinnen und Autoren bezüglich ihrer Texte keinen Wahrheitsanspruch erheben und diese damit der Fiktion zugeordnet sehen möchten, sollte dies auch hinreichend durch die stilistische Gestaltung zum Ausdruck kommen. Ziel ist es, nicht das „wirklich Geschehene“ aufzuzeigen, sondern das „literarisch Mögliche“³⁰⁴.

³⁰¹ BVerfGE 75, 369 (380).

³⁰² Siehe oben III. 2.7. a) Num 7).

³⁰³ BVerfGE 83, 130 (147).

³⁰⁴ *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman? (2004) 431.

Es muss also in der Schaffensphase jene sogenannte „Verfremdung“ erfolgt sein, wie sie bereits vom BVerfG im „Mephisto“-Beschluss gefordert wurde³⁰⁵. Diese „Verselbständigung des Abbildes gegenüber dem Urbild“ als künstlerisches Mittel ist genau jenes Kriterium, das eine Zuordnung des Werkes zum Schutzbereich der Kunstfreiheit ermöglicht und ihr im Konfliktfall zumindest einen Vorteil verschafft. Gleichsam wird es sich im Zuge der Abwägung nachteilig auswirken, wenn eine ausreichende „Verfremdung“ durch Anwendung künstlerischer Stilmittel eben nicht zu erkennen ist.

In diesem Sinn lässt sich auch der besondere Schutz der Kunstfreiheit gegenüber der allgemeinen Meinungsäußerungsfreiheit erfassen. Reine Meinungsäußerungen orientieren sich nicht nur an der Wirklichkeit, sie nehmen direkt darauf Bezug und enthalten „wertende Stellungnahmen“³⁰⁶ zu tatsächlichem Geschehen. Man begibt sich dabei aber nicht auf eine „ästhetische Ebene“ oder versucht, eine artistische Realität in der wirklichen Realität zu erzeugen, sondern verbleibt vielmehr immer auf der realen Ebene. Hier soll die Meinungsäußerung auch ihre Wirkungen erzeugen. In Bezugnahme auf reale Personen stützt man sich in seiner Argumentation im besten Fall auf Fakten und bleibt bei der Wahrheit. Die Erwartungen gegenüber literarischen, im Besonderen fiktionalen Werken sind jedoch genau gegenteiliger Natur. Werden darin reale Vorkommnisse und Personen verarbeitet, stellt eine allzu wirklichkeitsgetreue Darstellung eher ein Problem dar. Es werden somit gewisse Ansprüche an das literarische Schaffen gestellt, in die Verarbeitung realer Stoffe entsprechende künstlerische Elemente einfließen zu lassen, um das so entstandene Werk dann tatsächlich als solches der Kunst bezeichnen und es dem Schutz der Kunstfreiheit unterstellen zu können. Gerade die Gattung der Schlüsselliteratur erfordert in dieser Hinsicht vielleicht ein noch höheres Maß an Geschick, was in anderer Hinsicht aber gleichzeitig ihren Reiz auszumachen scheint.

Sollte die romanhafte Darstellung aber dazu missbraucht werden, andere Personen bloßzustellen oder zu verleumden und dies, losgelöst vom künstlerischen Antrieb, als wahres Motiv in Erscheinung treten, kann dies nicht mehr von der Freiheit der Kunst gedeckt sein. Insofern ist die Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit zwar als *lex*

³⁰⁵ Siehe oben III. 2.7. a) Num 9).

³⁰⁶ Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit (2009) 885.

specialis zu werten³⁰⁷, nicht aber als Privilegierung. Sofern Beleidigungstatbestände und Persönlichkeitsschutz „schlichte Meinungsäußerungen“³⁰⁸ in die Schranken weisen können, muss dies ebenso – wenn auch über andere Wege – für unvertretbare Äußerungen gelten, die unter künstlerischem Deckmantel getätigt werden. Dass es bisher nicht gelungen ist, weder eine allgemeine, noch eine rechtliche Definition von Kunst eindeutig zu formulieren, darf nicht dazu führen, dass dem Schutz der Kunstfreiheit eine Sonderstellung eingeräumt und er über alles andere gestellt wird. Ich möchte hier keineswegs die durchaus wichtige Rolle kritischer, engagierter Kunst in Frage stellen, sondern lediglich nochmals auf die rechtlich doch notwendige Unterscheidung von Kunst und Nicht-Kunst hinweisen.

In Bezug auf die vorigen Ausführungen zur Unterscheidung von Werk- und Wirkungsbereich lässt sich in Hinblick auf die Schlüsselliteratur feststellen, dass eine solche theoretisch auch hier vorgenommen werden kann. Im Konfliktfall mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist aber meines Erachtens allein der Wirkungsbereich relevant, da ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre erst dann erfolgt, wenn die verletzenden Darstellungen einem breiteren Publikum zugänglich werden.³⁰⁹ Dies erklärt sich auch aus den oben aufgezeigten Fallgruppen³¹⁰, vor allem aus der besonders häufig mit der Schlüsselliteratur kollidierenden Schutzrichtung des Rechts am eigenen Lebens- und Charakterbild. Ziel des Schutzes ist hier ja die Unterbindung des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht Einzelner über die Vermittlung ihres Persönlichkeitsbildes in der Öffentlichkeit. Ebenso spricht die Art der Sanktion – das Verbot der Veröffentlichung und Verbreitung – für eine Betrachtung in diesem Sinne.

Ein uneingeschränktes Veröffentlichungsverbot, wie es auch im Fall „Mephisto“ ausgesprochen wurde, kommt vor allem dann als Rechtsfolge einer Persönlichkeitsrechtsverletzung zur Anwendung, wenn diese durch andere Mittel wie Schwärzungen oder Streichungen nicht ausreichend gemildert werden kann. Dies stellt die gravierendste gerichtliche Sanktion gegenüber literarischen Werken dar und sollte daher entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur verhängt werden, wenn dem Schutz der Persönlichkeit allein auf diese Weise angemessen Rechnung getragen werden kann. Im

³⁰⁷ Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 13.

³⁰⁸ Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 13.

³⁰⁹ Anderer Meinung v. *Arnauld*, Freiheit der Kunst (2009) 1139.

³¹⁰ Oben II. 4.1.

Fall „Mephisto“ halte ich diese Sanktion angesichts der vorherigen Ausführungen für unverhältnismäßig. Es ist nun in der Folge zu untersuchen, wie sich dies in Bezug auf den Roman „Esra“ von Maxim Biller verhält.

4. Der Fall „Esra“ – eine „Adaption“ der Grundsatzentscheidung?

Im Zuge einer simplen Recherche unter Eingabe des Suchbegriffs „Esra“ findet sich auf der deutschen Website eines gängigen Online-Buchhandels folgende Produktbeschreibung:

„Ein Buch wie ein französischer Liebesfilm – elegant, rasant, romantisch! Maxim Biller hat einen Liebesroman geschrieben, wie es ihn lange nicht mehr gegeben hat – den Roman von Adam und Esra, die zusammen das Glück suchen, es fast finden und ihre Liebe auch dann nicht verraten, als sie ihnen für immer zu entgleiten droht. Warum lieben die Menschen von heute so sehr die Liebe? Ist sie die letzte Utopie, die wir noch haben? Adam, der junge Schriftsteller, kann sich ein Leben ohne Esra nicht mehr vorstellen. Doch Esra zögert, und je mehr sie zögert, desto größer wird seine Leidenschaft für sie. Ohne Esra, denkt Adam, ist mein Leben verloren und der Boden, auf dem ich stehe, trägt mich nicht mehr. Aber was denkt Esra? In einer einfachen, virtuoson Sprache nimmt uns Maxim Biller in eine Welt mit, in der Gefühle wieder so wichtig sind wie Gedanken, in der Zuneigung und Vertrauen zu einem Geliebten etwas ersetzen sollen, woran viele zu lange und zu blind geglaubt haben: Die Glücklichmachung des Menschen durch die richtige politische und gesellschaftliche Ideologie. Dieses Buch ist kein Zufall, in ihm klingt der Herzschlag unserer Zeit.“³¹¹

Sollte diese Rezension nun Neugier geweckt haben und man den Roman in der Folge erwerben wollen, kann man dies zwar nicht direkt bei eben jenem werbenden Versandhandel, es wird dort aber immerhin ein Link zu anderen Anbietern bereitgestellt. Verfolgt man diesen weiter, landet man bei den Angeboten verschiedener anonymen „Händler“, die das Buch sowohl in gebrauchtem Zustand zwischen 400 und 500 Euro anbieten, wie auch in neuer Ausgabe zu einem Preis von 995 Euro.

Dass es sich bei dem beworbenen Roman um gerichtlich verbotene Literatur handelt, geht weder aus der – sehr positiven – Kurzbeschreibung hervor, noch aus der Tatsache, dass das Buch käuflich zu erwerben ist. Eventuell wecken aber die doch etwas gewagten Preise Zweifel daran, dass hier alles mit rechten Dingen zugeht. Allein in den weiter unten auf der Seite zu findenden Kundenrezensionen wird die rechtliche Problematik ansatzweise

³¹¹ http://www.amazon.de/gp/product/3462032135/sr=8-1/qid=1306318804/ref=olp_product_details?ie=UTF8&me=&qid=1306318804&sr=8-1&seller= [25. 5. 2011].

thematisiert. Angesichts der hohen Wellen, die der Roman und sein letztlisches Verbot jedoch sowohl in der breiten Öffentlichkeit, wie auch in juristischen und literarischen Fachkreisen schlug, dürfte es jedoch ohnehin kaum vorkommen, dass eine derartige Suche ohne jegliches Vorwissen erfolgt.

4.1. Der Inhalt des Romans

Der Roman „Esra“ erzählt von der Liebe zwischen *Adam* und *Esra*, die von Anfang an zum Scheitern verurteilt ist. Die Beziehung zwischen dem jüdischen Schriftsteller und der türkisch-stämmigen Schauspielerin wird weder von ihrer Mutter, noch von ihrem Ex-Mann, ihrer Tochter, ja sogar ihrer Katze akzeptiert, wodurch die schwierigen Momente in der immer wieder unterbrochenen und neu aufgenommenen Beziehung die glücklichen zu überwiegen scheinen. Der Ich-Erzähler schildert über einen Zeitraum von vier Jahren die letztlich unüberwindlichen Probleme des Paares und scheint dadurch sowohl seine großen Gefühle für diese Frau ausdrücken zu wollen, wie auch das Geschehene zu verarbeiten. Es ist eine sehr persönliche Geschichte um ausgeprägt charakterisierte Figuren, so gut erzählt, dass man glauben könnte, sie sei tatsächlich passiert.

Dies wäre unter anderen Umständen wohl als positiv zu bewerten, in diesem Fall wurde es dem Autor *Maxim Biller* jedoch zum Verhängnis.

4.2. „Esra“ – ein Schlüsselroman?

Um einer unvoreingenommenen Perspektive willen, wäre es von Vorteil, bei der Lektüre des Buches von dem darum ausgefochtenen Gerichtsprozess und dessen Folgen nichts zu wissen. Aber selbst dann würde es vermutlich nicht lange dauern, bis erste Verdachtsmomente über die Anlehnung an eine reale Vorgeschichte aufkommen würden. Der Autor selbst bringt einen auf diese Fährte.

a) *Der Schauplatz*

Die Handlung des Romans spielt in München. Es werden die gesamte Erzählung hindurch detailliert sowohl Wohnadressen, wie auch Spazierwege³¹², Geschäfte³¹³ und Restaurants genannt, die tatsächlich in München zu finden sind. Dies und die Tatsache, dass *Biller* selbst eine Zeit lang in München gelebt und gearbeitet hat, erleichtert die Herstellung eines Realitätsbezuges. Es kann von Schriftstellern zwar nicht erwartet werden, dass sie völlig ohne Verwendung realer Örtlichkeiten als Schauplätze ihrer Geschichten arbeiten, hier ist sie allerdings so präsent, dass man sich bei der Lektüre durchaus die Frage stellt, inwieweit *Biller* auf eine reale Anknüpfung hinweisen möchte oder bewusst damit spielt.

b) *Der Ich-Erzähler Adam*

„Daß ich aus Prag komme, Jude bin und oft über Deutschland schreibe, ist kein Geheimnis“³¹⁴, schreibt der Ich-Erzähler in Kapitel 37 des Romans über sich selbst. Die Parallelität zu *Billers* eigener Biographie ist auffällig. Als Sohn russisch-jüdischer Eltern in Prag geboren und 1970 nach Deutschland emigriert, wird er nach dem Besuch der Deutschen Journalistenschule in München vor allem für seine Kolumnen in der *Zeit*, im *Spiegel* und *Tempo* bekannt, die oft sein Verhältnis zu Deutschland thematisieren.³¹⁵

Wem sein erster Roman „Die Tochter“ bekannt ist, könnte vielleicht auch bei den folgenden Zeilen aus „Esra“ Rückschlüsse auf eine autobiographische Verarbeitung ziehen: „Viele Leute haben gedacht, mein letzter Roman sei autobiographisch, doch das ist natürlich ein Irrtum. Daß ich selbst – so wie sein Held – eine Tochter habe, sagt gar nichts.“³¹⁶ Der Ich-Erzähler *Adam* scheint offenbar ebenso wie *Biller* einen Roman über eine Vater-Tochter-Beziehung geschrieben zu haben. An anderer Stelle klagt *Adam* darüber, dass er es am wenigsten mochte, wenn er auf Lesereisen oft mit der Frage konfrontiert wurde, wieviel sein Roman mit seinem eigenen Leben zu tun habe.³¹⁷ Es scheint, als würde

³¹² *Biller*, Esra (2003) 66.

³¹³ *Biller*, Esra (2003) 118.

³¹⁴ *Biller*, Esra (2003) 110.

³¹⁵ Vgl. *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman? (2004) 429; *Thurnes*, Verbotener Autor Maxim Biller.

³¹⁶ *Biller*, Esra (2003) 111.

³¹⁷ *Biller*, Esra (2003) 186.

Biller selbst – quasi über seinen männlichen Protagonisten – seinem Ärger über autobiographische Unterstellungen Luft machen wollen und das Lesepublikum zu diesem Zweck in ein Verwirrspiel verwickeln.

Eine weitere auffällige Parallele zwischen *Biller* und *Adam* lässt sich jener Textpassage entnehmen, in der es um eine von *Adam* verfasste Erzählung über die Hochzeit von *Esra* und *Frido*, ihrem Ex-Mann, geht. Diese hatte auf Grund der sehr negativ gehaltenen Beschreibung von *Esras* Mutter *Lale* für Empörung gesorgt und das Verhältnis zwischen den beiden nicht unbedingt gebessert.

„In der Erzählung hatte ich Lale darum als eine böse, dunkle Frau beschrieben, ich hatte die ganze Mafiageschichte ein bißchen größer und gefährlicher gemacht, als sie war, und vielleicht hätte ich mir auch die eine oder andere Bemerkung über Lales äußere Erscheinung sparen können.“³¹⁸

Zum einen überrascht die unverhohlene Bezugnahme auf *Billers* 1990 erschienene Erzählung „Wenn ich einmal reich und tot bin“, die von einer deutsch-türkischen Hochzeit handelt. Darin hat die Mutter der Braut allerdings nur einen kurzen Auftritt.³¹⁹ Zum anderen erweckt *Biller* hier wiederholt den Eindruck, ganz bewusst mit der Verwendung realer Bezüge zu spielen – auch in dem Bewusstsein der Reaktionen, die diese Vorgehensweise vermutlich hervorrufen würde.

c) Schreiben über Reales

Die oben beschriebene Erzählung wird im Roman auch an jener Stelle erwähnt, an der *Adam* erstmals *Esras* Angst thematisiert, einmal in seinen Geschichten vorzukommen. Der erste Satz des dritten Kapitels lautet: „Esra hatte von Anfang an zu mir gesagt, ich dürfe nie etwas über sie schreiben.“³²⁰ In der Folge wird ein Dialog geschildert, in dem *Esra Adam* eindringlich erklärt, dass sie mit ihm „privat sein“ wolle, um nicht bei jeder Art von Intimität befürchten zu müssen, diese später zu einer Romanszene verarbeitet wiederzufinden. *Adam* kann diese Angst zum einen nicht nachvollziehen, zum anderen fühlt er sich dadurch in seinem Schaffen eingeschränkt:

³¹⁸ *Biller*, *Esra* (2003) 75.

³¹⁹ Vgl. *Kämmerlings*, *Kunstperson* (2003).

³²⁰ *Biller*, *Esra* (2003) 14.

„Wenn ich nicht schreiben dürfte, was ich will – das wär' wie Gefängnis für mich [...].“³²¹ „Ich bin zwar niemand, der sich ständig Notizen macht und jede Sekunde seines Lebens für zukünftige Geschichten und Romane verplant – dennoch will ich nicht gesagt bekommen worüber ich schreiben darf und worüber nicht. Das ist so, als nähme man mir die Luft zum Atmen.“³²²

In diesem Zusammenhang erwähnt *Adam* auch den Skandal um *Thomas Manns* „Buddenbrooks“ und dass er sich schon während seines Studiums klar auf die Seite der literarischen Freiheit gestellt hatte.

Auf diese Weise wird im Roman genau jene Problematik inszeniert, die sich später in der Realität für *Biller* verwirklicht hat. Der Schriftsteller, ob nun *Adam* im Rahmen der Romanhandlung oder *Biller* durch den Roman selbst, macht die Verarbeitung realer Personen in literarischen Werken selbst zum Thema und setzt so sein Verwirrspiel mit den Lesern fort. Die direkte Konfrontation mit dem Phänomen Schlüsselroman erweckt schnell den Eindruck, dass es sich nun genau bei diesem Werk auch um einen handelt. Dadurch wird das Leseverhalten von vornherein beeinflusst, zumal das Thema schon an früher Stelle des Buches (S. 14) erstmals zur Sprache kommt. *Adam* schreibt also über die Beziehung zu einer Frau, die dies unter keinen Umständen will. Warum sollte nicht auch ein anderer Schriftsteller so vorgehen und warum nicht gleich der Verfasser des vorliegenden Romans selbst, wo er doch auch nicht darauf verzichtet, Parallelen zu seiner eigenen Person herzustellen?

Allerdings kann man sich als Leserin auch die Frage stellen, ob hinter dieser offensiven Thematisierung nicht doch ein satirischer Kunstgriff steckt, der den immer öfter die realen Hintergründe hinterfragenden Umgang mit Literatur aufzeigen soll. Interessant wäre dies aber nur, wenn dies dann auch wieder aus der Gesamtkonstruktion der Geschichte erkennbar wäre und genau dort, wo man es als Leserin erwarten würde, eben keine realen Anleihen genommen wären. Die Charakterisierung der Figuren und die Reaktionen ihrer realen Vorbilder zeigen jedoch Gegenteiliges. Ohne die nun folgenden sogenannten „hard facts“ wäre „Esra“ dann wirklich „ein Roman über das Problem des Schlüsselromans“³²³, denn weder der Handlungsablauf an realen Orten, noch der Bezug zu *Billers* eigener

³²¹ *Biller*; Esra (2003) 16.

³²² *Biller*; Esra (2003) 17.

³²³ *Kämmerlings*, Kunstperson (2003).

Biographie würden eine derartige Interpretation stören. Leider konnte der Autor aber nicht auf die Einbettung derart individueller Details verzichten, die eine eindeutige Zuordnung zu anderen realen Personen (zumindest für einen begrenzten Personenkreis) ermöglichen, dass der vermeintliche Kunstgriff nicht mehr hinterlässt als einen schalen Nachgeschmack.

d) Die „hard facts“

Wie noch zu zeigen sein wird, sind die biographischen Übereinstimmungen der Figuren *Esra* und *Lale* mit ihren realen Vorbildern und späteren Klägerinnen zahlreich. An dieser Stelle möchte ich jedoch nur auf jene beiden Merkmale eingehen, die als sogenannte „hard facts“ eine eindeutige Identifizierung ermöglichen³²⁴ – so einem die Personen in realiter auch bekannt sind.

In beiden Fällen handelt es sich dabei um Preise, die die beiden Frauen auch tatsächlich erhalten haben. In der Erstfassung des Romans erwähnt der Ich-Erzähler dass *Esra* für ihre Darstellung eines türkischen Mädchens den deutschen Bundesfilmpreis erhalten hatte. Dies war auch der Höhepunkt ihrer kurzen Schauspielerischen Karriere und der prämierte Film ihr einziger größerer Erfolg. *Estras* Mutter *Lale* wiederum wird gleich auf der ersten Seite des Romans als Trägerin des alternativen Nobelpreises vorgestellt, der ihr für ihren Kampf gegen den Goldabbau in der Türkei verliehen worden war. Im Roman führte dies jeweils zu einer wenn auch nur vorübergehenden Berühmtheit der beiden. Aber auch in der Realität erhöhte sich so der Bekanntheitsgrad der Frauen und gleichzeitig (bis zu einem gewissen Grad) die Wahrscheinlichkeit in den Romanfiguren wiedererkannt zu werden. Im Gegensatz zu den noch zu erläuternden anderen biographischen Parallelen handelt es sich bei diesen Auszeichnungen also um Tatsachen, die der Öffentlichkeit – zumindest potentiell – bekannt waren. Hinzu kommt, dass die Konstellation der Verleihung nicht unbedeutender Preise sowohl an die Mutter wie auch an die Tochter wohl nicht allzu oft vorkommen dürfte, was die Identifizierbarkeit noch einmal erleichtert.

Diese beiden Details sind zweifelsohne Schlüssel, die haargenau ins Schloss passen. Angesichts der Tatsache, dass *Biller* in der Erstfassung des Romans die offiziellen

³²⁴ Vgl. *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman? (2004) 429.

Bezeichnungen der beiden Preise noch 1:1 übernahm, wäre es aber übertrieben hier von Verschlüsselung zu sprechen. Erst später verändert er im Zuge von Vergleichsbemühungen³²⁵ die Namen in „Karl-Gustav-Preis“ (der noch einen Bezug zum Verleihungsort des alternativen Nobelpreises erkennen lässt) und „Fritz-Lang-Preis“ (welcher Rückschlüsse auf das filmische Milieu offeriert).

e) *Sonstige biographische Übereinstimmungen*

Zur Figur *Esra*:

- Im Roman schildert *Adam* das Ende der schauspielerischen Bemühungen *Estras* und ihre spätere Tätigkeit als Grafikerin und Illustratorin in einem Münchner Büro.³²⁶ Dies deckt sich auch mit dem beruflichen Werdegang von *Billers* ehemalige Lebensgefährtin, der späteren Klägerin.³²⁷
- Des Weiteren spielt *Estras* Tochter *Ayla* im Roman von Anfang an eine bedeutende Rolle, da sie den Kontakt zu *Adam* scheinbar zu boykottieren versucht und die Beziehung dadurch noch komplizierter wird als sie ohnehin schon ist. Besonders als bei *Ayla* eine schwere Krankheit diagnostiziert wird, die mehrere Operationen erfordert³²⁸, gerät *Adam* immer mehr ins Hintertreffen, zumal auf diese Weise auch der Kontakt zu *Estras* Ex-Mann *Frido* wieder intensiviert wird. Tatsache ist, dass auch die spätere Klägerin eine Tochter aus erster Ehe hat, die an einer schweren Krankheit leidet und sich auch während des späteren Prozesses in ärztlicher Behandlung befand.³²⁹
- Nach der wiederholten Unterbrechung der Beziehung zu *Adam* ist *Esra* vorübergehend mit einem anderen Mann liiert, von dem sie nach kurzer Zeit ein Kind erwartet.³³⁰ Auch *Billers* ehemalige Freundin ging nach der Trennung von ihm eine neue Beziehung ein, welcher ein Kind entstammt.³³¹

³²⁵ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 4.

³²⁶ *Biller*; *Esra* (2003) 51.

³²⁷ Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 38.

³²⁸ *Biller*; *Esra* (2003) 31, 40.

³²⁹ Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 38.

³³⁰ *Biller*; *Esra* (2003) 138ff.

³³¹ Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 38.

Zur Figur *Lale*:

- *Adam* sieht in *Estras* Mutter *Lale* einen der Gründe für das Scheitern der Beziehung und setzt sich deshalb im Roman wiederholt mit ihrer Person auseinander. Er greift dabei auch Teile ihrer Lebensgeschichte auf und erzählt von den verschiedenen Ehen *Lales*, deren erster *Esra* entstammt und deren dritte mit einem sehr viel jüngeren Mann noch aufrecht ist.³³² Weiters schildert er ihren Einsatz gegen den Goldabbau in der Türkei, von dem sie als Besitzerin eines Hotels an der türkischen Ägäisküste selbst betroffen war. Die Mutter von *Billers* ehemaliger Lebensgefährtin und spätere Zweitklägerin ist wie die Romanfigur türkischer Abstammung und Besitzerin eines Hotels in der Türkei, lebt in München und ist in dritter Ehe verheiratet.³³³

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass sich bereits ohne die zusätzlichen Hinweise auf die unter e) aufgezählten biographischen Parallelen genügend Anhaltspunkte in dem Roman finden, die auf eine Anlehnung an reale Geschehnisse und Personen hindeuten. Dies lässt sich entweder ohne besonderes Vorwissen oder zumindest anhand (im Google-Zeitalter) ohne großen Aufwand eingeholter, öffentlich zugänglicher Informationen (biographische Eckpunkte aus dem Leben des Autors, die verliehenen Preise) aus Inhalt und Stilmitteln eruieren. Wie bereits ausgeführt, könnte man als Leserin allein dadurch zwar auch zu dem Schluss kommen, dass hier genau kein Schlüsselroman, sondern eine satirische Betrachtung dieses Genres mit dem Ziel, dem Lesepublikum seine leichte Beeinflussung deutlich zu machen, vorliegen könnte. Diese Deutungsmöglichkeit wirkt jedoch in Kenntnis des Skandals, der kurz nach Veröffentlichung des Buches im Frühjahr 2003 ausbrach, eher unwahrscheinlich.

³³² *Biller*, *Esra* (2003) 24ff.

³³³ Vgl. *Frey*, *Romanfigur wider Willen* (2008) 38/39.

4.3. Der Verfahrensverlauf im Fall „Esra“ und die Entscheidungen der unteren Instanzen

a) Die Klageerhebung beim LG München I und das erste Urteil

4000 Stück der ersten Auflage waren bereits verkauft worden, als *Maxim Billers* ehemalige Partnerin und deren Mutter sich wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte an das Landgericht München I wandten. Sie beantragten zunächst den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den publizierenden Verlag *Kiepenheuer & Witsch*, um den weiteren Vertrieb des Buches zu unterbinden. Dies konnten *Biller* und sein Verlag jedoch durch die Abgabe mehrerer Unterlassungsverpflichtungserklärungen abwenden, in denen sie sich zu mehreren Streichungen und Auslassungen verpflichteten. In der Folge wurde eine sogenannte „geweißte Fassung“ des Romans veröffentlicht.³³⁴

Im Hauptsacheverfahren stützten sich die Klägerinnen auf §§ 1004, 823 BGB iVm Art 2 Abs 1 GG und begehrten die Unterlassung der weiteren Veröffentlichung und Verbreitung des Romans. Sie begründeten dies damit, dass das Buch „eine Biographie [...] ohne wesentliche Abweichungen“³³⁵ von der Wirklichkeit sei und sie durch die Darstellungen diffamiert würden. Betreffend *Billers* ehemalige Freundin, in der Folge Erstklägerin, würden vor allem die detailreichen Schilderungen sexueller Handlungen, sowie die sonstige Beschreibung ihres Privatlebens einschließlich ihrer ersten Ehe und der Krankheit ihrer Tochter ihren absolut geschützten Intimbereich verletzen. Bezüglich ihrer Mutter, in der Folge Zweitklägerin, sei die Persönlichkeitsrechtsverletzung in der stark negativen Charakterisierung der Romanfigur *Lale* begründet.

Biller und sein Verlag hielten dem unter Berufung auf Art 5 Abs 3 GG entgegen, dass es sich bei „Esra“ nicht um einen Schlüsselroman handle und die Handlung großteils erfunden sei.³³⁶

Trotz Abgabe einer weiteren Unterlassungsverpflichtungserklärung (noch über die geweißte Fassung hinaus), verurteilte das LG den Verlag, „es zu unterlassen, das Buch „Esra“ zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen, auszuliefern oder ausliefern zu

³³⁴Vgl. BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 10.

³³⁵ LG München 9 O 11360/03, 92.

³³⁶ LG München 9 O 11360/03, 92.

lassen, zu vertreiben oder vertreiben zu lassen und hierfür zu werben oder werben zu lassen.“³³⁷

Das Gericht bestätigte die von den Klägerinnen geltend gemachte Erkennbarkeit ihrer Personen in den Romanfiguren, vor allem durch die Nennung der beiden an sie verliehenen Preise, weshalb eine „Verselbständigung des Abbilds vom Urbild“³³⁸ nicht anzunehmen sei. Dadurch sei die für die Geltendmachung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erforderliche individuelle Betroffenheit gegeben.³³⁹

Man bezog sowohl die ursprüngliche als auch die geänderte Fassung des Romans in die Entscheidung mit ein. Zwar wurde darauf hingewiesen, dass diese möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn die Preise bereits in der Ursprungsfassung des Romans mit fiktiven Bezeichnungen versehen worden wären, die nachfolgende Änderung sei aber insofern nicht mehr so wirkungsvoll, als mittlerweile die Medien zu einer Verbreitung der Spekulationen beigetragen hätten. Die Berücksichtigung der medialen Berichterstattung wurde damit begründet, dass den Klägerinnen durch den Gang vor Gericht schließlich kein Nachteil erwachsen dürfe.³⁴⁰

Darüber hinaus wurde dem Autor angelastet, dass er jenes Buchexemplar, welches er der Erstklägerin hatte zukommen lassen, mit einer Widmung versehen hatte, die ebenfalls auf eine bewusste Verarbeitung ihrer Beziehung hindeute:

„Liebe A, dieses Buch ist für Dich. Ich habe es nur für Dich geschrieben, aber ich verstehe, dass du Angst hast, es zu lesen. Vielleicht liest du es, wenn wir alt sind – und siehst dann noch einmal, wie sehr ich Dich geliebt habe.“

In Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der Klägerinnen konstatierte das Gericht, dass sowohl die Schilderung des Sexuallebens der Erstklägerin, als auch die Erörterung der Krankheit des Kindes diese so schwer verletzen würden, dass die Kunstfreiheit in diesem Fall zurücktreten müsse. In diesem Zusammenhang wurde hervorgehoben, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht „verschiedene Ausprägungen“³⁴¹ besitze, welche in diesem

³³⁷ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 13.

³³⁸ LG München 9 O 11360/03, 93.

³³⁹ LG München 9 O 11360/03, 92.

³⁴⁰ LG München 9 O 11360/03, 93; Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 40.

³⁴¹ LG München 9 O 11360/03, 93.

Fall durch die Verletzung der Intimsphäre einerseits und der Privatsphäre andererseits betroffen seien.

Sowohl bezüglich der Erörterung des Inhalts der Kunstfreiheit wie auch der Vorgehensweise bei der Güterabwägung („Verselbständigung des Abbilds gegenüber dem Urbild“) nahm das LG wörtlich auf die Ausführungen des BVerfG in der „Mephisto“-Entscheidung Bezug.

b) Die Entscheidung des OLG

Die Berufung des Verlags beim OLG München war erfolglos. Auch dort war man der Ansicht, dass die Parallelen zwischen den Biographien der Klägerinnen und den Darstellungen der Romanfiguren es dem Lesepublikum unmöglich machen würden, zwischen Wahrheit und Fiktion zu unterscheiden.³⁴² Dazu würden auch die Übereinstimmungen der – dem Klappentext zu entnehmenden – Biographie des Autors mit den angegebenen Daten des Ich-Erzählers beitragen. Dies alles würde dazu führen, dass den Klägerinnen Handlungen und Charakterzüge zugeschrieben würden, die nicht der Realität entsprechen.³⁴³ Daran würde auch das ursprünglich im Buch abgedruckte Nachwort nichts ändern:

„Sämtliche Figuren und Handlungen dieses Romans sind frei erfunden. Alle Handlungen mit Lebenden und Verstorbenen sind deshalb rein zufällig und nicht beabsichtigt.“

Diesem würde bei bereits erfolgter Identifizierung niemand mehr glauben schenken.³⁴⁴ Ebensowenig Wirkung habe das im Zuge einer Unterlassungsverpflichtungserklärung beigelegte Vorwort:

„Die fiktiven Figuren dieses Romans sind angeregt durch reale Personen, aber nicht mit ihnen identisch. Die Handlung dieses Romans ist nicht die dokumentarische Darstellung tatsächlicher Vorgänge. Darum erhebt dieser Roman auch keinesfalls den Anspruch, die geschilderten Vorgänge könnten wahr sein und sich so zugetragen haben.“³⁴⁵

³⁴² OLG München 18 U 4890/03, 4345.

³⁴³ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 24, 25.

³⁴⁴ OLG München 18 U 4890/03, 4345.

³⁴⁵ BGH VI ZR 122/04, 790.

In Bezug auf die Persönlichkeitsrechtsverletzungen war das Gericht ebenso wie die Vorinstanz der Ansicht, dass die Schilderungen des Sexuallebens der Erstklägerin und der Krankheit der Tochter einerseits, sowie die zahlreichen negativen Charakterdarstellungen andererseits, sowohl die Intim- bzw Privatsphäre der Klägerinnen verletzen würden, als auch ihr Recht am eigenen Lebensbild.³⁴⁶

Man schloss sich auch hier der Vorgehensweise des LG an und berücksichtigte beide Fassungen des Romans. Die geänderte Fassung sei insoweit „vorbelastet“, als die Leserschaft durch die Besprechung des Falles in den Medien nun voreingenommen sei.³⁴⁷

Im Übrigen erklärte das Gericht, dass das vom LG verhängte Veröffentlichungsverbot nicht unverhältnismäßig sei, da andere Sanktionen, wie die Anordnung einzelner Schwärzungen, auf Grund der Gesamtstruktur des Romans nicht möglich seien. Das Gericht betonte, dass der Roman allerdings noch nicht endgültig verloren sei, da das Verbot nur die streitgegenständliche Fassung beträfe. Falls der Autor den Inhalt soweit abändern würde, dass eine ausreichende Verfremdung erkennbar sei und auf Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Klägerinnen verzichtet würde, stünde einer Veröffentlichung nichts im Wege.³⁴⁸

c) Die Entscheidung des BGH

Biller und sein Verlag wandten sich daraufhin mit einer Revision an den BGH, welche jedoch ebenfalls ohne Erfolg blieb. Der Gerichtshof schloss sich der Meinung der Vorinstanzen an, dass der Roman trotz der in Entsprechung der nunmehrigen vierten Unterlassungsverpflichtungserklärung vorgenommenen Änderungen auch in seiner letzten, der sogenannten „Münchner Fassung“³⁴⁹, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerinnen verletze.

Auch hier wurde die Erkennbarkeit der Personen in den Romanfiguren bestätigt, allerdings unter Heranziehung eines weiteren Maßstabs, als jenem, der noch in der „Mephisto“-Entscheidung Verwendung gefunden hatte. Es sei nicht ausschlaggebend, dass sie „von

³⁴⁶ OLG München 18 U 4890/03, 4347.

³⁴⁷ Vgl. *Frey*, Romanfigur wider Willen (2008) 41.

³⁴⁸ OLG München 18 U 4890/03, 4349.

³⁴⁹ BGH VI ZR 122/04, 788.

einem nicht unbedeutenden Leserkreis unschwer“ wiedererkannt werden könnten, es reiche vielmehr schon aus, wenn dies Personen ihrer „näheren persönlichen Umgebung“, also einem „Teil des Leser- oder Adressatenkreises auf Grund der mitgeteilten Umstände“³⁵⁰ möglich sei. Trotz Änderung der Bezeichnungen seien die beiden Preise starke Identifizierungsfaktoren, da der Grund der Verleihung weiterhin unverändert geschildert werde. „Jeder, der die Klägerinnen mehr als nur oberflächlich [kenne] und einigermaßen mit ihren Lebensumständen vertraut“³⁵¹ sei, müsse auf Grund der Übereinstimmungen im Erscheinungsbild sowie im Lebens- und Berufsweg Rückschlüsse auf deren Vorbildwirkung ziehen.

Weiters führte das Gericht aus, dass dieses Kriterium allein jedoch noch keine Begründung des Unterlassungsanspruchs rechtfertige, es müsse vielmehr zusätzlich noch eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung festgestellt werden.³⁵² Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung sei zwar der künstlerische Charakter des Werks zu berücksichtigen, gleichzeitig sei aber auch zu bedenken, dass dieses auch in der sozialen Realität Wirkungen entfalte. Hier nahm der BGH mehrmals wörtlich auf die Ausführungen in der Entscheidung des BVerfG zu „Mephisto“ Bezug.³⁵³

Biller habe in seinem Roman die Grenzen des durch die Kunstfreiheit gewährleisteten Spielraums sowohl bezüglich der Erstklägerin wie auch der Zweitklägerin überschritten, welche ein derartiges „Porträt“ in Buchform nicht dulden müssten.³⁵⁴ Zum einen seien die Übereinstimmungen zu den Romanfiguren durch den unzureichenden Einsatz verfremdender Mittel so zahlreich, dass der Autor dadurch die Übereinkunft mit dem Leser aufkündige, es handle sich bei dem Roman um Fiktion.³⁵⁵ Zum anderen würde er durch die bereits von den Vorinstanzen festgestellten Beschreibungen die Persönlichkeitsrechte der Klägerinnen in erheblichem Maß verletzen. Die Hinzufügung derart negativer und bloßstellender Schilderungen wirke sich besonders nachteilig aus, wenn der Autor den Eindruck vermittele, es handle sich um Porträts.³⁵⁶ Zwar stehe es ihm durch die der

³⁵⁰ BGH VI ZR 122/04, 789.

³⁵¹ BGH VI ZR 122/04, 789.

³⁵² BGH VI ZR 122/04, 790.

³⁵³ Siehe oben III. 2.7. a) Num 9.

³⁵⁴ BGH VI ZR 122/04, 791.

³⁵⁵ BGH VI ZR 122/04, 791.

³⁵⁶ BGH VI ZR 122/04, 791.

Kunstfreiheitsgarantie immanenten Freiheit der Themenwahl und Themengestaltung grundsätzlich frei, seine Liebesbeziehung zu verarbeiten und auf reale Geschehnisse Bezug zu nehmen, jedoch sei eine ausreichende Verfremdung dafür die Voraussetzung, welche in diesem Fall nicht gegeben sei.³⁵⁷

Wie vom OLG ausgeführt, sei eine Unverhältnismäßigkeit des Verbots nicht gegeben, da „die beanstandeten Textteile für die Gesamtkonzeption des Werks und für das Verständnis des mit ihm verfolgten Anliegens von Bedeutung seien“³⁵⁸ und eine Änderung derselben ohne gleichzeitigen Eingriff in den Charakter des Romans nicht möglich sei.

4.4. Das Verfahren vor dem BVerfG

a) Die Verfassungsbeschwerde

In Geltendmachung der Verletzung ihres Rechts aus Art 5 Abs 3 GG zog der Verlag vor das Bundesverfassungsgericht. In der Verfassungsbeschwerde beanstandete er insbesondere, dass bezüglich der Erkennbarkeit der Klägerinnen vom BGH ein Maßstab angewendet worden sei, der dem Roman als Kunstwerk nicht gerecht werde. Dieser Maßstab stelle allein auf die Wirkungen des Romans in den Realien ab und sei der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf Presseberichterstattung entnommen. Die Abweichung von dem in der „Mephisto“-Entscheidung aufgestellten Maßstab sei demnach unsachgemäß.³⁵⁹

Des Weiteren folge aus der unsachgemäßen Beurteilung des Romans allein auf seine sozialen Wirkungen hin, dass auch die Persönlichkeitsrechtsverletzungen der Klägerinnen unter falschen Annahmen beurteilt worden seien. Da der Roman keine Wirklichkeitstreue beanspruche, könne aus den darin enthaltenen Darstellungen nicht darauf geschlossen werden, diese hätten sich auch in der Wirklichkeit so zugetragen. Durch die künstlerische Gestaltung des Stoffes würden eindeutig keine Porträts der Klägerinnen vorliegen und es sei im übrigen nicht die Aufgabe des Gerichts, „Qualitätsmaßstäbe zur Bestimmung

³⁵⁷ BGH VI ZR 122/04, 791.

³⁵⁸ BGH VI ZR 122/04, 792.

³⁵⁹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 37-39.

hinreichender Verfremdung und damit des künstlerischen Schaffensprozesses zu definieren.³⁶⁰

In Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG „Anachronistischer Zug“³⁶¹ wurde darauf hingewiesen, dass „eine geringfügige oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung“³⁶² des Persönlichkeitsrechts allein nicht für die Rechtfertigung des Romanverbots ausreiche. Die Annahme des OLG als letzter Tatsacheninstanz, dass die Leser nicht zwischen Wahrheit und Fiktion unterscheiden könnten, sei allerdings rein hypothetisch, weshalb die Verbotsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Überdies sei der Umfang des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich beider Klägerinnen falsch eingeschätzt worden. Bezüglich der sexuellen Darstellungen könne die Erstklägerin nicht in ihrer Intimsphäre, sondern lediglich in ihrem Recht am eigenen Lebensbild verletzt sein, da die beschriebenen Handlungen in der Realität ja niemals stattgefunden hätten.³⁶³ Darüber hinaus sei es unsachgemäß hinsichtlich der Tochter eine bloß mittelbare Betroffenheit ausreichen zu lassen.³⁶⁴ Bezüglich der Zweitklägerin habe der BGH es verabsäumt genau zu begründen, durch welche Textpassagen ein derart negatives Bild erzeugt worden sei, dass daraus eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung abgeleitet werden könne. Dies beeinträchtige den Beschwerdeführer in seinem Recht auf Kunstfreiheit, da auf diese Weise eine Änderung der beanstandeten Teile unmöglich gemacht werde.

Des Weiteren wurde beanstandet, dass das OLG die nach Klageerhebung erfolgte Presseberichterstattung zu Lasten des Autors bzw Verlags in die Entscheidung miteinbezogen habe. Dabei handle es sich um „Umstände außerhalb des Romans“³⁶⁵, deren Einbeziehung eine werkgerechte Beurteilung verbiete.

In diesem Sinne sei das Verbot des Romans in seiner Gesamtheit unverhältnismäßig und nicht erforderlich.

³⁶⁰ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 40.

³⁶¹ BVerfGE 67, 213.

³⁶² BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 41.

³⁶³ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 42.

³⁶⁴ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 46.

³⁶⁵ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 45.

b) *Stellungnahmen von dritter Seite*

Zu Gunsten der Beschwerdeführer meldeten sich im Verfahren unter anderem der Börsenverein des Deutschen Buchhandels, der Verband deutscher Schriftsteller in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft und das P.E.N.-Zentrum Deutschland zu Wort.

Auch ihren Stellungnahmen ist Kritik an dem von den Gerichten angewendeten Erkennbarkeitsmaßstab zu entnehmen, welcher als dem Presserecht entnommen zu einer unsachgemäßen Beurteilung des Romans führe.³⁶⁶

Des Weiteren sei in den Entscheidungen nicht ausreichend zwischen sozialer und ästhetischer Wirkungsebene differenziert worden. Es müsse „eine Rolle spielen, welche der Wirkungsebenen dem Werk seine Prägung gebe.“³⁶⁷ Sollte dies nicht eindeutig feststellbar sein, müsse im Zweifel der Kunstfreiheit Vorrang eingeräumt werden.

Im Übrigen liege es im Wesen der Literatur, an reale Gegebenheiten anzuknüpfen, und es „gebe kaum ein fiktionales Werk, in dem sich nicht irgendeine Person als geschildert angesprochen fühle.“³⁶⁸ Bestimmte zeitgenössische Strömungen wie der „Subjektive Realismus“, dem auch „Esra“ angehöre, seien besonders von dieser Vorgehensweise gekennzeichnet und die vorliegenden Entscheidungen würden zu einer Restriktion literarischen Schaffens führen.³⁶⁹ Anders als *Klaus Manns* „Mephisto“ sei „Esra“ kein Schlüsselroman, sondern spiele geradezu mit dem „Tabu des privaten Schreibverbots“³⁷⁰. Die Identifizierung der realen Vorbilder sei gerade erst durch den Prozess ermöglicht worden und könne nun nicht dem Autor zum Nachteil gereichen.

c) *Die Entscheidung des Senats*

Am 13. Juni 2007 verkündete der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts seinen Beschluss, in dem er die Verfassungsbeschwerde als *teilweise begründet* erkannte. Mit 5:3 Stimmen sprachen sich die Richterinnen und Richter dafür aus, dass die Entscheidungen der unteren Instanzen bezüglich der Zweitklägerin das Grundrecht der Beschwerdeführer

³⁶⁶ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 49.

³⁶⁷ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 50.

³⁶⁸ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 52.

³⁶⁹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 52.

³⁷⁰ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 53.

aus Art 5 Abs 3 GG verletzen. Betreffend die Erstklägerin seien die ergangenen Urteile jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, womit im Endergebnis das Verbot des Romans aufrecht blieb.

Der Senat entwickelte im Rahmen der Entscheidungsfindung vier amtliche Leitsätze:

1. „Bei dem gerichtlichen Verbot eines Romans als besonders starkem Eingriff in die Kunstfreiheit prüft das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidungen mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts.
2. Die Kunstfreiheit verlangt für ein literarisches Werk, das sich als Roman ausweist, eine kunstspezifische Betrachtung. Daraus folgt insbesondere eine Vermutung für die Fiktionalität eines literarischen Textes.
3. Die Kunstfreiheit schließt das Recht zur Verwendung von Vorbildern aus der Lebenswirklichkeit ein.
4. Zwischen dem Maß, in dem der Autor eine von der Wirklichkeit abgelöste ästhetische Realität schafft, und der Intensität der Verletzung des Persönlichkeitsrechts besteht eine Wechselbeziehung. Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung besonders geschützte Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.“³⁷¹

Diese Leitsätze lassen erkennen, dass sich der Senat stark an der „Mephisto“-Entscheidung als bisheriger Grundsatzentscheidung orientierte – mehr jedoch an der abweichenden Meinung des Richters *Stein* als am Mehrheitsvotum. Bereits der erste Leitsatz ist 1:1 *Steins* Sondervotum entnommen.³⁷² Das BVerfG widersprach hier eindeutig der in „Mephisto“ vertretenen Ansicht und begründete dies in der Folge damit, dass ein Romanverbot einen derart drastischen Eingriff in die Kunstfreiheit darstelle, dass sich der Senat einer eigenen Beurteilung des Sachverhalts nicht entziehen dürfe.³⁷³ Die Leitsätze zwei und drei können als Fortführung jener Prinzipien betrachtet werden, wie sie erstmals im Verfahrensverlauf zu „Mephisto“ aufgestellt und in der Folge in den Entscheidungen zum „Anachronistischen Zug“ und zu den „Strauß-Karikaturen“ weiterentwickelt wurden.³⁷⁴ Im vierten Leitsatz

³⁷¹ BVerfG 1 BvR 1783/05.

³⁷² Siehe oben III. 2.7. c); BVerfGE 30, 173 (201).

³⁷³ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 66.

³⁷⁴ Siehe oben III. 3.2. c).

nahm das BVerfG ebenfalls auf *Stein* Bezug, indem es seine Theorie von der realitätsunabhängigen ästhetischen Ebene aufgriff und diese in Verbindung mit dem im Mehrheitsvotum der „Mephisto“-Entscheidung dargelegten Erfordernis der Verfremdung zur sogenannten „Je-desto-Formel“³⁷⁵ erweiterte.

In seiner Entscheidungsbegründung bejahte der Senat zunächst die Zulässigkeit der Berufung auf das Grundrecht der Kunstfreiheit, indem er ausdrücklich die Kunstwerkseigenschaft des Romans bestätigte. Hierbei wurde jedoch auch die generelle Schwierigkeit der Definition eines Kunstbegriffs hervorgehoben. Des Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass das Gelingen künstlerischer Verfremdung nicht geeignet sei, als Grenzlinie für die Unterscheidung von Kunst und Nichtkunst zu dienen.³⁷⁶

In Hinblick auf den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führte das Gericht in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung³⁷⁷ aus, dass dieses insbesondere die Gewährleistung der „engere[n] persönliche[n] Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“³⁷⁸ enthalte und gezielt „vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind“³⁷⁹, schütze. Darüber hinaus sei auch die Eltern-Kind-Beziehung von diesem Schutz erfasst, was sich aus der besonderen elterlichen Verantwortung für die Entwicklung des Kindes ergebe.³⁸⁰

In der Folge zeigt sich erneut, dass die Erkennbarkeit realer Personen in Romanfiguren als zentraler Anknüpfungspunkt gesehen wird, um überhaupt von einer Betroffenheit im Persönlichkeitsrecht ausgehen zu können. Das Gericht bestätigte diese Voraussetzung in Bezug auf beide Klägerinnen und erklärte den vom BGH neu eingeführten Maßstab als zutreffend, da bei einer Beschränkung auf einen „nicht unbedeutenden Leserkreis“ der Schutz des Persönlichkeitsrechts auf Prominente beschränkt bliebe.³⁸¹ Gleichzeitig wurde aber ausgeführt, dass von einer Erkennbarkeit in diesem Sinne nur ausgegangen werden

³⁷⁵ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 134.

³⁷⁶ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 59/60.

³⁷⁷ Ua die bereits oben unter II. 3.4. erwähnten sowie BVerfGE 97, 125 („Caroline von Monaco“); 99, 185 („Scientology“) und 114, 339 („Mehrdeutige Meinungsäußerungen“).

³⁷⁸ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 70.

³⁷⁹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 71.

³⁸⁰ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 72.

³⁸¹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 75.

dürfe, wenn eine „hohe Kumulation von Identifizierungsmerkmalen“ vorliege und sich dem kundigen Lesepublikum die Verbindung mit dem Vorbild quasi aufdränge.³⁸² Dies sei im vorliegenden Fall vor allem durch die Nennung der an die Klägerinnen verliehenen Preise in Verbindung mit der Verwendung zahlreicher weiterer Fakten zutreffend.

Wie bereits vom BGH ausgeführt, müsse jedoch zusätzlich eine schwerwiegende Persönlichkeitsbeeinträchtigung vorliegen, um ein Zurücktreten der Kunstfreiheit rechtfertigen zu können. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass unter Berufung auf individuelle Persönlichkeitsrechte für die Allgemeinheit wichtige Themen nicht öffentlich behandelt werden könnten.³⁸³ Um dies zu beurteilen sei es einerseits notwendig festzustellen, „in welchem Maß der Künstler es dem Leser nahelegt, den Inhalt seines Werks auf wirkliche Personen zu beziehen“³⁸⁴, andererseits müsse in dem Fall die Intensität der Beeinträchtigung untersucht werden. An dieser Stelle kommt somit das Kriterium der künstlerischen Verfremdung ins Spiel. Ist diese unzureichend, liegt das Gewicht auf der Schwere des Eingriffs in persönlichkeitsrelevante Bereiche. Diese Ansicht des Senats wurde in Leitsatz Nr. 4 zum Prinzip erhoben.

In diesem Zusammenhang betonte das BVerfG erneut, dass die Anknüpfung an reale Vorbilder grundsätzlich von der Kunstfreiheit gedeckt sei und mithin ein Recht am eigenen Lebensbild in dem Sinn, dass eine derartige Anknüpfung jedenfalls unterbunden werden könne, nicht existiere.³⁸⁵ Auf eine solche kunstspezifische Betrachtung könne sich jedoch nur berufen, wer tatsächlich ein literarisches Werk schaffe, welches „für den Leser erkennbar keinen Faktizitätsanspruch“³⁸⁶ erhebe.

Der entscheidende Senat kam in Anwendung dieser Prinzipien zu dem Schluss, dass bezüglich der beiden Klägerinnen eine stärkere Differenzierung notwendig gewesen wäre und somit die stattgebenden Urteile im Fall der Klage der Zweitklägerin den Anforderungen der Kunstfreiheit nach diesen Maßstäben nicht gerecht würden.

Die Gerichte hätten sich hier damit begnügt, die negative Zeichnung der Romanfigur „Lale“ festzustellen und allein daraus eine Persönlichkeitsrechtsverletzung abgeleitet. Auf

³⁸² BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 76/77.

³⁸³ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 79.

³⁸⁴ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 81.

³⁸⁵ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 84.

³⁸⁶ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 84.

diese Weise hätten sie das selbst aufgestellte Erfordernis der Kombination von Erkennbarkeit und schwerer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts selbst unberücksichtigt gelassen.³⁸⁷ Die Charakterdarstellung der „Lale“ werde nach Meinung des Senats zum einen dadurch abgemildert, dass der Autor gleichzeitig „bei sich selbst charakterliche Schwächen offen[lege]“³⁸⁸, und die Figur „Lale“ zum anderen aus einer weitaus distanzierteren Perspektive schildere, als die Figur „Esra“³⁸⁹. Die Zweitklägerin betreffend wurde die Sache daher an den BGH zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen, der in einem zweiten Anlauf – der Ansicht des BVerfG entsprechend – die Persönlichkeitsrechtsverletzung verneinte.³⁹⁰

Bezüglich der Erstklägerin seien die ergangenen Entscheidungen jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da in ihrem Fall konkrete, schwere Persönlichkeitsrechtsverletzungen festgestellt worden seien. Durch die weitgehende Schilderung sie betreffender Vorgänge aus dem eigenen Erleben des Ich-Erzählers, könne beim Leser viel eher der Eindruck entstehen, es handle sich um tatsächlich Geschehenes.³⁹¹ Sowohl die Verletzung ihrer Intimsphäre wie auch die sich aus den Schilderungen der Krankheit der Tochter ergebenden Beeinträchtigungen würden daher ein Verbot des Romans rechtfertigen.

Der Beschwerdeführerin und dem Autor stehe es nach wie vor offen, eine soweit abgeänderte Fassung des Romans zu veröffentlichen, dass daraus keine Persönlichkeitsrechtsverletzung hervorgehe. Dabei hätten sie nunmehr hinzunehmen, dass sich dieses Vorhaben durch den Prozess erschwert habe, da den Klägerinnen das gerichtliche Vorgehen nicht zum Vorwurf gemacht werden könne.

d) Die abweichenden Meinungen aus den Reihen der Richter

Wie auch in der „Mephisto“-Entscheidung nutzten jene Richter, die sich dem Mehrheitsvotum nicht anschließen wollten die Möglichkeit, dem Urteil ihre abweichenden Meinungen anzufügen.

³⁸⁷ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 94.

³⁸⁸ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 96.

³⁸⁹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 97.

³⁹⁰ BGH 10. 6. 2008, ZUM (2008) 683-685 zit. n. *Obergfell*, Der Fall Esra (2010) 68.

³⁹¹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 101.

Richterin *Hohmann-Dennhardt* und Richter *Gaier* kritisierten vor allem, dass die Senatsmehrheit zwar richtigerweise das Erfordernis eines kunstspezifischen Maßstabes erkannt, einen solchen in der Folge aber nicht zur Anwendung gebracht habe. Sie stützten sich in ihrer Argumentation stark auf die abweichende Meinung des Richters *Stein* zu „Mephisto“ und bemängelten den unsachgemäßen Vergleich realen Geschehens mit fiktivem Romanstoff nach quantitativen Übereinstimmungen.³⁹² Darüber hinaus übten sie Kritik an der von der Mehrheit formulierten „Je-desto-Formel“. Deren Anwendung würde zu einer Tabuisierung bestimmter Themenbereiche führen, da ab dem Moment, wo einer Person in einer Romanfigur – gleich anhand wie vieler Merkmale – erkennbar sei, beispielsweise die Beschreibung von intimen Szenen unmöglich werde.³⁹³ Es könne schließlich nicht allein aus der Verwendung einzelner Merkmale geschlossen werden, dass das übrige Romangeschehen der realen Person ebenso zugeschrieben werden könne. Des Weiteren sei eine Prüfung, „inwieweit der Autor es dem Leser naheleg[e], dass Passagen seines Romans der Wirklichkeit entsprechen“³⁹⁴, die anhand der verwendeten Stilmittel erfolge, untauglich, Faktizität von Fiktion zu unterscheiden. Es könne nicht von der Erzählweise abhängen, ob einem Roman Wahrheitsgehalt unterstellt werde. Bezüglich der Zweitklägerin und deren Persönlichkeitsrechtsverletzung sei die Senatsmehrheit zwar letztlich zu dem Richtigen Schluss gekommen, die Begründung werde aber der kunstspezifischen Betrachtung nicht gerecht.³⁹⁵ Eine solche sei bezüglich der Erstklägerin ohnehin gänzlich zu vermissen. Man begnüge sich damit festzustellen, dass die Schilderungen des Intim- und Privatlebens in der Öffentlichkeit nichts zu suchen hätten und setze sie damit realen Geschehnissen gleich. Dies alles führe zu dem skurrilen Ergebnis, dass je nach Erzählweise die Schilderungen einmal der Fiktion, das andere Mal der Realität zugeordnet würden, was dem Roman als fiktives Gesamtwerk nicht entspreche.³⁹⁶ Eine differenzierte Betrachtung sei nur dann angebracht, wenn aus dem Werk hervorgehe, dass seine Form missbraucht werde, um eine bestimmte Person bloßzustellen. Letztlich müsse aber die Beurteilung, ob es dem Autor gelungen sei, sein Gesamtwerk als

³⁹² BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 111-113.

³⁹³ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 115.

³⁹⁴ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 118.

³⁹⁵ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 119.

³⁹⁶ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 121.

Fiktion auszuweisen, nicht anhand einer vom Gericht herangezogenen fiktiven Leserschaft vorgenommen, sondern dem literarischen Sachverstand überlassen werden.³⁹⁷

In Ergänzung dieser Kritik stellte der Richter *Hoffmann-Riem* in seiner abweichenden Meinung fest, dass dem Urteil zunächst zugute gehalten werden müsse, dass es der Kunstfreiheit stärker Rechnung trage als die „Mephisto“-Entscheidung. Dennoch sprach er sich in mehreren Punkten stark gegen die Argumentation der Mehrheit aus. Auch er kritisiert die angewendete „Je-desto-Formel“ und die Vorgehensweise des Gerichts, welches seines Erachtens die – eigentlich positiv zu wertende – Vermutung der Fiktionalität an späterer Stelle wieder relativierte, indem Handlungen mit stärkerem Persönlichkeitsbezug scheinbar wieder davon ausgenommen wurden.³⁹⁸ Er betont, dass eine realistische Beschreibung nicht gleichzeitig reales Geschehen zum Inhalt haben müsse, sondern ebenso fiktiv sein könne. Selbst wenn der Autor das reale Vorbild kenne und mit dieser Frau eine intime Beziehung geführt habe, seien Rückschlüsse auf eine Beschreibung tatsächlicher Vorkommnisse nicht zwingend. Die Vermutung der Fiktionalität müsse für sämtliche Bereiche gelten, das Sexualleben dürfe davon nicht ausgenommen werden. Auch *Hoffmann-Riem* nimmt auf die abweichende Meinung *Steins* Bezug, indem er dessen Theorie von der „wirklicheren Wirklichkeit“ aufgreift und zudem ausführt, dass die Kunst als Form der Kommunikation und „Konstruktion von Wirklichkeit“ diese immer wieder neu erfinde und den „Maßstab des Ästhetischen“ permanent in Frage stelle.³⁹⁹ Die Kunstfreiheit dürfe seiner Meinung nach nicht auf „Phantasieprodukte“ beschränkt werden, sie beanspruche vielmehr auch Geltung für „künstlerische Verarbeitungen von intersubjektiv beobachtbarem und kommunizierbarem Realgeschehen.“⁴⁰⁰ In weiterer Folge weist er auf die Schwierigkeit hin, juristische Beweisgrundsätze auf den Grad der Fiktionalisierung anwendbar zu machen. Zuletzt spricht auch er sich dafür aus, die Beurteilung der gelungenen Konstruktion einer „ästhetischen Realität“ dem literaturwissenschaftlichen Sachverstand vorzubehalten.⁴⁰¹

³⁹⁷ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 124.

³⁹⁸ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 132-134.

³⁹⁹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 142.

⁴⁰⁰ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 145.

⁴⁰¹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 150.

4.5. Kritische Bemerkungen

In gewisser Weise ist das Ergebnis, zu dem das BVerfG in seiner Entscheidung gekommen ist, nachvollziehbar; die Begründung, wie es zu diesem Ergebnis gekommen ist, ist aber großteils nicht überzeugend. Es entsteht der Eindruck, als hätte man sich dieses im Vorhinein zurechtgelegt und versucht, mit Hilfe der etablierten, zur Verfügung stehenden Rechtsfiguren, den Weg dorthin im Nachhinein zu konstruieren. Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerinnen ist erkennbar, zumindest jenes der Erstklägerin. Es ist auch verständlich, dass das Gericht diesem letztlich entsprochen hat; die Argumentation, wie es zu diesem Schluss gekommen ist, weist jedoch Mängel auf.

a) Das Kriterium der Erkennbarkeit

Davon ausgehend, dass zur Beurteilung steht, ob eine reale Person in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt ist, stellt sich in erster Linie die Frage, inwieweit ihre Verwendung als Vorlage für eine Romanfigur überhaupt Ursache für eine derartige Verletzung sein kann. Eine solche könnte meines Erachtens allenfalls dann verwirklicht sein, wenn die Schilderungen im Roman der Person in realiter zugeschrieben werden. Es muss also zunächst untersucht werden, wie wahrscheinlich es ist, dass die Öffentlichkeit diese Person mit den Romandarstellungen in Verbindung bringt und ihnen in der Folge einen Wahrheitsgehalt unterstellt.

Vorweg möchte ich hier einen Gedanken von Beckers aufgreifen, der, wie ich meine, deutlich zeigt, dass der rechtlichen Beurteilung von Literatur von vornherein unsachgemäße Überlegungen zu Grunde gelegt werden, die am Ende in unstimmige Entscheidungen münden. Er geht der Bedeutung des Wortes „Erkennbarkeit“ auf den Grund, welches seiner Meinung nach eine „Bezugsreferenz für ein und dieselbe Identität“⁴⁰² darstellt. Von „erkennen“ könne demnach nur gesprochen werden, wenn es sich auch tatsächlich um die entsprechende Person handelt. Andernfalls sei nicht von einer Erkennbarkeit, sondern einer bloßen Ähnlichkeit auszugehen.⁴⁰³ Indem die Gerichte den Roman in einem ersten Schritt einer Erkennbarkeitsprüfung unterziehen, entsteht der Eindruck, als würden sie von vornherein eher von der Identität, also davon ausgehen, dass

⁴⁰² v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 70.

⁴⁰³ Vgl. v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 70.

sich reale Person und Romanfigur decken, um in den punktuellen Übereinstimmungen die Beweise dafür zu suchen. Dieser Eindruck wird in der Folge noch verstärkt, als im Gegensatz zu den Ähnlichkeiten, die vermutlich ebenso punktuell feststellbaren Unterschiede an dieser Stelle überhaupt keine Rolle zu spielen scheinen. Diese werden vielmehr erst dann in die Prüfung einbezogen, wenn es um die Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung geht und als negative Entstellungen und unwahre Behauptungen gewertet. Die Lösung eines rechtlichen Konflikts erfordert zunächst eine neutrale Betrachtung der Sachlage, welche meines Erachtens bei einem derartigen Einstieg in das Prüfungsverfahren nicht gegeben ist.

Die Gerichte haben also in einem ersten Schritt die Übereinstimmungen der Romanfiguren *Esra* und *Lale* mit der Erst- und Zweitklägerin untersucht. Zunächst wurde ein Vergleich von fiktiver Figur und realer Person vorgenommen, bei der man sich an der Beschreibung der Romanfigur nach äußeren Merkmalen orientiert hat, wobei individuelle Besonderheiten in Erscheinungs-, Lebens- und Charakterbild ausschlaggebend waren. Im Fall „Esra“ wurde diesbezüglich bereits auf die sogenannten „hard facts“ sowie weitere biographische Übereinstimmungen hingewiesen. Es ist den Gerichten hier jedenfalls zuzustimmen, dass auf Grund der Verwendung dieser besonderen Merkmale durch den Schriftsteller der Personenkreis der potentiellen Urbilder stark eingeschränkt werden kann, wenn nicht ohnehin eine eindeutige „Identifizierung“ möglich ist.

Der nunmehr vom BGH eingeführte Maßstab stellt anders als noch im Fall „Mephisto“ auf die Erkennbarkeit in einem Kreis von Personen der „näheren persönlichen Umgebung ab“. Um von diesem Personenkreis erkannt zu werden, hätte es im Fall „Esra“ vermutlich nicht einmal der Erwähnung der an die Klägerinnen verliehenen Preise bedurft. Vielmehr hätte allein in Anbetracht der Tatsache, dass diesen Personen auch die einstige Liaison der Erstklägerin mit dem Schriftsteller *Biller* bekannt gewesen sein dürfte, die romanhafte Schilderung der Liebesbeziehung eines Schriftstellers zu einer Türkin ausgereicht, um von einer Vorbildwirkung auszugehen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Gerichte zwar davon ausgehen, dass diesem Leserkreis die fraglichen Personen zwar soweit bekannt sind, dass sie bestimmte Schilderungen als auf diese zutreffend erkennen, gleichzeitig aber offenbar wieder nicht bekannt genug, um Abweichungen von der Realität

ebenfalls zu erkennen und diese somit als fiktiv anzusehen.⁴⁰⁴ Bei der Anwendung eines derart weiten Maßstabes dürften jene Fälle, in denen eine Erkennbarkeit auszuschließen ist, wohl von verschwindend geringer Zahl bleiben. Dies führt wiederum dazu, dass die Anknüpfung an reale Vorbilder in bestimmten Konstellationen stark erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht wird.

Eine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems wäre, nicht auf die Zahl der Personen abzustellen, die die Vorbilder erkennen könnten, sondern allein auf die vom Autor verwendeten Merkmale. Diese sollten darauf untersucht werden, inwieweit sie objektiv, also auf Grund ihrer Bestimmtheit und Seltenheit geeignet sind, die Romanfigur mit einer realen Person zu assoziieren. Es müsste sich also um sehr individuelle, charakteristische Besonderheiten handeln, die vor allem in ihrer Kombination auf nur wenige Personen zutreffen. Auf diese Weise wäre die Prüfung der potentiellen „Erkennbarkeit“ nicht anhand eines hypothetischen Leserkreises durchgeführt, der Fokus würde vielmehr auf den vom Autor tatsächlich verwendeten Attributen und deren Eignung für eine Verknüpfung mit einer bestimmten Person liegen. Darüber hinaus wären so Prominente wie Nicht-Prominente gleichermaßen erfasst. Es gilt schließlich nicht herauszufinden, wie viele Personen im Bekanntenkreis der Klägerinnen eine gute Kombinationsgabe besitzen, sondern vielmehr die Frage zu klären, ob der Autor durch die Gestaltung seines Texts eine Persönlichkeitsrechtsverletzung verwirklicht hat. Auch hier kann ich mich somit der Meinung von *Beckers* anschließen, dass es „nicht darum [geht], ob eine so oder so definierte Anzahl von Lesern in der Romanfigur eine reale Person entdeckt, sondern darum, ob sich bei objektiver Würdigung des Romans der Gedanke aufdrängt, hier werde Realität dargestellt.“⁴⁰⁵ Im Übrigen kann es, sollte letztlich tatsächlich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung festgestellt werden, nicht darauf ankommen, ob es nun 100 Personen sind, oder vielleicht nur eine, die zwischen der Romanfigur und deren Vorbild eine Verbindung herstellt.

Die nächste Frage, die auf die Feststellung von Ähnlichkeiten zwischen Urbildern und Romanfiguren anhand objektiver Merkmale folgt, ist: Welcher Schluss wäre nun daraus zu ziehen? Bedeutet dies, dass der Roman „Esra“ von den beiden Klägerinnen handelt und der

⁴⁰⁴ Vgl. v. *Becker*, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 81-82.

⁴⁰⁵ v. *Becker*, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 67.

Autor hier nur niedergeschrieben hat, was er beobachtet hat? Kann von den Romandarstellungen der Figuren *Esra* und *Lale* 1:1 auf die Erst- und Zweitklägerin geschlossen, kann diesen die Romanhandlung in ihrer Gesamtheit zugeschrieben und daraus eine Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts abgeleitet werden?

Die reine Feststellung von Übereinstimmungen von Urbild und Abbild in mehreren Details reicht auch nach Meinung des BVerfG noch nicht aus, um aus einer Beschreibung in Romanform eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts abzuleiten. Es ist zunächst der weiteren Vorgangsweise des Senats zuzustimmen, der in der Folge untersucht, wie diese Merkmale in die Erzählung eingebettet sind und „in welchem Maß der Künstler es dem Leser nahelegt, den Inhalt seines Werks auf wirkliche Personen zu beziehen“⁴⁰⁶. Hier taucht jedoch umgekehrt die Überlegung auf, inwieweit er dies denn nicht schon durch die Wahl der Romanform von vornherein relativiert. Die Kennzeichnung eines literarischen Werkes als Roman scheint aber ebenso wenig Aussagekraft zu besitzen, wie die Berufung auf den fiktiven Charakter des Dargestellten in Vor- oder Nachwort. Immerhin spricht sich der Senat in seinem zweiten Leitsatz noch für die „Vermutung der Fiktionalität“ aus. Geht man aber von dieser Prämisse aus, so müsste, um diese Vermutung zu widerlegen, der Inhalt des Romans doch eine eindeutige Aussage erkennen lassen, die diesen Schluss zulässt. Die Frage ist nun, ob beziehungsweise wann dann die Verwendung bestimmter persönlicher Merkmale realer Personen als eine derart eindeutige Aussage interpretiert werden kann, noch dazu, wo das Gericht doch mehrmals darauf hinweist, dass die Verwendung realer Vorbilder grundsätzlich von der Kunstfreiheit gedeckt ist.

Im Fall „*Esra*“ sieht die Senatsmehrheit diese eindeutige Aussage in der Wahl der Erzählperspektive des Autors. Aus der Gestaltung des Textes in der Ich-Form leitet das Gericht also den Realitätsbezug seines Inhalts ab. Diese Argumentation halte ich in Hinblick auf die Erhaltung einer literarischen Vielfalt für unvertretbar und kann mich diesbezüglich der abweichenden Meinung der Richterin *Hohmann-Dennhart* und des Richters *Gaier* voll und ganz anschließen. Auf diese Weise wäre einigen literarischen Gattungen nicht nur die Wahl der Erzählperspektive als literarisches Stilmittel sondern auch jenes grundrechtliche Fundament entzogen, zu dem sich das Gericht in der Auslegung der Kunstfreiheit doch eigentlich bekennt – die Freiheit der Themenwahl und

⁴⁰⁶ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 81.

Themengestaltung. Darüber hinaus lässt diese Auslegung eine Betrachtung des Romans als Gesamtkonstrukt gänzlich vermissen. Es handelt sich hierbei schließlich nicht um „ein räumliches Gebilde, an dem man verschiedene Seiten getrennt untersuchen kann, sondern eine Ganzheit, in der alle Schichten aufeinander bezogen sind und zusammenwirken.“⁴⁰⁷

b) Die Je-desto-Formel

In dieselbe Richtung gehen auch die Überlegungen der Senatsmehrheit bei der Anwendung der Je-desto-Formel und in gleicher Weise kann ich diesen nicht folgen. So einleuchtend es sein mag, dass der Schutz des Persönlichkeitsrechts eine Steigerung erfährt, je stärker der Kern der Menschenwürde und die intimste Persönlichkeitssphäre betroffen ist, so wenig überzeugend ist die Argumentation, dass deshalb Beschreibungen von Handlungen, die in der Realität diesem Bereich zuzuordnen wären, im Roman umso fiktiver dargestellt werden müssen. Interessant wäre an dieser Stelle, wodurch sich beispielsweise die gelungenen fiktive Beschreibung einer simplen Umarmung auszeichnet. Nur weil etwas hypothetisch auch in der Realität so geschehen könnte, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich dabei um Fiktion handelt. Fiktive Darstellungen können vielleicht verschiedenartig ausgestaltet sein, seit wann spricht aber die Verwendung des einen Stilmittels mehr für Fiktion als ein anderes? Sollte dann vielleicht die Forderung nach einer „umso fiktiveren“ Gestaltung so zu verstehen sein, dass sie sich als surreal, fantastisch oder gänzlich unrealistisch erweist? Meines Erachtens, und auch hier kann ich mich den abweichenden Meinungen der Richterinnen nur anschließen, kann die Folge einer solchen Vorgehensweise nur die massive Einschränkung künftiger literarischer Tätigkeit sein. Sobald beispielsweise die Ich-Form als Erzählperspektive gewählt wird, wird es für Autorinnen und Autoren unmöglich, Begebenheiten zu schildern, die grundsätzlich in der Realität stattfinden könnten, ohne dabei den Eindruck des selbst Erlebten zu vermitteln. Gerade zwischenmenschliche Beziehungen können aber doch in Verarbeitung eigener Eindrücke umso glaubwürdiger geschildert werden. „Dem Schriftsteller gelingen glaubhafte Figuren nur dann, wenn sie erfahrungsgesättigt sind, wenn Erfahrungen mit realen Personen in sie eingeflossen sind.“⁴⁰⁸ Folgt man jedoch der Ansicht des BVerfG, bleibt Literaturschaffenden nur die Wahl: entweder auf die Schilderung derartiger Beziehungen

⁴⁰⁷ v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 26.

⁴⁰⁸ v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 27.

zu verzichten, eine distanziertere Form der Erzählperspektive zu wählen, oder ohne Bezug auf reale Vorbilder zu arbeiten. Dies alles frei wählen zu können, wird ihnen von den Senatsmitgliedern im Fall „Esra“ zwar eigentlich zugestanden, in der Folge wird dieses Versprechen aber scheinbar nicht eingehalten. Wenn sich das Urteil insgesamt in Bezug auf die Kunstfreiheit letztlich zwar gegenüber der „Mephisto“-Entscheidung eindeutig als liberaler erweist, sehe ich hier doch deutliche Parallelen zu jenem Fall, da hier wie dort zunächst allgemein für die Freiheit der Kunst in sämtlichen Aspekten plädiert wird, um in der Sache selbst dann doch lieber wieder einen Rückzieher zu machen.

c) *Literarischer Sachverstand*

Bereits in der „Mephisto“-Entscheidung wurde auf die Notwendigkeit einer kunstspezifischen Betrachtung hingewiesen und mit der Entwicklung von Prüfungskriterien begonnen, die diesem Erfordernis gerecht werden sollten. Im Fall „Esra“ wurden diese nun übernommen bzw. erweitert, man prüfte Personenbeschreibungen und legte Erzählperspektiven auf die Waagschale, es wurden Regeln für das Verhältnis von Faktischem und Fiktivem aufgestellt und Anleitungen für die Gestaltung des Textes formuliert, damit dieser in der Folge vom Lesepublikum nicht falsch interpretiert werden könne. Abgesehen von den bereits ausgeführten Kritikpunkten an so mancher Vorgehensweise, kann ich am wenigsten nachvollziehen, wie die Gerichte ihre Entscheidungen treffen konnten, ohne dass auch nur eines von ihnen Unterstützung von sachverständiger Seite in Anspruch genommen hätte.

Im Fall „Mephisto“ wurden schon im Zuge des Verfahrens vor dem LG Hamburg mehr als acht Gutachten von Seiten des beklagten Verlags vorgelegt, die dessen Argumentationen stützen sollten.⁴⁰⁹ Nachdem dieser Prozess zunächst gewonnen war, sah sich der Verlag in der zweiten Instanz mit dem Vorwurf konfrontiert, sämtliche Gutachten seien von Emigranten erstellt, weshalb er dem OLG zusätzlich noch ein weiteres Gutachten eines nicht-emigrierten Verfassers vorlegte.⁴¹⁰ Deren Einfluss auf die Entscheidungen lässt sich angesichts der Tatsache, dass sie im Wortlaut derselben nicht ein einziges Mal Erwähnung finden, nur erahnen. Soweit dies aus den Urteilen ersichtlich ist, wurde aber in allen

⁴⁰⁹ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 165.

⁴¹⁰ Vgl. *Spangenberg*, Karriere eines Romans (1982) 172.

Instanzen darauf verzichtet, *von Seiten des Gerichts* ein Sachverständigengutachten anzufordern.

Im Verfahrensverlauf bezüglich „Esra“ verhält sich dies nicht anders. Keines der Gerichte erachtete es für notwendig, Gutachten einzuholen, in keiner Entscheidung wird auf literaturwissenschaftlichen Sachverstand Bezug genommen. Lediglich in der abweichenden Meinung der Richterin *Hohmann-Dennhart* und des Richters *Gaier* wird auf zwei unterschiedliche Gutachten verwiesen, die dem Senat vorgelegt wurden.⁴¹¹ Demnach haben sowohl die Literaturwissenschaftlerin *Anja Ohmer*, wie auch der Jurist *Christian Eichner* gemeinsam mit dem Germanisten *York-Gothart Mix*, Gutachten zu dem Roman und seiner Auslegung nach literaturwissenschaftlichen Maßstäben verfasst. Diese finden jedoch in der Entscheidung der Mehrheit selbst mit keinem Wort Erwähnung, weshalb nicht anzunehmen ist, dass sie bei der Entscheidungsfindung eine Rolle gespielt haben.

Der gänzliche Verzicht auf sachverständige Beiträge wurde auch öffentlich kritisiert und dort beispielsweise die Frage gestellt, ob daraus „das Selbstbewusstsein von Juristen [spricht], die meinen, bei der Beurteilung von Büchern keinen kompetenten Rat zu brauchen?“⁴¹² Bedenkt man, dass die Einholung medizinischer, psychologischer, oder bautechnischer Expertisen zum etablierten Usus der Rechtspflege gehört, ist tatsächlich nicht zu verstehen, warum Gerichte im Bereich literarischer Streitfragen glauben, ihre allgemeine Vorbildung oder aus größerem Interesse gesammeltes Wissen würde ausreichen, um diese zu klären. Im Gegensatz zu den Entscheidungsgründen der Senatsmehrheit im Fall „Esra“ baut die sachverständige Argumentation nicht auf Spekulationen, sondern auf Fachwissen auf und ist deshalb auch um einiges überzeugender. Egal ob man sich ihrer Meinung in der Folge anschließt oder nicht, bietet sie immerhin ein Gerüst an Argumenten, die, ob bejaht oder verneint, zumindest wissenschaftlich fundiert sind.

⁴¹¹ BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 123. Ich nehme jedoch in beiden Fällen an, dass diese nicht vom Gericht selbst angefordert, sondern auf Initiative des Verlags eingebracht wurden.

⁴¹² *Wittstock*, Wenn Richter über Romane Richten (2007).

Das von *Anja Ohmer* vorgelegte Gutachten widmet sich im Besonderen der Analyse des Romans „Esra“ als zeitgenössischem Roman über ein „Phänomen der menschlichen Existenz, die enttäuschte Liebe.“⁴¹³ Sie ordnet den Roman der jüngeren literarischen Strömung des „Subjektiven Realismus“ zu,⁴¹⁴ für die die „realistische Darstellung der bekannten Oberfläche“ und die Verflechtung „authentisch-biographische[r] Elemente“⁴¹⁵ charakteristisch sei. Ihrer Auffassung nach sind „Billers programmatische Äußerungen zum Realismus in der Literatur, sein Ziel, durch Verständlichkeit und Klarheit den Rezipienten zu erreichen“ Ausdruck „der kommunikativen Absicht des Romans.“⁴¹⁶ Sie erkennt in seiner Erzählweise eine Vorliebe dafür, den Leserinnen die Möglichkeit zu geben, sich in den Geschichten wiederzuerkennen. Dies jedoch nicht in der Absicht, jemanden Bestimmten zu beschreiben oder gar bloßzustellen, sondern mehr durch die Schaffung lebendiger Figuren, in denen sich viele wiederfinden können.⁴¹⁷ So gesehen stehe die Figur *Esra* in ihrer Charakterisierung für einen „Typus Frau“⁴¹⁸ und die Beziehung zu *Adam* sei beispielhaft für die Schwierigkeiten, die Partnerschaften mit unterschiedlichem kulturellem Hintergrund mit sich brächten.⁴¹⁹ Die Typisierung der Figuren lasse sich bereits an deren Namen erkennen: *Adam* als das hebräische Wort für „Mensch“, sowie *Esra*, was auf hebräisch „Hilfe“ bedeute, im Türkischen jedoch für den biblischen Schriftgelehrten *Esra* stehe, „der sich gegen den sexuellen Libertinismus wendete und interkulturelle Ehen verdammt.“⁴²⁰ *Ohmer* bringt damit erstmals ein thematisches Element des Romans zur Sprache, das bisher weder in den Gerichtsurteilen, noch in dem anderen Gutachten bedacht wurde. Aus dieser Perspektive betrachtet, erzählt „Esra“ nicht nur das persönliche Scheitern einer Beziehung, sondern setzt dieses in Relation zu gesellschaftlichen Konventionen.

Der Weg zu *Ohmers* ebenfalls aufgebrachter Frage nach der gesellschaftlichen Funktion von Literatur ist nicht weit. Sie sieht eine wichtige öffentliche Aufgabe von Literatur nicht

⁴¹³ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 18.

⁴¹⁴ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 28ff.

⁴¹⁵ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 31.

⁴¹⁶ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 27.

⁴¹⁷ Vgl. *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 14, 18, 22.

⁴¹⁸ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 12-14.

⁴¹⁹ Vgl. *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 25.

⁴²⁰ *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 12.

in der Information, sondern in der Meinungsbildung.⁴²¹ Durch sie würden wesentliche Themen unserer Zeit zur Sprache gebracht und dem Lesepublikum die Möglichkeit geboten, sich mit ihnen auseinanderzusetzen.⁴²² Sie stellt – meines Erachtens zu Recht – die Frage, ob sich daraus nicht auch ein Anspruch der Leser und Leserinnen ableitet, dass derartige Themen literarische Verarbeitung finden und ob dadurch nicht auch an dem Roman „Esra“ gewissermaßen ein öffentliches Interesse bestehe.

Angesichts des objektiven Verfassungsauftrages „zum Schutz und zur positiven Pflege von Kunst“, der Art 5 Abs 3 GG in seiner Auslegung als „objektive Wertentscheidung“⁴²³ des Verfassungsgebers innewohnt, halte ich diese Überlegung durchaus für sinnvoll. Es ist zwar klar, dass aus dieser Wertentscheidung kein subjektives Recht auf Literatur ableitbar ist, ich sehe es aber nicht als abwegig an, diesen Gedanken in die Abwägungsproblematik zweier Grundrechte einfließen zu lassen, wenn deren Konsequenz die Verbannung eines literarischen Werkes vom Buchmarkt ist. Dadurch wird nicht nur in das Recht des Autors bzw. Verlages auf Verbreitung eines Werkes eingegriffen, sondern letztlich dem Lesepublikum ein Stück Literatur vorenthalten. Dieser Aspekt sollte in Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines uneingeschränkten Veröffentlichungsverbotes meines Erachtens Berücksichtigung finden.

Das von *Eichner* und *Mix* vorgelegte Gutachten nimmt unter anderem ausführlich zu dem Problem der Gleichsetzung von realen Geschehnissen mit Romaninhalten Stellung. Die Verfasser vertreten darin die Meinung, dass „die literarisierte Wirklichkeit [...] ein aliud zur empirischen Wirklichkeit, eine transzendierte Wirklichkeit jenseits von positivistisch verifizierbaren Zeit- und Raumkategorien“⁴²⁴ darstelle. Würde man ihrer Ansicht nach einen Romaninhalt tatsächlich einer kunstspezifischen Auslegung unterziehen, so müsste man zu dem Ergebnis kommen, dass

„die Fiktionalität eines Romans vor jedem Abgleich mit der Wirklichkeit und den potentiellen Ansprüchen realer Personen auf Wahrung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts rangieren muss. Aus diesem widerspruchsfreien, schlüssigen

⁴²¹ *Ohmer*, Gutachten zu Esra (2004) 18.

⁴²² *Ohmer*, Gutachten zu Esra (2004) 19.

⁴²³ *Scholz*, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG (2010) Rn 5, 6.

⁴²⁴ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 30.

Verständnis fiktionaler Texte resultiert, dass weder von Erkennbarkeit oder präziser von „Ähnlichkeitsreferenzen“ noch von einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Rede sein kann, weil die Sphäre der Fiktionalität prinzipiell nicht justitiabel ist.“⁴²⁵

Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, dass Romaninhalte generell einer rechtlichen Beurteilung entzogen wären, vielmehr betonen die Autoren in der Folge die Unterscheidung der Begriffe der Fiktionalität einerseits und der Referenz andererseits. „Der referentielle Text unterscheidet sich von einem fiktionalen demnach durch die Dominanz und Intention des verifizierbaren Realitätsbezuges.“⁴²⁶ Es gilt demzufolge bei einem Text primär festzustellen welcher Kategorie er zuzuordnen ist. Erst wenn „eine intendierte Textbedeutung [...] nicht ästhetisch chiffriert, also offenkundig und ausschließlich zu einem Realitätsbereich *außerhalb* des künstlerisch gerierten Kommunikationsaktes steht“, muss sich der Autor „an seinen Worten messen lassen.“⁴²⁷ In der Folge wird ausgeführt, nach welchen Kriterien eine solche Kategorisierung vorzunehmen sei, wobei neben in den Text integrierten „*hard facts*“ auch paratextuelle Aspekte wie äußeres Erscheinungsbild, Klappentext, Werbung und Marketingstrategie eine Rolle spielen.⁴²⁸

In Bezug auf den Roman „Esra“ wäre demnach der Ich-Erzähler *Adam* zwar autobiographisch inspiriert, jedoch nicht mit dem Autor *Biller* gleichzusetzen.⁴²⁹ Diese Feststellung stützen die Gutachter durch einen Verweis auf ein Werk des französischen Literaturwissenschaftlers *Philippe Lejeunes* mit dem Titel „Le Pacte autobiographique“.⁴³⁰ Dieser geht davon aus, dass der Autor mit dem Leser einen Lektürevertrag abschließt und je nach dem, ob es sich tatsächlich um eine Autobiographie oder um einen Ich-Roman handelt, von der Identität des Autors mit dem Erzähler auszugehen ist, oder eben nicht.⁴³¹ *Eichner* und *Mix* sprechen sich in Bezug auf „Esra“ klar dafür aus, dass ein solcher autobiographischer Pakt trotz bestehender Parallelen zu keiner Zeit angenommen werden kann und sowohl die Lebensgeschichte *Adams* wie auch *Estras* eine „narrative

⁴²⁵ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 31.

⁴²⁶ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 32.

⁴²⁷ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 32.

⁴²⁸ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 7, 32.

⁴²⁹ Vgl. *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 28.

⁴³⁰ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 5.

⁴³¹ Vgl. v. *Becker*, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 85.

Konstruktion“ darstellen.⁴³² Ebenso wenig dürften die im Roman genannten Lokalitäten Münchens „als Abbild der bayrischen Landeshauptstadt“⁴³³ gewertet werden. Literarizität, im Sinne eines „substantiellen Kriteriums für den Kunstwerkcharakter eines Textes“⁴³⁴, und Fiktionalität ist aus Sicht der Autoren

„eine eigene Logik immanent; Kategorien wie Raum und Zeit unterliegen einem ästhetischen Konzept und zwar unabhängig davon, ob sich die im Erzähltext, Drama oder im Gedicht eröffneten Räume verorten oder die vorgestellten Zeitdimensionen für den Rezipienten konkretisieren lassen.“⁴³⁵

Des Weiteren gehen die Autoren zu Recht der Frage nach, wer der den Gerichten als Maßstab dienende „Leser“ eigentlich sein soll. In einem Vergleich mit dem „Durchschnittsverbraucher“, der in der Rechtsprechung zum Konsumentenschutz herangezogen wird, sprechen sie sich dafür aus, dass – sollten die Gerichte eine Art „Durchschnittsleser“ vor Augen haben – ein solcher im Bereich der Literatur ein gänzlich ungeeigneter Maßstab ist, da sich hier „keine Durchschnittswerte zu Grunde legen [lassen], die auf das konkrete jeweils im Streit stehende Werk übertragbar wären.“⁴³⁶ Sie schlagen daher den Rückgriff auf einen der drei in der Literaturtheorie klassifizierten Lesertypen vor: Nicht die „empirische“ Leserin, also die tatsächlich lesende natürliche Person, oder die „fiktive“ Leserin, die im Text insofern präsent sein kann, als sie beispielsweise durch indirekte Anrede in das Geschehen einbezogen wird, sondern die „ideale“ Leserin als „imaginierte Instanz, [die] die Werkgenese kennt, nachvollzieht und die intertextuellen Verweise versteht“⁴³⁷ soll ihrer Meinung nach als geeigneter Maßstab herangezogen werden.

Die von den Autoren vorgeschlagenen Kriterien zeigen für mich zum einen, dass es doch möglich ist, literarische Werke einer nachvollziehbaren Prüfung zu unterziehen, die nicht auf einer rein subjektiven Deutung des Textes, sondern einer Begutachtung nach objektivierbaren Kriterien beruht. Zum anderen zeigen sie aber auch, dass es sich dabei eben nicht um rechtliche, sondern um literaturwissenschaftliche Werkzeuge handelt,

⁴³² Vgl. *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 5.

⁴³³ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 29.

⁴³⁴ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 4.

⁴³⁵ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 29.

⁴³⁶ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 34.

⁴³⁷ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 34.

welche ohne entsprechende fundierte Vorbildung auch nicht zielführend zur Anwendung gebracht werden können. Die Klärung solcher, für die richterliche Entscheidung wichtiger Vorfragen auf eine der literarischen Kunst gerecht werdende Art und Weise, kann meines Erachtens nur von sachverständiger Seite vorgenommen werden.

„Die leichtfertige Vereinnahmung von Literatur als Erkenntnisbereich, der vermeintlich jedermann zugänglich ist, muss dort seine Grenze finden, wo es um die Frage nach der Existenzberechtigung und den Entfaltungsmöglichkeiten künstlerischer Praxis geht.“⁴³⁸

d) Die Rolle der Medien

Im Fall „Esra“ lässt sich eine besonders ausgeprägte wechselseitige Beeinflussung von Medien und Rechtsprechung erkennen. Die eine Seite lässt sich an folgendem Beispiel illustrieren: Der Journalist *Richard Kämmerlings* äußerte sich in seiner Literaturrezension in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 1. März 2003 noch recht positiv über den drei Monate zuvor erschienenen Roman, den er als „düsteres, schmerzhaftes, doch radikal aufrichtiges Buch“⁴³⁹ beschrieb. Im Mittelpunkt der Handlung stand für ihn die unerfüllte Liebe. Er sprach zwar kurz die Möglichkeit an, dass „wer wollte, [...] leicht anhand einiger Details die realen Vorbilder für Esra und ihre Mutter identifizieren [könnte]“⁴⁴⁰, stellte aber gleich im Anschluss daran die Frage, was dadurch für das Verständnis des Romans gewonnen wäre. Er war zu diesem Zeitpunkt also noch der Meinung, dass dieser Aspekt gar keine Rolle spielen müsse, sondern vielmehr ignoriert werden sollte. Im Juli und Oktober desselben Jahres, der Gerichtsprozess war gerade in die Gänge gekommen, sah er „die Verletzung der Privat- beziehungsweise Intimsphäre [...] erst durch Prozeß und Debatte wirklich vollzogen“⁴⁴¹, die Freiheit der Literatur „ernstlich bedroht“⁴⁴² und wertete die Reaktion des Gerichts auf die öffentliche Berichterstattung als „absurde Logik, weil derjenige, der sich porträtiert sieht, ja erst durch sein Geschrei den Lesern den passenden Schlüssel in die Hand gibt.“⁴⁴³

⁴³⁸ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 35.

⁴³⁹ *Kämmerlings*, Halbe Hemden, frisch gestärkt (2003) 44.

⁴⁴⁰ *Kämmerlings*, Halbe Hemden, frisch gestärkt (2003) 44.

⁴⁴¹ *Kämmerlings*, Angeschwärzt (2003) 31.

⁴⁴² *Kämmerlings*, Fiktionen vor Gericht (2003) 41.

⁴⁴³ *Kämmerlings*, Fiktionen vor Gericht (2003) 41.

Kämmerlings scheint in der Folge aber die Fronten zu gewechselt zu haben, wie seine späteren Kommentare über den Gerichtsprozess veranschaulichen. Im Jahr 2007, als das Verbot des Romans bereits vom BGH bestätigt war und das BVerfG kurz vor seiner Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde stand, bezeichnete er „Esra“ nunmehr als „Roman über den Vampirismus des Künstlers und ein Produkt dieses Vampirismus“⁴⁴⁴, als „die primäre Verursachung der Verletzung“⁴⁴⁵ und war der Meinung, dass [d]ie Urteilsbegründungen der Gerichte [...] scharfsinnigere Überlegungen zum Verhältnis von Literatur und Wirklichkeit [enthalten] als manche germanistische Studie.“⁴⁴⁶ Der Einfluss des Verfahrens auf Literaturrezeption und Meinungsbildung zeigt sich hier deutlich: Zum einen in dem hier offenbar werdenden Meinungsumschwung eines Literaturkritikers und zum anderen in seinen Darstellungen in der öffentlichen Presse als Informationsplattform für die Allgemeinheit.

Die andere Ausprägung dieser wechselseitigen Beeinflussung ist aber noch viel bedenklicher. Die mediale Berichterstattung über den Prozessverlauf war sowohl im Fall „Mephisto“ wie auch im Fall „Esra“ omnipräsent. Beide Prozesse wurden durch die Medien an die Öffentlichkeit getragen und sorgten dort für Diskussionen unter Literaturkritikern wie -rezipienten. Dennoch lässt sich ein deutlicher Unterschied bezüglich der Auswirkungen dieser Berichte erkennen. Während es im Fall „Mephisto“ bei der öffentlichen Debatte blieb, fand diese im Fall „Esra“ später Eingang in die Entscheidungen der Gerichte. In allen Instanzen wurde die durch die Medien initiierte öffentliche Besprechung des Falles als Begründung herangezogen, die von Autor und Verlag vorgenommenen Änderungen bestimmter Textpassagen für wirkungslos zu erklären. Das noch vom OLG gemachte Zugeständnis, der Roman könne bei entsprechender „Verfremdung“ doch noch publiziert werden, blieb damit ein leeres Versprechen. Ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung und dem ersten Medienbericht darüber, war den wildesten Spekulationen über biographische Hintergründe und reale Vorbilder Tür und Tor geöffnet, welche wohl der ausgefeiltste Schlüssel nicht mehr schließen hätte können.

⁴⁴⁴ *Kämmerlings*, Kann Dichtung dem Leben schaden (2007) 31.

⁴⁴⁵ *Kämmerlings*, Kann Dichtung dem Leben schaden (2007) 31.

⁴⁴⁶ *Kämmerlings*, Kann Dichtung dem Leben schaden (2007) 31.

Daraus folgen meines Erachtens zwei Paradoxa. Ersteres ergibt sich aus dem Umstand, dass die Klägerinnen durch den Gang vor Gericht eigentlich erst jene, wenn nicht sogar mehr Aufmerksamkeit hervorgerufen haben, als sie zu bekämpfen versuchten. Sie wirkten damit ihrem ursprünglichen Anliegen, *nicht* mit den Romanfiguren in Verbindung gebracht zu werden, geradezu entgegen. Auf diese Weise lenkten sie den Blick der Öffentlichkeit erst auf sich, wodurch die Geltendmachung des Persönlichkeitsrechts als Schutz *vor* der Öffentlichkeit ad absurdum geführt wird.⁴⁴⁷ Die (medial vorangetriebene) Preisgabe ihrer Identität zu Beginn des Gerichtsprozesses zeigt sogar jetzt noch ihre Nachwirkungen: sucht man bei Google nach der Geschäftszahl der „Esra“-Entscheidung des BVerfG, scheinen in der Ergebnisliste zwei (eher dubiose) Wikipedia-Einträge zu den beiden Klägerinnen, betitelt mit ihren echten Namen, auf.

Die zweite Widersprüchlichkeit liegt darin, dass nun diese ursprünglich von den Klägerinnen selbst erzeugte Medienpräsenz letzten Endes *allein* dem Autor bzw Verlag angelastet wird, da diesen keine Möglichkeit der „Schadensbegrenzung“ gegeben wird und das Verbot des Romans damit von vornherein festzustehen scheint. Nun ließe sich freilich auch argumentieren, dass am Beginn der Handlungskette nicht die Klage, sondern die Veröffentlichung des Romans steht. Ich denke jedoch, dass diese allein bei Weitem kein derartiges Aufsehen erregt hätte und die Zahl derer, die das Buch auf etwaige reale Hintergründe gelesen hätten, doch eher gering geblieben wäre. Immerhin deuten die Verkaufszahlen von 4.000 Exemplaren der regulären und 1.000 der geschwärzten Ausgabe von „Esra“ vor dem Verbot, also Zahlen, die die sonstige Auflagenhöhe seiner Bücher übertreffen,⁴⁴⁸ doch stark darauf hin, dass hier die Neugier für viele der Ausschlag gebende Grund für die Lektüre des Romans war. „Nicht die literarästhetische Relevanz „Esras“, sondern der Rechtsstreit hat den Text in das Zentrum des öffentlichen Interesses gerückt.“⁴⁴⁹ Das Buch an sich erzählt nichts Skandalöses. Auch die Schilderungen des Sexuallebens der beiden Protagonisten sind verglichen mit den Ausführungen eines *Michel Houellebecq* in seinen Romanen „Elementarteilchen“ (1998) und „Plattform“ (2001), einer *Catherine Millet* in „Das sexuelle Leben der Catherine M.“ (2003) oder einer *Charlotte Roche* in „Feuchtgebiete“ (2008) eigentlich harmlos. Zu einem „Skandalroman“ konnte

⁴⁴⁷ Vgl. *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 9.

⁴⁴⁸ Vgl. *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman (2004) 428.

⁴⁴⁹ *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 13.

sich „Esra“ nur dadurch entwickeln, dass der wahre Kern dieser Schilderungen ans Tageslicht kam, wozu aber eben sowohl die Klägerinnen selbst als auch die Medien ihren Beitrag leisteten.

Dies lässt nun freilich nicht den Schluss zu, potentiell in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzten Personen die Ergreifung rechtlicher Schritte zu versagen. Wenn aber das uneingeschränkte Verbot von Romanen nicht die einzige Sanktionsmöglichkeit gegen allzu realitätsnahe Literatur sein soll, sondern im Gegenteil lediglich die *ultima ratio*, darf die gerichtliche und damit auch öffentliche Auseinandersetzung nicht allein auf Seiten der Autorinnen und Autoren ins Gewicht fallen. Andernfalls würde allein die Klageerhebung und die darauf folgende Berichterstattung schon ausreichen, um das weitere Schicksal des Romans zu besiegeln.

e) Der Reiz des Verbotenen

Zu diesen Paradoxa gesellt sich eigentlich noch ein drittes. Nicht nur, dass der Roman trotz des Verbots nach wie vor, wenn auch auf Umwegen erhältlich ist⁴⁵⁰ – zuletzt gelangte sogar eine unzensurierte digitale Version von „Esra“ auf illegale Weise ins Internet (der Verlag hatte damit nichts zu tun und wollte gegen diese Urheberrechtsverletzung auch rechtlich vorgehen).⁴⁵¹ Dazu kommt, dass der Rechtsstreit um den Roman nicht nur in Medienberichten besprochen wurde, sondern darüber hinaus als Stoff für neue künstlerische Verarbeitungen gedient hat. In Berlin wurde der Fall „Esra“ 2010 gleich in zwei unterschiedlichen Versionen auf die Theaterbühnen gebracht: Sowohl die Inszenierung „Adam und Esra“ von *Frank Abt* für das *Deutsche Theater Berlin*, wie auch die Bühnenfassung „Der Fall Esra“ unter der Regie von *Angela Richter* setzten sich mit dem Roman und seiner Prozessgeschichte auseinander. Es wurde zwar auf jene heiklen Szenen, die bereits der Vorlage zum Verhängnis geworden waren, verzichtet, nicht jedoch auf die ein oder andere spitze Pointe in Bezug auf das Gerichtsverfahren. *Richter*, die sich bei ihrer Inszenierung vorsichtshalber juristisch beraten ließ, erhielt dafür sogar einen Preis.⁴⁵² So fand „Esra“ dann nochmals den Weg an die Öffentlichkeit.

⁴⁵⁰ Siehe oben VI. am Beginn dieses Kapitels.

⁴⁵¹ *N. N.*, Esra digital, *Der Spiegel* 28 (2011) 102.

⁴⁵² *Reinhardt*, Ist das Stöhnen auch echt? (2010).

Auch dazu gibt es Parallelen im Fall „Mephisto“. Dieser Stoff fand nicht nur Verarbeitung in einem Theaterstück; der gleichnamige Film unter der Regie von *István Szabó* mit *Klaus Maria Brandauer* in der Rolle des *Hendrik Höfgen* wurde sogar mit zahlreichen Preisen für Schauspiel und Regie ausgezeichnet, darunter der *Oscar* für den besten fremdsprachigen Film 1982. Der Roman selbst wurde letztlich 1981 im *Rowohlt-Verlag* erneut, von den Rechtskraftwirkungen des zivilrechtlich erwirkten Verbots unberührt,⁴⁵³ publiziert, was in der Folge auch von niemandem beanstandet wurde und zählt heute zu den wichtigsten Werken *Klaus Manns*. Der damals vom Verbot betroffene *Nymphenburger Verlag* hatte die Sache im übrigen auch nicht einfach auf sich beruhen lassen: er hatte nach dem Beschluss des BVerfG statt des Romans einfach die 70-seitige schriftliche Ausfertigung der Entscheidung publiziert.⁴⁵⁴

Es scheint als würde Foucault recht behalten, wenn er sagt: „Die Zensur macht aus jedem Buch ein kostbares.“⁴⁵⁵ So haben beide Prozesse vermutlich für mehr Werbung gesorgt, als durch gewöhnliche Strategien je erwirkt worden wäre. Dies alles zeigt, dass der Effekt des gerichtlichen Verbots nicht der erhoffte ist und dem eigentlichen Anliegen regelrecht zuwiderläuft. Wenn nun das gewählte Mittel wiederholt seinen Zweck nicht erfüllt, wäre es vielleicht an der Zeit, dieses zu überdenken.

Wie bereits angesprochen ist die Lösung dieses Problems wohl kaum in der gänzlichen Verweigerung des Rechtsschutzes zu suchen. Die Zulässigkeit der Bekämpfung persönlichkeitsrechtlicher Beeinträchtigungen durch literarische Werke mit rechtlichen Mitteln ergibt sich meines Erachtens schon aus der prinzipiellen Gleichrangigkeit der Grundrechte und der bereits bisher erfolgten Gewährleistung grundrechtlichen Schutzes auch im zivilrechtlichen Bereich.⁴⁵⁶ Unter Einbeziehung der vorigen Ausführungen kann jedoch gesagt werden, dass sich dieses Gleichgewicht im Fall des Konfliktes von Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Literatur bereits ab dem Zeitpunkt einer Klageerhebung durch äußere Einflüsse auf eine Weise zu verschieben scheint, die ich für nicht vertretbar halte.

⁴⁵³ *Henne*, Alles schon mal dagewesen? (2003) 641.

⁴⁵⁴ *Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen (2002) 210.

⁴⁵⁵ Zit. n. *Schiemann*, Tagung Literatur und Recht (2004) 448.

⁴⁵⁶ Siehe oben II. 3.4.

Der Publizitätsbezug liegt bei der Verbreitung literarischer Werke in der Natur der Sache. Sobald ein Buch auf dem Markt erscheint, ist die Öffentlichkeit involviert und es dürfte so gut wie unmöglich sein, ein darauffolgendes Verschwinden geheim zu halten. Es ist jedoch nicht unmöglich, eine wechselseitige Beeinflussung von Medien und Justiz dadurch hintanzuhalten, dass verfahrensrechtliche Vorkehrungen getroffen werden, die dies unterstützen. Die Abhaltung des Verfahrens unter Ausschluss der Öffentlichkeit könnte ein Weg sein, sämtlichen paradoxen Effekten der Klageerhebung zumindest entgegenzuwirken. Erstens wären die Klägerinnen nicht noch mehr exponiert, als sie sich durch die Buchveröffentlichung bereits fühlen. Zweitens bliebe durch den Wegfall einer allzu detaillierten medialen Analyse des Gerichtsprozesses die Rezeption des Buches zunächst unbeeinflusst und dadurch die Möglichkeit aufrecht, eine darin tatsächlich verwirklichte Persönlichkeitsrechtsverletzung anders zu sanktionieren als durch ein uneingeschränktes Veröffentlichungsverbot. Somit bliebe es mit dem Versprechen einer Rettung des Romans durch etwaige Streichungen oder Änderungen, wie es das OLG im Fall „Esra“ ausgesprochen hatte, nicht bloß bei leeren Worten und darüber hinaus im Ermessen des Autors und nicht des Gerichts, inwiefern eine inhaltliche Überarbeitung seines Werkes möglich ist. Auf diese Weise könnten zwar vielleicht öffentliche Spekulationen über eine vermeintliche Realitätsbezogenheit nicht verhindert, aber wenigstens reduziert werden, und die Justiz könnte ihre Entscheidungen davon unbeeinflusst und damit unvoreingenommen treffen.

Eine in einem solcherart gelagerten Fall anwendbare zivilprozessrechtliche Norm findet sich für das deutsche Recht in § 171b Gerichtsverfassungsgesetz (GVG):

- (1) Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozeßbeteiligten, Zeugen oder durch eine rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 des Strafgesetzbuches) Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt. Dies gilt nicht, soweit die Personen, deren Lebensbereiche betroffen sind, in der Hauptverhandlung dem Ausschluß der Öffentlichkeit widersprechen.
- (2) Die Öffentlichkeit ist auszuschließen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 vorliegen und der Ausschluß von der Person, deren Lebensbereich betroffen ist, beantragt wird.
- (3) Die Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind unanfechtbar.

Die in Abs 1 erwähnten „Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich“ betreffen „Angelegenheiten aus dem Privatbereich oder der Intimsphäre, die außenstehenden Dritten jedenfalls nicht ohne weiteres zugänglich sind“⁴⁵⁷, also Bereiche, die unter den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu subsumieren sind. Zusätzlich ist erforderlich, dass bezüglich dieser Angelegenheiten bei „objektiver Wertung ein schutzwürdiges Diskretionsinteresse des Betroffenen vernünftigerweise anzuerkennen ist“⁴⁵⁸. In Anbetracht der Tatsache, dass die diskrete Behandlung ihrer Privat- und Intimsphäre ja genau die Forderung der Erstklägerin ist, würde ich meinen, dass ein derartiges Diskretionsinteresse auch bezüglich der Erörterung ihres Privatlebens im Zuge der Prüfung ihrer Betroffenheit und einer möglichen Persönlichkeitsrechtsverletzung in der mündlichen Verhandlung gegeben sein dürfte.

Aus den Urteilen des LG, OLG und BGH im Fall „Esra“ geht leider nicht hervor, ob von Seiten der Klägerinnen ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit nach dieser Bestimmung gestellt und in der Folge von den Gerichten abgelehnt, oder ob dieser Versuch gar nicht unternommen wurde. In letzterem Fall würde die Klageerhebung und die darauffolgende öffentliche Auseinandersetzung allerdings noch paradoxer wirken, als bereits oben dargestellt.

f) „Die neue Klagelust“

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, warum sich gerade in der heutigen Zeit der Austragungsort derartiger Konflikte vermehrt vom privaten Bereich in öffentliche Gerichtsgebäude verlagert. Wie bereits aufgezeigt, ist Realismus in der Literatur kein zeitgenössisches Phänomen. Neben den schon zu Beginn dieser Arbeit genannten Werken ließen sich noch etliche mehr aufzählen, darunter Texte von *Alfred Andersch*, *Lion Feuchtwanger*, *Max Frisch*, *Karl Gutzkow*, *Hermann Hesse*, *Gottfried Keller*, *Ludwig Thoma*, *Frank Wedekind*, nahezu das Gesamtwerk von *Hans Fallada* oder *Rolf Hochhuth* sowie die gesamte autobiographische Erzählprosa von *Thomas Bernhard*,⁴⁵⁹ aber auch Autorinnen und Autoren der jüngeren Vergangenheit wie *Peter Handke*, *Barbara*

⁴⁵⁷ Zimmermann, Kommentar zu § 171b GVG (2008) Rn 9.

⁴⁵⁸ Zimmermann, Kommentar zu § 171b GVG (2008) Rn 9.

⁴⁵⁹ Vgl. *Eichner & Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab (2007) 9.

Frischmuth, Norbert Gstrein, Sybille Berg oder *Imre Kertész*.⁴⁶⁰ Die eine oder andere Veröffentlichung dürfte auch durchaus Unmut über die Verarbeitung realer Geschehnisse hervorgerufen haben. So löste beispielsweise das Erscheinen seines autobiographisch inspirierten Romans „Montauk“ zwischen *Max Frisch* und seiner zweiten Ehefrau eine Beziehungskrise aus, die mit der Scheidung endete. Obwohl *Frisch* beim Verfassen des Romans in gewissem Maße Selbstzensur übte und versuchte, aus Rücksicht gegenüber Dritten allzu klare Verweise zu vermeiden,⁴⁶¹ erkannte sie sich wie *Billers* ehemalige Freundin in einer der weiblichen Hauptfiguren wieder, welche sich im Roman zudem ebenso wie die Figur *Esra* gegen eine literarische Verarbeitung wehrt: „Ich habe nicht mit dir gelebt als literarisches Material, ich verbiete es, dass du über mich schreibst.“⁴⁶² Zu einem Gerichtsverfahren kam es hier aber anders als bei „Esra“ nicht.

Die auf ein Verbot gerichtete Anstrengung privater Klagen⁴⁶³ gegen Romanautorinnen und -autoren aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes scheint sich seit der Etablierung der Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den 1950er Jahren über einen längeren Zeitraum auf einzelne Fälle zu beschränken: Der „Mephisto“-Prozess, der die Literaturwelt von 1964-1971 in Atem hielt und dessen Endbeschluss des BVerfG daraufhin über 30 Jahre hinweg die unangefochtene Grundsatzentscheidung für die dargestellte rechtliche Problematik war, sowie die noch zu besprechenden Werke „Die Ursache“ und „Holzfällen“ von *Thomas Bernhard*, die in den 1970er und 1980er Jahren vor allem in Österreich für Aufregung sorgten. In der jüngeren Gegenwart aber „besteht eine Tendenz, die Klärung solcher Konflikte der Justiz zu überlassen“⁴⁶⁴. Allein in den vergangenen 10-15 Jahren finden sich neben einigen viel diskutierten Büchern wie *Helmuth Karaseks* „Das Magazin“ (2000), welches in der Redaktion des Nachrichtenmagazins *Der Spiegel* für einige Aufregung sorgte, oder dem schon angesprochenen Werk „Tod eines Kritikers“ (2002) von *Martin Walser*, eine ganze Reihe von Texten, die darüber hinaus Gegenstand gerichtlicher Verfahren wurden; darunter leichte Unterhaltungslektüre wie *Dieter Bohlens* „Hinter den Kulissen“ (2003) ebenso wie Anspruchsvolleres: Gegen das Buch „Als ich das

⁴⁶⁰ Vgl. *Ohmer*, Gutachten zu *Esra* (2004) 30.

⁴⁶¹ Vgl. *Letawe*, *Max Frischs „Montauk“ - eine „Chronique scandaleuse“?* (2009) 451.

⁴⁶² *Frisch*, *Montauk* (1978) 105.

⁴⁶³ Ausgenommen sind an dieser Stelle beispielsweise sämtliche Indizierungen literarischer Werke durch die deutsche Bundesprüfstelle, also einer staatlichen Behörde.

⁴⁶⁴ v. *Becker*, *Fiktion und Wirklichkeit* (2006) 10.

erste Mal mit einem Jungen im Bett lag“ (1998) von *Birgit Kempker* sprach das LG Essen 1999 ein Verbot aus, nachdem der in dem rhythmischen Prosagedicht etwa 300 mal namentlich genannte Protagonist und ehemalige Geliebte der Autorin Klage erhoben hatte.⁴⁶⁵ Besonders interessant an diesem Fall ist, dass sich die Künstlerin in der Folge nicht mit rechtlichen sondern literarischen Mitteln zur Wehr setzte und am Ingeborg-Bachmann-Wettbewerb 2000 mit einem Text teilnahm, der auf die rechtliche Beschneidung ihrer künstlerischen Tätigkeit Bezug nimmt.⁴⁶⁶ Weiters zu nennen ist *Jürgen Kehrer*s „Wilsberg und der tote Professor“ (2002), ein Kriminalroman, in dem sich ein Privatdozent der Westfälischen Wilhelms-Universität, Spezialist auf dem Gebiet der Geheimsprachen, als das in demselben Forschungsfeld tätige Mordopfer wiederzuerkennen glaubte.⁴⁶⁷ Sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Roman wurde vom LG Münster abgelehnt.⁴⁶⁸ Des weiteren sah *Alban Nikolai Herbst*, ähnlich wie sein Kollege *Biller*, seine ehemalige Partnerin vor Gericht wieder, weil diese sich in seinem Roman „Meere“ (2003) in der Protagonistin *Irene* beschrieben sah.⁴⁶⁹ Ihre Unterlassungsklage wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrecht war in erster wie auch in zweiter Instanz erfolgreich.⁴⁷⁰ Letzten Endes konnte der Roman jedoch in einer überarbeiteten Version veröffentlicht werden.⁴⁷¹ Der Kreis schließt sich mit *Reinhard Liebermann* und seinem Roman „Das Ende des Kanzlers“ (2004), dessen Veröffentlichung durch Beschluss des OLG Hamburg unterbunden wurde, da nach Meinung des Gerichts die Möglichkeit der Tötung des damaligen Bundeskanzlers *Gerhard Schröder* aus Unzufriedenheit über dessen Politik als allzu unproblematischer Lösungsvorschlag dargestellt wurde.⁴⁷² Aus aktuellem Anlass sei an dieser Stelle noch ein Fall erwähnt, in dem nicht der Autor eines Romans geklagt wurde, sondern sich dieser im Gegenzug gezwungen sah, eine Klage einzubringen: *Jürgen Bückers* Arbeitgeber hatte das Recht nämlich gleich selbst in die Hand genommen und seinem Angestellten nach der Veröffentlichung seiner Satire „Wer die Hölle fürchtet,

⁴⁶⁵ *Schmitt-Maaß*, „Die Kunst ist vogelfrei“ (2009) 658.

⁴⁶⁶ *Schmitt-Maaß*, „Die Kunst ist vogelfrei“ (2009) 659; *B. Kempker*, Was habe ich in Meppen zu suchen? (2002).

⁴⁶⁷ *Frey*, Romanfigur wider Willen (2007) 48.

⁴⁶⁸ *Frey*, Romanfigur wider Willen (2007) 49; LG Münster, GRUR-RR (2003) 164 ff.

⁴⁶⁹ *Frey*, Romanfigur wider Willen (2007) 47; *Ladeur & Gostomzyk*, Mephisto reloaded (2005) 568.

⁴⁷⁰ Vgl. LG Berlin, AfP (2004) 287 ff; KG, AfP (2004) 371 ff.

⁴⁷¹ *Frey*, Romanfigur wider Willen (2007) 48.

⁴⁷² *Ladeur & Gostomzyk*, Ein Roman ist ein Roman (2004) 567; vgl. zu den genannten Fällen insgesamt auch v. *Becker*, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 11.

kennt das Büro nicht“, in dem sich die halbe Belegschaft einer deutschen Möbelfirma wiedererkannt haben soll, schlichtweg gekündigt. Der Schutz durch die Kunstfreiheit wurde dem Hobbyautor in erster wie auch in zweiter Instanz zugesprochen, die Kündigung war damit nicht gerechtfertigt.⁴⁷³

Wie kommt es, dass sich gerade in einer Zeit, in der es schon fast keine Tabus mehr gibt, die gebrochen werden könnten, in der sowohl freiwillig wie auch unfreiwillig – aber gehorsam – immer mehr Privates preisgegeben wird und der „gläserne Mensch“ nicht Fiktion sondern Realität geworden ist, der Trend abzeichnet, sich umso vehementer gegen persönliche Regelbrüche zur Wehr zu setzen? Ist dies die Reaktion auf eine zu starke öffentliche Durchdringung des privaten Raums im Sinne eines Protests oder ist es ein Ausdruck derselben in dem Sinne, dass diese Entwicklung mitgetragen wird?

Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhang von einer „neuen Klagelust“⁴⁷⁴, einem „Paradigmenwechsel“ im Medienrecht⁴⁷⁵ oder einer „Popularisierung des Rechtsgebrauchs“⁴⁷⁶ gesprochen, durch die sich nun nicht mehr nur Prominente, sondern auch „Normalbürger“ bestärkt fühlen, gegen unliebsame Publikationen vorzugehen. Bisweilen sieht man sogar eine „Prozessindustrie“ heranwachsen, durch die sich Anwaltskanzleien ihre Lorbeeren verdienen wollen.⁴⁷⁷ Woher diese zunehmende Inanspruchnahme rechtlicher Mittel gegen literarische Werke tatsächlich rührt, kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden. Es zeichnet sich hier jedoch eine Vermengung medienrechtlicher Gepflogenheiten mit dem künstlerischen Bereich ab, der ich skeptisch gegenüberstehe. Meiner Vorstellung von effektivem Grundrechtsschutz wird weder eine Instrumentalisierung des Privaten in der Literatur zum Zweck der Werbewirksamkeit, noch eine Instrumentalisierung grundrechtlicher Werte zum Zweck der öffentlichen Selbstinszenierung gerecht und derartige Machtspiele sollten weder auf dem Rücken der Kunstfreiheit noch dem des Persönlichkeitsrechts ausgetragen werden.

⁴⁷³ N. N., D: Kündigung wegen Satire über Büroalltag ungültig, in DiePresse.com (15. 7. 2011).

⁴⁷⁴ Raue, Die neue Klagelust (2004).

⁴⁷⁵ Rühle, Geschwärtzter Tratsch-Trash (2003).

⁴⁷⁶ Ladeur & Gostomzyk, Ein Roman ist ein Roman (2004) 428.

⁴⁷⁷ Rühle, Geschwärtzter Tratsch-Trash (2003); N. N., Stoppt die Buchstopper, FAZ Nr. 235 (10. 10. 2003) 37.

g) *Schadenersatz als alternative Sanktionsform?*

Zuletzt möchte ich noch kurz auf die Schadenersatzklage eingehen, die von der Erstklägerin im Fall „Esra“ im Mai 2006 noch zusätzlich beim LG München eingebracht worden war. Sie forderte darin vom Verlag *Kiepenheuer & Witsch* als Erstbeklagtem und dem Autor *Biller* als Zweitbeklagtem die Zahlung von Schmerzensgeld in der Höhe von mindestens 100.000 €. Mit den Beklagten solidarisierten sich daraufhin über hundert Künstlerinnen und Künstler in einem öffentlichen Appell, der sich sowohl gegen das gerichtliche Verbot des Romans wie auch gegen die Schadenersatzforderung richtete.⁴⁷⁸

Die Erstinstanz gab der Klage jedoch statt und sprach den Klägerinnen die Summe von 50.000 € zu. Im darauffolgenden Berufungsverfahren beim OLG wurde dieses Urteil allerdings wieder aufgehoben. Letztlich entschied auch der BGH als letzte Instanz gegen den Zuspruch eines Schmerzensgeldes mit der Begründung, dass „zwar objektiv eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliege, ein schweres Verschulden der Beklagten jedoch fehle.“⁴⁷⁹ Diesen könne lediglich zum Vorwurf gemacht werden, „auf einem außerordentlich schwierigen Gebiet eine rechtliche Grenzziehung fahrlässig verfehlt zu haben.“ Das bereits ergangene Verbreitungsverbot des Romans wurde vom BGH bereits als schwerwiegende Sanktion und eine darüber hinausgehende Geldentschädigung als unangemessen angesehen. Eine solche hätte höchstens dann in Betracht gezogen werden können, wenn die Beklagten „die Kunstform zu einer persönlichen Abrechnung missbraucht“ und darauf abgezielt hätten, die Betroffene zu beleidigen oder zu verleumden. Weiters sprach sich der BGH dafür aus, dass im Zuge der Prüfung einer Geldentschädigung jedenfalls zu bedenken sei, dass es durch die Verhängung einer derartigen Sanktion durch den abschreckenden Effekt nicht zu einem Verzicht des Künstlers auf eine zukünftige Grundrechtsausübung kommen dürfe, weshalb eine solche nur ausgesprochen werden dürfe, „wenn die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend aufgefangen werden kann.“

Es stellt sich hier zum einen die Frage, warum die abschreckende Wirkung dieser Form der Sanktion von Seiten des Gerichts thematisiert wird, während bei einem Veröffentlichungsverbot eine derartige Wirkung offenbar überhaupt nicht angenommen

⁴⁷⁸ N. N., Solidarität mit Maxim Biller, FAZ Nr. 29 (23. 7. 2006) 21.

⁴⁷⁹ BGH 24. 11. 2009, VI ZR 219/08, abgedruckt in ZUM (2010) 251.

wird. Warum sollte das Risiko der Schadenersatzzahlung Künstlerinnen und Künstler mehr von ihrer Grundrechtsausübung abhalten, als die Gefahr der gänzlichen Untersagung, ihre Werke an die Öffentlichkeit zu tragen – und damit auch einen Teil ihres Einkommens zu bestreiten? Zum anderen ist der Sichtweise des BGH zuzustimmen, dass der Zuspruch einer Geldentschädigung *zusätzlich* zu dem bereits verhängten Verbot des Romans tatsächlich unangemessen gewesen wäre. Schon die Angemessenheit des Verbots an sich ist in meinen Augen in diesem Fall aus den bereits dargelegten Gründen fraglich. Die Kumulation der beiden Sanktionen würde also weit über einen „schonenden Ausgleich“ der Interessen als eigentlichem Ziel der Abwägung hinausgehen. Darüber hinaus ist aber auch zu bezweifeln, ob eine solche Kumulation jemals angemessen sein kann, was der BGH aber für Ausnahmefälle annimmt.⁴⁸⁰ Demgegenüber bleibt jedoch die Überlegung, ob die Leistung einer monetären Entschädigung vielleicht als Alternative zu einem absoluten Verbreitungsverbot – eventuell auch in Verbindung mit Änderungen oder Streichungen im Text – dienen könnte, wenn eine besonders schwere Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts vorliegt. Auf diese Art und Weise wäre insofern allen Interessen gedient, als beide Seiten eine Beschränkung ihrer Rechte hinnehmen müssten, ohne dass eine Seite gänzlich unterliegt. Dieser Gedanke soll im Zuge der Darstellungen des Persönlichkeitsschutzes nach österreichischem Recht noch vertieft werden, wo durch die Bestimmungen des Mediengesetzes ein vom allgemeinen Schadenersatzrecht teilweise abweichendes Entschädigungssystem besteht.

h) Resümee

Zuweilen erwecken die Konfliktfälle mit der Kunstfreiheit den Eindruck, als hätte sich die Justiz mit der Schaffung der Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (zumindest in dieser Hinsicht) selbst eine Grube gegraben. „Künstlerische Äußerungen enthalten Bezüge und Stellungnahmen nur auf versteckte, ‚verschlüsselte‘, nicht positiv belegbare Weise“⁴⁸¹, was ihre Justitiabilität und damit auch die Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht erschwert. Der Fall „Esra“ hat nun erneut gezeigt, dass derartige Äußerungen in literarischer Form nicht einfach einer rechtlichen Betrachtung unterzogen werden können, ohne sie zuvor in einem (meines Erachtens jenseits rechtlicher

⁴⁸⁰ BGH 24. 11. 2009, VI ZR 219/08, abgedruckt in ZUM (2010) 251.

⁴⁸¹ v. Becker, Fiktion und Wirklichkeit (2006) 9.

Überlegungen liegenden) Zwischenschritt auf eine Ebene mit jenen Handlungen zu bringen, die realiter eine Persönlichkeitsrechtsverletzung hervorrufen können. Gefordert ist sozusagen keine „unmittelbare“ Betrachtung der Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts, sondern eine „mittelbare“, unter Einbeziehung des Leserhorizonts.⁴⁸² Wenn man in einem Fall, in dem eine Rechtsverletzung durch die künstlerische Schaffung einer fiktiven Parallelwelt auf dem Prüfstand steht, damit beginnt, diese einem simplen Vergleich mit tatsächlichen Gegebenheiten zu unterziehen, kann das Ergebnis fast nicht anders ausfallen als jenes, das einer Aufrechnung von Äpfeln mit Birnen folgt.

Ich bin der Meinung, dass für die Beantwortung der Frage, ob eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt, ausschlaggebend ist, inwieweit der Roman in seiner Gesamtheit einen deutlichen Realitätsbezug aufweist. Da anders als beispielsweise bei Presseberichten die Schilderungen a priori nicht einer realen Person, sondern einer fiktiven Figur zugeschrieben werden, kann allein aus der Beschreibung intimer Handlungen im Roman nicht die Betroffenheit der Intimsphäre realer Personen abgeleitet werden. Eine Betroffenheit kann sich lediglich dadurch ergeben, dass in der Öffentlichkeit daraufhin angenommen wird, diese Schilderungen wären wahr. Damit nun aber nicht für sämtliche Spekulationen, die sich aus Klatsch und Tratsch ergeben mögen, Autorinnen und Autoren zur Verantwortung gezogen werden, kann es letztlich nur darauf ankommen, inwieweit sie derartige Annahmen bewusst durch die Gestaltung ihrer Texte hervorrufen. Die Sache spitzt sich noch zu, wenn dann möglicherweise in Paratexten, öffentlichen Kommentaren oder Ankündigungen von dieser Seite auf Realitätsbezüge hingewiesen wird.

Im Fall „Esra“ ist dies auch genau jener Punkt, der dem Autor zum Vorwurf gemacht werden kann. Die gezielte Verwendung einer Vielzahl von biographischen Besonderheiten, ohne diese auch nur ansatzweise zu verschleiern – zumindest was die Erstfassung des Romans betrifft – muss geradezu in dem Bewusstsein erfolgt sein, dass jedenfalls die Klägerinnen selbst in den Romanfiguren sofort ihr Ebenbild entdecken werden. Der Autor spricht sich in einer Stellungnahme zum Prozess vor dem Münchner Landgericht eindeutig dagegen aus, mit „Esra“ einen Schlüsselroman verfasst zu haben:

⁴⁸² *Ladeur & Gostomzyk*, *Mephisto reloaded* (2005) 568.

„Mein Roman *Esra* ist Literatur, [...] nicht Schlüsselroman. Es war nicht meine Absicht, dass reale Personen sich bei der Lektüre wiedererkennen oder gar geschmäht fühlen.“⁴⁸³

Da vor allem bezüglich der Erstklägerin die Erwähnung ihrer Preisträgerinnenschaft weder für ihre Charakterisierung noch für das sonstige Geschehen von besonderer Bedeutung ist, drängt sich jedoch der Gedanke auf, dass ihre Entschlüsselung gewollt war und die eben zitierte Aussage *Billers* als bloße Schutzbehauptung zu werten ist. Durch diese Verarbeitung individueller Besonderheiten lässt sich nur schwer annehmen, dass *Biller* es dem Lesepublikum nicht nahelegt, bestimmte Personen als Vorlagen für seine Figuren verwendet und zumindest auszugsweise die Realität abgebildet zu haben.

Die Vermutung ist nicht weit hergeholt, dass der Roman, wenn auch nicht in allen Details, Anleihen an der realen Beziehung *Billers* zur Erstklägerin nimmt. Dafür spricht beispielsweise auch die persönliche Widmung, mit der er ihr ein Leseexemplar zukommen ließ. Welche Motive den Autor nun geleitet haben, ob der Roman in gewisser Weise an seine ehemalige Freundin adressiert war und insofern der Aufarbeitung ihrer gescheiterten Beziehung dienen sollte, ob er vielleicht mit boshaften Hintergedanken oder in Verklärung einstiger Gefühle geschrieben wurde, kann hier nicht geklärt werden. Manche wollen in der Einbettung derart eindeutiger Hinweise in Kombination mit der Thematisierung der Verschlüsselungsproblematik und der Ablehnung einer literarischen Verarbeitung von Seiten intimer Bezugspersonen im Roman selbst sogar die Absicht *Billers* erkennen, einen Skandal zu provozieren und auf diese Weise die Fiktion zur Realität werden zu lassen.⁴⁸⁴ Dieser Theorie, die den Roman als eine „Chronik eines angekündigten Verbots“⁴⁸⁵ konzipiert sieht, kann ich mich jedoch nicht anschließen. Der Autor war sich sicherlich bewusst, dass die Veröffentlichung bei besagten Personen nicht auf Begeisterung stoßen würde, die Spekulation auf eine gerichtliche Auseinandersetzung und das darauffolgende Verbot seiner Arbeit würde ich dann aber doch keinem Schriftsteller unterstellen.

Die Frage nach seiner Motivation könnte nur der Autor beantworten, sie spielt im Endeffekt aber eine Nebenrolle. Tatsache ist, dass er dadurch bewusst etwas im Licht der Öffentlichkeit abgehandelt hat, was dort in dieser Form und mit derart eindeutigen

⁴⁸³ Zit n v. *Becker*, *Fiktion und Wirklichkeit* (2006) 22.

⁴⁸⁴ *Hielscher*, *Bilse, Biller und das Ich*. (2009) 688-689.

⁴⁸⁵ *Hielscher*, *Bilse, Biller und das Ich*. (2009) 690.

Hinweisen versehen, ohne Einverständnis der Beteiligten nichts zu suchen hat. Um seine persönlichen Erfahrungen aufzuarbeiten, soll ihm als Schriftsteller jede literarische Ausdrucksform zur Verfügung stehen. Anhand der dadurch sich bietenden Möglichkeiten ist nicht nachvollziehbar, warum er den Bogen dermaßen überspannen musste. Die Kunstfreiheit gewährleistet Autoren und Autorinnen, reale Vorkommnisse und persönlich Erlebtes in ihre Werke einfließen zu lassen. Der Schwerpunkt muss aber auf der künstlerischen Bearbeitung bleiben. Durch die bewusste, meines Erachtens überflüssige Einbettung der *hard facts* in Kombination mit deutlichen Bezügen zu seiner eigenen Biographie hat *Biller* geradezu dazu aufgefordert, die Kategorisierung seines Romans als fiktionales Werk in Frage zu stellen. Die Romanhandlung mag zwar dennoch insgesamt fiktiv sein, weist jedoch in diesen Punkten eine zu starke Referentialität auf. Es geht nicht darum, welches Ziel er damit verfolgt hat, sondern dass er die Nennung individueller, persönlicher Merkmale zur Verfolgung dieses Ziels verwendet hat.

Wie bereits ausgeführt sehe ich die Verwendung derart eindeutiger Hinweise als das geeignetste, weil am ehesten objektivierbare Kriterium im Rahmen der Prüfung an, ob eine reale Person durch romanhafte Schilderungen überhaupt betroffen sein kann. Diese Betroffenheit ist im Fall „Esra“ demnach zu bejahen. Wie die Gutachter *Eichner* und *Mix* festgestellt haben,⁴⁸⁶ muss sich der Autor nunmehr „an seinen Worten messen lassen“. Erst dadurch kann ihm auch die Schilderung intimer Handlungen in der gewählten Form angelastet werden, die meiner Ansicht nach sonst unbedenklich wären, was in der Folge auch zu einer Verwirklichung der Persönlichkeitsrechtsverletzung der Erstklägerin geführt hat.

Zur Verantwortlichkeit des Verlags kann noch angeführt werden, dass auch diesem der auf ihn erstreckte Schutz der Kunstfreiheit keinen Freibrief ausstellt und das bewusste Spiel mit der Authentizität von Romaninhalten dann eben zum Spiel mit dem Feuer werden kann. So hat der „Esra“ publizierende Verleger *Helge Malchow* gegenüber dem Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* schon im Vorfeld seine Befürchtung geäußert, die mit dem alternativen Nobelpreis geehrte türkische Umweltaktivistin könnte sich möglicherweise in der Figur der bösen Schwiegermutter wiedererkennen.⁴⁸⁷ Wer auf diese

⁴⁸⁶ Siehe oben unter III. 4.5. c.

⁴⁸⁷ *Hacker*, 200 Seiten Zärtlichkeit, *Der Spiegel* 10 (2003) 146; siehe auch *Schiemann*, Persönlichkeitsrechtsverletzung contra Kunstfreiheit (2010) 39.

Art und Weise eine Publikation kommentiert, muss sich wohl nicht wundern, wenn die darin auch noch angesprochene Person dann tatsächlich vor Gericht geht. Wie bereits dargelegt wird das Leseverständnis nicht nur durch den Text selbst, sondern auch durch die begleitende Vermarktung beeinflusst. Auch in dem von *Eichner* und *Mix* im Fall „Esra“ vorgelegten Gutachten wird bestätigt, dass bei der tatsächlichen Einordnung eines Textes in die Kategorien der Fiktion oder Referentialität derartige paratextuelle Aspekte eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Wenn die Rezensentin in dem oben genannten *Spiegel*-Artikel abschließend meint, dass „ein wenig herumerzählte Furcht vor einer einstweiligen Verfügung [...] noch keinem Buch geschadet [hat]“⁴⁸⁸, so hat sie in diesem Fall nicht Recht behalten. Ich halte diese Marketingstrategie jedoch allgemein für problematisch und gerade für Autorinnen und Verlage, die sich, sollte der Rechtsstreit dann zur Realität werden, auf die Kunstfreiheit berufen wollen, für wenig ratsam.

Meine Kritik an dem vom BVerfG in diesem Fall gefällten Urteil bleibt davon unbeeinflusst. Ich plädiere nach wie vor vor allem für die Einbeziehung einer sachverständigen Begutachtung derartiger Konflikte. Abgesehen davon, dass die im Fall „Esra“ erbrachten Gutachten zur Unterstützung der Argumentation des Beschwerde führenden Verlags eingeholt wurden und somit nicht unbedingt von einer neutralen Wertung der Sachlage ausgegangen werden kann, zeigen die darin enthaltenen, mehrheitlich neue Perspektiven aufzeigenden Ausführungen dennoch, dass literaturwissenschaftliche Expertisen unverzichtbar sind, um zu einem nachvollziehbaren Ergebnis zu kommen.

Des Weiteren halte ich die verhängte Sanktion jedenfalls für unverhältnismäßig. Selbst wenn in diesem besonderen Fall dem Persönlichkeitsrecht der Erstklägerin der Vorzug zu geben ist, kann ich, unter Hinweis auf meine vorigen Ausführungen, an dieser Stelle noch einmal betonen, dass die öffentliche Aufmerksamkeit, die der Fall auf sich gezogen hat und die durch einen entsprechenden Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit von den Klägerinnen jedenfalls minimiert hätte werden können, allein zum Nachteil von Verlag und Autor in die Entscheidung einbezogen wurde, indem diesen eine andere Form der Wiedergutmachung versagt wurde. Von einem „schonenden Ausgleich“ der beiden Grundrechte kann hier keine Rede sein.

⁴⁸⁸ *Hacker*, 200 Seiten Zärtlichkeit, *Der Spiegel* 10 (2003) 146.

Die bisherige Vorgangsweise der Rechtsprechung wird der Literatur weder in ihrer Ausprägung als besonderer Form der Kunst und der Kommunikation, noch ihrer gesellschaftlichen Funktion gerecht. Ich sehe hier eine Verlagerung der Konfliktlösung, deren Voraussetzungen noch nicht in zufriedenstellendem Maße ausgearbeitet sind. Eine im Ausgangspunkt beiden Seiten gleiches Gewicht beimessende Haltung ist hier weder in Hinblick auf die Beweiswürdigung noch auf die Berücksichtigung der Öffentlichkeitswirksamkeit des Verfahrens gegeben. Darüber hinaus wurde noch immer kein überzeugender Weg gefunden, die sozusagen „dritte Partei“, das Lesepublikum entsprechenderweise in die Abwägungen einzubeziehen. *Virginia Woolf* lässt in ihrem Roman „Die Fahrt hinaus“ eine Figur sagen:

„Einen Roman liest man nur, um herauszufinden, was für ein Kerl der Verfasser ist, und falls man ihn kennt, welche von seinen Freunden er unterbringt. Der Roman selber, seine Konzeption, wie du die Sache siehst, wie du fühlst, das interessiert niemanden.“⁴⁸⁹

Damit mag sie ein Leseverhalten ansprechen, das es schon immer gegeben und die Literatur von Anfang an begleitet hat. Aus einem solchen möglichen Leseverhalten nunmehr eine weitere Rechtfertigung für ein Romanverbot abzuleiten, halte ich für eine unzeitgemäße und bedenkliche Entwicklung.

Die Entscheidung des BVerfG im Fall „Esra“ mag im Vergleich zu der bis dahin unangetasteten „Mephisto“-Entscheidung in ihren Leitsätzen vielleicht ein „Fortschritt pro arte sein“⁴⁹⁰, in ihren Ausführungen ist sie es aber meines Erachtens nicht. Es wird sich zeigen, welche Seite hier „dem Werk seine Prägung geben wird.“⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Zit. n. *Rühle*, Geschwärtzter Tratsch-Trash (2003).

⁴⁹⁰ *Obergfell*, Dichtung oder Wahrheit (2007) 914.

⁴⁹¹ Vgl. BVerfG 1 BvR 1783/05 Rn 50.

IV. Österreichische Problemlagen

1. *Die wesentlichen rechtsdogmatischen Unterschiede zwischen Deutschland und Österreich*

Das Problem von Konflikten der literarischen Freiheit mit individuellen Persönlichkeitsrechten wird vermutlich überall auftauchen, wo sich künstlerisches Schaffen in einem weitergehenden Freiheitsraum bewegen darf, so auch in Österreich. Die rechtswissenschaftliche Diskussion zu diesem Thema gestaltet sich hier inhaltlich ähnlich, dogmatisch aber weitgehend anders als in Deutschland. Die rechtstechnischen Unterschiede betreffen sowohl die materiellrechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes, wie auch die verfahrenstechnische Wahrung des Grundrechtsschutzes.

Was den materiellrechtlichen Schutz der Persönlichkeit betrifft, unterscheidet sich die hiesige Rechtslage in einem zentralen Punkt von jener der deutschen Nachbarn. Das österreichische Grundrechtssystem kennt weder eine explizite Norm zum Schutz der Menschenwürde,⁴⁹² noch ein allgemeines Persönlichkeitsrecht,⁴⁹³ wie es in Deutschland durch die Ableitung der Rechtsfigur aus Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG geschaffen wurde. In Bezug auf den hier besprochenen Konflikt der literarischen Freiheit mit dem Persönlichkeitsrecht bedeutet dies, dass sich dieser *auf den ersten Blick* im österreichischen Recht nicht als jene Grundrechtskollision offenbart, wie sie zuvor für das deutsche Recht dargestellt wurde. Die Kunstfreiheit ist durch ihre Verankerung in Art 17a StGG zwar auch in Österreich als verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht ausgestaltet, auf Seiten des Persönlichkeitsschutzes „fehlt“ jedoch eine gleichrangige *allgemeine* Norm.

Das nationale österreichische Verfassungsrecht enthält nur einige wenige Normen, die zumindest punktuellen Schutz vor Eingriffen in das Privatleben bieten, wie beispielsweise Art 9 StGG (Schutz des Hausrechts) iVm dem Hausrechtsgesetz, Art 10 StGG (Schutz des Briefgeheimnisses) und Art 10a StGG (Schutz des Fernmeldegeheimnisses) sowie § 1

⁴⁹² Canaris, Grundprobleme (1991) 205 ff; Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 477.

⁴⁹³ OGH 11. 10. 1988, 1 Ob 26/88; Canaris, Grundprobleme (1991) 205 ff; Berka, Persönlichkeitsschutz auf dem Prüfstand (1999) 11; Edlbacher, Stand der Persönlichkeitsrechte (1983) 423 ff.

DSG (Grundrecht auf Datenschutz).⁴⁹⁴ Die 1958 kundgemachte⁴⁹⁵ und 1964 auf Grund von Auslegungunklarheiten rückwirkend mit Verfassungsrang ausgestattete⁴⁹⁶ Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ergänzt den österreichischen Grundrechtsbestand im Bereich des Persönlichkeitsschutzes aber um einzelne wichtige Bestimmungen mit unterschiedlichen Schutzrichtungen: dazu zählen beispielsweise Art 6 (2) EMRK, der die Unschuldsvermutung grundrechtlich absichert, vor allem aber Art 8 EMRK, in dem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verankert ist. Im Unterschied zum deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind diese Normen jedoch als *besondere* Persönlichkeitsrechte mit abgrenzbarem Schutzbereich ausgestaltet und erfassen nicht den Persönlichkeitsschutz in seiner ganzen Breite.⁴⁹⁷ Insbesondere Art 8 EMRK kann zwar nunmehr als die zentrale grundrechtliche Norm zum Schutz der Privatsphäre angesehen werden und bietet in diesem Bereich auch „umfassenden Schutz“, der vor allem durch die Rechtsprechung ausgeformt wurde, kann aber dennoch nicht als „Auffangrecht“ interpretiert werden.⁴⁹⁸ Anders als im deutschen Recht ist der Persönlichkeitsschutz in Österreich demnach nicht durch einen verfassungsrechtlichen Auffangtatbestand abgesichert, sondern konzentriert sich, abgesehen von Art 8 EMRK, eher auf der einfachgesetzlichen Ebene, wo ein komplexes Geflecht verschiedener Gesetze und Normen dem Schutz der Persönlichkeit in ihren unterschiedlichen Ausprägungen dienen soll. Darauf wird später noch näher einzugehen sein.

Auf der anderen Seite spielt dieser Unterschied in der Praxis aber wiederum eine untergeordnete Rolle, weil dem österreichischen Recht ein weiterer wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht innewohnt: und zwar bezüglich der gerichtlichen Durchsetzung der Grundrechte. Das hiesige Rechtsschutzsystem kennt keine an den Verfassungsgerichtshof gerichtete Grundrechtsbeschwerde gegen Urteile der Zivil- und Strafgerichte.⁴⁹⁹ Der gesetzlich vorgesehene innerstaatliche Instanzenzug endet hier sowohl in Zivil-⁵⁰⁰ wie auch in Strafsachen⁵⁰¹ beim Obersten Gerichtshof (OGH). Darüber hinaus

⁴⁹⁴ Berka, Verfassungsrecht (2010) 456, 464, 465; Wiederin, Schutz der Privatsphäre (2009) 176-178.

⁴⁹⁵ BGBl 1958/210.

⁴⁹⁶ BVG 4. 3. 1964 BGBl 59.

⁴⁹⁷ Vgl. Berka, Persönlichkeitsschutz auf dem Prüfstand (1999) 11, 12.

⁴⁹⁸ Berka, Grundrechte (1999) 261; Berka, Verfassungsrecht (2010) 456.

⁴⁹⁹ Vgl. Berka, Grundrechte (1999) 185.

⁵⁰⁰ §§ 3 (2) und 4 JN.

⁵⁰¹ §§ 29 und 34 StPO.

ist nach Ausschöpfen der innerstaatlichen Rechtsbehelfe jedoch die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mittels Individualbeschwerde⁵⁰² möglich, mit der einzelnen Personen die Möglichkeit gegeben ist, Grundrechtsverletzungen durch staatliche Organe geltend zu machen. Bei Feststellung einer Verletzung kann der Gerichtshof der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung zusprechen.⁵⁰³

In diesem Zusammenhang sieht die österreichische Strafprozessordnung (StPO) noch ein weiteres Rechtsmittel vor, welches hier auf Grund jüngerer Entwicklungen in der Rechtsprechung kurzer Erwähnung bedarf. Gemäß § 363a StPO gibt es die Möglichkeit, im Fall der Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch den EGMR in der Folge einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens zu stellen, wenn „nicht auszuschließen ist, dass die Verletzung einen für den hievon Betroffenen nachteiligen Einfluss auf den Inhalt einer strafgerichtlichen Entscheidung ausüben konnte.“ Der OGH hat nun im Wege der Rechtsfortbildung im Anschluss an die Grundsatzentscheidung vom 1. 8. 2007⁵⁰⁴ die Voraussetzungen für einen Erneuerungsantrag insofern erweitert, als er diesen auch dann zulässt, wenn ein die Verletzung feststellendes Urteil des EGMR noch nicht vorliegt. Im Zuge dieser vorgezogenen Entscheidung über den Antrag wendet der OGH in ständiger Rechtsprechung die entsprechenden Bestimmungen der EMRK über die Zulässigkeitsvoraussetzung analog an.⁵⁰⁵ Durch diesen „subsidiären Rechtsbehelf“⁵⁰⁶ gibt es nun erstmals die Möglichkeit für Betroffene, sich mit der Behauptung einer Grundrechtsverletzung an ein innerstaatliches Gericht zu wenden;⁵⁰⁷ zumindest im Bereich des Strafrechts, denn ein zivilrechtliches Pendant zu dieser Entwicklung gibt es nicht.

⁵⁰² Art 34 EMRK; siehe dazu *Berka*, Grundrechte (1999) 189.

⁵⁰³ Art 41 EMRK; siehe dazu *Berka*, Grundrechte (1999) 189.

⁵⁰⁴ OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.

⁵⁰⁵ Vgl. *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 363a (2010) Rz 30-38.

⁵⁰⁶ *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO §363a (2010) Rz 38.

⁵⁰⁷ Hier ist noch darauf hinzuweisen, dass es in Bezug auf ein einziges Grundrecht, das Recht auf persönliche Freiheit (BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684) schon seit 1992 die Möglichkeit gibt, sich wegen Verletzung dieses Rechts durch eine strafgerichtliche Entscheidung mit einer sogenannten „Grundrechtsbeschwerde“ direkt an den OGH zu wenden. Dieser besondere Rechtszug an den OGH ist aber auf genau dieses Grundrecht beschränkt und betrifft in der Praxis hauptsächlich die Kontrolle der (Untersuchungs-)Haft und Überprüfung der Haftdauer. Vgl. *Berka*, Verfassungsrecht (2010) 452; *Adamovich, Funk & Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht III (2003) 170.

Dies führt nun wieder dahin zurück, dass eine vergleichbare innerstaatliche Instanz für die Lösung eines privaten Grundrechts*konflikts*, wie es das deutsche BVerfG ist, in Österreich nicht existiert. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) kann von Einzelpersonen bezüglich einer Grundrechtsverletzung nur angerufen werden, wenn diese durch einen behördlichen Bescheid, also einen Akt der Verwaltung erfolgt ist (sogenannte „Bescheidbeschwerde“).⁵⁰⁸ Demgegenüber hat der VfGH jedoch keine Kompetenz zur Überprüfung letztinstanzlicher Entscheidungen der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit, was im Übrigen schon seit längerer Zeit als problematisch angesehen wird und für Diskussionen in Expertenkreisen sorgt. Auch der zur Ausarbeitung einer umfassenden Verfassungs- und Verwaltungsreform eingesetzte „Österreich-Konvent“ konnte diese Frage jedoch nicht klären.⁵⁰⁹

Daraus folgt, dass im justiziellen Bereich nach wie vor allein die ordentlichen Gerichte selbst im Rahmen der Rechtsfindung für die Wahrung der Grundrechte zu sorgen haben, welche zumindest durch die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung durch die Rechtsmittelgerichte abgesichert ist.⁵¹⁰ Vor allem die Spruchpraxis des EGMR hat in den letzten Jahrzehnten aber für erhöhte Grundrechtssensibilität innerhalb der Rechtsprechung gesorgt.⁵¹¹ Ein weiterer Schutzmechanismus ergibt sich noch aus der Pflicht der Gerichte, Gesetze und Verordnungen, die sie für verfassungs- bzw gesetzwidrig halten, beim VfGH anzufechten, wodurch wiederum die Grundrechtskonformität dieser Normen sichergestellt werden kann.⁵¹² Unter bestimmten Voraussetzungen sind auch Einzelpersonen legitimiert, durch einen sogenannten „Individualantrag“ ein solches Normprüfungsverfahren beim VfGH anzustrengen.⁵¹³ Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass potentiell in ihren Grundrechten verletzten Personen die Anrufung des Höchstgerichts zur Überprüfung gerichtlicher *Urteile* versagt ist.

An dieser Stelle ist noch auf die auch in Österreich vorherrschende Theorie der *mittelbaren Drittwirkung* der Grundrechte einzugehen. Die bei einem Interessenkonflikt notwendige Abwägung wird von dem zur Entscheidung berufenen Gericht in Anwendung

⁵⁰⁸ Berka, Verfassungsrecht (2010) 319.

⁵⁰⁹ Berka, Verfassungsrecht (2010) 324; Adamovich, Funk & Holzinger, Staatsrecht III (2003) 170.

⁵¹⁰ Vgl. Berka, Grundrechte (1999) 185.

⁵¹¹ Adamovich, Funk & Holzinger, Staatsrecht III (2003) 170.

⁵¹² Berka, Verfassungsrecht (2010) 324.

⁵¹³ Berka, Verfassungsrecht (2010) 353.

einfachgesetzlicher Normen vorgenommen, welche verfassungskonform und daher unter Berücksichtigung grundrechtlicher Gewährleistungen auszulegen sind. Die Wirkung der Grundrechte wird damit durch das einfache Recht „mediatisiert“⁵¹⁴. In diesem Zusammenhang spielen auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere die „Guten-Sitten“ und sonstigen Generalklauseln eine Rolle, zu deren Interpretation die „grundrechtlich verankerten Werte“ herangezogen werden.⁵¹⁵ Gerade dort, wo die konfligierenden Interessen durch privatrechtliche Normen keinen ausreichenden Schutz genießen, weil diese vielleicht zu unbestimmt oder lückenhaft ausgestaltet sind, kann dieser im Wege der grundrechtskonformen Interpretation der Gesetze hergestellt werden. Eine *unmittelbare Drittwirkung* der Grundrechte wird demgegenüber weitgehend abgelehnt, da weder die Bestimmungen des StGG, noch jene der EMRK eine derartige Auslegung unterstützen. Allein dem Grundrecht auf Datenschutz wird auf Grund der Anordnung in § 1 (5) DSG unmittelbare Wirkung auch auf Privatrechtsverhältnisse zugesprochen.⁵¹⁶

Im österreichischen Recht ist der Schutz der Persönlichkeit auf einfachgesetzlicher Ebene durch ein differenziertes Gefüge unterschiedlicher Normen ausgestaltet, die in verschiedenen Rechtsbereichen, wie vor allem dem Straf-, Zivil- und Medienrecht zu finden sind. Über diese Normen, die jeweils unterschiedliche Schutzrichtungen abdecken, wirken die Grundrechte mittelbar auf die privaten Rechtsverhältnisse. Da die Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes in Österreich also innerstaatlich in erster Linie vor den ordentlichen Gerichten unter Berufung auf einfachgesetzliche Normen stattfindet, soll in der Folge ein Überblick über jene Bestimmungen gegeben werden, die in Bezug auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Werke der Schlüsselliteratur eine Rolle spielen können.

⁵¹⁴ Berka, Grundrechte (1999) 133.

⁵¹⁵ Adamovich, Funk & Holzinger, Staatsrecht (2003) 29.

⁵¹⁶ Vgl. Adamovich, Funk & Holzinger, Staatsrecht (2003) 29; Wiederin, Schutz der Privatsphäre (2009) 183;

2. Der Persönlichkeitsschutz im österreichischen Recht

2.1. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz

a) Die „angeborenen Rechte“ des § 16

Nun wurde gerade erläutert, dass das österreichische Recht keine allgemeine verfassungsrechtliche Norm zum Schutz der Persönlichkeit kennt. Nichtsdestotrotz hat aber auch hier eine Diskussion über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht stattgefunden – allerdings ausschließlich auf einfachgesetzlicher Ebene im Bereich des *Zivilrechts*. Die zentrale Norm in diesem Zusammenhang ist § 16 ABGB.

§ 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.

Bereits 170 Jahre vor der Verankerung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bonner GG sahen die Entwürfe zum österreichischen ABGB (§ 29 des Entwurfs *Martini* aus 1779) einen derartigen Schutz (in etwas anderer Ausdrucksweise) im Bereich des Zivilrechts vor.⁵¹⁷ Die Redakteure des ABGB standen stark unter dem Einfluss des Naturrechts und der Lehre *Kants*, was sich teilweise in den gesetzlichen Formulierungen niederschlug. Auch wenn der letztlich gewählte Wortlaut auf Grund praktischer Kürze keine Aufzählung sämtlicher betroffener Rechte beinhaltet, spricht die Auslegung unter historischen Gesichtspunkten dafür, dass in § 16 sinngemäß jedenfalls auch das positiviert werden sollte, was wir heute als „Persönlichkeitsrechte“ bezeichnen.⁵¹⁸ So hat *Franz von Zeiller*, der Hauptredakteur des ABGB, zu den „angeborenen Rechten“ vor allem das „Recht der Persönlichkeit“ gezählt, das er als „Urrecht“ und damit als „das Recht, die Würde eines vernünftigen freihandelnden Wesens zu behaupten“⁵¹⁹ angesehen hat. Aus dieser Sicht scheint es im österreichischen Recht also doch eine gesetzliche Grundlage für den Schutz der Persönlichkeit in ihrer Allgemeinheit, wenn nicht sogar für die

⁵¹⁷ *Bydlinski*, Die „Person“ im Recht (2004) 80.

⁵¹⁸ *Edlbacher*, Stand der Persönlichkeitsrechte (1983) 423 ff.

⁵¹⁹ *Edlbacher*, Stand der Persönlichkeitsrechte (1983) 423 ff; siehe auch *Bydlinski*, Die „Person“ im Recht (2004) 82, 83; *Aicher*, Kommentar zu § 16 (2000) Rz 13.

Menschenwürde⁵²⁰ zu geben – nur eben nicht auf verfassungsrechtlicher, sondern auf zivilrechtlicher Ebene.

In der österreichischen Lehre herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob aus § 16 nun ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, wie es das deutsche Recht kennt, ableitbar ist. Die Ablehnung einiger Autorinnen und Autoren ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass diese den Ausbau des Persönlichkeitsschutzes durch einzelne Bestimmungen bevorzugen.⁵²¹ Wie bereits angedeutet, stellt sich der Persönlichkeitsschutz in Österreich heute als enges Geflecht zahlreicher besonderer Vorschriften dar, die vermutlich auch etwaige Lücken im Wege analoger Anwendung oder extensiver Interpretation schließen könnten, weshalb es gar nicht notwendig ist, auf eine allgemeine Norm auszuweichen.⁵²² Davon abgesehen würde für die Abgrenzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts wiederum eine Umschreibung der von diesem umfassten Einzelrechte erforderlich sein, was – wie im Zuge der Darstellungen im deutschen Recht bereits aufgezeigt – nicht immer einfach ist und hier auf einen Rückgriff ohnehin bereits vorhandener Sondertatbestände hinauslaufen würde. Man ist sich aber in der Lehre nunmehr einig, dass vermutlich beide Wege zum gleichen Ziel führen dürften, weshalb diese Diskussion mittlerweile von untergeordneter Bedeutung ist.⁵²³

Aus heutiger Sicht kann gesagt werden, dass § 16 jedenfalls als „Anknüpfungspunkt für die Anerkennung privater Persönlichkeitsrechte“⁵²⁴ heranzuziehen ist und im Sinne eines Auffangtatbestandes oder Rahmenrechts den „durch die Sonderbestimmungen vorgegebenen Persönlichkeitsschutz vervollständigt“⁵²⁵. Sämtliche Persönlichkeitsrechte sind nach herrschender Meinung *subjektive*, also von der Geltendmachung durch den Berechtigten abhängige, sowie *absolute* und damit gegen jede andere Person gerichtete Rechte, deren Verletzung durch die Vornahme einer Interessenabwägung geprüft werden muss.⁵²⁶

⁵²⁰ Bydlinski, Die „Person“ im Recht (2004) 83.

⁵²¹ Bydlinsky, Die „Person“ im Recht (2004) 85; Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 6; allgemein und mwN siehe Schauer, Kommentar zu § 16 ABGB (2010) Rz 12 und Aicher, Kommentar zu § 16 (2000) Rz 12.

⁵²² Edlbacher, Stand der Persönlichkeitsrechte (1983) 423 ff; Schauer, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 11

⁵²³ Schauer, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 13.

⁵²⁴ Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 5.

⁵²⁵ Schauer, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 11.

⁵²⁶ Vgl. Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 6; Schauer, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 10.

In der Praxis der Gerichte wurde § 16 lange Zeit nicht als ein solcher Anknüpfungspunkt erkannt und dementsprechend ignoriert, bis der OGH in einer Entscheidung vom 24. 10. 1978⁵²⁷ erstmals das Recht auf Geheimhaltung als ein angeborenes Recht iSd § 16 bezeichnete.⁵²⁸ Mittlerweile wird diese Bestimmung in ständiger Rechtsprechung des OGH als „Zentralnorm der österreichischen Rechtsordnung“ mit „normativem subjektive Rechte gewährenden Inhalt“ angesehen, die die „Persönlichkeit als Grundwert“ anerkennt und in ihrem „Kernbereich den Schutz der Menschenwürde“ garantiert.⁵²⁹

Hier wird nun die vorhin angesprochene Bedeutung der Generalklauseln in Zusammenhang mit der Drittwirkung deutlich. In Verbindung mit verfassungsrechtlichen Gewährleistungen wie Art 8 EMRK oder § 1 DSG wird so aus § 16 beispielsweise das „Persönlichkeitsrecht jedes Menschen auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre abgeleitet“⁵³⁰ oder ein Recht auf Namensanonymität gegenüber Massenmedien.⁵³¹ Als weitere Fallgruppen können noch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (abgeleitet aus Art 2 EMRK), der Schutz vor Videoüberwachungen oder Tonbandaufnahmen („Recht am gesprochenen Wort“), der Schutz des guten Rufes und der Ehre und der Schutz des Familienlebens genannt werden, die den „angeborenen Rechten“ des § 16 auf diese Weise zugeordnet werden.⁵³²

Vielleicht bietet die österreichische Variante des Persönlichkeitsschutzes gegenüber der deutschen sogar einen Vorteil, wenn jene Generalklausel, auf die der Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht gestützt wird, nicht nur von „sonstigen Rechten“ spricht,⁵³³ sondern die zu schützenden Grundwerte gleich selbst in sich trägt. Um seine Interessen letztlich vor Gericht durchsetzen zu können, müssen diese schließlich auf einfachgesetzliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden. Der Sinngehalt des § 16 inkludiert

⁵²⁷ OGH 24. 10. 1978, 4 Ob 91/78.

⁵²⁸ *Edlbacher*, Stand der Persönlichkeitsrechte (1983) 423 ff; siehe auch *Bydlinski*, Die „Person“ im Recht (2004) 84.

⁵²⁹ Rechtssatz des OGH RS0008993; siehe dazu folgende Entscheidungen: 27. 2. 1990, 10 Ob S40/90; 24. 11. 1992, 4 Ob 98/92; 18. 10. 1994, 4 Ob 99/94; 14. 5. 1997, 7 Ob 89/97g; 23. 7. 1997, 7 Ob 150/97b; 16. 9. 1999, 6 Ob 155/99h; 14. 3. 2000, 4 Ob 64/00s; 14. 3. 2000, 4 Ob 59/00f; 25. 5. 2000, 1 Ob 341/99z; 23. 10. 2000, 6 Ob 238/00v; 13. 6. 2002, 8 Ob A288/01p; 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05y; 19. 12. 2006, 4 Ob 52/06k; 20. 12. 2006, 9 Ob A109/06d; 15. 2. 2007, 6 Ob 266/06w; 28. 3. 2007, 6 Ob 6/06k; 25. 5. 2007, 6 Ob 103/07a; 16. 12. 2009, 4 Ob 186/09w.

⁵³⁰ OGH 25. 5. 2007, 6 Ob 103/07a.

⁵³¹ OGH 22. 10. 1986, 1 Ob 36/86; *Berka*, Verfassungsrecht (2010) 416.

⁵³² Vgl. *Schauer*, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 17-22; *Aicher*, Kommentar zu § 16 (2000) Rz 21-26.

⁵³³ Siehe oben II. 3.4.

Grundvoraussetzungen der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und stellt ihn inhaltlich schon mehr auf eine Stufe mit verfassungsrechtlichen Normen⁵³⁴. Seine Verankerung auf einfachgesetzlicher Ebene ermöglicht den Rechtsadressaten somit die gerichtliche Durchsetzung auch jener Interessen, zu deren Wahrnehmung sie sich sonst auf verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte berufen müssten, was, wie bereits dargestellt, im ordentlichen Gerichtsverfahren in Österreich nicht vorgesehen ist. Die Justiz ist zwar in jedem Verfahren dazu verpflichtet, im Sinne der Grundrechte zu entscheiden und auch die Parteien können sich in ihrer Argumentation auf den Schutz der Grundrechte berufen, ich würde es jedoch als eine zusätzliche Stütze ansehen, dass § 16 ABGB als direkte Anspruchsgrundlage deutliche Bezüge zu seinem persönlichkeitsrechtlichen Schutzbereich aufweist.

Eine konkrete verfahrenstechnische Folge des durch § 16 gewährleisteten umfassenden Schutzes ist, dass er als Grundlage für die Geltendmachung eines *Unterlassungsanspruchs* herangezogen werden kann – und zwar auch in jenen Fällen, in denen von den entsprechenden Sondervorschriften nur ein Anspruch auf Schadenersatz vorgesehen wäre.⁵³⁵ Dies gilt beispielsweise für die in § 1330 normierte Ehrenbeleidigung⁵³⁶ und bei Eingriffen in den Privatbereich und die Geheimsphäre⁵³⁷.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass § 16 ABGB einerseits, für sich alleine betrachtet, wichtige Grundwerte unserer gesamten Rechtsordnung immanent sind, die so ihren Weg in private Rechtsbeziehungen finden. Andererseits lässt er als zentrale Norm des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Verbindung mit anderen Sonderbestimmungen die Herleitung einer Schutzfunktion auch dort zu, wo sie in Ausnahmefällen nicht eindeutig festgeschrieben ist.

⁵³⁴ Vgl. *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 40.

⁵³⁵ *Schauer*, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 28; *Aicher*, Kommentar zu § 16 (2000) Rz 35a.

⁵³⁶ OGH 13. 4. 1983, 3 Ob 511/83.

⁵³⁷ OGH 28. 3. 2007, 6 Ob 6/06k.

b) *Der Schutz des Namens (§ 43 ABGB)*

§ 43. Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

Das Namensrecht stellt einen Sondertatbestand des Persönlichkeitsschutzes dar. Die Verletzungshandlung des unbefugten Namensgebrauchs ist für die in dieser Arbeit behandelte Problemlage vielleicht von untergeordneter Bedeutung, soll hier aber dennoch kurz erwähnt werden. Der Fall, dass eine Romanfigur mit dem Namen einer realen Person versehen wird, ist zwar praktisch denkbar, aber vermutlich nicht allzu häufig und vor allem in Bezug auf die Schlüsselliteratur, bei der ja eher in umgekehrter Weise mit der Verschleierung des Namens gearbeitet wird, als diesen 1:1 zu übernehmen, ein eher seltenes Problem. Sollte dies aber vorkommen, so finden sich in der Lehre unterschiedliche Meinungen zur Einordnung dieses Falls. Einige wollen einen unbefugten Namensgebrauch nur dann verwirklicht sehen, wenn die Figur auch sonst Ähnlichkeiten mit der realen Namensträgerin aufweist, andere bezeichnen dies als einen Fall einer bloßen Namensnennung und wieder andere sprechen sich dafür aus, dass unabhängig von sonstigen Ähnlichkeiten jedenfalls ein Namensgebrauch vorliegt.⁵³⁸ Ich würde mich letzterer Meinung anschließen, da die Herstellung eines Zusammenhangs umso wahrscheinlicher ist, sobald ein Name verwendet wird, der einer realen Person eindeutig zugeordnet werden kann.⁵³⁹ Dementsprechend würde ich eine Berufung auf § 43 in einem solchen Fall unabhängig davon für zulässig erachten, wie die Figur letztlich charakterisiert ist. Anderes gilt für Allerweltsnamen, die erst durch die Nennung zusätzlicher zutreffender Eigenschaften auf einen bestimmten Namensträger schließen lassen. In Zusammenhang mit einer etwaigen negativen Zeichnung oder Schilderungen intimer Details sind jedoch die Vorschriften über den Schutz von Ehre und Geheimsphäre, aber auch der Schutz des Lebensbildes von Bedeutung.

In Abgrenzung zu den bisher angesprochenen Fällen aus der Schlüsselliteratur sehe ich den unbefugten Namensgebrauch eigentlich als Gegenstück zu diesen. Bei ersteren erkennt

⁵³⁸ Vgl. *Wagner*, Kommentar zu § 43 (2010) Rz 69; *Aicher*, Kommentar zu § 43 (2000) Rz 11; *Koziol*, *Haftpflichtrecht II* (1984) 10.

⁵³⁹ Vgl. *Koziol*, *Haftpflichtrecht II* (1984) 10; *Wagner*, Kommentar zu § 43 (2010) Rz 69.

sich eine Person im Sinne eines „Das bin doch Ich!“⁵⁴⁰ durch die Charakterisierung einer Figur in dieser wieder, ohne dass der einzige eindeutige Beweis dafür je offenbart wird. Bei letzteren hingegen ist die Identität durch das wichtigste Kennzeichen einer Person bereits gegeben und ruft eher ein „Das bin ich aber nicht!“ hervor. Hier bedarf es gar keines Schlüssels, die Tür steht hier vielmehr so weit offen, dass eher der entgegengesetzte Zweifel aufkommt, ob es sich wirklich um die benannte Person handelt.

c) *Der Schutz der Ehre (§ 1330 ABGB)*

Das Recht auf Ehre zählt ebenso zu den absolut geschützten Persönlichkeitsrechten iSd § 16 ABGB und erfährt in § 1330 (1) eine Konkretisierung durch die Normierung der zivilrechtlichen *Ehrenbeleidigung*:

§ 1330. (1) Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, den Ersatz zu fordern.

Abs 1 kann durch die Äußerung herabsetzender subjektiver Bewertungen, sogenannter *Werturteile* verwirklicht sein. Demgegenüber ist Abs 2 gegen die Schädigung des wirtschaftlichen Rufes durch unwahre *Tatsachenbehauptungen* gerichtet (Tatbestand der *Rufschädigung*):

(2) Dies gilt auch, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte oder kennen mußte. In diesem Falle kann auch der Widerruf und die Veröffentlichung desselben verlangt werden. Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwahrheit der Mitteilende nicht kennt, haftet er nicht, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.

Ob ein Werturteil, und damit eine Ehrverletzung, oder eine Tatsachenbehauptung vorliegt, ist oft eine schwierige Abgrenzungsfrage; die Judikatur tendiert daher immer öfter zu einer Angleichung der beiden Tatbestände und wendet beispielsweise den Rechtfertigungsgrund des Abs 2 Satz 3 auf Fälle der Ehrenbeleidigung an oder sieht beide Tatbestände verwirklicht.⁵⁴¹ Die wesentlichen Unterschiede betreffen unter anderem die Rechtsfolgen, die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises und die daraus folgende Beweislastverteilung.⁵⁴²

⁵⁴⁰ So im übrigen der Titel eines Romans des österreichischen Autors *Thomas Glavinic*, der wiederum äußerst deutliche Realitätsbezüge aufweist.

⁵⁴¹ *Kissich*, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 6, 7.

⁵⁴² *Kissich*, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 6.

Allgemein wird der Begriff der Tatsachenbehauptung sehr weit ausgelegt und darüber hinaus auch angenommen, dass diese in einem Werturteil konkludent enthalten sein kann.⁵⁴³ In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, ob das Tatsachensubstrat, auf welches eine wertende Äußerung gestützt wird, „ausreichend und richtig“ ist und damit einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann.⁵⁴⁴ Ich möchte an dieser Stelle allerdings nicht allzu sehr ins Detail gehen, sondern mich auf die für meine Untersuchungen maßgeblichen Aspekte beschränken.

Dementsprechend kann zusammenfassend gesagt werden, dass nach § 1330 (1) dann ein Anspruch entstehen kann, wenn

- ein reines Werturteil ohne zugrundeliegenden Sachverhalt vorliegt, das die Ehre des Adressaten verletzt, was als „Beschimpfung“ einzuordnen wäre,
- eine wertende Äußerung auf einem unwahren Tatsachensubstrat beruht, oder
- eine wertende Äußerung auf einem wahren Tatsachensubstrat beruht, diese aber die Grenzen der Verhältnismäßigkeit soweit übersteigt, dass ein Wertungsexzess anzunehmen ist.⁵⁴⁵

An dieser Stelle sei noch kurz auf § 1295 (2) ABGB verwiesen, welcher den Schadenersatzanspruch bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung normiert. Da nach dem Wortlaut des § 1330 (2) eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Rufschädigung die Verbreitung *unwahrer* Tatsachen ist, soll die Verbreitung *wahrer* Tatsachen mit Hilfe des § 1295 (2) bekämpft werden können, wenn die Tatsachenbehauptungen bewusst und allein aus Schädigungsabsicht aufgestellt wurden.⁵⁴⁶ Ich denke, dass diese Überlegung genauso für den Fall der Ehrenbeleidigung herangezogen werden kann, wenn – wie unter Punkt 3 dargestellt – die Äußerung auf einem wahren Tatsachensubstrat beruht. Sie bietet mitunter auch eine Hilfestellung für die Beurteilung, ob tatsächlich ein Wertungsexzess vorliegt, oder die Meinungsäußerung noch innerhalb der Grenzen zumutbarer Kritik liegt.

Letztlich ist diese Frage im Rahmen einer beide Seiten berücksichtigenden Interessenabwägung zu klären. Der wohl häufigste Konfliktfall betreffend die

⁵⁴³ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 18.

⁵⁴⁴ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 22.

⁵⁴⁵ Vgl. Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 22, 23; Holoubek, Kommunikationsfreiheit (2009) 393.

⁵⁴⁶ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 37.

Ehrenbeleidigung ist jener mit der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK), in dem § 1330 auf Grund seiner dieses Grundrecht einschränkenden Wirkung eher eng ausgelegt wird. Dies ist vor allem auf den Einfluss des EGMR zurückzuführen, welcher die österreichische Justiz in der Vergangenheit des öfteren für Entscheidungen zu Lasten der Meinungsfreiheit stark kritisiert hat.⁵⁴⁷ Ausgehend vom Fall „Lingens“⁵⁴⁸ kann diesbezüglich von einer Liberalisierung des österreichischen Ehrenschutzrechts zu Gunsten der Kritikfreiheit gesprochen werden, die eben auch „die Meinung von Außenseitern, Querdenkern oder sogar Dilettanten“⁵⁴⁹ unter Schutz stellt. Es ist davon auszugehen, dass auch kritischen Äußerungen in künstlerischen Werken ein dementsprechend weiter Spielraum gewährt wird, worauf ich an späterer Stelle noch näher eingehen werde.

In diesem Zusammenhang ist erneut auf den „public-figures-Standard“⁵⁵⁰ zu verweisen, welcher im Bereich des Ehrenschatzes dazu führt, dass der Spielraum für kritische und mitunter beleidigende Äußerungen in Bezug auf Personen der Öffentlichkeit und insbesondere politische Akteure um einiges weiter bemessen wird. Ebenso wird bei Fragen von allgemeinem öffentlichen Interesse ein eher großzügiger Maßstab angelegt.⁵⁵¹

Auch dies sind Umstände, die bei der Einstufung eines Werturteils im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden müssen und den Ausgang der Güter- und Interessenabwägung beeinflussen. Ebenso wie die Meinungsfreiheit kann dabei die Berufung auf die Kunstfreiheit rechtfertigende Wirkung auch für eine extreme Form der Kritik haben.⁵⁵²

Bezüglich der Einordnung beleidigender Äußerungen orientiert sich der zivilrechtliche Ehrenschatz zwar auch an den korrespondierenden strafrechtlichen Tatbeständen (§§ 111 ff StGB), ist aber nicht auf diese beschränkt und insofern weiter, als er auch fahrlässig verwirklicht werden kann.⁵⁵³ Die Ersatzansprüche beschränken sich bei § 1330 auf den *Vermögensschaden* und den *entgangenen Gewinn*, wohingegen insbesondere kein

⁵⁴⁷ Berka, Verfassungsrecht (2010) 485; Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 182; siehe dazu ausführlich Ratz, Schutz der freien Meinungsäußerung und Schutz vor ihr im Straf- und Medienrecht durch den OGH (2008) 73 ff.

⁵⁴⁸ EGMR 8. 7. 1986, in EuGRZ (1986) 424

⁵⁴⁹ OGH 12. 10. 2006, 6 Ob 321/04f.

⁵⁵⁰ Berka, Verfassungsrecht (2010) 485; Holoubek, Kommunikationsfreiheit (2009) 393; siehe bereits zur deutschen Rechtslage oben II. 5.1.

⁵⁵¹ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 61.

⁵⁵² Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 4, 26, 45.

Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens besteht.⁵⁵⁴ Dieser ist allerdings nach anderen Bestimmungen, vor allem jenen des Mediengesetzes und vereinzelt Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes ersatzfähig. Darauf werde ich später noch zurückkommen. Andererseits können jedoch wie bereits zuvor erwähnt auf § 1330 iVm § 16 ABGB auch verschuldensunabhängige *Unterlassungsansprüche* gestützt werden,⁵⁵⁵ welche darüber hinaus durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung gesichert werden können.⁵⁵⁶

d) Der Schutz der Privatsphäre (§ 1328a ABGB)

§ 1328a wurde durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 in das ABGB eingefügt und widmet sich in Ergänzung der sonstigen persönlichkeitsrechtlichen Schutzvorschriften gezielt dem Schutz der Privatsphäre gegenüber Eingriffen durch Dritte. Durch ihn sollten beispielsweise auch die Fälle des sogenannten „Stalking“ zivilrechtlich erfasst werden.⁵⁵⁷

§ 1328 a. (1) Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Da der Begriff der „Privatsphäre“ nicht näher umschrieben wird, ist eine Orientierung an anderen Normen mit ähnlicher Schutzrichtung gefordert, wozu vor allem Art 8 EMRK, §§ 118 ff StGB und §§ 6 ff MedienG zu zählen sind.

Als Verletzungshandlungen werden sowohl der bloße *Eingriff* in die Privatsphäre, als auch die *Offenbarung* oder *Verwertung* privater Informationen genannt. Auch hier soll bezüglich der Auslegung die bereits ergangene Rechtsprechung zur Wahrung der Geheimsphäre durch § 16 herangezogen werden. § 1328a bietet damit in Ergänzung des aus der

⁵⁵³ Kissich, Kommentar zu § 1330 ABGB (2010) Rz 3; Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 173; Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 141.

⁵⁵⁴ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 78; Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 177; Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 139.

⁵⁵⁵ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 79.

⁵⁵⁶ Kissich, Kommentar zu § 1330 (2010) Rz 82.

⁵⁵⁷ Markowetz & Steininger, Die Bestimmung des § 1328a kurz gefasst (2007/08) 8 ff.

Zentralnorm abgeleiteten Unterlassungsanspruchs nunmehr auch einen umfassenden Schadenersatzanspruch.⁵⁵⁸

Ein Anspruch nach § 1328a setzt *Verschulden* der eingreifenden Person voraus, begründet jedoch anders als beispielsweise der zuvor besprochene § 1330 bei erheblicher Verletzung auch den Ersatz *ideeller* Schäden. In Bezug auf die Höhe des zustehenden Schadenersatzes ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass „[j]e ‚privater‘ ein Umstand ist, in den eingegriffen oder der verwertet wird, je schwerwiegender das Verschulden des Störers ist und je gravierender die Folgen für den betroffenen Menschen sind, desto eher ist an immaterielle Schadenersatzansprüche zu denken.“⁵⁵⁹

Die praktische Bedeutung des § 1328a wird allerdings durch seinen Abs 2 eingeschränkt, der eine umfassende Subsidiaritätsklausel enthält:

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, sofern eine Verletzung der Privatsphäre nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist. Die Verantwortung für Verletzungen der Privatsphäre durch Medien richtet sich allein nach den Bestimmungen des Mediengesetzes, BGBl. Nr. 314/1981, in der jeweils geltenden Fassung.

Als „besondere Bestimmungen“ iSd Satz 1 gelten beispielsweise § 33 DSG sowie § 87 UrhG. Aus dem Vorrang des Mediengesetzes ist zu folgern, dass sich in Fällen von Eingriffen in die Privatsphäre durch die Verwendung realer Gegebenheiten in Romanen eine allfällige Ersatzforderung des immateriellen Schadens nicht auf § 1328a stützen lässt, da Bücher unter den Anwendungsbereich des MedienG zu zählen sind.⁵⁶⁰ Dessen Bestimmungen bieten unter anderem aber den Vorteil, dass sie einen *verschuldensunabhängigen* Ersatzanspruch vorsehen. Bezüglich des Ersatzes von Vermögensschäden ist jedoch anzunehmen, dass die Anwendbarkeit des § 1328a aufrecht bleibt, da dieser wiederum in den medienrechtlichen Bestimmungen nicht vorgesehen ist und andernfalls eine Lücke entstehen würde.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Hinteregger, Kommentar zu § 1328a (2010) Rz 4.

⁵⁵⁹ Zit. n. Markowetz & Steininger, Die Bestimmung des § 1328a kurz gefasst (2007/08) 8 ff.

⁵⁶⁰ § 1 (1) Z 1 MedienG; Noll, Kommentar zu § 1 MedienG (2005) 27.

⁵⁶¹ Hinteregger, Kommentar zu § 1328a (2010) Rz 10.

e) *Das Recht an vertraulichen Aufzeichnungen (§ 77 UrhG) und das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG)*

Die Normierung von Brief- und Bildnisschutz im Urheberrechtsgesetz stellt eigentlich eine Systemwidrigkeit dar, da es sich dabei nicht um Urheberrechte im eigentlichen Sinn, sondern um Persönlichkeitsrechte handelt, die dem Schutz der Privatsphäre dienen.⁵⁶²

Der Briefschutz ist auf die Wahrung der Geheimsphäre gerichtet und soll schriftliche Aufzeichnung vor unbefugter Veröffentlichung schützen:

§ 77. (1) Briefe, Tagebücher und ähnliche vertrauliche Aufzeichnungen dürfen weder öffentlich vorgelesen noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des Verfassers oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden. [...]
(3) Briefe dürfen auch dann nicht auf die im Absatz 1 bezeichnete Art verbreitet werden, wenn hiedurch berechnigte Interessen dessen, an den der Brief gerichtet ist, oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden. [...]

Als Gegenstück dazu kann an dieser Stelle noch einmal das Recht am gesprochenen Wort in Erinnerung gerufen werden, das im Zuge der Darstellung des § 16 bereits erwähnt wurde und aus dem dortigen Persönlichkeitsschutz abgeleitet werden kann.⁵⁶³ Dieses soll Schutz gegen die heimliche Aufnahme von Gesprächen abseits des strafrechtlichen Schutzes des § 120 StGB gewähren,⁵⁶⁴ wobei hier als betroffene Persönlichkeitsrechte die Ehre und das Privatleben gleichermaßen in Frage kommen.⁵⁶⁵ Der Schutz gegen derartige Eingriffe ist in Anbetracht des Briefschutzes eigentlich nur logisch, da es keinen Unterschied machen kann, ob jemand selbst schriftliche Aufzeichnungen macht, die von einer dritten Person verbreitet werden, oder ob sich jemand mündlich ohne Wissen um weitere Zuhörer äußert und diese das Gehörte dann verschriftlichen und weiterverbreiten.

Der Bildnisschutz kann sowohl zum Schutz der Privatsphäre, als auch der Ehre herangezogen werden, ist aber an eine Verletzung dieser Rechtsgüter durch eine unbefugte Bildveröffentlichung einer Person geknüpft :

⁵⁶² Vgl. *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 383; *Berka*, Vorbemerkungen zu §§ 6-8a MedienG (2005) 64; siehe auch OGH 4 Ob 3/11m.

⁵⁶³ Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 13; *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 386 f.

⁵⁶⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 13;

⁵⁶⁵ *Schauer*, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 21.

§ 78. (1) Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden.

Unter den Begriff des Bildnisses fallen insbesondere Fotografien, Zeichnungen, Plastiken und Karikaturen,⁵⁶⁶ aber auch Fotomontagen und Schattenrisse.⁵⁶⁷ Hervorzuheben ist, dass sich der Bildnisschutz ausschließlich auf die Veröffentlichung, nicht jedoch auf die Anfertigung des Bildnisses selbst bezieht. Im Falle geheimer Fotoaufnahmen wäre ein Schutz aber möglicherweise über das Recht auf Wahrung der Privatsphäre (§ 1328a) beziehungsweise die Bestimmungen des Mediengesetzes (§§ 6ff) zu finden.

Im Fall der Verbreitung stehen einander in den bezeichneten Fällen das Interesse der verfassenden/sprechenden/adressierten/abgebildeten Person und das Interesse der verbreitenden Person bzw jenes der Öffentlichkeit an der Verbreitung gegenüber. Da der Begriff der „berechtigten Interessen“ vom Gesetz selbst nicht näher umschrieben wird, ist laut ständiger Rechtsprechung des OGH auch hier wieder eine umfassende Abwägung erforderlich.⁵⁶⁸ Auf Seiten der Verletzten dürften hier wohl sämtliche bereits erwähnte Persönlichkeitsrechte in Frage kommen, auf Seiten der Öffentlichkeit ist es ein besonderes Informationsinteresse, womit jedenfalls eine bloße Sensationslust ausgeschlossen werden kann.⁵⁶⁹ In diesem Zusammenhang war auch für die österreichische Rechtsprechung der Fall „Caroline von Hannover“ bedeutsam, in dem der EGMR dem Recht auf Privatsphäre (Art 8 EMRK) einer an sich im Licht der Öffentlichkeit stehenden Person („public-figure“), deren Toleranzgrenze ja grundsätzlich höher angesetzt wird, aus eben diesem Grund den Vorzug gegeben hat.⁵⁷⁰

Zur Durchsetzung des urheberrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sind im UrhG selbst die nötigen Anspruchsgrundlagen festgeschrieben. Demnach kann nach § 81 ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden, zu dessen Sicherung eine einstweilige Verfügung nach § 87c beantragt werden kann. § 87 dient der Durchsetzung von

⁵⁶⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 12.

⁵⁶⁷ *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 392.

⁵⁶⁸ OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 175/00i.

⁵⁶⁹ Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 12.

⁵⁷⁰ EGMR 24. 6. 2004 Nr 59320/00.

Ansprüchen zum Ersatz sowohl des Vermögens-, wie auch des immateriellen Schadens.⁵⁷¹ Auch ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung ist vorgesehen (§ 85).

f) Der Schutz des Lebensbildes

Über die Bestimmungen des UrhG kommt nun wieder die Figur des „Rechts am eigenen Lebensbild“ ins Spiel, welche vor allem für die Fälle der Schlüsselliteratur interessant ist. Wie bereits oben für das deutsche Recht dargestellt,⁵⁷² wurde bzw wird auch in Österreich von manchen die Meinung vertreten, den Schutz des Lebensbildes durch eine Analogie der §§ 77, 78 UrhG iVm §§ 16, 1330 ABGB abzuleiten.⁵⁷³ Von der Rechtsprechung wurde dieser Gedanke bereits aufgegriffen⁵⁷⁴ und auch in Zusammenhang mit dem postmortalen Persönlichkeitsschutz gebracht⁵⁷⁵.

Dieser Theorie lässt sich vor allem bei einer Betrachtung des Schutzzwecks des Rechts am eigenen Bild einiges abgewinnen. Demzufolge soll sich eine Person dagegen zur Wehr setzen können, ohne ihren Willen zum Bildmotiv gemacht und vielleicht noch in einer sehr privaten oder gar unvorteilhaften Situation gezeigt zu werden. Es liegt der Schluss nahe, dass dies auch einer Person möglich sein sollte, deren Abbild sprachlich geschaffen wurde. Als zentrales Kriterium dient wiederum hier wie dort die Erkennbarkeit, die bei Fotografien freilich eindeutiger feststellbar ist als beispielsweise bei einer Malerei oder Karikatur, wo sie vielleicht schon mehr durch spezielle Auslegung ermittelt werden muss. Trotzdem findet § 78 auch auf diese Arten von Bildnissen Anwendung. Warum sollte dies also nicht auch für Darstellungen gelten, bei denen die Erkennbarkeit aus wörtlichen Umschreibungen interpretiert werden kann?

Auch hier ist in Weiterführung zu dem zum Recht am gesprochenen Wort gesagten aber auch auf § 77 über die Veröffentlichung von Briefen, Tagebüchern und vertraulichen Aufzeichnungen einzugehen. Wenn man das Tagebuch als eine autobiographische Darstellung betrachtet, wäre der Schutzzweck dieser Norm in analoger Anwendung bei

⁵⁷¹ Vgl. *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 413-426.

⁵⁷² Siehe oben II. 4.1.b.

⁵⁷³ Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 12; siehe dazu allgemein *Doralt*, Der Schutz des Lebensbildes (1973).

⁵⁷⁴ OGH 24. 2. 2005, 9 Ob 117/04b.

⁵⁷⁵ OGH 29. 8. 2002, 6 Ob 283/01p.

unautorisierter Veröffentlichung einer biographischer Darstellung durch einen Dritten wohl ebenso erfüllt.⁵⁷⁶ Inwieweit natürlich ein Roman, wenn auch ein verschlüsselter, als biographische Darstellung zu werten wäre, ist wieder eine andere Frage, bei der vor allem die deutliche Ähnlichkeit der Personen ausschlaggebend ist.

Ich würde daher bei hinreichend feststellbarer Erkennbarkeit einer Person auch bei Abbildungen in Romanform eine analoge Anwendung der §§ 77, 78 UrhG für möglich halten, soweit dieser Person dadurch Eigenschaften oder Handlungen zugeschrieben werden können, die ihre „berechtigten Interessen“ beeinträchtigen.

g) Postmortaler Persönlichkeitsschutz

Auch in Österreich wird – interessanterweise in Anlehnung an die Handhabung des deutschen BGH in Folge der „Mephisto“-Entscheidung des BVerfG⁵⁷⁷ – die Ansicht vertreten, dass bestimmte Persönlichkeitsrechte auch nach dem Ableben einer Person beeinträchtigt werden können, was insbesondere für das Recht auf Ehre und die Wahrung der Privatsphäre gilt. Da § 16 ABGB hier auch als Anknüpfungspunkt für den Schutz der Menschenwürde gilt, entspringt auch der zivilrechtliche postmortale Persönlichkeitsschutz dieser Norm „und findet seine Rechtfertigung in dem Gedanken, dass die hierdurch angestrebte Freiheit bei der Entfaltung der Persönlichkeit nur gewährleistet ist, wenn auch nach dem Tod ein gewisser Schutz besteht.“⁵⁷⁸ Eine einschlägige Regelung kannte bis vor kurzem das StGB, in dessen § 117 (5) die Aktivlegitimation der Angehörigen eines Opfers eines Ehrendeliktes (§§ 111, 113 und 115) festgelegt war und der oft in der Argumentation für das Bestehen eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes herangezogen wurde. Diese Bestimmung wurde mit Ablauf des Jahres 2009 ersatzlos gestrichen, was für den OGH jedoch kein Anlass war, seinen bisherigen Standpunkt aufzugeben.⁵⁷⁹ Sonstige Anknüpfungspunkte finden sich in § 190 StGB („Störung der Totenruhe“) sowie in der gesetzlichen Normierung der Organentnahme (§ 62 a KAKuG). Auch die §§ 77, 78 UrhG können zweckdienlich herangezogen werden.⁵⁸⁰ Die Verletzung des postmortalen

⁵⁷⁶ Vgl. Doralt, Der Schutz des Lebensbildes (1973) 647.

⁵⁷⁷ Siehe oben II. 5.

⁵⁷⁸ Schauer, Kommentar zu § 16 (2010) Rz 26 mwN.

⁵⁷⁹ OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 112/10i.

⁵⁸⁰ OGH 29. 8. 2002, 6 Ob 283/01p; OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 112/10i.

Persönlichkeitsrecht kann demnach unter Berufung auf § 16 durch die nahen Angehörigen geltend gemacht werden, wobei jedoch nur ein Anspruch auf Unterlassung, nicht aber auf Schadenersatz in Frage kommt.⁵⁸¹

Ein postmortaler Persönlichkeitsschutz kann also jedenfalls auf einfachgesetzlicher Ebene bestätigt werden. Mangels einer Bestimmung zum Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht bleibt allerdings offen, ob dieser auch auf grundrechtlicher Ebene hergeleitet werden kann. Einziger sinnvoller Anknüpfungspunkt scheint auch hier Art 8 EMRK zu sein, der „die Individualität des Menschen in seiner physischen, seelischen und geistigen Einzigartigkeit schützen“⁵⁸² soll und seinem Normzweck aus der zu § 16 genannten Überlegung wohl ebensowenig gerecht werden würde, wenn sein Schutz nicht in gewissen Aspekten auf die Zeit nach dem Lebensende erstreckt würde.⁵⁸³

2.2. Der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz

Die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit sind, wie bereits angesprochen, zum einen als Auslegungshilfe bei der zivilrechtlichen Ehrenbeleidigung relevant. Als eigenes Mittel zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes wurden sie durch die Einführung des Mediengesetzes 1989 aber eher in den Hintergrund gedrängt. Dies ist vermutlich auch darauf zurückzuführen, dass die über den zivil- oder medienrechtlichen Weg durchsetzbaren Rechtsfolgen (Unterlassung, Schadenersatz) für den Geschädigten persönlich vorteilhafter sind, als die einer strafrechtlichen Verurteilung folgenden Sanktionen (Geld-, Freiheitsstrafen). Sie sollen hier jedoch, auch in Vorbereitung der Darstellung der relevanten Bestimmungen des Mediengesetzes und zum besseren Verständnis derselben, dennoch eine kurze Behandlung erfahren.

a) Die strafbaren Handlungen gegen die Ehre (§§ 111-117 StGB)

Bei den für eine ehrverletzende Handlung in Frage kommenden Tatbeständen handelt es sich durchwegs um *Vorsatzdelikte*. Ihnen ist gemeinsam, dass sie nur im Wege der

⁵⁸¹ OGH 29. 8. 2002 6 Ob 283/01p.

⁵⁸² Eisenberger, Postmortaler Grundrechtsschutz (2003) 182.

⁵⁸³ Vgl. Eisenberger, Postmortaler Grundrechtsschutz (2003) 182.

Privatanklage zu verfolgen sind. Strafbar ist nach überwiegender Ansicht nur die Verletzung der *objektiven Ehre*, weshalb nicht auf das subjektive Empfinden des oder der Einzelnen, sondern auf die Beurteilung durch die Umwelt abgestellt wird.⁵⁸⁴ Dies ändert aber nichts daran, dass die subjektive Ehre in den meisten Fällen vermutlich mitbetroffen ist. Darüber hinaus enthalten alle Tatbestände ein *Publizitätserfordernis*.

- Eine „üble Nachrede“ (§ 111 StGB) verwirklicht, wer gegen jemanden einen allgemeinen *Charaktervorwurf* oder einen konkreten *Verhaltensvorwurf* erhebt. Dieser kann entweder ein unehrenhaftes oder unsittliches Verhalten betreffen, wobei der Vorwurf des letzteren geeignet sein muss, das Opfer in der öffentlichen Meinung herabzusetzen oder verächtlich zu machen. Dies alles muss darüber hinaus für eine dritte Person wahrnehmbar sein, wobei aber Äußerungen im engeren Familienkreis ausgenommen sind.⁵⁸⁵ Abs 2 dieser Bestimmung enthält eine Qualifikation, die die Strafdrohung erhöht, wenn die Tat in einem Medium oder sonst auf eine Art begangen wird, die die breitere Öffentlichkeit einschließt. Nach Abs 3 ist es möglich, durch einen gelungenen Wahrheitsbeweis Straflosigkeit zu erwirken. Als Beispiele lassen sich nennen: der Vorwurf, jemand habe „Anleger geprellt“⁵⁸⁶, der Vorwurf der Lüge,⁵⁸⁷ oder die Bezeichnung als „Abschaum“⁵⁸⁸
- § 113 inkriminiert den „Vorwurf einer bereits abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung“. Darunter fallen sowohl bereits vollzogene, bedingt nachgesehene, oder nachgelassene Strafen als auch unter Vorbehalt ausgesprochene Strafen. Auch diese Tat muss auf eine für dritte Personen wahrnehmbare Weise begangen werden.
- Im Unterschied zu § 113 wird durch eine Beleidigung iSd § 115 StGB *Missachtung* gegenüber einer Person ausgedrückt. Diesen Tatbestand erfüllt demnach, wer eine andere Person *beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit Misshandlung bedroht*, es sei denn, er tut dies aus Entrüstung über das vorangegangene Verhalten dieser Person (Entschuldigungsgrund des Abs 3,

⁵⁸⁴ Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (2000) 6; Foregger, Vorbemerkungen zu §§ 111-117 (1999) Rz 1.

⁵⁸⁵ Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 501.

⁵⁸⁶ OLG Wien 4. 8. 1992, 27 Bs 240/92 = Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (1999) 130 E 26.

⁵⁸⁷ OGH MR 1993, 16 = Berka, Kommentar zu § 6 (2005) 81.

⁵⁸⁸ OLG Wien 8. 6. 1994, 27 Bs 170/94 = Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (1999) 130 E 28.

sogenannte „Entrüstungsbeleidigung“). Ausgenommen davon ist aber die Verspottung, da bei einem gezielten Lächerlichmachen die für die Entrüstungsbeleidigung erforderliche Spontanität nicht gegeben ist.⁵⁸⁹ Auch dieser Tatbestand erfordert die Begehung in der Öffentlichkeit, mindestens aber vor drei weiteren Personen. Hier können als Beispiele angeführt werden: der Vorwurf, eine Zeitung betreibe „systematische Volksverdummung“⁵⁹⁰ oder sei ein „Revolverblatt“⁵⁹¹ und die Bezeichnung von Politikern als „seelenhygienisch heruntergekommene Politemporkömmlinge“⁵⁹².

Zu erwähnen ist die von der Rechtsprechung in den 1980/90er Jahren entwickelte „Zitatenjudikatur“, nach der eine mediale Weiterverbreitung einer ehrverletzenden Äußerung einer dritten Person diese Tatbestände nicht erfüllt, wenn sie durch das Informationsinteresse der Öffentlichkeit gerechtfertigt ist. Diese Rechtsprechung fand in der Folge Eingang in das MedienG [siehe § 6 (2) Z 4, § 7b (2) Z 5 sowie § 29 über die Wahrnehmung journalistischer Sorgfalt].⁵⁹³

b) Weitere Bestimmungen

Neben den Bestimmungen zum Schutz der Ehre finden sich im StGB noch weitere Normen, die dem Persönlichkeitsschutz dienen und diesen ergänzen, beziehungsweise dort, wo ähnliche zivilrechtliche Bestimmungen ihrem Wortlaut nach sehr weit gefasst sind, Anhaltspunkte für die Auslegung des Schutzbereichs bieten können. Dazu zählen:

- die beharrliche Verfolgung (§ 107a), also die Sanktionierung des „Stalking“ und damit das strafrechtliche Gegenstück zu § 1328a ABGB (zumindest einer seiner Zielrichtungen),
- das Briefgeheimnis (§ 118), dessen Tatbestand im Unterschied zu seinem zivilrechtlichen Pendant schon durch die unbefugte Öffnung erfüllt ist,
- das Fernmeldegeheimnis (§ 119)

⁵⁸⁹ Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (2000) 12.

⁵⁹⁰ OLG Wien MR 1988, 157 = Berka, Kommentar zu § 6 (2005) 83.

⁵⁹¹ OLG Wien 15. 12. 1986, 27 Bs 516/86 = Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (1999) 138 E 79.

⁵⁹² OLG Wien MR 2002, 79 = Berka, Kommentar zu § 6 (2005) 83.

⁵⁹³ Vgl. Hager & Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz (2000) 16.

- der Schutz der Privatsphäre (§ 120), der, wie bereits kurz erwähnt, das Recht am gesprochenen Wort schützt und damit das unbefugte Abhören, Aufzeichnen und Verbreiten mündlicher Äußerungen unter Strafe stellt, sowie
- die Verleumdung (§ 297), welche verwirklicht, wer jemanden durch falsche Verdächtigung der Verfolgung durch die Behörden aussetzt.

2.3. Der medienrechtliche Persönlichkeitsschutz

Der medienrechtliche Persönlichkeitsschutz erscheint als ein Konglomerat aus zivil- und strafrechtlichen Elementen. Einerseits sind die in §§ 6 ff MedienG vorgesehenen Entschädigungsansprüche für den Ersatz des immateriellen Schadens („erlittene Kränkung“) nach herrschender Lehre als solche zivilrechtlicher Natur einzuordnen.⁵⁹⁴ Andererseits sind diese Ansprüche aber nicht vor den Zivilgerichten geltend zu machen. Vielmehr hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitserwägungen die Zuständigkeit der Strafgerichte und die Anwendung der Bestimmungen über das strafrechtliche Privatanklageverfahren vorgesehen, was im übrigen nicht kritiklos aufgenommen wurde.⁵⁹⁵

Das Hauptanwendungsgebiet des medienrechtlichen Persönlichkeitsschutzes betrifft Rechtsverletzungen durch sämtliche Formen der Presseberichterstattung (Print-, Onlinemedien, Rundfunk, ...), wobei innerhalb dieser ein Überwiegen von Eingriffen durch die Boulevardpresse verzeichnet werden kann. Wie bereits erwähnt, fallen jedoch laut der Legaldefinition des § 1 (1) Z 1 unter anderem auch literarische Werke unter den Anwendungsbereich des MedienG, wonach ein Medium „jedes Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder der Massenverbreitung“ ist.

Den Bestimmungen des MedienG kommt vor allem deshalb große praktische Bedeutung zu, weil sie die im ABGB bestehenden Lücken des immateriellen Schadenersatzes im Bereich des Persönlichkeitsschutzes weitgehend schließen. Gleichzeitig sieht das MedienG

⁵⁹⁴ Berka, Kommentar zu §§ 6-8a MedienG (2005) 68; Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 178; Korn, Entschädigungssystem (1999) 55 ff, der dort der „sui-generis“ Theorie eine umfassende Absage erteilt.

⁵⁹⁵ Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 68; Korn, Entschädigungssystem (1999) 55 ff.

aber eben auch *ausschließlich* den Ersatz ideeller Nachteile vor, weshalb sich ein etwaiger Vermögensschaden weiterhin nach dem ABGB richtet (vor allem § 1330). Ein zusätzlicher wichtiger (prozesstechnischer) Unterschied zu den zivilrechtlichen Ansprüchen des ABGB liegt darin, dass sich die medienrechtlichen Ersatzansprüche nicht gegen die unmittelbar schädigende Person, sondern den dahinterstehenden *Medieninhaber*⁵⁹⁶, der auch eine juristische Person sein kann, richten.⁵⁹⁷ Dies ist entweder der Eigentümer oder jene Person, die sonst für die inhaltliche Gestaltung des Mediums verantwortlich ist.⁵⁹⁸ Hinsichtlich literarischer Werke hat daher nicht der Autor oder die Autorin für den zu ersetzenden Schaden einzustehen, sondern allein der publizierende Verlag. In allen Fällen ist die *Veröffentlichung* Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch.⁵⁹⁹ Weitere Bedingung ist überdies bei allen Tatbeständen, dass die Berichterstattung bzw. Darstellung „zum Bekanntwerden der Identität“ der Betroffenen führt.⁶⁰⁰ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist damit die Erkennbarkeit der Person in ihrem „sozialen – über den vorinformierten Familien- und Bekanntenkreis hinausgehenden Umfeld“⁶⁰¹ gemeint, wohingegen die Erkennbarkeit in der breiten Öffentlichkeit nicht Voraussetzung ist.

Die persönlichkeitsrechtlichen Schutzbestimmungen finden sich in §§ 6-7c MedienG, wobei für die Fälle der Schlüsselliteratur vornehmlich §§ 6 und 7 von Bedeutung sein dürften. Die anderen Normen sind dem Schutz der Identität von Opfern oder Tätern einer strafbaren Handlung (§ 7a), dem Schutz der Unschuldsvermutung (§ 7b) und dem Schutz vor verbotener Veröffentlichung von durch Überwachung gewonnenen Informationen (§ 7c) gewidmet.

⁵⁹⁶ Definition in § 1 (1) Z 8 MedienG.

⁵⁹⁷ §§ 6 (1), 7 (1), 7a (1) Z 2, 7b (1), 7c (1) MedienG.

⁵⁹⁸ Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 71.

⁵⁹⁹ Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 72.

⁶⁰⁰ Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 69.

⁶⁰¹ OGH 16. 3. 2011, 15 Os 98/10s.

a) *Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung (§ 6 MedienG)*

§ 6 (1) Wird in einem Medium der objektive Tatbestand der üblen Nachrede, der Beschimpfung, der Verspottung oder der Verleumdung hergestellt, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung.
[...]

§ 6 regelt den medienrechtlichen Ehrenschutz und knüpft nicht nur im Normtitel, sondern auch inhaltlich an die Bestimmungen des StGB an. Sind demnach die strafrechtlichen Tatbestände der aufgezählten Delikte *objektiv* erfüllt – was bedeutet, dass die konkrete Person des Täters/der Täterin ausgeblendet wird und insbesondere die subjektive Tatseite (Verschulden) nicht erfüllt sein muss – so besteht ein Ersatzanspruch, es sei denn, es liegt einer der in Abs 2 aufgezählten Ausschlussgründe vor. Je nachdem, welches der vier Tatbilder erfüllt ist, kann die Haftung durch einen Wahrheitsbeweis, den Beweis der Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt, den Beweis der wahrheitsgetreuen Wiedergabe einer Äußerung eines Dritten oder eines parlamentarischen Sitzungsberichtes entfallen.⁶⁰² Nach Abs 3 kommen einige der Ausschlussgründe wieder nicht in Betracht, wenn sich die Veröffentlichung auf den höchstpersönlichen Lebensbereich bezieht. Insbesondere ist dann ein Wahrheitsbeweis nur erfolgreich, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben besteht.⁶⁰³ Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass eine Einwilligung der betroffenen Person in die Veröffentlichung einen Rechtfertigungsgrund darstellt, wobei hinsichtlich konkludenter oder zeitlich weiter zurückliegender Erklärungen Vorsicht geboten ist.⁶⁰⁴

Der Normtext gibt auch Anhaltspunkte für die Bemessung des Entschädigungsbetrages. Danach ist dessen Höhe „nach Maßgabe des Umfangs und der Auswirkungen der Veröffentlichung, insbesondere auch der Art und des Ausmaßes der Verbreitung des Mediums, zu bestimmen“⁶⁰⁵. Nach der Rechtsprechung bedeutet dies, dass somit einerseits die Intensität des Eingriffs in formaler und inhaltlicher Hinsicht zu berücksichtigen ist („Umfang und Auswirkungen der Veröffentlichung“). Es macht daher einen Unterschied,

⁶⁰² Vgl. *Berka*, Kommentar zu § 6 (2005) 84-94.

⁶⁰³ Siehe dazu gleich zu § 7 MedienG.

⁶⁰⁴ OLG Wien 11. 1. 1999, 18 Bs 386/98; 14. 5. 2003, 17 Bs 251/02; *Berka*, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 76.

⁶⁰⁵ § 6 (1) Satz 2.

ob die verletzende Äußerung zB auf der Titelseite in einer Überschrift, oder im Blattinneren im Kleindruck zu finden ist und welche Wortwahl getroffen wurde.⁶⁰⁶ Andererseits spielt aber auch die Reichweite des Mediums, die zB durch Auflagenstärke oder Einschaltquoten ermittelt werden können („Ausmaß der Verbreitung“), wie auch die Zielgruppe („Art der Verbreitung“) eine Rolle.⁶⁰⁷ Davon abgesehen scheint es jedoch keinen Unterschied zu machen, ob die Veröffentlichung in einem periodischen Druckwerk, wie beispielsweise einer Tageszeitung mit eher begrenzter Vertriebsdauer getätigt wurde, oder ob es sich um ein Medium ohne besonderen Aktualitätsbezug handelt, an dem das Interesse auch über einen sehr langen Zeitraum ungeschmälert bleiben kann.⁶⁰⁸ Ich denke, dass dies gerade bei Büchern, ob es sich nun um wissenschaftliche oder Unterhaltungsliteratur handelt, ebenso einbezogen werden müsste, da diese im Gegensatz zu Zeitschriften und Zeitungen, aber auch TV- und Radiosendungen, in mehreren Auflagen erscheinen und über einen längeren Zeitraum Wirkung entfalten können. Im Übrigen sind die im Gesetz angegebenen Obergrenzen (20.000 € für die Fälle §§ 6-7b) und die wirtschaftliche Existenz des Medieninhabers bei der Bemessung des Entschädigungsbetrages zu berücksichtigen. Die Bemessungsgrundsätze sind in gleicher Weise auf die Fälle des § 7 anzuwenden.

b) Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches (§ 7 MedienG)

§ 7. (1) Wird in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. [...]

§ 7 MedienG trägt als innerstaatliche, einfachgesetzliche Norm den Forderungen des Art 8 EMRK Rechnung, indem er den höchstpersönlichen Lebensbereich zu einem selbständigen Schutzgut erhebt und damit das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 umsetzt. Dementsprechend ist bei der Begriffsauslegung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ zunächst auch auf das dahinterstehende Grundrecht zurückzugreifen.

⁶⁰⁶ Vgl. Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 74; Korn, Entschädigungssystem (1999) 107.

⁶⁰⁷ Vgl. Berka, Kommentar zu §§ 6-8a (2005) 74; Korn, Entschädigungssystem (1999) 108.

⁶⁰⁸ Auskunft einer Medienrichterin des OLG Wien im Rahmen der Lehrveranstaltung „Persönlichkeitsschutz im Straf- und Medienrecht i. d. Praxis“ am 22. 10. 2011.

Auch wenn bezüglich Art 8 EMRK „eine abschließende Umschreibung des geschützten Bereiches [...] bis jetzt nicht gelungen [ist]“⁶⁰⁹, lassen sich zum Privatleben jedenfalls die Verfügung über den eigenen Körper, das Sexualverhalten, körperliche und geistige Befindlichkeiten (insbesondere der Gesundheitszustand), private Kontakte und die persönliche Identität zählen.⁶¹⁰ Den „schutzwürdigsten Bereich“ stellt die Intimsphäre eines Menschen dar. Darüber hinaus ist vom Schutzbereich aber auf der anderen Seite ebenso die sogenannte Privatöffentlichkeit, also eigentlich private Vorgänge, die sich aber notwendiger Weise im öffentlichen Raum abspielen, erfasst.⁶¹¹ Zur Abstufung des Schutzes kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zur Sphärentheorie verwiesen werden.⁶¹² Unter § 7 fallen jedenfalls die genannten Ausprägungen des Privatlebens. Ergänzend lässt sich noch anführen, dass auch der bereits angesprochene Schutz des Lebens- und Charakterbildes erfasst wird.

Neben der Erörterung oder Darstellung des höchstpersönlichen Lebensbereiches enthält § 7 (1) jedoch als zweites anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal, die dadurch hervorgerufene *Bloßstellung*. Nach der Rechtsprechung sind diese beiden Voraussetzungen als „bewegliches System“⁶¹³ zu betrachten, was dazu führt, dass bei Angelegenheiten der intimsten Sphäre die Bloßstellung bereits durch die mediale Veröffentlichung an sich erfolgt, während sie in den übrigen Fällen im Verhältnis zur Darstellung gesondert ermittelt werden muss.⁶¹⁴ Generell ist eine bloßstellende Wirkung dann anzunehmen, wenn der einzelnen Person „die Chance der Selbstbestimmung über das der Umwelt eröffnete Persönlichkeitsbild“⁶¹⁵ genommen wird. In diesem Zusammenhang ist es nicht maßgeblich, ob die betreffenden Informationen der Öffentlichkeit ohnehin bereits bekannt waren, oder ob es sich vielleicht um grundsätzlich positive Nachrichten handelt.⁶¹⁶ Weiters spielt es

⁶⁰⁹ Berka, Verfassungsrecht (2010) 456.

⁶¹⁰ Vgl. Berka, Verfassungsrecht (2010) 457; Berka, Grundrechte (1999) 260.

⁶¹¹ OGH 19. 8. 2009, 15 Os 32/09h; Vgl. auch Berka, Verfassungsrecht (2010) 457; Berka, Kommentar zu § 7 (2005) 98.

⁶¹² Siehe oben II. 4.2.

⁶¹³ OGH 19. 8. 2009, 15 Os 32/09h; 19. 8. 2009, 15 Os 5/09p.

⁶¹⁴ OGH 19. 8. 2009, 15 Os 32/09h; 19. 8. 2009, 15 Os 5/09p.

⁶¹⁵ OGH 21. 1. 2009, 15 Os 175/08m; 19. 8. 2009, 15 Os 5/09p; 16. 3. 2011, 15 Os 98/10s; Berka, Kommentar zu § 7 (2005) 100.

⁶¹⁶ Berka, Kommentar zu § 7 (2005) 100.

auch keine Rolle, ob die betroffene Person sonst unter Umständen freiwillig Privates an die Öffentlichkeit weitergibt.⁶¹⁷

Auch in § 7 findet sich eine Aufzählung von Gründen, die wie jene des § 6 einen Entschädigungsanspruch ausschließen. Ähnlich § 6 (3) ist auch hier unter anderem der Wahrheitsbeweis zulässig, sofern die verbreiteten Inhalte in unmittelbarem Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben stehen. Es kommt also auch wieder auf ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit an, welches nur als gerechtfertigt betrachtet wird, wenn es sich auf Umstände bezieht, die in Verbindung mit gemeinschaftswichtigen Angelegenheiten stehen.⁶¹⁸ Der Ausschlussgrund der Zustimmung der betroffenen Person ist in § 7 im übrigen explizit angeführt. Grund dafür ist, dass die Anforderungen an eine wirksame Zustimmung (überraschenderweise) gleichzeitig herabgesetzt sind und diese demnach nicht nur bei einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung, sondern schon dann anzunehmen ist, wenn dies „nach den Umständen angenommen werden kann“⁶¹⁹. Dies führt zu dem meiner Meinung nach widersinnigen Ergebnis, dass ehrverletzende Veröffentlichungen, die sich auf den höchstpersönlichen Lebensbereich beziehen und nach § 6 zu beurteilen sind, den allgemeinen Regeln der Einwilligung folgen, während bei bloßstellenden Darstellungen des höchstpersönlichen Lebensbereiches nach § 7 diesbezüglich ein niedriger Maßstab gelten soll. Ich bezweifle, dass dies dem eigentlichen Schutzzweck gerecht wird.

c) Einziehung und Beschlagnahme (§§ 33 und 36 MedienG)

Bei objektiver Verwirklichung eines Medieninhaltsdeliktes⁶²⁰, wie es durch Erfüllung des § 6 MedienG (nicht aber des § 7!) der Fall ist, sieht das MedienG zusätzlich zu einer etwaigen Entschädigung die Möglichkeit vor, die Einziehung des Mediums zu beantragen. Sie dient, ähnlich einer zivilrechtlichen Unterlassungsklage, dem Zweck, die Weiterverbreitung der Publikation zu verhindern und hat vor allem im Buch-, Film- und

⁶¹⁷ OGH 23. 9. 2008, 4 Ob 150/08z.

⁶¹⁸ Berka, Kommentar zu § 7 (2005) 102.

⁶¹⁹ § 7 (2) Z 3.

⁶²⁰ Nach § 1 (1) Z 12 handelt es sich dabei um „eine durch den Inhalt eines Mediums begangene, mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, die in einer an einen größeren Personenkreis gerichteten Mitteilung oder Darbietung besteht.“

Videobereich, aber auch für Websites praktische Bedeutung.⁶²¹ Demgegenüber kann der Medieninhaber zur Abwendung einer Einziehung beantragen, die inkriminierten Passagen entsprechend unkenntlich zu machen (§ 33 Abs 4). Nach der Formulierung wird ein Rechtsanspruch auf diese Alternative angenommen.

Zur effektiven Erfüllung des mit der Einziehung verfolgten Zwecks sieht das MedienG darüber hinaus in § 36 die Beschlagnahme eines Mediums vor, die ähnliche Wirkung wie eine einstweilige Verfügung im Zivilrecht entfaltet. Sie ist jedoch nur als *ultima ratio* vorgesehen und soll laut Gesetz nur angeordnet werden können, wenn anzunehmen ist, dass in der Folge auf Einziehung des Mediums erkannt wird.

Die praktische Bedeutung dieser beiden Instrumente hält sich in Grenzen. Sie kommen insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die Äußerung zwar eigentlich tatbildlich wäre, aber durch ein Grundrecht gedeckt ist.⁶²² Nach der Lehre vermag demnach die Einwendung einer künstlerischen Betätigung zumindest die medienrechtliche Beschlagnahme und Einziehung eines Werkes in den meisten Fällen zu verhindern.⁶²³ Es scheint, als würde der Kunstfreiheit hier in der Abwägung von Vornherein mehr Gewicht beigemessen. Ich werde darauf später im Rahmen der Darstellung des Art 17a StGG noch zurückkommen.

2.4. Zusammenfassung

Nach diesem Überblick über die wichtigsten in Frage kommenden Normen zur Verteidigung des Persönlichkeitsbereichs gegen Eingriffe durch literarische Werke lässt sich zum einen feststellen, dass die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Schutzbereiche zusammengefasst den Gewährleistungen eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durchaus gleichwertig ist. Während die einzelnen Sondertatbestände für sich schon auf eine bestimmte Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes zugeschnitten sind, wird bei der Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ähnliches durch die Bildung von Fallgruppen und die Sphärentheorie erreicht.

⁶²¹ Polley, Kommentar zu § 33 MedienG (2005) 349.

⁶²² Polley, Kommentar zu § 33 (2005) 350; Polley, Kommentar zu § 36 (2005) 376.

⁶²³ Polley, Kommentar zu §§ 28-42 (2005) 309.

Zum anderen zeigt sich aber auch, dass Normen in unterschiedlichen Rechtsbereichen, mit Ausnahme einiger weniger Bestimmungen mit besonderen Zielrichtungen (zB § 78 UrhG Bildnisschutz), oft einen ähnlichem Schutzzweck verfolgen. So finden sich sowohl im Zivil-, wie auch im Straf- und Medienrecht Bestimmungen zum Schutz der Ehre und auch die Privatsphäre erfährt hier wie dort, wenn auch terminologisch unterschiedlich, umfassenden Schutz. Die Wahl der im Einzelfall zweckdienlichsten Norm richtet sich daher vermutlich eher nach den für die betroffene Person günstigeren Rechtsfolgen. Wie bereits angesprochen spielen aus diesem Grund die strafrechtlichen Tatbestände in diesen praktischen Fällen eine eher untergeordnete Rolle, beziehungsweise kommen sie selten ohne gleichzeitige Geltendmachung eines Anspruchs nach dem MedienG zur Anwendung. Ein finanzieller Ausgleich dürfte den meisten Geschädigten mehr bedeuten als die mögliche Verhängung einer Strafe, von der sie nicht mehr profitieren als durch Genugtuung.⁶²⁴

Ähnliche Erwägungen könnten auch bezüglich der Einbringung einer etwaigen Unterlassungsklage oder eines Antrags auf Einziehung nach dem MedienG relevant sein. Immerhin machen diese nach der Veröffentlichung eines Romans vermutlich nur Sinn, wenn sie auch mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung oder Beschlagnahme verbunden sind, was aber wiederum mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden ist. Stellt sich in der Folge nämlich heraus, dass eine solche Maßnahme zu Unrecht angeordnet wurde, so besteht für den Antragsgegner die Möglichkeit, wiederum selbst Ersatz des durch die Beschlagnahme des Buches entstandenen Schadens, insbesondere des entgangenen Gewinns zu fordern. Dazu finden sich sowohl im MedienG (§ 38a), wie auch in der für zivilrechtliche Ansprüche relevanten Exekutionsordnung (§ 394) genaue Bestimmungen.⁶²⁵ Die geschädigte Person müsste sich ihrer Sache also schon sehr sicher sein, um dieses Kostenrisiko auf sich zu nehmen. Ein solches Risiko hält sich hingegen bei einer reinen Schadenersatzforderung, sei es auf zivilrechtlichem oder medienrechtlichem Weg, eher in Grenzen, wo „nur“ die Prozesskosten auf dem Spiel stehen.

§§ 6 und 7 MedienG dürften demnach – zumindest für die Geltendmachung eines immateriellen Schadenersatzanspruchs – in den Fällen der Schlüsselliteratur die praktisch

⁶²⁴ Vgl. *Berka*, Die Freiheit der Kunst (1983) 282.

⁶²⁵ Vgl. *Polley*, Kommentar zu § 38a (2005) 396.

bedeutsamsten Normen sein. Sie sind mittlerweile auch zu einem festen Bestandteil der Rechtspraxis geworden. Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass laut § 8a (2) MedienG für den Fall der Erörterung des höchstpersönlichen Lebensbereiches ein Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt werden kann. Auch die StPO sieht in § 229 (1) Z 2 als Grund für einen derartigen Antrag die „Erörterung des persönlichen Lebens- oder Geheimbereiches eines Angeklagten, Opfers, Zeugen oder Dritten“ vor und in § 172 ZPO findet sich auch für zivilrechtliche Streitigkeiten eine ähnliche Bestimmung. Zumindest theoretisch könnte also auch hier eine Vorsorge getroffen werden, damit der Prozess um einen Roman nicht zu mehr Diskussion führt als dessen Inhalt.

An dieser Stelle wäre es interessant, welchen Ausgang der Fall „Esra“ genommen hätte, wenn österreichisches Recht anzuwenden gewesen wäre. Immerhin wurde von den deutschen Gerichten eben kein Schadenersatz zugesprochen, sondern der „Ausgleich“ allein mit dem Romanverbot hergestellt. Es stellt sich die Frage, ob ein „österreichisches Ergebnis“ nicht genau gegenteilig ausgefallen wäre. Angesichts der Tatsache, dass die medienrechtlichen Instrumente der Beschlagnahme und Einziehung nur bei Verwirklichung eines Medieninhaltsdelikts in Frage kommen, die Persönlichkeitsrechtsverletzung der Erstklägerin im Fall „Esra“ aber nicht § 6, sondern § 7 MedienG zuzuordnen wäre, ist diese Frage durchaus berechtigt. Zwar wäre auch hier natürlich der zivilrechtliche Weg (Unterlassungsklage, einstweilige Verfügung) offengestanden, es stellt sich aber zusätzlich zu der bereits genannten Überlegung zu den Kostengründen die Frage, ob der Gesetzgeber in derartigen Fällen nicht ohnehin der Anwendung des Medienrechts den Vorzug geben möchte. Dieser Gedanke ist vor allem in Hinblick auf den tatbestandsmäßig sonst naheliegenden § 1328a ABGB nicht abwegig, der ja mit einer Subsidiaritätsklausel versehen wurde, womit medienrechtliche Angelegenheiten von seinem Anwendungsbereich explizit ausgenommen sind. Darüber hinaus wird aber auch innerhalb des Mediengesetzes die Anordnung der Einziehung ebenso wie die daran geknüpfte Beschlagnahme als *ultima ratio* verstanden, da dem Medieninhaber alternativ die Unkenntlichmachung nach § 33 Abs 4 zugestanden wird. Es scheint daher als würde das Entschädigungsmodell insgesamt privilegiert. Ob durch einen monetären Ersatz jedoch tatsächlich jener Ausgleich hergestellt werden kann, den die Verletzung des Persönlichkeitsrechts verlangt, ist wieder eine andere Frage. Durch die gesetzliche

Begrenzung des zuzusprechenden Betrages mit 20.000 € hätte die Klägerin im Fall „Esra“ aber auch nach österreichischem Recht ihre Forderung von 100.000 € nicht durchsetzen können.

Hinsichtlich der am Anfang dieses Kapitels aufgestellten Behauptung, dass sich das in dieser Arbeit behandelte Problem in Österreich nicht als jener Grundrechtskonflikt äußert, wie dies in Deutschland der Fall ist, kann nunmehr gesagt werden, dass dies infolge Fehlens eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedenfalls zutrifft. Da aber jene Aspekte dieses allgemeinen Rechts, die hier relevant sind, auch durch die dargestellten Schutzbestimmungen des österreichischen Rechts abgedeckt sind, welche teilweise sogar in Umsetzung dahinterstehender Grundrechte (Art 8 EMRK → § 7 MedienG) geschaffen wurden, ist anzunehmen, dass auch auf diese Weise die notwendigen gesetzlichen Vorkehrungen in diesem Konfliktbereich vorhanden sind. Die Abgrenzung des Schutzbereichs erfolgt in einen Fall anhand der Bildung von Fallgruppen im Zuge der Auslegung, im anderen durch die legislative Ausgestaltung besonderer Tatbestände. Im Ergebnis bleiben die persönlichkeitsrechtlichen Interessen gleichermaßen gewahrt und müssen im übrigen hier wie dort einer Abwägung mit konfligierenden Interessen unterzogen werden.

An dieser Stelle bleibt nunmehr, die andere Seite dieses Interessenkonflikts für das österreichische Recht zu beleuchten und die Kunstfreiheit in ihrer Verankerung in der Verfassung sowie ihrer praktischen Bedeutung zu besprechen.

3. Art 17a StGG und seine praktischen Auswirkungen

3.1. Die Kunstfreiheitsgarantie des Art 17a StGG

„Das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre sind frei.“

Mit diesem Wortlaut wurde die Kunstfreiheit 1982 in das Staatsgrundgesetz eingefügt. Bis zu diesem Zeitpunkt gab es kein eigenständiges der Kunst gewidmetes Grundrecht, vielmehr war künstlerisches Schaffen zuvor vom Schutzbereich der allgemeinen Meinungsfreiheit mitumfasst und damit auch den Schranken der Art 13 StGG und

Art 10 EMRK unterworfen.⁶²⁶ In Ermangelung einer eigenen Gewährleistung der Kunstfreiheit in der EMRK wird mit der Rechtsprechung des EGMR davon ausgegangen, dass die Kunstfreiheit innerhalb dieses Grundrechtskataloges nach wie vor durch die in Art 10 erfasste Freiheit der Meinungsäußerung geschützt wird.⁶²⁷ Dies ist vor allem in Bezug auf die Schrankenproblematik interessant, worauf ich später noch zurückkommen werde. Auffällig ist hier auch die Parallele zum deutschen Recht, wo ebenfalls lange diskutiert wurde, ob die Schranken der Meinungsfreiheit gleichermaßen auch für die Kunstfreiheit gelten. Dort spielte sich dieses Szenario zwar innerhalb des Art 5 GG ab, die dahinterstehenden Überlegungen waren aber bis zur Klärung dieses Problems in der „Mephisto“-Entscheidung die gleichen.⁶²⁸

Generell sind die Auslegungsprobleme, die sich durch die sehr weit gefassten Formulierungen im österreichischen wie im deutschen Recht ergeben, durchaus parallel, weshalb ich auf die allgemeinen Fragen nur mehr kurz eingehen und im übrigen auf die obigen Ausführungen verweisen möchte. So gehen Lehre und Rechtsprechung auch hierzulande von einem *offenen, wertneutralen und dynamischen Kunstbegriff* aus, der sowohl traditionelle wie auch unkonventionelle Kunstformen umfasst und einer stetigen Weiterentwicklung zugänglich ist.⁶²⁹ Eine Eingrenzung auf bestimmte Kunstrichtungen ist damit ebenso ausgeschlossen, wie das Abstellen auf Qualitätsmerkmale, sodass die Entstehung eines „staatlichen Kunstrichtertums“ von vornherein unterbunden wird. Der verfassungsrechtliche Kunstbegriff stellt sich vielmehr als ein Typusbegriff dar, der sich aus verschiedenen Merkmalen zusammensetzt und formale Gesichtspunkte, wie die Zugehörigkeit zu einer bereits etablierten Kunstgattung, ebenso berücksichtigt, wie die Resonanz in der Kunstwelt.⁶³⁰ Weiters spielt bei der Subsumierung unter den Kunstbegriff des Art 17a auch der „subjektive Gestaltungswille“ des Künstlers oder der Künstlerin eine Rolle. Die Rechtsprechung spricht in diesem Zusammenhang gern von der „Ehrlichkeit des künstlerischen Strebens“, was allerdings die Gefahr einer Wertung in sich birgt. Bisweilen

⁶²⁶ Vgl. Berka, Grundrechte (1999) 350; Kröll, Kulturelle Rechte (2009) 369; Zanger, Karikatur, Satire, Kabarett und Kunstfreiheit (1990) 193 ff.

⁶²⁷ Berka, Grundrechte (1999) 353; Kröll, Kulturelle Rechte (2009) 372.

⁶²⁸ Siehe dazu oben III. 1. bzw III. 3. ff.

⁶²⁹ Vgl. Berka, Verfassungsrecht (2010) 491; Berka, Grundrechte (1999) 350; Kröll, Kulturelle Rechte (2009) 370; Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit (1983) 1 ff.

⁶³⁰ Vgl. Berka, Die Freiheit der Kunst (1983) 285; Berka, Grundrechte (1999) 352; Kröll, Kulturelle Rechte (2009) 370.

findet sich auch das Erfordernis, dass das künstlerische Anliegen „mit einsehbaren Erwägungen verständlich“ gemacht und somit „kommunikabel“ wird.⁶³¹ Der offene Kunstbegriff beschränkt sich demnach nicht auf ein Ideal, sondern bietet Raum gerade auch für Werke, die „das Hässliche und Schockierende zum Gegenstand haben und die Wirkung von Kunst in der Provokation sehen.“⁶³² „Kunst, die allen gefällt, benötigt keinen Grundrechtsschutz.“⁶³³ Darüber hinaus sind der *Werk- und Wirkungsbereich* in den Schutz der Kunstfreiheit gleichermaßen einzubeziehen.⁶³⁴ Dies wird aber durch den Wortlaut des Art 17a StGG auch deutlich zum Ausdruck gebracht, wohingegen dies bei Art 5 (3) GG viel mehr Auslegungsfrage ist. Eine abschließende rechtliche Definition von Kunst ist jedoch hier wie dort weder möglich noch erforderlich, da für die weitaus brisantere Frage nach den Grenzen der Kunst eine typologische Annäherung ausreicht.⁶³⁵ Im übrigen war für die österreichische Lehre und Rechtsprechung von Anfang an die bereits 11 Jahre vor der Verankerung der Kunstfreiheit im StGG ergangene Entscheidung des deutschen BVerfG zu „Mephisto“ von ebenso großer Bedeutung für die Auslegung des Schutzbereichs wie auch der Schrankenziehung.⁶³⁶

3.2. Die Schranken der Kunstfreiheit im Allgemeinen und durch das Persönlichkeitsrecht im Besonderen

Die Diskussion über die Schranken der Kunstfreiheit beansprucht durch die vorbehaltlose Ausgestaltung dieses Grundrechts auch in Österreich ein weites Feld. Aus historischer Perspektive waren dafür die Nähe zur Wissenschaftsfreiheit (Art 17 StGG), die ebenfalls vorbehaltlos verankert ist, die Abgrenzung von der Meinungsfreiheit, welche demgegenüber einem Gesetzesvorbehalt unterliegt, sowie die deutliche Manifestation der Ablehnung einer Aushöhlung dieses Grundrechts ausschlaggebend.⁶³⁷ Aus heutiger Sicht

⁶³¹ Berka, Grundrechte (1999) 353.

⁶³² OLG Graz 12. 12. 1983, 8 Bs 377/83.

⁶³³ Sommerauer, Kunst im Konflikt mit dem Recht (2003) 526.

⁶³⁴ Kröll, Kulturelle Rechte (2009) 371; Berka, Die Freiheit der Kunst (1983) 281 ff; Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit (1983) 1 ff.

⁶³⁵ Berka, Die Freiheit der Kunst (1983) 286.

⁶³⁶ Siehe dazu OGH 11. 11. 1988, 1 Ob 26/88.

⁶³⁷ Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit (1983) 1 ff.

ist jedoch nichtsdestotrotz davon auszugehen, dass Kunst nicht alles darf und auch hierzulande den *grundrechtsimmanenten Schranken* unterliegt.⁶³⁸

Derartige immanente Schranken lassen sich aus gleichwertigen anderen Grundrechten ebenso ableiten, wie aus einzelnen einfachgesetzlichen Bestimmungen, die der Ausformung verfassungsrechtlich geschützter Werte dienen. Der von den österreichischen Strafgerichten vorübergehend entwickelten, das StGB in seiner Gesamtheit als eine solche Schranke ansehenden Rechtsprechung, in deren zeitlichen Rahmen auch die spektakulären Beschlagnahmen des Filmes „Das Gespenst“ von *Herbert Achternbusch* sowie der Verfilmung des Theaterstücks „Das Liebeskonzil“ von *Werner Schroeter* fallen,⁶³⁹ ist aber eine Absage zu erteilen. Sie trug der bewussten Entscheidung, die Kunstfreiheit eben nicht unter einen einfachen Gesetzesvorbehalt zu stellen, zu wenig Rechnung und setzte sich damit über den Willen des Verfassungsgesetzgebers hinweg.⁶⁴⁰ Dennoch kann aber eben nicht davon ausgegangen werden, dass einfaches Gesetzesrecht der Kunstfreiheit überhaupt keine Grenzen ziehen könnte. Es ist vielmehr zu prüfen, welchem Schutzzweck und welchen dahinterstehenden Werten sie dienen und ob diese im Einzelfall dem Schutz der Kunstfreiheit vorzuziehen sind. Der VfGH verwendete dafür in einer seiner ersten Entscheidungen über kunstfreiheitswidrige Verwaltungsakte zum Fall „Kugelmugel“⁶⁴¹ den Begriff des „allgemeinen Gesetzes“, welches eine „dem geschützten Bereich vergleichsweise fernstehende Verhaltensnorm“ darstelle, an die auch ein Künstler gebunden sei.⁶⁴² Eine Einschränkung künstlerischer Tätigkeit durch derartige Normen widerspricht dem Grundrechtsschutz nicht und ist insbesondere auch nicht gegen das Freiheitsrecht an sich im Sinne eines intentionalen Eingriffs gerichtet.

Am wenigsten Probleme bei der Ableitung immanenter Schranken wirft der Fall auf, dass die Kunstfreiheit mit anderen Grundrechten kollidiert, da deren Gleichrangigkeit aus ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung offensichtlicher ist. In diesem Zusammenhang ergibt sich für das österreichische im Gegensatz zum deutschen Recht insofern ein „Problem“, als der hiesige Grundrechtsbestand eben kein allgemeines Persönlichkeitsrecht und auch

⁶³⁸ Dazu oben III. 3.3.a.

⁶³⁹ *Berka*, Grundrechte (1999) 355, 356; siehe dazu ausführlich *Ruiss & Vyoral*, *Der Zeit ihre Kunst* (1990) 9 ff.

⁶⁴⁰ Vgl. *Berka*, *Kunst im Konflikt mit dem Recht* (1988) 377.

⁶⁴¹ VfGH 12. 3. 1985, B44/84, VfSlg 10401.

⁶⁴² Vgl. *Sommerauer*, *Kunst im Konflikt mit dem Recht* (2003) 532.

keinen Schutz der Menschenwürde beinhaltet.⁶⁴³ Würde man also tatsächlich davon ausgehen, dass einfaches Gesetzesrecht einer Abwägung mit der Kunstfreiheit nur zugänglich ist, wenn es dahinterstehende grundrechtlich geschützte Werte eindeutig umsetzt, so würde dies zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass beispielsweise der Schutz der Privatsphäre durch § 7 MedienG eine solche immanente Schranke darstellen würde, während sämtliche Vorschriften zum Schutz der Ehre durch das Fehlen einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Gewährleistung dafür nicht in Frage kämen.⁶⁴⁴ Die obige Darstellung des § 16 ABGB zeigt aber wiederum, dass auch die Menschenwürde und allgemeine Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit in den einfachen Gesetzesbestand einfließen auch ohne ausdrücklich in der Verfassung verankert zu sein. Sie werden vielmehr seit jeher als vorausgesetzt angesehen.

Ich schließe mich an dieser Stelle der Meinung *Berkas* an, der dieses Problem schon früh erkannt und seine Lösung auf eine Verknüpfung der Kunstfreiheit mit den für die Meinungsfreiheit in Art 10 (2) EMRK aufgezeigten Schranken unter Berücksichtigung der besonderen Eigenarten der Kunst, gestützt hat.⁶⁴⁵ Diesem Ansatz zufolge ist aus Art 10 (2) eine allgemeine Konfliktlösungskompetenz des Gesetzgebers unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ableitbar, durch welche dieser zu einem schonenden Ausgleich sich widerstreitender Interessen angehalten ist. Dies bedeutet nun nicht, dass die Schranken der Meinungsfreiheit gleichsam 1:1 auf die Kunstfreiheit übertragen werden sollen, denn dies würde ja genau den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Vielmehr sollen die dort aufgezählten Vorbehalte als Anhaltspunkte dienen, welche Interessen bei Grundrechtskonflikten im Allgemeinen zu berücksichtigen sein können, wozu nach Art 10 (2) eben explizit auch „der gute Ruf“ zu zählen ist. Durch eine kunstspezifische Betrachtung, die beispielsweise auch die „Eigengesetzlichkeit bestimmter Darstellungsformen“ oder die „zeitgeschichtliche Bedeutung“⁶⁴⁶ eines Werkes beinhaltet, ist damit auch Art 17a einer Abwägung mit anderen Interessen zugänglich, die zwar bisher vielleicht keine explizite verfassungsrechtliche Verankerung erfahren haben, sich jedoch unzweifelhaft nicht von vornherein der Freiheit der Kunst unterzuordnen haben. Wie dies

⁶⁴³ *Canaris*, Grundprobleme (1991) 205 ff.

⁶⁴⁴ *Berka*, Kunst im Konflikt mit dem Recht (1988) 377 (Fn 29).

⁶⁴⁵ *Berka*, Die Freiheit der Kunst (1983) 281 ff.

⁶⁴⁶ *Berka*, Die Freiheit der Kunst (1983) 281 ff.

bereits in Vorbereitung der Einführung des Art 17a vom dafür zuständigen Verfassungsausschuss angenommen wurde, „ergeben sich für die Kunstfreiheit wie für andere Grundrechtsbereiche jene Schranken, die aus dem geordneten, auf Toleranz aufbauenden Zusammenleben der Menschen folgen.“⁶⁴⁷

Die eben zitierte Ansicht hat auch der OGH in seiner Entscheidung über den Film und die literarische Vorlage zu „Der Aufstand“ übernommen.⁶⁴⁸ Die darin enthaltenen (fiktiven) Schilderungen des Ungarnaufstandes 1956 gaben der KPÖ, dem die Zeitschrift „Volksstimme“ herausgebenden Verlag sowie zwei Redakteuren Anlass zur Klage, da diese die Darstellungen von Kooperationen mit der russischen KGB und Waffenhandel als Realität suggerierend und rufschädigend empfanden. Nach Meinung des OGH sei „zwar der Persönlichkeitsschutz im Allgemeinen als Schranke für die Kunstfreiheit kein grundrechtsrelevantes Problem“, es ließen sich jedoch ebenso aus den „Baugesetzen“, „Strukturprinzipien“ und „Grundwerten“ der Verfassung zusammen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Schranken ableiten, die „praktisch wieder die Relevanz von Grundrechten“ erhielten. In Anlehnung an die bereits vorhin erwähnte Theorie von *Berka* sei bei der Interessenabwägung von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz einerseits auf die zeitgeschichtliche und gesellschaftliche Bedeutung des Werkes Rücksicht zu nehmen, andererseits ua die Schwere des Eingriffs, die Art des verfolgten Interesses und dessen Schutzwürdigkeit zu beachten. In dieser Entscheidung bezeichnete der OGH die Kunstfreiheit selbst auch als ein Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB, das „im Falle eines Interessenkonfliktes mit anderen Persönlichkeitsrechten abzuwägen“ sei.

Ob im Einzelfall nun argumentiert wird, die Kunstfreiheit sei ebenso als Persönlichkeitsrecht iSd § 16 einzuordnen, mit allgemeinen Grundwerten des Zusammenlebens in Einklang zu bringen, oder anderen gleichrangigen Freiheitsrechten gegenüberzustellen, so ist das Ergebnis doch immer das gleiche: auch die Kunstfreiheit hat sich trotz ihrer vorbehaltlosen Ausgestaltung und des Fehlens eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in diesem Bereich einer Abwägung zu stellen, wenn ihr persönlichkeitsrechtliche Interessen entgegenstehen.

⁶⁴⁷ *Neisser*; Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit (1983) 1 ff.

⁶⁴⁸ OGH 11. 11. 1988, 1 Ob 26/88.

4. „Skandalöses“ aus der Praxis

Die österreichische Judikatur war im Zusammenhang mit der Kunstfreiheit vermutlich häufiger mit Skandalen befasst, gegen die aus staatlichem Interesse zur Verfolgung von strafrechtlich relevanten Verletzungshandlungen vorgegangen wurde. Für Aufsehen sorgten immer wieder Verstöße gegen das PornographieG oder § 188 StGB (Herabwürdigung religiöser Lehren), mit denen insbesondere Vertreter des Aktionismus wie *Günter Brus*, *Otto Mühl* oder *Hermann Nitsch* ins Visier der Justiz kamen.⁶⁴⁹ Abgesehen davon kam es aber auch immer wieder zu persönlich motivierten gerichtlichen Auseinandersetzungen. Erinnert sei auch hier an *Otto Mühl* und sein Bild „Apokalypse“, auf dem verschiedene Körper in sexuellen Handlungen miteinander verschlungen dargestellt sind, wobei die Körper selbst gemalt, die dazugehörigen Köpfe jedoch aus Zeitungen ausgeschnittene Fotos sind. Der ehemalige FPÖ-Politiker *Walter Meischberger* erkannte sich als eine der dargestellten Personen und klagte daraufhin erfolgreich (wenn auch erst in zweiter Instanz) die Verletzung seines Rechts am eigenen Bild ein (§ 78 UrhG). Das OLG Wien sprach hier nicht nur eine Schadenersatzzahlung zu, sondern verhängte darüber hinaus auch ein Ausstellungsverbot, welches vom OGH als „im Rahmen der Rechtsprechung“ bestätigt wurde. Die *Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession*, in deren Galerie das Bild ursprünglich präsentiert worden war, wandte sich daraufhin unter Berufung auf Art 10 EMRK an den EGMR, welcher letztlich 2007 die Verletzung dieses Grundrechts durch die österreichischen Gerichtsentscheidungen feststellte.⁶⁵⁰ Auch der Kabarettist *Hans Peter Heinzl* sah sich von der Beschlagnahme einer seiner Schallplatten bedroht, nachdem er darauf ehrenrührige Vorwürfe gegen den damaligen Bundespräsidentenskandidaten *Otto Scrinzi* erhoben hatte,⁶⁵¹ ebenso wie die Musikgruppe EAV, die den ehemaligen FPÖ-Granden *Jörg Haider* in Liedform kritisiert hatte.⁶⁵² In beiden Fällen lehnte das OLG Wien jedoch die Beschlagnahme der Tonträger ab.

⁶⁴⁹ Vgl. *Sommerauer*, Kunst im Konflikt mit dem Recht (2003) 534; *Zanger*, Karikatur, Satire, Kabarett und Kunstfreiheit (1990) 194.

⁶⁵⁰ Siehe OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 175/00i; EGMR 25. 1. 2007, 68354/01.

⁶⁵¹ OLG Wien MR 1996/1, 17 = *Polley*, Kommentar zu §§ 28-42 (2005) 308.

⁶⁵² OLG Wien MR 1992, 17 = *Polley*, Kommentar zu §§ 28-42 (2005) 308.

Jene Fälle, in denen schlüsselliterarische Werke durch ihre vermeintlich persönlichkeitsverletzende Wirkung die Aufmerksamkeit der Justiz auf sich zogen, sind zwar von vergleichsweise geringer Zahl, zumindest einer davon sorgte aber für Österreichs ersten großen „Literaturskandal“. Der Roman „Holzfällen“ von *Thomas Bernhard* erhitzte im Jahr 1984 nicht nur die Gemüter so mancher Mitglieder der Kunst- und Kritikerkreise, sondern gab auch Anlass für die erste judizielle Auseinandersetzung mit den Grenzen der Kunstfreiheit in Bezug auf fiktionale Werke nach der Aufnahme des Art 17a in das StGG.

4.1. „Holzfällen – die Erregung über „Eine Erregung“

Mit den Werken des österreichischen Schriftstellers *Thomas Bernhard* verbindet man nicht selten auch gleichzeitig die dazugehörige öffentliche Diskussion, die die Publikation mit sich brachte. Der „Übertreibungskünstler“⁶⁵³ *Bernhard* war ein Meister der Provokation, deren Gegenstand meist die Schwächen der österreichischen Geschichte, Politik und Gesellschaft, sowie einzelner ihrer Mitglieder waren. Deren Reaktionen gingen bisweilen über eine laute Empörung hinaus, weshalb sich der Schriftsteller nicht nur ein Mal vor dem Richter einfinden musste.

Bereits seine 1975 im (Salzburger!) *Residenzverlag* erschienene autobiographische Prosa „Die Ursache“ versetzte nicht nur die halbe Einwohnerschaft der Stadt Salzburg in Rage, sondern veranlasste den damaligen Stadtpfarrer *Franz Wesenauer*, welcher sich in der Figur des *Onkel Franz* beschrieben sah, eine Ehrenbeleidigungsklage einzubringen. Die Medien fielen regelrecht über den Fall her, es folgten Schlagzeilen wie „Romanfigur klagt den Autor“ (Die Presse, 4. 12. 1975), „Thomas Bernhard schmäht Salzburg“ (Salzburger Volksblatt, 12. 9. 1975), „Onkel Franz klagt Thomas Bernhard“ (Kurier, 10. 4. 1976) oder „Buchautor von Kanonikus vor den Richter zitiert“ (Neue Kronen-Zeitung, 10. 4. 1976).⁶⁵⁴ Die Berichterstattung leistete so ihren Beitrag dazu, dass „Die Ursache“ in der Öffentlichkeit „mehr als [...] Provokation denn als Literatur diskutiert wurde“⁶⁵⁵, vor allem auch, weil *Bernhard* damit die im katholisch-konservativen Österreich der 1970er Jahre noch nicht besonders entwickelte Auseinandersetzung mit der Nazi-Vergangenheit

⁶⁵³ Siehe die gleichnamige Studie von *W. Schmidt-Dengler*.

⁶⁵⁴ Siehe dazu *Huber*, „Romanfigur klagt den Autor“ (1987) 105.

⁶⁵⁵ *Moser*, Literaturskandal als Dialog mit der Öffentlichkeit (2009) 505.

angestachelt hatte. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass kurz zuvor in Deutschland das „Mephisto“-Verbot ausgesprochen worden war, ebenso ein Roman, der die schriftstellerische Kritik an bestimmten historischen Vorkommnissen zum Inhalt hatte.⁶⁵⁶ Der Rechtsstreit bezüglich der „Ursache“ endete jedoch relativ glimpflich und wurde mit einem Vergleich beigelegt. Darin verpflichteten sich Autor und Verlag zu Streichungen der die Figur des *Onkel Franz* betreffenden Kommentare.

Im Fall „Holzfällen“ lag das den allgemeinen Aufruhr und privaten Rechtsstreit auslösende Moment erstaunlicherweise schon vor der eigentlichen Publikation. Die Sache geriet nämlich bereits ins Rollen, als der *Suhrkamp Verlag* am 8. August 1984 ein ungebundenes Rezensionsexemplar des Romans an den damaligen Literaturkritiker der Presse, *Hans Haider*, schickte, welcher darin einige Personen des österreichischen Kulturlebens, darunter das Ehepaar *Gerhard und Maja Lampersberg*, die Schriftstellerin *Jeannie Ebner* sowie die Träger des Großen Österreichischen Staatspreises *Friederike Mayröcker* und *Ernst Jandl* wiederzuerkennen glaubte. In der Überzeugung, hier einen Schlüsselroman vor sich zu haben fertigte er über die Wiedererkennbarkeit dieser Personen sogar ein Protokoll an, in welchem er diese Entdeckung durch entsprechende Zitate und Verweise dokumentierte. Dieser Niederschrift sollte in der Folge eine nicht unbedeutende Rolle in der gerichtlichen Auseinandersetzung zukommen. *Haider* setzte sich daraufhin mit dem Ehepaar *Lampersberg* in Verbindung und machte sie auf die Darstellungen in „Holzfällen“ aufmerksam.⁶⁵⁷

a) Zum Inhalt des Romans

Zu Gast bei einem „künstlerischen Abendessen“, zu dem die Eheleute *Auersberger* eingeladen haben, sinniert der *Ich-Erzähler*, im Ohrensessel sitzend, über sein jetzt von Hass und Verachtung geprägtes Verhältnis zu dem einst gut befreundeten Ehepaar, während alle auf den *Burgschauspieler* als Ehrengast des Abends warten. Er erinnert sich an die 50er Jahre, in denen er viel Zeit mit den *Auersbergern* und anderen Künstlern in ihrem Haus in Maria Zaal verbrachte, und an seine Freundschaft zu *Joana*, die ebenfalls dieser Gruppe angehörte und anlässlich deren Begräbnisses am Nachmittag und der abendlichen

⁶⁵⁶ Siehe dazu III. 2. Der Fall „Mephisto“.

⁶⁵⁷ Vgl. Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 210; *Ruiss*, *Holzfällen*. Ein Nachweis (1997) 39-41.

Einladung der *Auersberger* nun alle wieder zusammengekommen sind. In einem einzigen inneren Monolog ergießt sich die von Abscheu und Ekel über die ganze anwesende künstlerische Gesellschaft, ja sogar über die ganze Wiener Szene und Österreich überhaupt bestimmte Gedankenwelt des *Ich-Erzählers* über die Leserin, die dabei aber nicht nur von der besonderen Abneigung erfährt, die dieser gegenüber dem Ehepaar *Auersberger* und sämtlichen anderen Künstlerkollegen hegt, sondern insbesondere auch von der Abneigung, die dieser für sich selbst empfindet. Immer wieder macht er sich Vorwürfe, überhaupt der Einladung gefolgt zu sein, nachdem er es mehr als zwanzig Jahre geschafft hatte, den Kontakt zu allen zu vermeiden.

Nach Eintreffen des *Burgschauspielers* wechselt der *Ich-Erzähler* seine Beobachterposition im Ohrensessel gegen jene am Tisch und schildert den Ablauf des Abendessens, wobei er, durch seine Beobachtungen angeregt, immer wieder in eigene Erinnerungen verfällt. Er erkennt, dass ihm sämtliche Menschen denen er früher tief verbunden war, die ihn inspiriert und beeindruckt haben, nunmehr verhasst sind und lächerlich vorkommen. Während er auf diese Weise insbesondere das Ehepaar *Auersberger* und die beiden anwesenden Schriftstellerinnen *Jeannie Billroth* und *Anna Schreker* gedanklich mit Ressentiments überschüttet, ist er gleichzeitig von seinem eigenen Verhalten angewidert. Auch für den *Burgschauspieler*, der für ihn die ohnehin jämmerliche Wiener Kunst- und Theaterszene repräsentiert, empfindet er nichts als Abneigung. Erst als dieser selbst, über eine Frage der *Jeannie Billroth* an ihn erbst, diese wörtlich angreift, gewinnt er kurz die Empathie des *Ich-Erzählers*. Dieser verlässt am Ende, aufgewühlt von den Eindrücken des Abends die Wohnung mit dem Vorsatz, sofort alles aufschreiben zu müssen.

b) Die Beschimpfungen des *Ich-Erzählers*

Sämtliche im Roman vorkommenden Personen – mit Ausnahme der verstorbenen *Joana*, die durchwegs positiv, teilweise mit Bedauern beschrieben wird – werden als dem *Ich-Erzähler* abgrundtief verhasste Menschen dargestellt. So bereitet ihm allein die Namensnennung der *Auersberger* durch Dritte Übelkeit,⁶⁵⁸ er empfindet sie als lächerlich, niederträchtig und gemein,⁶⁵⁹ ihre Wohltätigkeit entspringe nicht der Menschenliebe

⁶⁵⁸ Bernhard, Holzfällen (1983) 7.

⁶⁵⁹ Bernhard, Holzfällen (1983) 16.

sondern der Langeweile⁶⁶⁰ und überdies seien sie geschmacklose Personen ohne Sinn für Kunst, die sich vermeintlichen Künstlern wie dem Burgschauspieler anbiedern und sich als aristokratische Mäzene ausgeben.⁶⁶¹ Der *Auersberger* sei der Trunksucht verfallen⁶⁶² und habe immer wieder junge Schauspieler im Bett gehabt⁶⁶³; früher sei der Komponist für ihn der „Novalis der Töne gewesen“⁶⁶⁴, nunmehr empfindet er für ihn nur noch Verachtung und Ekel.

Die Schriftstellerin *Jeannie Billroth* schildert er als „feist, fett und häßlich“, „die sich immer als die Virginia Woolf von Wien vorgekommen ist, während sie es doch höchstens bis zu einer sentimental geschraubten Schwätzerin und ganz üblen Kitschproduzentin auf dem Papier gebracht hat“⁶⁶⁵. Die ebenfalls als Schriftstellerin ausgewiesene *Anna Schreker* hat sich seiner Meinung nach (ebenso wie ihr Lebensgefährte) an den Staatsapparat anbiedert und die Kunst und Literatur für ein paar Preise – darunter den Großen österreichischen Staatspreis – verkauft.⁶⁶⁶

Aber nicht nur die anderen Personen, auch die Stadt Wien als Zentrum von Kunst und Kultur ist Zielscheibe der Angriffe des *Ich-Erzählers*. Die „menschenfressende Großstadt“⁶⁶⁷ ist für ihn eine „fürchterliche Genievernichtungsmaschine [...] eine entsetzliche Talentezertrümmerungsanstalt“⁶⁶⁸. Das Burgtheater sieht er als theatralische Dichtervernichtungs- und Schreianstalt der absoluten Gehirnlosigkeit⁶⁶⁹.

In all diesen wortgewaltigen Ergüssen tiefster Abneigung gegen alles und jeden vergisst sich der *Ich-Erzähler* aber auch selbst nicht. So folgt des öfteren auf die hasserfüllte Beschreibung der Eigenschaften anderer sofort die eigene Zuschreibung eben dieser Eigenschaften im Superlativ. Er ekelt sich vor sich selbst noch viel mehr als vor dem

⁶⁶⁰ Bernhard, Holzfällen (1983) 97.

⁶⁶¹ Bernhard, Holzfällen (1983) 91-99

⁶⁶² Bernhard, Holzfällen (1983) zB 153.

⁶⁶³ Bernhard, Holzfällen (1983) zB 166.

⁶⁶⁴ Bernhard, Holzfällen (1983) zB 25.

⁶⁶⁵ Bernhard, Holzfällen (1983) zB 36.

⁶⁶⁶ Bernhard, Holzfällen (1983) 156-162.

⁶⁶⁷ Bernhard, Holzfällen (1983) 39.

⁶⁶⁸ Bernhard, Holzfällen (1983) 62.

⁶⁶⁹ Bernhard, Holzfällen (1983) 20.

*Auersberger*⁶⁷⁰, sieht in sich den schwächsten Charakter von allen⁶⁷¹ und schreibt sich selbst Krankheiten und Nervenkrankheiten zu⁶⁷². Er verurteilt sein eigenes Verhalten gegenüber den anderen als lächerlich und widerlich und bezeichnet es als eine Gemeinheit, aus einem Menschen jahrelang „alles herauszusaugen“, um sich dann von ihm abzuwenden und gegenteiliges zu behaupten – so wie er es sowohl mit den *Auersbergern* wie auch mit der *Jeannie Billroth* gemacht hatte.⁶⁷³ So fühlt er sich den *Auersbergern* gegenüber einerseits als Verräter, der „von ihnen alles bekommen“ hat und sie dafür „lebenslänglich mit Verachtung und Haß“ bestraft, der „ihnen alles verdankt“ und ihnen genau das nicht verzeiht⁶⁷⁴, obwohl er kurz zuvor gerade noch behauptete, nur selbst ausgenutzt und als „nährisches Mittel zum Zweck, das sie aus dieser ihrer Eehölle erretten sollte“, „skrupellos in ihre Maria Zaaler Falle gelockt“ worden zu sein.⁶⁷⁵ Diese Ambivalenz wird auf der letzten Seite des Romans noch einmal besonders deutlich, wenn der Ich-Erzähler auf dem Weg in die Wiener Innenstadt denkt, „daß diese Stadt, durch die ich laufe, so entsetzlich ich sie immer empfinde, immer empfunden habe, für mich doch die beste Stadt ist [...] und daß diese Menschen, die ich immer gehaßt habe und die ich hasse und die ich immer hassen werde, doch die besten Menschen sind, daß ich die hasse aber daß sie rührend sind, daß ich Wien hasse und daß es doch rührend ist, daß ich diese Menschen verfluche und doch lieben muß und daß ich dieses Wien hasse und doch lieben muß [...]“.⁶⁷⁶

c) *Literaturhistorischer Hintergrund und mehr oder weniger verschlüsselte Hinweise*

Thomas Bernhard verbrachte ab Mitte der 1950er Jahre immer wieder längere Zeit auf dem Anwesen des Komponisten *Gerhard Lampersberg* und seiner Frau *Maja* in Maria Saal in Kärnten. Der sogenannte „Tonhof“ war damals Treffpunkt der künstlerischen Avantgarde rund um den Wiener „Art Club“ und zog Künstler und Künstlerinnen sämtlicher Sparten an, darunter die Literaten *H. C. Artmann*, *Peter Turrini*, *Gerhard Rühm*, *Gerd Jonke*,

⁶⁷⁰ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 18.

⁶⁷¹ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 10.

⁶⁷² *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 100.

⁶⁷³ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 138.

⁶⁷⁴ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 102.

⁶⁷⁵ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 98.

⁶⁷⁶ *Bernhard*, *Holzfällen* (1983) 199.

Jeannie Ebner und *Christine Lavant*, die Komponisten *Friedrich Cerha* und *Otto M. Zykan*, den Teppichkünstler *Fritz Riedl* und die Tänzerin *Joana Thul*. Das Ehepaar *Lampersberg* förderte auf diese Weise junge aufstrebende Künstler und auf dem „Tonhof“ fanden immer wieder kleine Festivals statt, bei denen auch kurze Stücke von *Thomas Bernhard* aufgeführt wurden. Die Inszenierung seiner Dramolette „Die Erfundene“, „Frühling“ und „Rosa“ im Juli 1960 fiel allerdings nicht zu seiner Zufriedenheit aus, was vermutlich mit ein Grund für den wenig späteren Bruch mit dem Ehepaar gewesen sein dürfte.⁶⁷⁷

Es lässt sich auf keinen Fall leugnen, dass die Figuren in „Holzfällen“ gewisse Ähnlichkeiten mit einigen der genannten Personen aufweisen. Vor allem bezüglich des „Spiels mit den Namen“⁶⁷⁸ kann man tatsächlich von einer beispielhaften Verschlüsselung ausgehen. Bezüglich des Komponisten *Auersberger*, von dem im Roman gesagt wird, dass er „in einem Anfall von Gesellschaftsgrößenwahnsinn“⁶⁷⁹ die letzte Silbe seines Familiennamens „einfach abgehackt“ hat, um daraufhin nur noch *Auersberg* genannt zu werden, wird der Bezug zu seinem realen Vorbild noch deutlicher, wenn man weiß, dass auch der Komponist *Lampersberg* zuvor eigentlich *Lampersberger* hieß und dies ebenso eigenmächtig änderte.⁶⁸⁰ Die Änderung des Ortsnamens *Maria Saal* auf *Maria Zaal* entbehrt jeglichen Zweifels an einer Bezugnahme. Auch die unveränderten Vornamen der *Jeannie Billroth*, welche auf die Vorbildwirkung der *Jeannie Ebner* schließen lässt, sowie der *Joana*, welche der Tänzerin *Joana Thul* nachempfunden scheint, sind weitere deutliche Hinweise. Darüber hinaus spielt im Roman der Selbstmord der *Joana* und deren Begräbnis eine große Rolle, weshalb der Schluss naheliegt, dass *Bernhard* auf diese Weise den tatsächlichen Selbstmord der *Joana Thul* 1976 (auch im therapeutischen Sinn) verarbeitet hat. Die Ähnlichkeit der Romanfigur *Anna Schreker* mit ihrem realen Vorbild *Friederike Mayröcker* kommt zunächst durch die Erwähnung des Großen Österreichischen Staatspreises zum Ausdruck, welchen erstere im Roman, zweitens tatsächlich 1982 erhalten hat, des weiteren aber nur in Kenntnis der unveröffentlichten Erstfassung des Romans, in dem besagte Schriftstellerin noch mit *Juniröcker* benannt gewesen war.

⁶⁷⁷ Vgl. Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 210-213; *Schindlauer*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 39-31; *Bentz*, Dichtung als Skandal (2000) 56-58.

⁶⁷⁸ Siehe oben I. 1.3.

⁶⁷⁹ *Bernhard*, *Holzfallen* (1983) 92.

⁶⁸⁰ *Birkner & Mix*, Machtkämpfe in der Gesellschaftshölle (2010) 53, 54.

Auf Grund dieser Ähnlichkeiten hätten sich also einige Personen in dem Roman erkennen und auf Grund der negativen Darstellungen beleidigt fühlen können. Einige, wie die dargestellten Schriftstellerinnen *Friederike Mayröcker* und *Jeannie Ebner*, reagierten gelassen.⁶⁸¹ Letztere vielleicht auch deshalb, weil ihr selbst die Verschlüsselung als literarische Methode nicht unbekannt war; hatte sie doch kurz zuvor (1981) in ihrem Roman „Die Flötentöne“ in der Figur der *Jana* ebenso das Schicksal ihrer Freundin *Joana Thul* beschrieben, was möglicherweise auch ein Grund für den harschen Ton gegenüber ihrem fiktiven Abbild war.⁶⁸² Andere der ehemaligen „Tonhof“-Künstler äußerten sich aber verärgert über *Bernhards* Vorgangsweise: so nannte *Peter Turrini* sie eine „menschliche Sauerei“ und *H. C. Artmann* kommentierte sie öffentlich mit den Worten „Der Schmalzbauernbua aus Salzburg soll dem Lamperl a Ruah geben.“⁶⁸³ Ausgerechnet der von allen vermutlich am wenigsten bekannte Komponist *Gerhard Lampersberg*, dessen Mäzenatentum auf dem „Tonhof“ zuvor nicht einmal der literarisch interessierten Öffentlichkeit ein Begriff gewesen sein dürfte,⁶⁸⁴ und welcher bereits Anfang der 1960er Jahre ebenso in einer Schlüsselgeschichte die Beziehung zu *Thomas Bernhard* verarbeitet hatte,⁶⁸⁵ reagierte am heftigsten auf den Roman. „Die Klügeren haben sich freilich mit den Gemeinheiten erst gar nicht gemein gemacht. Sie wußten wie bei literarischen Texten die Identifizierungsmechanik abläuft: wer sich zu erkennen gibt, der ist es auch.“⁶⁸⁶

d) Die rechtlichen Folgen

Nach dem Besuch des Journalisten *Hans Haider* in Maria Saal, bei dem dieser *Gerhard Lampersberg* nicht nur auf die Realitätsbezüge in „Holzfällen“ aufmerksam gemacht, sondern ihm überdies gleich die Namen dreier möglicher Rechtsvertreter genannt hatte, wandte sich *Lampersberg* tatsächlich an einen Anwalt: *Dr. Edwin Morent* forderte daraufhin in einem Schreiben an den *Suhrkamp Verlag* unter Androhung einer Klage dazu auf, mit der Auslieferung des Buches vorerst zu warten und zu den Vorwürfen der

⁶⁸¹ *Schindlechter*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 20; *Moser*, Literaturskandal als Dialog mit der Öffentlichkeit (2009) 510.

⁶⁸² Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 216.

⁶⁸³ Zit n *Schindlechter*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 20.

⁶⁸⁴ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 210.

⁶⁸⁵ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 216.

⁶⁸⁶ Profil, 19. 11. 1984, zit n *Ruiss*, Holzfällen. Ein Nachweis (1997) 48.

Persönlichkeitsrechtsverletzung seines Mandanten Stellung zu nehmen. Dieser Forderung konnte allerdings nicht mehr nachgekommen werden, da die Auslieferung des Buches bereits einen Tag vor Eintreffen des Briefes erfolgt war.⁶⁸⁷ Am 21. August 1984 brachte *Morent* im Auftrag *Lampersbergs* daher beim LG für Zivilrechtssachen Wien eine Unterlassungsklage gegen den österreichischen Auslieferer, *Dr. Gottfried Berger* als Inhaber der Firma *Mohr* ein und beantragte zugleich eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Begehrens. Dem Antrag beigelegt waren unter anderem die „gutachterlichen“ Feststellungen des Journalisten *Haider*, der in der Folge auch als Zeuge vernommen wurde, sowie „Zitate“ einiger Textstellen in fragmentarischer und überdies teilweise unrichtiger Form. Am 27. August wurde eine bis zum Jahresende befristete einstweilige Verfügung erlassen, welche es dem Auslieferer *Mohr* untersagte, „Holzfällen“ „zu verbreiten, zu veröffentlichen und auszuliefern“⁶⁸⁸. In der Begründung wurde sowohl auf die Aussage *Haiders* verwiesen, wie auch darauf, dass „wegen Dringlichkeit der Entscheidung [...] das Einlangen der Äußerung des Antragsgegners“⁶⁸⁹ nicht abgewartet wurde.

Zu diesem Zeitpunkt waren zwei Wiener Buchhandlungen bereits beliefert worden, der Verlag hatte überdies mehrere Rezensionsexemplare an verschiedene Journalisten geschickt.⁶⁹⁰ Noch am Tag des Erlasses der einstweiligen Verfügung durch das Zivilgericht brachte *Lampersberg* daher gegen *Thomas Bernhard* eine Privatklage beim LG für Strafsachen Wien wegen Übler Nachrede und Beleidigung (§§ 111 Abs 1 u 2, 115 StGB) in Verbindung mit einem Antrag auf Entschädigung (§ 6 MedienG) sowie Beschlagnahme und Einziehung des Werkes (§§ 33, 36 MedienG) gegen den *Suhrkamp Verlag* als Medieninhaber ein.⁶⁹¹ Auch „im Strafantrag w[u]rden als inkriminierte Stellen Satzfragmente aus dem Roman angeführt“⁶⁹² und wieder waren diese teilweise unrichtig wiedergegeben.

⁶⁸⁷ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 219.

⁶⁸⁸ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 221.

⁶⁸⁹ *Ruiss*, *Holzfällen*. Ein Nachweis (1997) 46.

⁶⁹⁰ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 221.

⁶⁹¹ *Birkner & Mix*, *Machtkämpfe in der Gesellschaftshölle* (2010) 51; *Noll*, „Holzfällen“ vor dem Richter (1995) 197.

⁶⁹² Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 222.

Bereits zwei Tage später wurde dem Antrag auf Beschlagnahme des Romans stattgegeben. Die erkennende Richterin *Klatt* berief sich in ihrer Begründung auf die (unrichtig) zitierten Textstellen und die Annahme, dass im Verfahren über die Einziehung auf eine solche erkannt werden würde – was ja laut Gesetz Voraussetzung für einen Beschlagnahmebeschluss ist. Des weiteren ging sie davon aus, dass eine öffentliche Mitteilung über das anhängige Verfahren, welche in § 36 als vorrangige Maßnahme angeordnet ist, in diesem Fall nicht in Betracht komme, da diese nur bei periodischen Medien anzuwenden sei.⁶⁹³ Sie gab dem Ehrenschutz des Antragstellers *Lampersberg* Vorrang, da „ein nicht unbeträchtlicher, über die Lebensumstände des Privatanklägers hinreichend informierter Leserkreis [...] in der als ‚Auersberger‘ bezeichneten Romanfigur den Privatankläger wiederzuerkennen [vermöge] und [...] so die ehrverletzenden Beschreibungen und Wertungen des ‚Auersberger‘ auf den Privatankläger [beziehe]“ und weil sie im Übrigen der Ansicht war, dass diesem ohnehin „bloß wirtschaftliche Interessen des Beschuldigten und des Medieninhabers gegenüberstünden“⁶⁹⁴. Der Verlag legte noch am selben Tag Widerspruch ein.

Auch der Vollzug der Beschlagnahme erfolgte noch am selben Tag. Da der Auslieferer *Mohr* in der Zwischenzeit auf Drängen *Unselde*s sämtliche Exemplare, die ihm vom Verlag geliefert worden waren (2.600 Stück), bereits in Umlauf gebracht hatte, fand man im Depot selbst kein einziges Stück mehr.⁶⁹⁵ Die darauffolgende Konfiszierung der noch vorhandenen Bücher in den einzelnen Buchhandlungen geschah dann bereits unter großem Medienaufgebot. So konnte im abendlichen Fernsehen sowohl die Auslagen räumende Polizei, wie auch eine erstmalige öffentliche Stellungnahme von Verlagschef *Unselde* verfolgt werden.⁶⁹⁶

Die Medien nahmen den Fall regelrecht auseinander. Es wurde sowohl über die Identität des Klägers spekuliert – welche allerdings nicht lange geheim blieb – wie auch über jene der anderen im Roman beschriebenen Personen.⁶⁹⁷ Sämtliche Rezensionen, mit Ausnahme

⁶⁹³ OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84.

⁶⁹⁴ OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84.

⁶⁹⁵ Kommentar zu „Holzfällen“ (2007) 222.

⁶⁹⁶ *Schindlecker*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 25, 26.

⁶⁹⁷ *Ruiss*, „Holzfällen“. Ein Nachweis (1997) 48.

der einzigen noch vor der Beschlagnahme von *Karin Kathrein* verfassten⁶⁹⁸, beschäftigten sich ausschließlich mit dem Skandal um den Roman, nicht mit seinem Inhalt. Beinahe jeder hatte etwas zu dem Fall zu sagen, wobei sich die öffentlichen Stellungnahmen sowohl der Politik (ua des damaligen Bundesministers für Unterricht und Kunst *Dr. Helmut Zilk*), wie auch der IG Autoren und des Österreichischen Verlegerverbandes, entschieden gegen die Beschlagnahme richteten.⁶⁹⁹ Auch sämtliche frühere „Tonhof“-Künstler solidarisierten sich in dieser Hinsicht mit *Bernhard*. Dieser verfügte in Empörung über den Umgang des österreichischen Staates mit seinem Werk gegenüber dem *Suhrkamp Verlag* sogar ein zukünftiges Auslieferungsverbot nach Österreich.⁷⁰⁰ In seiner öffentlichen Erklärung in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* brachte er dies ebenso zur Sprache wie die Einmischung *Hans Haiders* in die Angelegenheit und bezeichnete *Lampersberg* als „in den letzten Jahrzehnten immer wieder teilentmündigt“, was ihm wegen unautorisierten Zweitabdrucks dieser Äußerung noch zwei weitere Klagen wegen Übler Nachrede einbrachte.

Für den Absatz des Buches in Deutschland entfaltete der Rechtsstreit und mediale Umgang damit aber durchaus positive Wirkung. Anfang September waren bereits mehr als 30.000 Exemplare verkauft, was sich teilweise auch durch den Andrang österreichischer Leser in den grenznahen deutschen Buchhandlungen erklärt. Ende des Monats wurde bereits der Druck des „sechzigste[n] Tausend“⁷⁰¹ vorbereitet, was die Gesamtauflagen (!) anderer bisher bei *Suhrkamp* erschienener Werke von *Thomas Bernhard* weit übersteigt.⁷⁰² Auch das internationale Interesse nahm zu; französische, italienische, schwedische und holländische Verlage kauften Auslandsrechte für „Holzfällen“.⁷⁰³

Bezüglich der Beschlagnahme legte der Vertreter *Bernhards* und des Verlags im Oktober Beschwerde gemäß § 36 (4) MedienG beim OLG Wien ein. Im Strafverfahren fand am 9. November vor der Einzelrichterin *Klatt* die Hauptverhandlung statt, in welcher erneut der Journalist *Haider* sowie auch zwei weitere Bekannte *Lampersbergs* als Zeugen gehört

⁶⁹⁸ *Kathrein*: Eine Erregung – für Wien?, in *Die Presse* (29. 8. 1984), zit n Kommentar „Holzfällen“ (2007) 257.

⁶⁹⁹ *Ruiss*, „Holzfällen“. Ein Nachweis (1997) 47.

⁷⁰⁰ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 232.

⁷⁰¹ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 228.

⁷⁰² *Ruiss*, „Holzfällen“. Ein Nachweis (1997) 52.

⁷⁰³ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 228, 229; *Ruiss*, „Holzfällen“. Ein Nachweis (1997) 51.

wurden. Da *Bernhard* selbst zum Termin nicht erschienen war, wurde die Weiterverhandlung und Entscheidung allerdings vertagt.⁷⁰⁴

Das Urteil des OLG im Verfahren über die Beschwerde über die Beschlagnahme erging am 21. Dezember 1984. Im Gegensatz zur Unterinstanz würdigte das Gericht zunächst den Kunstwerkcharakter des Romans und ging besonders darauf ein, dass hier eine Gesamtbetrachtung notwendig sei, weshalb eine beleidigende Wirkung der inkriminierten Passagen nur „in Verbindung mit dem sie einschließenden Text beurteilt werden [könne].“⁷⁰⁵ Demzufolge müsse jedem Leser, der sich „mit dem Inhalt und der Problematik des Werkes zu befassen bereit ist“ und der darin nicht bloß „nach pikant beleidigenden Passagen“ sucht, deutlich werden, dass es sich bei dem hier aufgestellten, „unüblich strengen, ja menschlich geradezu unerreichbaren Maßstab“, nach dem der Autor (sic!) seine Umwelt bewertet, um eine „nur aus der gefühlsmäßigen Zwiespältigkeit des Schildernden [sic!] verständliche, allein subjektive und damit für niemand anderen verbindliche Wertung“⁷⁰⁶ handelt. Bei einem Werk, in welchem schon als „pervers“ gelte, was „zu schön, zu glatt, zu ausgeglichen ist, was keinen Fehler aufweist, obwohl es nach der Auffassung des Autors [sic!] einen solchen haben sollte [...]“ erweise sich demnach, „daß eine vom Wortlaut der inkriminierten Textstellen ausgehende Auslegung unter Vernachlässigung des Zusammenhanges derselben im Werk bei der Erfassung ihres Sinngehaltes völlig fehlgeh[e].“ Dennoch erkannte das Gericht in einigen Textpassagen Beleidigungen, welche zumindest objektiv tatbildlich im Sinne der §§ 111, 115 StGB seien. Auf Grund der Kunstfreiheit nach Art 17a StGG könne vom Autor zwar nicht verlangt werden, „daß er bei der künstlerischen Gestaltung sein Augenmerk darauf verwendet, jeden Bezug zur Wirklichkeit unter allen Umständen derart zu vermeiden, daß kein Leser Beziehungen zwischen Figuren des Romans und lebenden Personen herstellen kann“, es wäre aber andererseits „ohne jede Beeinträchtigung irgendeiner künstlerischen Kategorie“ eine „gründliche, solche Assoziationen vermeidende Änderung von Namen und Handlungsorten“ möglich gewesen. Bei seiner Interessenabwägung kam das Gericht aber trotz allem zu dem Schluss, dass die Nachteile einer Beschlagnahme für Verlag und Autor schwerer wiegen, als die Verletzung der „nicht zu den höchsten strafrechtlich geschützten

⁷⁰⁴ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 233.

⁷⁰⁵ OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84.

⁷⁰⁶ OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84.

Rechtsgütern“ gehörenden Ehre des Privatanklägers. Unter Berichtigung der Rechtsansicht des Erstgerichts wurde im übrigen darauf hingewiesen, dass die alternative Maßnahme der Mitteilung über das anhängige Verfahren auch bei nicht-periodischen Druckwerken möglich wäre, wozu allerdings ein eigener Antrag notwendig sei. Der Beschwerde des Verlags wurde damit stattgegeben und der Beschlagnahmeantrag *Lampersbergs* abgewiesen.

Im Hauptsacheverfahren über die Privatklage einigten sich die Parteien nach mehreren Anläufen schließlich am 6. Februar 1985 in einem Vergleich. Gegen Rückziehung aller Strafanträge durch *Lampersberg* verpflichtete sich der *Suhrkamp Verlag* zur Kostenerstattung. Der Roman konnte letztlich in unveränderter Fassung in Österreich erscheinen.

e) Kritische Bemerkungen

Die bereits in den zuvor besprochenen Fällen aufgezeigten Probleme bei der rechtlichen Beurteilung von Literatur und dem öffentlichen Umgang mit diesbezüglichen gerichtlichen Auseinandersetzungen werden in dieser causa noch einmal deutlich. Dass in diesem Fall ausgerechnet ein Journalist den Anstoß für den Rechtsstreit gegeben hat, macht den Einfluss der Medien besonders brisant, und wirkt angesichts der Tatsache, dass es sich dabei um einen kunstverständigen Literaturkritiker handelte, eigentlich grotesk. Die von *Hans Haider* im Gespräch mit *Eva Schindlechter* getätigten Äußerungen, die seiner Verteidigung dienen sollten, können diesen Eindruck auch nicht mildern. Dort behauptete er einerseits, sich in einer Zwickmühle befunden zu haben, da er ohne Nennung der Namen der betroffenen Personen keine ausführliche Rezension hätte schreiben können.⁷⁰⁷ Die vorhin bereits erwähnte Rezension der – im übrigen interessanterweise damals ebenfalls für *Die Presse* schreibenden – *Karin Kathrein*, die ohne konkrete Bezugnahme auf etwaige Schlüsselfiguren „die tiefere Botschaft des Werkes“⁷⁰⁸ in den Vordergrund stellt, beweist Gegenteiliges. Andererseits gab *Haider* aber an, das Ehepaar *Lampersberg* in Maria Saal wegen einer Stellungnahme aufgesucht zu haben, „die [ihn] wieder frei gemacht hätte zum

⁷⁰⁷ *Schindlechter*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 18.

⁷⁰⁸ *Kathrein*: Eine Erregung – für Wien?, in *Die Presse* (29. 8. 1984) zit n Kommentar „Holzfällen“ (2007) 257.

Schreiben“⁷⁰⁹, was wiederum nicht dazu passt, dass er die im Buch vermeintlich dargestellten Personen eigentlich nicht preisgeben wollte.

Der Umgang der Gerichte mit diesem Fall bringt die Problematik der Beweiswürdigung besonders deutlich zur Veranschaulichung. Die mit der Beschlagnahme befasste Einzelrichterin der ersten Instanz begründete ihre Entscheidung mit der beleidigenden Wirkung einzelner Textfragmente, die ihr im Strafantrag vorgelegt worden waren. Ob ihr darüber hinaus ein Gesamtexemplar des Textes zur Verfügung stand, kann an dieser Stelle nicht hinreichend geklärt werden, da sich diesbezüglich gegenteilige Aussagen *Unselds* und *Morents* gegenüberstehen.⁷¹⁰ Tatsache ist aber, dass die Richterin in ihrer Begründung lediglich die im Strafantrag zitierten Textstellen unter Übernahme der dort enthaltenen Abweichungen vom Original wiedergeben hat. Dies ist dadurch belegt, dass der Lektor des *Suhrkamp* Verlags die im Gerichtsbeschluss angeführten Zitate mit dem Originaltext verglichen und dabei festgestellt hat, dass diese nicht nur teilweise unrichtig oder aus dem Zusammenhang gerissen waren, sondern zwei dieser Textstellen überhaupt nicht auf die Figur des *Auersberger* bezogen waren.⁷¹¹ Dies deutet darauf hin, dass die erkennende Richterin den diese Stellen umgebenden Text und damit das Gesamtwerk nicht berücksichtigt hat. Diese Vorgehensweise ist in Hinblick auf die Folgen der Entscheidung, also die Beschlagnahme des bereits ausgelieferten Buches unter gewaltiger medialer Aufmerksamkeit, die so nicht mehr rückführbar ist, vollkommen unbegreiflich. Der hier stattgefundenen Vorverurteilung eines Autors und seines Romans, der an dieser Stelle noch nicht einmal als Kunstwerk angesehen und Art 17a damit gleichsam *übersehen* wurde, kann nur Unverständnis entgegengebracht werden. Ebenso wenig kunstgerecht ist das Abstellen auf einen Leserkreis, der „mit den Lebensumständen des Privatanklägers hinreichend vertraut“ ist. Zum einen wird auch hier die Identität von *Lampersberg* und *Auersberger* einfach vorausgesetzt und darüber hinaus angenommen, dass auch sämtliche Leser diesem Rezeptionsmuster folgen würden. Eine dem künstlerischen Charakter des Werks gegenüber aufgeschlossene Lektüre wird somit gar nicht in Erwägung gezogen. Zum anderen wird der sprachlichen Gestaltung des Werks durch den Verzicht auf eine Gesamtbetrachtung keinerlei Beachtung geschenkt. Wäre dies der Fall, müsste man der

⁷⁰⁹ *Schindlecker*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 19.

⁷¹⁰ *Schindlecker*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 16, 17.

⁷¹¹ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 225, 226.

Möglichkeit der Wiedererkennbarkeit entgegenhalten, dass der den ganzen Roman durchziehende Übertreibungsstil jeder Leserin auffallen muss. Würde man die Ausführungen des dtBGH zu „Mephisto“ nun auf diesen Fall übertragen, wäre die dort vom Gericht geforderte „satirische oder sonstige Übertreibung“⁷¹² meines Erachtens hier mehr als ausreichend vorhanden, um auch die negative Zeichnung der Figur wieder zu relativieren. Gerade ein vorinformiertes Publikum würde dann aber umso weniger auf die Wahrheit der Äußerungen schließen. Die Argumentation, dass sich in der Abwägung in diesem Fall die Ehre des Antragstellers und „bloß wirtschaftliche Interessen“ des Autors und Verlages gegenüberstünden, macht ohnehin fassungslos.

Zur Entscheidung des OLG ist zunächst zu sagen, dass hier immerhin der Kunstwerkcharakter des Romans wie auch die verfassungsrechtliche Kunstfreiheitsgarantie berücksichtigt wurde. Doch obwohl das Gericht den Beschlagnahmebeschluss letztlich aufgehoben und dem literarischen Interesse hier den Vorzug gegeben hat, ist auch hier eine Unstimmigkeit in der Argumentation festzustellen, die bisher in sämtlichen dargestellten Fällen juristischer Auslegung von Romaninhalten zu verzeichnen war. Es ist dem Gericht nicht gelungen den für die (straf-)rechtliche Beurteilung eines fiktionalen Textes notwendigen Zwischenschritt zu setzen, und diesen auf eine Ebene mit sonstigen rechtlich relevanten Sachverhalten zu bringen.⁷¹³ Dies kommt vor allem dadurch zum Ausdruck, dass in der Auslegung sämtlicher Gedanken des *Ich-Erzählers* der *Autor* als Träger dieser Gedanken angeführt wird, worauf ich bereits zuvor hingewiesen habe. Da ist die Rede von dem „in einem Ohrensessel hinter der Türe des Vorzimmers [...] die erscheinenden Gäste beobachtende[n] *Autor*“, von der „Ablehnung der Bekleidungsgehnheiten des ‚Auersberger‘ durch den *Autor*“ und dem Ekel über das Verhalten des Auersberger, „der von jenem Ekel noch übertroffen wird, den der Beobachtende (*der Autor*) [...] über sein eigenes Verhalten empfindet“.⁷¹⁴ Träfen diese Formulierungen wirklich zu, wäre es also *Thomas Bernhard* selbst gewesen, der bei diesem künstlerischen Abendessen bei den *Auersbergern* im Ohrensessel saß und dachte. Dann hätten wir es bei „Holzfällen“ mit einem reinen Tatsachenbericht zu tun und der Autor wäre mit dem Ich-Erzähler

⁷¹² Siehe oben III. 2.6.

⁷¹³ Siehe dazu bereits oben zum Fall „Esra“ III. 4.5. g.

⁷¹⁴ OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84; siehe dazu auch *Noll*, „Holzfällen“ vor dem Richter (1995) 202.

gleichzusetzen, weshalb seine Äußerungen dann vermutlich wirklich als sowohl objektiv wie subjektiv tatbestandsmäßige Beleidigungen einzustufen wären.

Dieses bereits zuvor bezüglich des Verfahrens zu „Die Ursache“ erwähnte Phänomen der Vermischung realer und fiktiver Figuren und Handlungen ist nun entweder auf das Unvermögen von Juristen zurückzuführen, zwischen diesen zu unterscheiden, oder es ist vielleicht auch nur ein Ausdruck dieses schwierigen Unterfangens, fiktive Handlungsabläufe zu kriminalisieren und in der Begründung den Faden nicht zu verlieren. Vielleicht ist es aber auch nur ein Versehen. Nichtsdestotrotz bleibt bei der Beurteilung von Äußerungen, die ein Schriftsteller seinen Romanfiguren in den Mund legt immer noch die Frage offen, inwieweit diese als tatsächliche Beleidigungen gegenüber realen Personen gewertet werden können. Hier kann ich mich der Auffassung des Gerichts nur anschließen, dass derartige Äußerungen ohne entsprechende Berücksichtigung des Kontexts sachgemäß und vor allem kunstgerecht nicht beurteilt werden können.

Was meines Erachtens aber immer noch zu wenig dargelegt wurde, ist, dass es sich hier um einen Text handelt, der ganz Abgesehen von wüsten Beschimpfungen vor allem von einzigartiger Sprachgewalt ist. Der Text ist dominiert von einem Spiel mit der Sprache, die endlosen Schachtelsätze mit ihren unzähligen Repetitionen drängen die Realitätsbezüge in den Hintergrund. Darüber hinaus bietet er aber auch inhaltlich viel mehr Auslegungsmöglichkeiten als die reine Suche nach dem *who is who*. Alleine aus den Ausführungen des *Ich-Erzählers* auf den Seiten 64 und 65 des Romans, in denen er sich selbst als widerwärtig beschreibt, weil er das Begräbnis seiner Freundin *Joana* zum Anlass genommen hat, um sämtliche anwesenden Trauergäste und ehemaligen Freunde innerlich abzuwerten und schlecht zu machen, ließe sich beispielsweise interpretieren, dass sich der *Ich-Erzähler* hinter seinen Schimpftiraden versteckt, um seine insgeheime Trauer über den Verlust einer ihm nahestehenden Person oder vielleicht auch aller ihm jemals nahestehenden Personen nicht zugeben zu müssen. Ob diese Auslegung letztlich zutrifft oder nicht, ist dabei nicht von Belang, es zählt allein, dass sie möglich ist. Die sprachliche Gestaltung des Textes, die aus ihr spürbare Ambivalenz des *Ich-Erzählers* bezüglich seiner Empfindungen sich selbst und seiner Umwelt gegenüber erlauben viele Auslegungsmöglichkeiten. Diese vielseitige Interpretationsfähigkeit des Textes ist es auch, die eine einseitige Gegenüberstellung mit realen Sachverhalten nicht nur schwierig,

sondern meines Erachtens unmöglich macht und eine Bezugnahme auf reale Gegebenheiten eigentlich verbietet. Und selbst wenn der autobiographische Hintergrund von *Bernhards* und *Lampersbergs* zerbrochener Freundschaft in diesen Roman eingeflossen ist und der Autor hier wahre negative Empfindungen verarbeitet hat, so steht die künstlerische Gestaltung und stilistische Bearbeitung möglicher realer Impulse meines Erachtens doch klar im Vordergrund.

Den Vorhalten des Gerichts betreffend die zumutbare Verfremdung der Figuren und Handlungsorte muss ich demgegenüber zustimmen. Auch ich bin der Meinung, dass vor allem die deutliche Ähnlichkeit der verwendeten Namen vermeidbar und in Anbetracht möglicher rechtlicher Untersuchungen ratsam gewesen wäre. Dies dürfte *Thomas Bernhard* auch selbst klar gewesen sein, da er seinem Verleger *Unseld* zufolge, diesem gegenüber sogar das „heikle Thema justiziabler Stellen“ selbst angesprochen hat.⁷¹⁵ Dass er diese dennoch weitgehend beibehielt lässt nur den Schluss zu, dass er in der Absicht gehandelt hat, zumindest den Beschriebenen selbst die Identifizierung zu ermöglichen. Dies bestätigte er in einem Interview mit *Krista Fleischmann* auch mit den Worten „Na, sie sollen sich ja wiedererkennen, obwohl sie alle andere Namen haben. Der Außenstehende weiß nicht, wer es ist, der Betroffene weiß hundertprozentig, dass er's ist, wenn er sich betroffen fühlt.“⁷¹⁶ Wie bereits im Fall *Maxim Biller* muss ich daher auch hier ein Verhalten feststellen, welches dem Autor tatsächlich vorwerfbar ist und auch von der Kunstfreiheit nicht mehr gedeckt sein kann. Diese wäre durch eine etwas ausgeprägtere Verschleierung noch nicht eingeschränkt gewesen und auch die Struktur des Romans hätte darunter nicht gelitten. Wie im Fall „Esra“ hätte es so auch hier keineswegs gestört, wenn *Anna Schreker* im Roman nicht unbedingt mit dem tatsächlich existierenden „Großen Österreichischen Staatspreis“ ausgezeichnet worden wäre oder im Ortsnamen Maria Saal vielleicht mehr als nur ein Buchstabe ausgetauscht worden wäre.

Dennoch war in diesem Fall, wie vom OLG letztlich auch erkannt, die Beschlagnahme des Romans eine absolut unangemessene Sanktion und hat – wie auch in sämtlichen anderen Fällen – dem angestrebten Ziel nicht dienen können. Der zuvor unbekannte Komponist *Lampersberg* war durch das Medieninteresse plötzlich bekannter als je zuvor, aber eben

⁷¹⁵ Kommentar „Holzfällen“ (2007) 208.

⁷¹⁶ Zit. n. *Weidermann*, Wie wahr darf Kunst sein?, in FAZ (3. 6. 2007) 35.

leider nicht durch seine eigene künstlerische Tätigkeit, sondern wegen der Kriegsführung gegen die eines anderen. Der eigentliche Wert der literarischen „Erregung“ ist durch die reine Besprechung der außerliterarischen Erregung völlig untergegangen und hat den Roman kurzfristig zu einer Klatsch- und Tratschgeschichte degradiert. Dem Ehreenschutzinteresse *Lampersbergs* hätte meines Erachtens eine außergerichtliche Verständigung über etwaige Änderungen eher entsprochen, als der aus der Klage und Beschlagnahme hervorgegangene Skandal. Vielleicht hätte er von vornherein den Weg der künstlerischen Revanche wählen sollen, den er dann im Frühjahr 1987 gewählt hat. Seine in 500 signierten Exemplaren erschienene Publikation „Perturbation“, auf deren Umschlag ein zerschnittenes Exemplar von „Holzfällen“ abgebildet war⁷¹⁷, konnte dessen Wirkung dann aber nicht mehr schmälern.⁷¹⁸

4.2. David Schalkos „Weiße Nacht“ zwischen Schlüsselroman und Satire

a) Inhaltliches

Im September 2009 erschien im Czernin Verlag *David Schalkos*, am Umschlag als „Roman“ ausgewiesenes Buch „Weiße Nacht“. Es beginnt mit einer Begegnung des Protagonisten *Thomas* mit einer von ihm schon länger verehrten männlichen Führerfigur, die namentlich nicht näher benannt wird. Dieser „moderne Messias“ kann Wunder vollbringen⁷¹⁹ und mit Tieren sprechen.⁷²⁰ Er wird nicht nur von seinen näheren Gefolgsleuten wie dem *Prinz*, *Dolly*, dem *Professor*, *Gevatter Hump* oder seinem Chauffeur *Feuerhand* angebetet, sondern von sämtlichen Menschen als gottähnliches Oberhaupt betrachtet. Immer wieder tauchen Anspielungen auf biblische Erzählungen auf. Auch *Thomas* nimmt er in seinen engeren Kreis auf, entwickelt zu ihm aber eine besondere Beziehung, die teilweise auch homoerotische Züge annimmt. *Thomas* lernt auch *seine* Familie, die Zwillinge *Crystal Liberty* und *Chelsea Morning* (am Ende stellt sich allerdings heraus, dass es sich um nur eine Tochter handelt, deren zwei Gesichter *Thomas* aber in Gestalt zweier verschiedener Mädchen wahrnimmt) sowie die *Landesmutter* kennen, die

⁷¹⁷ N. N., Revanche für Holzfällen, in *Der Spiegel* 16 (1987) 214.

⁷¹⁸ *Schindlecker*, Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals (1987) 36.

⁷¹⁹ *Schalko*, *Weiße Nacht* (2009) 11.

⁷²⁰ *Schalko*, *Weiße Nacht* (2009) 8.

ihn in die wichtigsten Rituale wie das Jagen oder die Vorbereitung der „Kathartischen Feuer“ einführt. Eines *seiner* größeren Projekte, die Operation „Endless Summer“ wird zu einem großen Erfolg, der alle Menschen in einen Freudentaumel versetzt. Gleichzeitig zehren davon aber auch *seine* Kräfte und auch *er* ist vor Feinden nicht sicher. In einem weiteren okkulten Zeremoniell wird deshalb aus vielen Kandidatinnen eine Frau ausgewählt, der die Ehre zuteil werden soll, das „Gefäß“ für den nächsten Auserwählten sein zu dürfen. *Thomas* merkt, dass das Ende seines Angebeteten nahe ist. Er wird in die „Akademie“ aufgenommen, was sich dort abspielt bleibt allerdings geheim. Am Ende findet die „Weiße Nacht“ statt. Der vermeintlich durch einen Unfall umgekommene Heiland wird verabschiedet, gleichzeitig wird der neue Messias geboren.

Die bereits erwähnten Namen der Romanfiguren deuten schon darauf hin, tatsächlich handelt es sich bei „Weiße Nacht“ aber insgesamt um eine sehr phantasievolle Geschichte. Nicht nur, dass hier ein Wunderheiler am Werk ist und sich Menschen in Hirschen und Löwen verwandeln können, die Erzählung ist geprägt von Esoterik und Übersinnlichem, die Sprache lebt von Kitsch und naiver Romantik. Es ist ganz klar, dass hier eine Welt beschrieben wird, die es so nicht gibt. Und trotzdem hat sich jemand in der Figur des *Thomas* wiedererkannt.

b) Politische Hintergründe

Die Handlung selbst deutet vorerst vielleicht nicht unbedingt darauf hin, dass es sich bei „Weiße Nacht“ um eine Politsatire handelt, es sind vielmehr die Paratexte und Erklärungen des Autors selbst, die dies deutlich machen. Laut *David Schalko* entstand das Buch in Reaktion auf politisch motivierte Vorkommnisse anlässlich des Unfalltodes des langjährigen FPÖ- bzw späteren BZÖ-Chefs und Kärntner Landeshauptmanns *Jörg Haider* am 11. 10. 2008. Die Kabarettisten *Dirk Stermann* und *Christoph Grisse* hatten sich in ihrem Late-Night-Programm „Willkommen Österreich“ über den „an Heiligenverehrung grenzenden“⁷²¹ *Haider*-Kult lustig gemacht, der damals in Kärnten ausgebrochen war und dafür die Forderung nach einem ORF-Auftrittsverbot samt Morddrohungen kassiert. Als

⁷²¹ *Wallnöfer*, Petzner gegen Schalko, in Die Presse (18. 2. 2010).

Produzent dieser Sendung verteidigte *Schalko* in der Folge bei der Fernsehdiskussion „Im Zentrum“ die Aussagen der Moderatoren und das demokratische Recht auf Satire⁷²².

Die öffentlichen Trauerbekundungen zum Tod von *Jörg Haider* waren sowohl von Seiten der Kärntner Politik wie auch der Bevölkerung von besonderer Intensität gewesen. Einer, der zu dieser Zeit öffentlich besonders laut trauerte, war *Haiders* damaliger Pressesprecher *Stefan Petzner*, der ihn mehrmals in Pressekonferenzen und Interviews unter Tränen als seinen „Lebensmenschen“ bezeichnete und dadurch wilde Spekulationen über *Haiders* sexuelle Orientierung auslöste. Diese zweifellos echten und scheinbar schwer zu verbergenden Gefühlsausbrüche machten den designierten Nachfolger *Haiders* äußerst angreifbar, vor allem für Medien, Kabarett und eben *David Schalko*.

c) *Erkennbare Details*

Wenn nun im Klappentext von „Weiße Nacht“ einleitend der Satz „Stell dir vor, du findest ihn. Den einen. Deinen Lebensmenschen.“ zu lesen ist und der Roman in der Folge noch als „ein Buch über zwei politische Lebensmenschen“ vorgestellt wird, so bekommt man nach den vorigen Ausführungen bereits eine Ahnung welche realen Personen hier als Vorbilder gedient haben könnten. Im Handlungsverlauf tauchen dann vereinzelt noch mehr Hinweise auf. So erfährt die Leserin, dass der Protagonist *Thomas* bei seiner Großmutter aufwuchs und von ihr *Flocke* genannt wurde, dass dem *Erlöser* zufolge die Farbe seiner Seele Türkis und sein Lieblingstier der Delfin ist⁷²³, welchen er sich dann auch auf den linken Unterbauch tätowieren lässt⁷²⁴. Des Weiteren stellt sich *Thomas* jeden Morgen in die Sonne und kann „dabei zusehen, wie sich die Farbe der Haut verändert [...]“⁷²⁵.

Wer schon einmal ein Foto oder eine Videoaufnahme von *Stefan Petzner* gesehen hat, dem ist zuerst vermutlich seine ganzjährige Urlaubsbräune ins Auge gesprungen, die sich laut seiner eigenen Aussage auf regelmäßige Solariumbesuche zurückführen lässt. Weiters machte der BZÖ-Politiker durch ein im Kärntner Szenemagazin „Monat“ veröffentlichtes Foto auf sich aufmerksam, welches ihn mit nacktem Oberkörper und gut sichtbarem

⁷²² *Wallnöfer*, Petzner gegen Schalko, in Die Presse (18. 2. 2010).

⁷²³ *Schalko*, Weiße Nacht (2009) 7

⁷²⁴ *Schalko*, Weiße Nacht (2009) 24.

⁷²⁵ *Schalko*, Weiße Nacht (2009) 9.

Delfin-Tattoo zeigte.⁷²⁶ In verschiedenen Interviews (ua mit der „Krone“ und dem „Wiener“) hat *Petzner* überdies Türkis als seine Lieblingsfarbe sowie „Flocke“ als sein Lieblingswort angegeben.⁷²⁷ Es handelt sich hier also um Tatsachen, die er selbst an die Öffentlichkeit gebracht hat und die somit jedem, der Kenntnis davon genommen hatte, bei der Lektüre des Buches als Parallelen auffallen konnten.

Auch bezüglich der von *Thomas* im Buch verehrten Führerfigur finden sich einige Details, die mit realen Gegebenheiten aus dem Leben des verstorbenen *Jörg Haider* übereinstimmen bzw auf eine Verschlüsselung hindeuten. Einer der Handlungsorte im Roman wird als „Tal der Wölfe“ bezeichnet, wo *er* gemeinsam mit der *Landesmutter* lebt. *Jörg Haider*s Familienwohnsitz war im Kärntner Barental gelegen. Weiters wird das Alter des fiktiven *Erlösers* mit 57⁷²⁸ und ein Unfall als offizielle Todesursache angegeben, wobei vor allem *Thomas* vermutet, dass eigentlich die „Ostküste“ dahintersteckt. Auch in *Haider*s Fall, der bei seinem Ableben 58 Jahre alt war, wurde medial über die genaue Ursache und den Hergang des Unfalls spekuliert und vor allem *Petzner* äußerte mehrmals öffentlich seinen Verdacht bezüglich eines Fremdverschuldens. In einem Interview mit der Zeitung „Österreich“ gab er an, dass *Haider* kurz vor seinem Tod der einzige österreichische Politiker gewesen sei, der genaue Informationen über die Ausmaße der Banken- und Finanzkrise, insbesondere über deren Hauptakteure, „die an der Ostküste und sonst wo sitzen“⁷²⁹, gehabt hätte.

d) Der Rechtsstreit um „Weiße Nacht“

Auf die dargestellten Parallelen stützte sich auch die rechtliche Vertretung *Stefan Petzners*, als sie am 10. 12. 2009, also etwas mehr als zwei Monate nach Erscheinen des Romans, einen Antrag auf Entschädigung nach § 7 MedienG gegen den publizierenden *Czernin* Verlag beim LG für Strafsachen Wien einbrachte. Durch die äußerlichen Beschreibungen und die Verwendung des Begriffes „Lebensmensch“, welcher laut Strafantrag von *Petzner* anlässlich des Todes von *Jörg Haider* „kreiert“ worden sei – *Thomas Bernhard*, der diesen

⁷²⁶ N. N., „Monat“-Foto im Zentrum einer skurrilen Klage.

⁷²⁷ *Schachinger*, Klagenhagel im Tal der Wölfe, in *Der Standard* (15. 1. 2010); Strafantrag an das LG f Strafsachen Wien, 4.

⁷²⁸ *Schalko*, *Weiße Nacht* (2009) 10.

⁷²⁹ N. N., *Petzner bricht sein Schweigen*, Interview mit „Österreich“ (27. 6. 2009).

Ausdruck in Bezug auf seinen Großvater *Johannes Freumbichler* sowie seine langjährigen Vertraute *Hedwig Stavianicek* verwendet und damit geprägt hatte, wäre damit wohl weniger einverstanden gewesen – sei die Erkennbarkeit des Antragstellers jedenfalls gegeben. Darüber hinaus wurde noch auf eine Textstelle des Romans verwiesen, in der ein bekanntes Lied von *Udo Jürgens* zitiert wird („Und immer wieder geht die Sonne auf“),⁷³⁰ was als weiterer Hinweis auf den Antragsteller gedeutet werden könne, da dieser ein bekennender Fan dieses Musikers sei und über ihn sogar eine wissenschaftliche Arbeit verfasse, was allgemein bekannt sei.⁷³¹ So viel zur Erkennbarkeit.

Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs des Antragstellers nach § 7 MedienG sahen seine Anwälte durch einige Passagen verwirklicht, in denen „Behauptungen“ aufgestellt würden, wobei im Antrag selbst noch nicht darauf eingegangen wurde, welchen Inhalt diese hätten. Auszugsweise handelte es sich dabei um folgende Textstellen:

„Thomas, komm her. Beweg Dich [sic!] mit mir. Unsere stöhnenden Flügelschläge waren synchron.“ (Seite 9f)

Wir umarmten uns und tanzten slow (Seite 15)

Plötzlich hielt er inne, schüttelte den Kopf und kam ganz langsam näher. Wie ein Fuchs, der hinter seinem Bau hervorlugte. Er näherte sich meinem Ohr, hielt die Nase nur einen Hauch entfernt. Ich konnte seinen warmen Atem spüren. Wie ein sanfter Wellengang am See. Lebkuchen. Und er flüsterte: ‚Eternity, Thomas‘ (Seite 23) [...]“⁷³²

In der darauffolgenden Korrespondenz der Rechtsvertreter wurde von Seiten des Verlags zunächst die Erkennbarkeit des Antragstellers außer Streit gestellt,⁷³³ gleichzeitig aber darauf hingewiesen, dass diese bei einem satirischen Roman wie „Weiße Nacht“ Voraussetzung dafür sei, „[u]m gewisse politische Verhältnisse satirisch behandeln zu können, sonst würde das Genre politische Satire ja keinen Sinn machen.“⁷³⁴ Weiters wurden die vom Antragsteller als „Behauptungen“ vorgebrachten Textpassagen als eindeutige „satirische Überhöhungen“ ausgewiesen, „die auf literarisch-künstlerische Art

⁷³⁰ *Schalko*, *Weiße Nacht* (2009) 39, 40.

⁷³¹ Strafantrag an das LG f Strafsachen Wien, 5.

⁷³² Strafantrag an das LG f Strafsachen Wien, 6.

⁷³³ Äußerung der Antragsgegnerin zum Strafantrag, 2.

⁷³⁴ Äußerung der Antragsgegnerin zum Strafantrag, 2.

versuchen, ein politisches Phänomen greifbar zu machen. Unter anderem das des kritiklosen Anschlusses an eine messianistische Führerfigur, die mit billigen Stehsätzen aus der Esoterik versucht, die Massen und sein [sic!] Umfeld zu begeistern.“⁷³⁵ Diese Überhöhung, die auch durch das Stilmittel einer „Persiflage der nationalsozialistischen Belletristik der 20er Jahre“ zum Ausdruck komme, sei als Kritik an „männerbündlerische[n] Phänomene[n]“, der „Vermengung von medialem Charisma, Esoterik, weltverschwörerischer Mythenbildung und rechter Selbstdarstellungsästhetik im Sinne von Körperkult und Masseninszenierung“⁷³⁶ zu verstehen. Die inkriminierten Textstellen seien sowohl von der Kunst- wie auch der Meinungsfreiheit gedeckt und könnten vor allem deshalb keine bloßstellende Wirkung entfalten, weil die darin aufgegriffenen Tatsachen vom Antragsteller selbst bereits verbreitet worden waren und durch die Einbettung in einen deutlich fiktionalen Kontext lediglich der satirische Effekt erzielt werde. Der Antragsteller müsse es sich als Person des öffentlichen Lebens „gefallen lassen, dass seine Biographie und seine öffentlichen Äußerungen kommentiert bzw. karikiert werden.“⁷³⁷

In der darauffolgenden Replik von Seiten des Antragstellers wurden nunmehr die vorgehaltenen Behauptungen dahingehend konkretisiert, dass diese darauf abzielen würden, der Antragsteller hätte ein sexuelles Verhältnis mit *Jörg Haider* gehabt. Dies sei ein „gravierende[r] Eingriff in höchstpersönliche Rechte/Bereiche des Antragstellers“⁷³⁸, welche weder von der Freiheit der Kunst noch der der Meinungsäußerung gedeckt sein könnten. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass in diesem Fall ohnehin nicht Unterlassung, sondern lediglich die medienrechtliche Entschädigung begehrt würde, wodurch kein Eingriff in die Kunstfreiheit vorliege. Der Anspruch wäre überdies nur gegen den „im Wirtschaftsleben tätige[n] Verlag, der an Auflagenstärken und Umsatzmaximierung interessiert [sei]“⁷³⁹ und nicht gegen den Autor gerichtet. In der Folge wurde von *Petzners* Anwälten zur Unterstützung ihrer Argumentation „[e]in durchaus äußerst ähnlicher Fall“⁷⁴⁰ angeführt, in dem die Verletzung der Intimsphäre durch ein

⁷³⁵ Äußerung der Antragsgegnerin zum Strafantrag, 2.

⁷³⁶ Äußerung der Antragsgegnerin zum Strafantrag, 3.

⁷³⁷ Äußerung der Antragsgegnerin zum Strafantrag, 4.

⁷³⁸ Replik des Antragstellers, 3.

⁷³⁹ Replik des Antragstellers, 3.

⁷⁴⁰ Replik des Antragstellers, 4.

literarisches Werk von höchstgerichtlicher Seite festgestellt worden war: „Esra“. Die darin vorgebrachten Argumente könnten auf den hier vorliegenden Fall übertragen werden. Wenn es im Fall „Esra“ „unzulässig gewesen war, über eine tatsächliche Liebesbeziehung zu berichten [sic!], so [müsse] es umso mehr unzulässig sein, über eine nicht einmal bestehende Liebesbeziehung dem Leser erkennbar zu Lasten des Antragstellers zu suggerieren, dass es eben eine solche Liebesbeziehung – wie sie in den Einzelheiten laut den inkriminierten Teilen [...] geschildert werden – gegeben hätte.“⁷⁴¹ Im Übrigen wurde mit diesem Schriftsatz auch ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit gemäß § 8a (2) MedienG eingebracht.

Die Hauptverhandlung fand am 19. 2. 2010 tatsächlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, was von der rechtlichen Vertretung des Verlags als „eine grobe Beeinträchtigung der Rechtsstaatlichkeit“⁷⁴² kritisiert wurde. Die Einzelrichterin wies in der Hauptverhandlung zunächst die beantragte Vernehmung *Petzners* als Zeugen mit der Begründung ab, dass sie ohnehin von der Erkennbarkeit seiner Person in dem Roman ausgehe und eine weitere Beweisführung in diesem Punkt daher nicht mehr notwendig sei. In ihrer noch am selben Tag ergehenden Entscheidung wurde auch sein Antrag auf Entschädigung nach § 7 (1) MedienG abgewiesen. Darin schloss sich die Richterin weitgehend der Argumentation des Antragsgegners an und führte aus, dass der durchschnittliche Leser jedenfalls erkenne, dass es sich bei dem Roman um eine „fantastische Erzählung“⁷⁴³ handle, welche von „absurden Elementen“ lebe und auch bei der Herstellung von Querverbindungen mit dem Antragsteller nicht als eine „biographische Abhandlung“ seines Lebens zu betrachten sei.⁷⁴⁴ Der als Maßstab herangezogene „Durchschnittsleser“ wurde in der Folge noch näher konkretisiert: dabei handle es sich um einen „der Materie verständnisvoll gegenüberstehenden“ Leser, welcher „bereit ist, sich mit dem Gebotenen geistig zu befassen und sich nicht darauf beschränkt, Pointen herauszugreifen und sich an diesen völlig losgelöst von ihrem textlichen und inneren Zusammenhang in einfältiger Weise zu ergötzen.“⁷⁴⁵ Diese Anschauung wurde bereits im Fall „Holzfällen“ vom OLG Wien

⁷⁴¹ Replik des Antragstellers, 7.

⁷⁴² Zit. n. N. N., Stefan Petzner blitzt mit Klage gegen Buch von David Schalko ab, derStandard.at (19. 2. 2010).

⁷⁴³ LG f Strafsachen Wien 19. 2. 2010, 92 Hv 122/09y, 10.

⁷⁴⁴ LG f Strafsachen Wien 19. 2. 2010, 92 Hv 122/09y, 11.

⁷⁴⁵ LG f Strafsachen Wien 19. 2. 2010, 92 Hv 122/09y, 16, 17.

vertreten. Weiters ging die Richterin davon aus, dass eine Bezugnahme auf die Realität aus der von der Kunstfreiheit umfassten Freiheit der Themenwahl und -gestaltung ableitbar sei und sowohl das Stilmittel der Übertreibung als auch die Auseinandersetzung „mit dem Phänomen des kritiklosen Anschlusses an eine als messianistisch empfundene ‚Führerfigur‘“⁷⁴⁶ hinreichend zum Ausdruck kommen würden. *Stefan Petzner* ging in Berufung.

Dieser Berufung wurde vom OLG Wien am 13. 9. 2010 nicht Folge gegeben. Der erkennende Senat schloss sich der Argumentation der ersten Instanz inhaltlich zur Gänze an. Im Besonderen gingen die Richterinnen und Richter noch darauf ein, dass der Vergleich mit der vom Antragsteller vorgebrachten deutschen Entscheidung zu „Esra“ hier sein Ziel verfehle, da dort eine Nahebeziehung des Autors mit der Klägerin bestanden hätte – wobei das OLG allerdings irrtümlich von einer Ehe ausging – welche in diesem Fall nicht vorliege.⁷⁴⁷

Zu diesen Entscheidungen ist zu sagen, dass sie meine Rechtsansicht zu diesem Fall weitgehend bestätigen. Auch ich bin der Meinung, dass die Fiktionalität des Romaninhalts so stark zum Ausdruck kommt, dass die Erkennbarkeit des bzw der Vorbilder lediglich karikierende Wirkung entfaltet und keineswegs der Eindruck entsteht, dass hier reale Handlungen wiedergegeben würden. Wie die Gerichte zutreffend festgestellt haben, handelt es sich bei *Stefan Petzner* um eine Person der Öffentlichkeit und schon deshalb muss hier die Toleranzgrenze höher angesetzt werden. Darüber hinaus ist aber noch darauf hinzuweisen, dass sämtliche der von *David Schalko* aufgegriffenen Merkmale von dem Politiker selbst durch Fotos oder Interviews publik wurden und sogar die öffentlichen Spekulationen über seine Beziehung zu seinem politischen Mentor von ihm selbst durch sehr emotionsgeladene Fernsehauftritte ausgelöst wurden – ein „gefundenes Fressen“ für jeden Satiriker und Kabarettisten. Natürlich muss zwar auch Personen der Öffentlichkeit ein gewisser Schutz ihrer Privat- und Intimsphäre zugestanden werden, in diesem Fall sehe ich jedoch vor allem durch die absurden Schilderungen, die teilweise schon ins märchenhafte gehen, keine dieser Sphären verletzt. Im Übrigen halte ich den Vorwurf, dass in einem Roman „Behauptungen“ aufgestellt würden eigentlich für einen Widerspruch in

⁷⁴⁶ LG f Strafsachen Wien 19. 2. 2010, 92 Hv 122/09y, 18.

⁷⁴⁷ OLG Wien 13. 9. 2010, 18 Bs 153/10x.

sich. Dafür müsste sich wohl aus eindeutigen und nachprüfbaren Aussagen ergeben, dass es sich um einen reinen Tatsachenbericht und nicht um ein fiktionales Werk handelt. Für einen Roman gilt aber zunächst immer noch die Vermutung der Fiktionalität und gerade bei „Weiße Nacht“ dürfte wohl kaum der Eindruck entstehen, der Autor habe auch nur irgendeine der beschriebenen Handlungen selbst beobachtet.

Dem von den Gerichten angewendeten Maßstab des „Durchschnittslesers“, der wohl auch dem von den Gutachtern im Fall „Esra“ vorgeschlagenen „idealen Leser“⁷⁴⁸ gleichkommt, sowie den Ausführungen zu einer grundsätzlich von der Kunstfreiheit gedeckten Anknüpfung an die Realität kann ich mich nur anschließen.

Der Abhaltung der Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stehe ich positiv gegenüber und kann an dieser Stelle auf meine Ausführungen im Fall „Esra“ verweisen. Ich sehe dies als eine geeignete Vorsichtsmaßnahme an, die auch die neutrale Position des Gerichts zum Ausdruck bringt, da ja erst in der mündlichen Verhandlung geklärt werden muss, ob die Romandarstellungen den höchstpersönlichen Lebensbereich des Antragstellers berühren bzw verletzen. Ein anderes Vorgehen würde eine – zur Überprüfung der Betroffenheit/Erkennbarkeit vielleicht notwendige – Erörterung persönlicher Umstände des Antragstellers von vornherein ausschließen und damit eine gewisse Voreingenommenheit ausdrücken.

Der Ansicht des OLG bezüglich des von der Rechtsvertretung *Petzners* vorgebrachten Vergleichs mit der Entscheidung des dBVerfG zu „Esra“ kann ich allerdings nicht ganz zustimmen. Ich denke nicht, dass der Unterschied der beiden Fälle darin liegt, dass zwischen den Vorbildern zu den Romanfiguren in „Weiße Nacht“ keine Nahebeziehung bestanden hätte. Sie war vielleicht von anderer Art als jene zwischen *Maxim Biller* und der späteren Klägerin, nämlich eine enge berufliche Zusammenarbeit und daraus – den Aussagen *Petzners* zufolge – entstandene persönliche Vertrautheit. Diese reale Verbundenheit zwischen den Personen trägt natürlich auch dazu bei, dass sie in den fiktiven Figuren wiedergefunden werden. Der eigentliche Grund, warum diese beiden Fälle nicht in gleicher Weise behandelt werden können, liegt meines Erachtens zum einen darin, dass es sich bei der in „Esra“ dargestellten Person mehr um eine Privatperson gehandelt

⁷⁴⁸ Siehe oben III. 4.5. c).

hat, die durch ihre berufliche Tätigkeit nur einem kleinen Kreis und im Vergleich zu *Stefan Petzner* einem sehr viel kleineren Kreis bekannt war.

Zum anderen sind die beiden Romane jeweils völlig unterschiedlichen Kategorien und Stilrichtungen zuzuordnen. „Esra“ wird der Strömung des „Subjektiven Realismus“ zugewiesen und erzählt eine Geschichte, in die man sich wahrscheinlich deshalb so gut hineinversetzen kann, weil darin Dinge beschrieben werden, die theoretisch jedem Leser und jeder Leserin auch so widerfahren könnten oder vielleicht sogar schon widerfahren sind. Dazu kommt die realistische Schreibweise und die Anknüpfung an reale Orte. Dieser Realitätsbezug entfaltet bei „Esra“ jedoch eine gänzlich andere Wirkung als die von *Schalko* verfasste Politsatire, die von Übertreibungen und Metaphern lebt und dem Publikum eine Märchenwelt vorzeichnet, die allerdings durch die Verknüpfung mit realen Details Rückschlüsse auf bestimmte Vorkommnisse zulässt, welche nach der Auffassung des Autors öffentlicher Kritik bedurften. Während bei der satirischen Darstellung in „Weiße Nacht“ die Erkennbarkeit der Personen Voraussetzung für diese Wirkung ist, kann davon bezüglich „Esra“ nicht ausgegangen werden. Dort ist die deutliche Anknüpfung an Tatsachen gerade nicht notwendig für das Leseverständnis und durch das nachgewiesene reale Intimverhältnis zwischen der Klägerin und dem Autor ist diesem die Verwendung eindeutiger Hinweise („hard facts“) und die daran geknüpfte Schilderung intimer Handlungen auch vorwerfbar.⁷⁴⁹

e) Das Spiel mit Recht und Medien

Abschließend möchte ich noch auf einige Details im Fall „Weiße Nacht“ eingehen, die die Frage aufwerfen, inwiefern die Gefahr einer rechtlichen Verfolgung nicht auch werbewirksam eingesetzt werden kann.

In *David Schalkos* Roman stößt die Leserin auf Seite 124 auf Schwärzungen, die den Text bis Seite 131 unkenntlich machen. Es wirkt so, als würde es sich hier um eine, vielleicht auch bereits gerichtlich angeordnete Maßnahme handeln, die eine öffentliche Kenntnisnahme des eigentlichen Inhalts vermeiden soll. Auf Anfrage beim publizierenden *Czernin* Verlag wurde mir von dem dortigen Verlagsleiter *Benedikt Föger* allerdings mitgeteilt, dass diese Schwärzungen schon von Anfang an in dem Manuskript enthalten

⁷⁴⁹ Siehe dazu meine Ausführungen oben unter III. 4.5. a).

waren und als ein Stilmittel des Autors betrachtet werden können. „Im Buch entwickeln sich da esoterische Geschichten um das Geheimbündlerische und die Schwärzungen sollen zeigen, dass man darüber nicht sprechen darf. Das ist aber keine Anspielung auf eine mögliche Klage oder Zensur.“⁷⁵⁰ Föger bestätigte allerdings, dass er seit dem Prozess immer wieder Anfragen von Buchhandlungen und Kunden erhalte, die nach Zusammenhängen mit dem Rechtsstreit fragen würden. Eine dahingehende Deutung scheint also nicht abwegig, es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass diese erst durch die gerichtliche Auseinandersetzung in diese Richtung gelenkt wurde. Tatsache ist allerdings, dass mit Schwärzungen nicht nur verbunden werden kann, dass etwas nicht zur Sprache gebracht, sondern gleichzeitig eben auch nicht gelesen werden soll. Ohne die zusätzliche Information des Verlegers kommt man als Leserin um die Assoziation mit dem Thema Zensur nicht herum. Da die Schwärzungen den Lesefluss durchbrechen stellt man sich unweigerlich die Frage nach ihrer Bedeutung und denkt an Inhalte, die nicht publik werden dürfen, an Selbstzensur des Autors oder eben auch an staatlich verordnete Maßnahmen. Auch wenn in diesem Fall weder vom Autor selbst noch von dritter Seite aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen zensiert wurde, lassen sich die Schwärzungen als eine allgemeine Anspielung auf Zensur deuten und weisen das Lesepublikum zumindest noch einmal darauf hin, dass hier ein heikles Thema behandelt wird. Die Schwärzungen dienen in diesem Fall dazu, die Haltung des Autors zu inoffiziellen Vorgängen in den von ihm beschriebenen (politischen) Kreisen auf ironische Art hervorzuheben und regen die reflektierte Lektüre vielleicht besonders an. Dabei handelt es sich im übrigen um eine Taktik, die bereits zu Zeiten eingesetzt wurde, wo Vor- und Nachzensur tatsächlich noch eine gravierende Beschneidung künstlerischer und journalistischer Tätigkeiten waren. So brachte beispielsweise *Bettina von Arnim* im zweiten Teil ihres „Königsbuches“, den „Gesprächen mit Dämonen“ ihre „Sympathie mit der literarischen und politischen Opposition“⁷⁵¹, die die Revolution von 1848 anführte, dadurch zum Ausdruck, dass sie in den gesamten Text immer wieder die damals für zensierte Stellen übliche Markierung des Gedankenstrichs einbaute und damit ihre „Auffassung von einer dialogisch geprägten Politik, deren Basis die freie Meinungsäußerung sei“⁷⁵² unterstrich. Als anderes Beispiel

⁷⁵⁰ Protokoll des Gesprächs mit *Benedikt Föger* vom 15. 3. 2010.

⁷⁵¹ *Plachta*, Lücken – Striche – Einschwärzungen (2010) 141.

⁷⁵² *Plachta*, Lücken – Striche – Einschwärzungen (2010) 141.

kann *Bertolt Brecht* genannt werden, der in seiner Zeitschriftenreihe „Versuche“ ab Mitte der 1920er Jahre bis zu seiner Emigration ebenfalls das Mittel der Einschwärzungen als politische Stellungnahme einsetzte.⁷⁵³ Und auch bei „Esra“ wurde durch die vorübergehende Publikation der „geweißten Fassung“ des Romans⁷⁵⁴ auf Zensur hingewiesen und damit das Lesepublikum für diese Thematik sensibilisiert bzw. dies zumindest versucht.⁷⁵⁵

Gleichzeitig lässt sich aber auch annehmen, dass neben einem „verschlüsselten“ Ausdruck der Meinung der Autoren Anspielungen auf Zensur durch textuelle Hervorhebungen auch das Interesse potentieller Käufer wecken und insofern als Marketingstrategie gesehen werden können. Im Fall „Weiße Nacht“ kann das Spiel mit der Zensur in beide Richtungen ausgelegt werden, es wird im Nachhinein natürlich ein anderer bzw. zusätzlicher Effekt erzielt, da das tatsächliche rechtliche Nachspiel wieder mehr die Frage nach einem Zusammenhang mit Rechtsverletzungen aufkommen lässt. So oder so kommt auch hier der bereits bei „Esra“ angesprochene „Reiz des Verbotenen“ in gewisser Hinsicht zum Tragen. Die Schwärzungen, der Prozess und die Frage, ob sich das eine auf das andere bezieht, lassen die Spannung bei dafür anfälligen Leserinnen steigen – ob intendiert oder nicht. Bei jenen, die das Buch ohnehin nicht aus Sensationslust lesen, lösen die Schwärzungen gerade dort, „wo es spannend“ wird, mitunter nicht die erhoffte Sensibilisierung sondern eher Unmut aus, wie einige Kundenrezensionen auf *amazon* belegen.⁷⁵⁶

David Schalko selbst äußerte sich unter anderem in einem eigenen Artikel in der Zeitung „Der Standard“ zu dem Prozess. Nicht nur, dass er über den Strafantrag *Petzners* sehr amüsiert gewesen sei, er bedankte sich vielmehr dafür, da sich „die Buchverkäufe seither prächtig“⁷⁵⁷ entwickeln würden. In dieser Stellungnahme gab der Autor auch einige der gegen ihn erhobenen Vorwürfe aus „der Klagsschrift“, also dem Strafantrag wieder und verzichtete nicht darauf, sich erneut über *Petzners* Verhalten zu mokieren. Er sah darin nur einen neuerlichen Grund dafür, den Politiker zum Hauptdarsteller einer satirischen

⁷⁵³ Vgl. *Plachta*, Lücken – Striche – Einschwärzungen (2010) 142, 143.

⁷⁵⁴ Siehe dazu oben III. 4.3. a).

⁷⁵⁵ Vgl. *Plachta*, Lücken – Striche – Einschwärzungen (2010) 145.

⁷⁵⁶ http://www.amazon.de/Wei%C3%9Fe-Nacht-David-Schalko/dp/3707602915/ref=cm_cr_pr_product_top [17. 1. 2012].

⁷⁵⁷ *Schalko*, Lachen mit Petzner, in *Der Standard* (19. 2. 2010).

Abhandlung zu machen und wertete dessen Vorgehen als „Beschaffungskriminalität in Sachen Aufmerksamkeit“⁷⁵⁸.

Die Verkaufszahlen sind laut Auskunft des Verlages dank der durch den Prozess hervorgerufenen Medienaufmerksamkeit tatsächlich „merklich angesprungen“. Der Rechtsstreit hat also auch in diesem Fall für Werbung gesorgt und dem Buch einige Leserinnen und Leser mehr beschert, die es dann vermutlich erst recht auf reale Hintergründe und Parallelen hin gelesen haben. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass *Petzner* dies mit seinem Strafantrag auch gar nicht verhindern wollte. In der Anwaltskorrespondenz wurde auch darauf hingewiesen, dass „nur“ Entschädigung, nicht aber Unterlassung begehrt werde, was keinen Eingriff in die Kunstfreiheit darstelle. Es stellt sich hier doch die Frage, inwieweit sich der Antragsteller wirklich bloßgestellt fühlte, wenn er in dem Bewusstsein der Öffentlichkeitswirksamkeit gerichtlich Schadenersatz, nicht aber etwa auch Änderungen im Buch oder das gänzliche Verbot forderte. Dieses Vorgehen erklärt sich vielleicht zum einen durch die zusätzlich drohenden Kosten einer ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung oder Beschlagnahme⁷⁵⁹ und zum anderen eventuell doch aus Gründen der eigenen Publicity. Immerhin haben auch negative Schlagzeilen einen Werbeeffect.

Zum Thema Zensur hat *Stefan Petzner* als Kultursprecher des BZÖ im übrigen auch eine Meinung: „Wir sind als BZÖ gegen jede Verbotspolitik und erst Recht gegen Zensurversuche im Bereich der Kunst und Kultur.“⁷⁶⁰ So seine Stellungnahme zum Kinostart eines türkischen Actionfilms, der den israelischen Angriff auf die Gaza-Flotte darstellt und bereits im Vorfeld Kritik wegen „antisemitischer Untertöne“⁷⁶¹ hervorgerufen hatte. Titel des Films: „Tal der Wölfe“.

⁷⁵⁸ *Schalko*, Lachen mit Petzner, in *Der Standard* (19. 2. 2010).

⁷⁵⁹ Siehe dazu bereits oben IV. 2.4.

⁷⁶⁰ „Tal der Wölfe“, *oe24.at* (1. 2. 2011).

⁷⁶¹ „Tal der Wölfe“, *diepresse.com* (21. 1. 2011).

V. Gesamtresümee

„Die Identität, die der Jurist nicht nachweisen kann, kann der Dichter nicht leugnen.“⁷⁶²

Steht die Juristerei bei der rechtlichen Beurteilung von Schlüsselliteratur vielleicht tatsächlich vor einem ausweglosen Dilemma?

Diese Arbeit sollte unter anderem zeigen, worin die besondere Schwierigkeit bei der juristischen Auslegung von literarischen Werken liegt, deren Inhalt aus einer Mischung von Fakten und Fiktionen besteht. Juristen, die es sonst gewöhnt sind, im Wege der Subsumtion unter gesetzlich festgeschriebene Tatbestände die rechtliche Relevanz eines tatsächlichen Verhaltens und realer Vorkommnisse zu ermitteln, sehen sich hier mit dem Problem konfrontiert, dass die eigentlichen, potentiell andere Rechte verletzenden Handlungen auf einer von der Realität verschiedenen Ebene stattfinden. Insofern kann also wirklich von einem Dilemma gesprochen werden.

Die rechtliche Relevanz einer durch eine fiktive Schlüsselschrift hervorgerufenen Persönlichkeitsrechtsverletzung kann aber dennoch nicht einfach geleugnet werden. Ich würde die Lösung dieses juristischen Problems daher nicht darin sehen, sich diesem Dilemma geschlagen zu geben indem sich der Rechtsapparat hier aus der Verantwortung zieht und die Lösung derartiger Konflikte der Gesellschaft selbst überlässt.⁷⁶³ Dadurch würde der aus guten Gründen vorbehaltlos ausgestalteten Kunstfreiheit quasi absoluter Vorrang vor den Persönlichkeitsrechten anderer eingeräumt werden, was wiederum auch nicht der gesetzgeberischen Intention entspricht. Die Kunstfreiheit stellt keinen Freibrief für Handlungen dar, die auch unter anderen Umständen zu tief in die geschützten Rechtsbereiche anderer eindringen. Auch Werke der Literatur sind nicht „immun“ gegen die Anwendung rechtlicher Normen. Die generelle Justitiabilität von Literatur kann daher nicht geleugnet werden.⁷⁶⁴ Es kann allerdings genauso wenig geleugnet werden, dass literarische Werke – und im Besonderen jene der Schlüsselliteratur – eine qualifizierte Herausforderung für die Beurteilung nach rechtlichen Methoden darstellen und vor allem

⁷⁶² Löffler, „Öfter jemanden umbringen“, in Profil (3. 9. 1984) zit n Bentz, Dichtung als Skandal (2000) 70.

⁷⁶³ So Noll, „Holzfällen“ vor dem Richter (1995) 205.

⁷⁶⁴ Vgl. Conter, Justitiabilität und Rechtsmäßigkeit (2010) 12.

im Vergleich zum Umgang der Justiz mit Presseberichterstattungen eine kunstspezifische Betrachtung des relevanten Sachverhalts erfordern.

Die in dieser Arbeit dargestellten Fälle haben aber gezeigt, dass die entsprechenden Methoden sowohl unter Anwendung deutschen als auch österreichischen Rechts auf diesen Konfliktbereich noch nicht in zufriedenstellendem Maße angepasst sind und häufig zu ähnlichen Argumentationsmustern und -fehlern führen. Sie verdeutlichen das zu Beginn besprochene Problem der Einzelfallentscheidungen nicht nur in Bezug auf die noch unklaren Grenzen des Persönlichkeitsschutzes sondern auch dahingehend, dass sie zeigen, welche Auswirkungen die Wahl des Themas und dessen Gestaltung tatsächlich auf die Beurteilung eines Romans haben kann. So macht es einen Unterschied, ob es sich um Schilderungen handelt, die besonders sensible, intime Vorgänge beschreiben, oder solche, die eine Figur zwar oberflächlich, aber dafür sehr kritisch darstellen; ob die vermeintlich erkennbare Person eine der Öffentlichkeit ist oder ob sie dieser bisher kaum bekannt war; ob die Zeitspanne zwischen tatsächlichen Geschehnissen und ihrer literarischen Verarbeitung länger oder kürzer ist; ob die Geschichte von einer realistischen Schreibweise geprägt ist oder Übertreibung und Fantasie im Vordergrund stehen; ob Autor oder Autorin und das gewählte Thema in ihrer Kritikfreudigkeit vielleicht generell eher „unbequem“ sind und aus welcher Perspektive sie ihre Geschichten erzählen.

Die ersten beiden dieser Kriterien, der absolute Schutz der Intimsphäre und die erhöhte Toleranz bei Personen des öffentlichen Lebens, sind für die rechtliche Beurteilung literarischer Werke durchaus geeignet. Bei ihnen handelt es sich um bereits in anderen Problemlagen etablierte Maßstäbe und ihre Anwendung bei der Einstufung persönlichkeitsrechtlicher Verletzungen durch Werke der Literatur ist nachvollziehbar und zielführend. Auch die Einbeziehung des Zeitfaktors ist logisch und im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes mittlerweile ein anerkanntes Kriterium, das nur leider in jenem praktischen Fall, in dem es erstmals aufgegriffen wurde, nämlich in „Mephisto“, unzureichende rechtliche Würdigung erfuhr.⁷⁶⁵

Dass für die rechtliche Beurteilung eines (teilweise) fiktiven Stoffes, der eben nicht in der Art und Weise zu fassen ist wie ausschließlich reale Lebenssachverhalte, die „gewöhnliche“ juristische Betrachtung aber weder angemessen noch ausreichend ist,

⁷⁶⁵ Siehe dazu oben die „Mephisto“-Entscheidung des dBVerfG III. 2.7. b).

zeigen die drei letztgenannten Kriterien. Aus der Wahl der Erzählperspektive oder der grundsätzlichen Denkmöglichkeit des Beschriebenen Rückschlüsse auf den Realitätsbezug zu ziehen, bestätigt nur *Josef Isensees* Theorie der „richterlichen Blamagen“ und wird einer kunstspezifischen Betrachtung in keiner Weise gerecht. Die vorbehaltlose gesetzliche Ausgestaltung der Kunstfreiheit, die eben auch bei literarischem Schaffen die freie Themenwahl und Themengestaltung beinhaltet, steht einer derartigen Vorgehensweise jedenfalls entgegen. Von Autorinnen und Autoren eine Rechtfertigung dafür zu fordern, dass sie vielleicht nicht nur auktorial erzählte Märchen schreiben wollen, sondern sich auch an Erlebtem und Erlebbarem orientieren, stellt meines Erachtens eine Einschränkung dieses Freiheitsrechtes dar. Eine Rechtfertigung kann vielmehr nur dort verlangt werden, wo die deutliche Anknüpfung an reale Personen und Vorkommnisse für die eigentliche Romanhandlung von untergeordneter Bedeutung ist und nur darauf abzielt, die betreffenden Vorbilder bloßzustellen, ohne dass gleichzeitig klar hervorkommt, dass es sich um Fiktion handelt. Dazu ist es allerdings notwendig, sich mit dem Werk in seiner Gesamtheit auseinanderzusetzen und herauszufinden, ob ein und welcher künstlerische Anspruch dahintersteht.

Im Zuge einer solchen Gesamtbetrachtung sollte dann auch die Prüfung des Vorliegens einer Persönlichkeitsrechtsverletzung stattfinden, welche grob in zwei Schritte eingeteilt werden könnte. So wie dies in den meisten Fällen bereits getan wurde, ist zunächst festzustellen, ob überhaupt objektiv betrachtet von einer Betroffenheit einer realen Person durch die Verwendung charakteristischer Merkmale ausgegangen werden kann. Auch wenn sich für dieses Kriterium mittlerweile die „Erkennbarkeit“ als gebräuchliche Bezeichnung etabliert hat, möchte ich noch einmal darauf hinweisen, dass dadurch nicht von vornherein von der Identität von realer Person und fiktiver Figur ausgegangen werden darf. In einem zweiten Schritt sollte im Falle auffälliger Ähnlichkeiten geprüft werden, inwiefern sich aus der gesamten Romanhandlung eine Verletzung bestimmter Persönlichkeitsrechte ergibt. In dieser Phase spielen dann auch die oben angeführten Maßstäbe eine Rolle. Ergänzend könnte hier auch noch einbezogen werden, ob die Zeichnung der Figur eine (vielleicht auch kritische) allgemeine Typisierung erkennen lässt, oder die Individualisierung dominiert.

Ich sehe die „Erkennbarkeit“ der Person und die eine Verletzung auslösenden Schilderungen in einem Wechselbezug, allerdings nicht in jenem, den das deutsche BVerfG seiner zu „Esra“ aufgestellten „Je-desto-Formel“ zu Grunde gelegt hat. Der Versuch einer abschließenden formelhaften Zusammenfassung ist dort nicht geglückt und soll auch an dieser Stelle nicht versucht werden. In einem Vergleich der dargestellten Fälle „Esra“ und „Weiße Nacht“ lässt sich aber jedenfalls folgendes feststellen: Dort, wo die Erkennbarkeit realer Vorbilder als Stilmittel des Werkes für dessen Verständnis und Wirkung eine Rolle spielt, wie dies beispielsweise bei einem satirischen Roman der Fall ist, können die Wirklichkeitsbezüge durch die Verwendung sonstiger Übertreibungen und starke Fiktionalität gleichsam relativiert werden. In jenen Fällen, wo die Erkennbarkeit einer realen Person für den eigentlichen Handlungsverlauf keine besondere Rolle spielt, sondern im Grunde lediglich dazu dient, persönliche Botschaften (positiver oder negativer Art) zu übermitteln, fallen jedoch besonders intime Darstellungen stärker ins Gewicht. Werden hier allzu deutliche Anspielungen vermieden, besteht in der Folge auch bei realistischen Inhaltsdarstellungen umso weniger die Gefahr, sich dem Vorwurf der Verletzung von Persönlichkeitsrechten auszusetzen. Die Beachtung dieses Wechselspiels ist meines Erachtens wenn überhaupt, dann eine zumutbare Einschränkung der schriftstellerischen Freiheit.

Sollte sich nun bei einer derartigen Gesamtbetrachtung erweisen, dass dennoch durch bestimmte Darstellungen die Grenzen der literarischen Freiheit überschritten und Persönlichkeitsrechte anderer verletzt wurden, so steht einer verhältnismäßigen Einschränkung der Kunstfreiheit trotz ihrer Vorbehaltlosigkeit nichts entgegen. Wenn aber auf diese Weise von rechtlicher Seite in literarisches Schaffen eingegriffen werden muss, sollte Künstlerinnen und Künstlern wenigstens die Möglichkeit gegeben werden, ihr Werk zumindest nachträglich in Einklang mit den Rechtspositionen anderer zu bringen. Ein schonender Ausgleich der Interessen beinhaltet meiner Ansicht nach nicht, dass Gerichte selbst darüber entscheiden, inwieweit eine Geschichte vielleicht inhaltlich noch zur allgemeinen Zufriedenheit verändert werden kann. Würde man also dem Verfasser/der Verfasserin einer Schlüsselschrift Auflagen erteilen, die verletzenden Elemente zu überarbeiten, könnte im Fall des Gelingens viel eher von „praktischer Konkordanz“ gesprochen werden. Darüber hinaus sollte es dann auch niemanden mehr stören, wenn sich

die Werbewirksamkeit des Prozesses möglicherweise positiv auf den Verkauf des Buches auswirkt, da es ohnehin niemandes Rechte mehr verletzt. Abgesehen davon sehe ich aber in gewisser Weise auch die Unabhängigkeit der Justiz gefährdet, wenn, wie dies bei „Esra“ der Fall war, äußere Begleiterscheinungen eines Prozesses wie die mediale Berichterstattung und öffentliche Klatsch- und Tratschgeschichten gerichtliche Entscheidungen insofern beeinflussen, als sie entsprechend milde Sanktionsformen anscheinend verunmöglichen. Kunst, und damit auch Literatur, braucht ein Publikum; das Öffentlichkeitserfordernis einiger Formen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist somit ohnehin erfüllt. Die Wirkung, die Literatur beim Publikum erzeugt, ist aber nicht nur von den Autorinnen und Autoren abhängig, sondern auch von diesem selbst. Den Schaffenden ist es nur bis zu einem gewissen Grad möglich, das Leseverständnis zu lenken. Sie bieten durch die inhaltliche und stilistische Gestaltung ihrer Texte vielfache Interpretationsmöglichkeiten, was immerhin auch von rechtlicher Seite als Charakteristikum von Kunstwerken angesehen wird, wie die Ausführungen des deutschen BVerfG zum „zeichentheoretischen“ Ansatz bei der Interpretation des Kunstbegriffs bereits in der Entscheidung zum „Anachronistischen Zug“ gezeigt haben. Wie die Leserschaft an einen Text herangeht, inwieweit sie sich auf etwaige tiefere Botschaften desselben einlässt und in welche Richtung sie diese auslegt, kann und soll (!) nicht von vornherein apodiktisch bestimmt werden. Die Kunstfreiheit würde in dieser Richtung allerdings ins Leere laufen, wenn dem Künstler oder der Künstlerin die alleinige Verantwortung für den öffentlichen Umgang mit ihren Werken auferlegt würde.

Die Darstellung der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes in Deutschland und Österreich hat zum einen gezeigt, dass die Probleme, die in Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung von Schlüsselliteratur auftauchen, inhaltlich hier wie dort dieselben sind. Zum anderen fällt bei der bisherigen praktischen Handhabung der verschiedenen Rechtsinstrumente auf, dass man in Deutschland zuletzt bei der Wahl eines absoluten Buchverbots als Sanktion weniger Skrupel hatte, als bei der Verhängung einer Schadenersatzzahlung, während die Tendenz in der österreichischen Rechtspraxis durch die Schwerpunktsetzung auf das Mediengesetz in die andere Richtung zu gehen scheint. Inwieweit durch eine monetäre Entschädigung Bloßstellungen und Verletzungen der Intim- und Privatsphäre tatsächlich ausgeglichen

werden können, ist eine andere Frage. Diese stellt sich aber nicht nur in diesem Bereich, sondern bei sämtlichen Fällen, in denen immaterielle Schäden mit finanziellen Mitteln kompensiert werden. Eine ausführliche Diskussion darüber würde an dieser Stelle zu weit führen, es bietet sich dadurch aber eine Form des Ausgleichs, die drastischere Eingriffe in das künstlerische Schaffen an sich vermeidet und in besonders schweren Fällen immerhin eine weitere Möglichkeit darstellt, die erlittene Kränkung zu kompensieren – die Wahl der günstigsten Vorgehensweise liegt dann im eigenen Ermessen der Betroffenen.

Für Verlage würden gerichtlich verhängte Schadenersatzzahlungen natürlich eine wirtschaftliche Belastung darstellen – was aber auch bei einem Veröffentlichungs- und Verbreitungsverbot der Fall wäre, da sich die bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Aufwendungen ja nicht mehr rechnen. Die bloße Leistung von Geldersatz bei weiterem Vertrieb des (eventuell adaptierten) Buches hätte allerdings den Vorteil, dass der Verlag dadurch wenigstens einen Teil der Kosten decken könnte. Vor allem kleineren Verlagen könnte sonst der wirtschaftliche Ruin drohen. Im Interesse einer vielfältigen Verlagslandschaft und damit auch der Vielgestaltigkeit von Literatur insgesamt wäre also auch in dieser Hinsicht dem Entschädigungsmodell – in Fällen qualifizierter Rechtsverletzung und unter der Voraussetzung gesetzlich festgesetzter Höchstbeträge – einiges abzugewinnen. Nichtsdestotrotz tragen Verlage Verantwortung für den Inhalt der von ihnen publizierten Werke und müssen sich dessen auch im Vorfeld bewusst sein. Meistens wurde und wird bei besonders heiklen Fragen (die aber nicht immer nur Persönlichkeitsrechte betreffen müssen) ohnehin vorher juristischer Rat eingeholt. Seit dem „Esra“-Verbot ist aber laut einer ein Jahr danach erhobenen Umfrage die Verunsicherung unter Autoren und Verlagen sowie die Tendenz zur vorgezogenen Selbstzensur gestiegen.⁷⁶⁶ So bejahen beispielsweise 26,7 % der Befragten die verstärkte Prüfung von Manuskripten durch Verlagsjuristen und 33,3 % einen Kostenanstieg durch vermehrte Inanspruchnahme externer Prüfung. Die Angst vor zusätzlich zu Unterlassungsansprüchen gestellten Schadenersatzforderungen (die nach Zivilrecht ja nicht gedeckelt sind) verursacht bei 50 % der Umfrageteilnehmer eine „Schere im Kopf“⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Wie ein Romanverbot die Buchbranche einschüchtert, Spiegel online (16. 10. 2008); Die Umfrage wurde von *Höcker Rechtsanwälte* durchgeführt, befragt wurden Lektoren und Verlagsjuristen von 30 in Deutschland ansässigen Verlagen.

⁷⁶⁷ Wie ein Romanverbot die Buchbranche einschüchtert, Spiegel online (16. 10. 2008).

Auch diese allgemeinen Nachwirkungen eines zivilrechtlichen Romanverbots stehen meines Erachtens nicht im Einklang mit der Freiheit der Kunst.

L iterarische Freiheit und Persönlichkeitsinteressen stehen einander grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber. Die dargestellten Fälle zeigen, dass auf Grund der vielgestaltigen Formen literarischer Arbeit keine allgemein gültige Formel für das Verhältnis von Fakten und Fiktionen aufgestellt werden kann, eine Annäherung aber auch bei der juristischen Betrachtung möglich und notwendig ist. Werke der Schlüsselliteratur stellen eine besondere Herausforderung für die rechtliche Auslegung dar und es bedarf dabei vielleicht etwas mehr Subtilität als ohnehin. Dennoch ist es auch hier möglich, durch Abwägung einen schonenden Ausgleich der Interessen zu erreichen. In jedem Fall gehe ich jedoch davon aus, dass ein absolutes Veröffentlichungs- und Verbreitungsverbot eines künstlerischen Werkes nicht das richtige Mittel ist, um sich in diesem Konfliktbereich einem Gleichgewicht der Positionen anzunähern.

Literaturverzeichnis

Monographien, Herausgeberschaften, Kommentare:

- L. K. Adamovich, B.-C. Funk & G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht III – Grundrechte, Wien · New York 2003.
- C. Ahrens*, Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung, Berlin 2002.
- J. Aicher*, Kommentar zu § 16, in *Rummel* (Hrsg), ABGB Kommentar (2000).
- M. Ansel*, Buddenbrooks, Bilse und Biller. Thomas Mann, der Schlüsselroman und die Kunstfreiheit, München, http://web.ev-akademie-tutzing.de/cms/get_it.php?ID=604 [12. 10. 2009]
- A. v. Arnould*, Freiheit der Kunst, in *Isensee & Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts (2009) 1113-1154.
- W. Bayer* (Hrsg), Kontinent Bernhard. Zur Thomas-Bernhard-Rezeption in Europa, Wien · Köln · Weimar 1995.
- M. Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997.
- B. v. Becker*, Fiktion und Wirklichkeit im Roman. Der Schlüsselprozess um das Buch „Esra“, Würzburg 2006.
- O. Bentz*, Thomas Bernhard – Dichtung als Skandal, Würzburg 2000.
- W. Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, Wien – New York 1999.
- W. Berka*, Kommentar zu §§ 6-8a MedienG, in *Berka, Höhne, Noll & Polley* (Hrsg), Mediengesetz Praxiskommentar (2005) 61-142.
- W. Berka*, Kunst im Konflikt mit dem Recht – Mit rechtsdogmatischen Anmerkungen versehene Notizen zu einem spannungsreichen Verhältnis, in *Nowak, Steurer & Tretter* (Hrsg), Festschrift für Felix Ermacora (1988) 361 ff.
- W. Berka*, Persönlichkeitsschutz auf dem Prüfstand: Verfassungsrechtliche Perspektiven, in *Mayer* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz (1999) 1-22.
- W. Berka*, Verfassungsrecht, Wien · New York 2010.
- W. Berka, T. Höhne, A. J. Noll & U. Polley* (Hrsg), Mediengesetz Praxiskommentar, Wien 2005.

- T. Bernhard*, *Holzfällen. Eine Erregung*, Kommentierte Werkausgabe von *M. Huber & W. Schmidt-Dengler* (Hrsg) Band 7, Frankfurt am Main 2007.
- M. Biller*, Esra, Köln 2003.
- N. Birkner & Y.-G. Mix*, Machtkämpfe in der „Gesellschaftshölle“? Thomas Bernhards *Holzfällen*, Walter Gronds *Der Soldat und das Schöne*, die österreichische Kulturszene, die Kunstfreiheit und das Persönlichkeitsrecht, in *Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 47-64.
- E. H. Burkhardt*, Persönlichkeitsrecht, in *Wenzel* (Begr), *Recht der Wort- und Bildberichterstattung* (2003) 135-197.
- F. Bydlinski*, Die „Person“ im Recht, in *S. Kalss, C. Nowotny & M. Schauer* (Hrsg), *Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag*, Wien 2004, 77-94.
- C. D. Conter*, *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit. Verrechtlichungsprozesse von Literatur und Film*, in *Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 7-24.
- C. D. Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit. Verrechtlichungsprozesse von Literatur und Film in der Moderne*, Amsterdam · New York 2010.
- U. Di Fabio*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, in *Maunz & Dürig* (Begr), *Grundgesetz Kommentar* (⁵⁹2010) Rn 127-247.
- O. Durrani*, „Der Mime triumphiert im Staat der Lügner.“ Klaus Manns „Mephisto“ im Lichte heutiger Erfahrung in *Neuhaus & Holzner* (Hrsg), *Literatur als Skandal* (2009) 361-367.
- E. Ebermayer*, *Eh' ich's vergesse ...*, München 2005.
- C. Eichner & Y.-G. Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab? Zu Maxim Billers Esra, Klaus Manns *Mephisto* und dem Problem der Kunstfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland, *Gutachten*, Düsseldorf – Marburg 2007 (unveröffentlicht).
- I. Eisenberger*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in *Eisenberger, Golden, Lachmayer, Marx & Tomasovsky* (Hrsg), *Norm und Normvorstellung* (2003) 175-184.
- I. Eisenberger, I. Golden, K. Lachmayer, G. Marx & D. Tomasovsky* (Hrsg), *Norm und Normvorstellung. Festschrift für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag*, Wien · New York 2003.
- A. Enderlein*, *Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte*, Berlin 1995.

- V. Epping & C. Hillgruber* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, München 2011.
- P. Fechter*, Kleines Wörterbuch für literarische Gespräche, Gütersloh 1950.
- B. Feldner, V. T. Halbwachs, T. Olechowski, J. Pauser, S. Schima & A. Sereinig* (Hrsg), Ad Fontes. Europäisches Forum junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001, Frankfurt am Main ua 2002.
- W. Ferchl*, Zwischen „Schlüsselroman“, Kolportage und Artistik, Amsterdam – Atlanta 1991.
- E. Foregger*, Kommentar zu §§ 111-117 StGB, in *Höpfel & Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB (1999).
- A.-M. Frey*, Die Romanfigur wider Willen, Frankfurt am Main u.a. 2008.
- M. Frisch*, Montauk, Frankfurt am Main 1978.
- H. Fuchs & E. Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (MANZ online), Wien 2008.
- G. Hager & P. Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz im Staf- und Medienrecht, Wien 2000.
- M. Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten, Wien 2008.
- G. P. Harsdoerffer*, Poetischer Trichter, Darmstadt 1969, Teil 2, in *Petersen*, Mimesis (2000).
- T. Henne*, Die Mephisto-Entscheidungen der deutschen Gerichte, in *Feldner, Halbwachs, Olechowski, Pauser, Schima & Sereinig* (Hrsg), Ad Fontes (2002) 193-222.
- M. Hielscher*, Bilse, Biller und das Ich. Der radikale Roman und das Persönlichkeitsrecht, in *Neuhaus & Holzner* (Hrsg), Literatur als Skandal (2009) 686-694.
- M. Hinteregger*, Kommentar zu § 1328a, in *Kletečka & Schauer*, Kommentar zum ABGB (2010).
- G. Höpfel & E. Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB (MANZ online), Wien 1999.
- M. Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in *Merten & Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte (2009) 377 ff.
- M. Huber*, „Romanfigur klagt den Autor“. Zur Rezeption von Thomas Bernhards „Die Ursache. Eine Andeutung“, in *Schmidt-Dengler & Huber* (Hrsg), Statt Bernhard (1987) 59-110.
- H. Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, Köln · Graz 1967.
- J. Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, Heidelberg · Karlsruhe 1980.

- J. Isensee & P. Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VII (Freiheitsrechte), Heidelberg 2009.
- K. Kanzog*, Begriff der Schlüsselliteratur, in *Müller* (Hrsg), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft III (2003).
- W. Karl & W. Berka* (Hrsg), Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz, Kehl · Straßburg · Arlington 2008.
- W. Killy*, Literaturlexikon XIV, 344.
- S. J. Kissich*, Kommentar zu § 1330 ABGB, in *Kletečka & Schauer*, Kommentar zum ABGB (2010).
- A. Kletečka & M. Schauer*, Kommentar zum ABGB (MANZ online), Wien 2010.
- G. Korn*, Das Entschädigungssystem, in *Mayer* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz (1999) 47 ff.
- H. Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II. Besonderer Teil, Wien 1984.
- T. Kröll*, Kulturelle Rechte, in *Merten & Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte (2009) 351 ff.
- H. Kube*, Persönlichkeitsrecht, in *Isensee & Kirchhof* (Hrsg) Handbuch des Staatsrechts (2009) 79-145.
- C. Letawe*, Max Frischs „Montauk“ - eine „Chronique scandaleuse“? Über die Grenzen des Autobiographischen Schreibens, in *Neuhaus & Holzner* (Hrsg), Literatur als Skandal (2009).
- G. Lukács*, Theorie des Romans, Neuwied 1981.
- H. Mayer* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz und Medienrecht, Wien 1999.
- K. Mann*, Der Wendepunkt – Ein Lebensbericht, München 1981.
- K. Mann*, Mephisto – Roman einer Karriere, Reinbek bei Hamburg 1981.
- T. Mann*, Bilse und ich, München 1910.
- T. Maunz & G. Dürig* (Begr), Grundgesetz Kommentar, München ⁵⁹2010.
- D. Merten & H.-J. Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 – Grundrechte in Österreich, Wien 2009.
- J. W. Moser*, Literaturskandal als Dialog mit der Öffentlichkeit, in *Neuhaus & Holzner* (Hrsg), Literatur als Skandal (2009) 503-512.
- J.-D. Müller* (Hrsg), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft III, Berlin · New York 2003.

- S. Neuhaus & J. Holzner* (Hrsg), *Literatur als Skandal. Fälle – Funktionen – Folgen*,
²Göttingen 2009.
- A. J. Noll*, „Holzfällen“ vor dem Richter. Juristisches zu Bernhards Kunst und Lampersbergs Ehre, in *Bayer* (Hrsg), *Kontinent Bernhard* (1995) 191-210.
- A. J. Noll*, Kommentar zu § 1 MedienG, in *Berka, Höhne, Noll & Polley* (Hrsg), *Mediengesetz Praxiskommentar* (2005) 23-43.
- M. Nowak, D. Steurer & H. Tretter* (Hrsg), *Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl · Straßburg · Arlington 1988.
- E. I. Obergfell*, Der Fall *Esra* – Eine Neujustierung des Verhältnisses von Persönlichkeitsrecht und literarischer Kunstfreiheit?, in *Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 65-81.
- A. Ohmer*, *Gefährliche Bücher? Zeitgenössische Literatur im Spannungsfeld zwischen Kunst und Zensur*, Baden-Baden 2000.
- A. Ohmer*, *Literaturwissenschaftliches Gutachten zu Esra von Maxim Biller*, Tübingen – Landau 2004 (unveröffentlicht).
- H. Petersen*, *Mimesis – Imitatio – Nachahmung: eine Geschichte der europäischen Poetik*, München 2000.
- B. Plachta*, Lücken – Striche – Einschwärzungen, in *Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 129-147.
- U. Polley*, Kommentar zu §§ 28-42 MedienG, in *Berka, Höhne, Noll & Polley* (Hrsg), *Mediengesetz Praxiskommentar* (2005).
- W. Preisendanz*, *Wege des Realismus*, München 1977.
- E. J. Ratz*, Schutz der freien Meinungsäußerung und Schutz vor ihr im Straf- und Medienrecht durch den OGH, in *Karl & Berka* (Hrsg), *Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz* (2008) 73 ff.
- T. Rauscher, P. Wax & J. Wenzel* (Hrsg), *Münchener Kommentar zur ZPO* (Band 3), München ³2008.
- S. Reindl-Krauskopf*, Kommentar zu § 363a StPO, in *Fuchs & Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur StPO* (2008).
- G. M. Rösch*, *Clavis Scientiae. Studien zum Verhältnis von Faktizität und Fiktionalität am Fall der Schlüsselliteratur*, Tübingen 2004.

- G. Ruiss & J. Vyoral, *Der Zeit ihre Kunst – Der Kunst ihre Freiheit: Der Freiheit ihre Grenzen?*, Wien 1990.
- P. Rummel (Hrsg), *ABGB Kommentar* (MANZ online), Wien 2000.
- D. Schalko, *Weißer Nacht*, Wien 2009.
- M. Schauer, Kommentar zu § 16, in *Kletečka & Schauer*, *Kommentar zum ABGB* (2010).
- F. Schemmer, Kommentar zu Art 5 Abs 3, in *Epping & Hillgruber* (Hrsg), *Beck'scher Online-Kommentar zum GG* (2011) Rn 156-178.
- A. Schiemann, Persönlichkeitsrechtsverletzung contra Kunstfreiheit – Die *Mephisto*-Entscheidung und ihre Auswirkung auf die neuere Rechtsprechung, in *Conter* (Hrsg), *Justitiabilität und Rechtmäßigkeit* (2010) 27-45.
- E. Schindlechter, „Holzfällen. Eine Erregung“. Dokumentation eines österreichischen Literaturskandals, in *Schmidt-Dengler & Huber* (Hrsg), *Statt Bernhard* (1987) 13-39.
- W. Schmidt-Dengler & M. Huber (Hrsg), *Statt Bernhard. Über Misanthropie im Werk Thomas Bernhards*, Wien 1987.
- E. Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, in *Isensee & Kirchhof* (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts* (2009) 875-907.
- C. Schmitt-Maaß, „Die Kunst ist vogelfrei“ – der „Casus Kempker“, in *Neuhaus & Holzner*, *Literatur als Skandal* (2009) 658-665.
- G. Schneider, *Die Schlüsselliteratur I*, Stuttgart 1951.
- R. Scholz, Kommentar zu Art 5 Abs 3 GG, in *Maunz & G. Dürig* (Begr), *Grundgesetz Kommentar* (⁶⁰2010) Rn 1-80.
- M. C. Senn, *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998.
- B. Sommerauer, Kunst im Konflikt mit dem Recht. A never ending story, in *Eisenberger, Golden, Lachmayer, Marx & Tomasovsky* (Hrsg), *Norm und Normvorstellung* (2003) 519-538.
- E. Spangenberg, *Karriere eines Romans*, München 1982.
- E. Wagner, Kommentar zu § 43 ABGB, in *Kletečka & Schauer*, *Kommentar zum ABGB* (2010).
- K. E. Wenzel (Begr), *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*, Köln 2003.
- E. Wiederin, Schutz der Privatsphäre, in *Merten & Papier* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte* (2009) 175 ff.
- J. Würkner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, München 1994.

W. Zimmermann, Kommentar zu § 171 b GVG, in *Rauscher, Wax & Wenzel* (Hrsg), Münchener Kommentar zur ZPO (32008).

Zeitschriften, Zeitungen und sonstige Online-Medien:

C. Andrießen, Der „Mephisto“ des Klaus Mann, in *Die Weltbühne* (23. 5. 1956).

W. Berka, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, in *JB1* (1983) 281 ff.

C.-W. Canaris, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, in *JB1* (1991) 205 ff.

R. Doralt, Der Schutz des Lebensbildes, in *ÖJZ* (1973) 645 ff.

O. Edlbacher, Der Stand der Persönlichkeitsrechte in Österreich, in *ÖJZ* (1983) 423 ff.

D. Hacker, 200 Seiten Zärtlichkeit, in *Der Spiegel* 10 (2003) 146.

T. Henne, Alles schon mal dagewesen? - Parallelen zwischen den „Mephisto“-Entscheidungen der deutschen Gerichte und der Debatte um Walsers Tod eines Kritikers, in *NJW* (2003) 639-641.

J. F. Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfGE, in *NJW* (1990) 1937-1944.

H. D. Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in *NJW* (1989) 857-862.

R. Kämmerlings, Angeschwärzt, in *FAZ* Nr. 169 (24. 7. 2003) 31.

R. Kämmerlings, Fiktionen vor Gericht: Billers „Esra“ bleibt verboten, in *FAZ* Nr. 240 (16. 10. 2003) 41.

R. Kämmerlings, Halbe Hemden, frisch gestärkt, in *FAZ* Nr 51 (1. 3. 2003) 44.

R. Kämmerlings, Kann Dichtung dem Leben schaden, in *FAZ* Nr. 4 (5. 1. 2007) 31.

R. Kämmerlings, Kunstperson – Was den Fall Maxim Biller so kompliziert macht, in *FAZ* (22. 4. 2003)

K. Kastner, Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht, in *NJW* 12 (1982) 601-605.

B. Kempker, Was habe ich in Meppen zu suchen, in *Schreibheft. Zeitschrift für Literatur* 55 (2002) 43-52.

K.-H. Ladeur & T. Gostomzyk, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?, in *ZUM* (2004) 426-436.

- K.-H. Ladeur & T. Gostomzyk*, Mephisto reloaded – Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen, in *NJW* 9 (2005) 566-569.
- K. Markowetz & T. Steininger*, Die Bestimmung des § 1328a kurz gefasst, in *JAP* (2008/09) 8 ff.
- N. N.*, D: Kündigung wegen Satire über Büroalltag ungültig, *DiePresse.com* (15. 7. 2011), http://diepresse.com/home/panorama/skurries/678469/D_Kuendigung-wegen-Satire-ueber-Bueroalltag-unguelteig? [19. 7. 2011].
- N. N.*, Esra digital, *Der Spiegel* 28 (2011) 102.
- N. N.*, „Monat“-Foto im Zentrum einer skurrilen Klage, [http://www.monat.at/News-RSS-Single-Gesamt.457.0.html&cHash=775e6e5356&tx_ttnews\[backPid\]=628&tx_ttnews\[pointer\]=41&tx_ttnews\[tt_news\]=227](http://www.monat.at/News-RSS-Single-Gesamt.457.0.html&cHash=775e6e5356&tx_ttnews[backPid]=628&tx_ttnews[pointer]=41&tx_ttnews[tt_news]=227) [23. 12. 2011].
- N. N.*, Petzner bricht sein Schweigen, Interview mit „Österreich“ (27. 6. 2009), <http://www.oe24.at/oesterreich/politik/Petzner-bricht-sein-Schweigen/560633> [23. 12. 2011].
- N. N.*, Revanche für Holzfällen, *Der Spiegel* 16 (1987) 214.
- N. N.*, Stefan Petzner blitzt mit Klage gegen Buch von David Schalko ab, *derStandard.at* (19. 2. 2010), <http://derstandard.at/1266540978449/Freiheit-der-Kunst-Stefan-Petzner-blitzt-mit-Klage-gegen-Buch-von-David-Schalko-ab> [23. 12. 2011].
- N. N.*, „Tal der Wölfe“: Petzner gegen Verbot, *oe24.at* (1. 2. 2011), <http://www.oe24.at/oesterreich/politik/Tal-der-Woelfe-Petzner-gegen-Verbot/16640806> [17. 1. 2012].
- N. N.*, „Tal der Wölfe“: Trotz Antisemitismus-Vorwurf im Kino, *DiePresse.com* (21. 2. 2011), http://diepresse.com/home/kultur/film/627148/Tal-der-Woelfe_Trotz-AntisemitismusVorwurf-im-Kino [17. 1. 2012].
- N. N.*, Wie ein Romanverbot die Buchbranche einschüchtert, *Spiegel online* (16. 10. 2008), <http://www.spiegel.de/kultur/literatur/0,1518,584138,00.html> [18. 1. 2012].
- H. Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, *ÖJZ* (1983) 1 ff.
- I. Obergfell*, Dichtung oder Wahrheit? Anmerkungen zum Spannungsverhältnis zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrechtsschutz sowie zum Beschluss des BVerfG ZUM 2007, 829 – Esra, *ZUM* (2007) 910-915.
- P. Raue*, Die neue Klagelust – Literatur vor Gericht. Des Dichters Frust, in *I. Hartwig & T. Spengler* (Hrsg), *Kursbuch 155. Neue Rechtsordnungen*, Berlin 2004, 157-164.

- N. Reinhardt, Ist das Stöhnen auch echt?, Spiegel online (6. 3. 2010), <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,682037,00.html> [1. 8. 2011].
- A. Rühle, Geschwärzter Tratsch-Trash, SZ (11. 10. 2003), <http://www.sueddeutsche.de/kultur/biographien-geschwaerzter-tratsch-trash-1.897601> [1. 8. 2011].
- C. Schachinger, Klagenhagel im Tal der Wölfe, Der Standard (15. 1. 2010).
- D. Schalko, Lachen mit Petzner - Vielen Dank für die Klage!, Der Standard (19. 2. 2010).
- A. Schiemann, Tagung Literatur und Recht – Rechtsfälle in der Literatur oder Recht als Literatur?, *NvWZ* 2 (2004) 448-450.
- M. Thurnes, Verbotener Autor Maxim Biller, <http://www.suite101.de/content/maxim-biller-provoziert-a39165> [8. 6. 2011].
- I. Wallnöfer, Petzner gegen Schalko: Bloßstellung vor Gericht, in Die Presse (18. 2. 2010).
- V. Weidemann, Wie wahr darf Kunst sein?, in FAZ (3. 6. 2007) 35.
- U. Wittstock, Wenn Richter über Romane richten, WELT online (14. 6. 2007), http://www.welt.de/kultur/article944638/Wenn_Richter_ueber_Romane_richten.html [27. 7. 2011].
- G. Zanger, Karikatur, Satire, Kabarett und Kunstfreiheit, in *ÖBl* (1990) 193 ff.
- G. Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis, *NJW* 1985.
- „Esra“ auf amazon, http://www.amazon.de/gp/product/3462032135/sr=8-1/qid=1306318804/ref=olp_product_details?ie=UTF8&me=&qid=1306318804&sr=8-1&seller= [25. 5. 2011].
- „Weiße Nacht“ auf amazon, http://www.amazon.de/Wei%C3%9Fe-Nacht-David-Schalko/dp/3707602915/ref=cm_cr_pr_product_top [17. 1. 2012].

Gerichtsentscheidungen:

Deutschland:

BverfG 1 BvR 1783/05 („Esra“).

BVerfGE 7, 198 („Lüth“).

BVerfGE 13, 334 („Leserbrief“).
BVerfGE 27, 1 („Mikrozensus“).
BVerfGE 30, 173 („Mephisto“).
BVerfGE 34, 269 („Soraya“).
BVerfGE 35, 202 („Lebach“).
BVerfGE 54, 148 („Eppler“).
BVerfGE 67, 213 („Anachronistischer Zug“).
BVerfGE 75, 369 („Strauß-Karikaturen“).
BVerfGE 77, 240 („Herrnburger Bericht“).
BVerfGE 83, 130 („Josephine Mutzenbacher“).
BVerfGE 97, 125 („Caroline von Monaco“).
BVerfGE 99, 185 („Scientology“).
BVerfGE 114, 339 („Mehrdeutige Meinungsäußerungen“).

BGH 20. 3. 1968, I ZR 44/66 = BGHZ 50, 133.

BGH 21. 6. 2005, VI ZR 122/04, abgedruckt in GRUR (2005) 788-792.

BGH 24. 11. 2009, VI ZR 219/08, abgedruckt in ZUM (2010) 251.

OLG München 18 U 4890/03, in NJOZ (2005) 4343-4349.

LG München 9 O 11360/03, in GRUR-RR (2004) 92-94.

LG Münster, GRUR-RR (2003) 164 ff.

LG Berlin, AfP (2004) 287 ff.

KG, AfP (2004) 371 ff.

Österreich:

VfGH 12. 3. 1985, B44/84, VfSlg 10401.

OGH 24. 10. 1978, 4 Ob 91/78.

OGH 13. 4. 1983, 3 Ob 511/83.

OGH 22. 10. 1986, 1 Ob 36/86.

OGH 11. 10. 1988, 1 Ob 26/88.
OGH 11. 11. 1988, 1 Ob 26/88.
OGH 27. 2. 1990, 10 Ob S40/90.
OGH 24. 11. 1992, 4 Ob 98/92.
OGH MR 1993, 16.
OGH 18. 10. 1994, 4 Ob 99/94.
OGH 14. 5. 1997, 7 Ob 89/97g.
OGH 23. 7. 1997, 7 Ob 150/97b.
OGH 16. 9. 1999, 6 Ob 155/99h.
OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 64/00s.
OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 59/00f.
OGH 25. 5. 2000, 1 Ob 341/99z.
OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 175/00i.
OGH 23. 10. 2000, 6 Ob 238/00v.
OGH 13. 6. 2002, 8 Ob A288/01p.
OGH 29. 8. 2002, 6 Ob 283/01p.
OGH 24. 2. 2005, 9 Ob 117/04b.
OGH 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05y.
OGH 12. 10. 2006, 6 Ob 321/04f.
OGH 19. 12. 2006, 4 Ob 52/06k.
OGH 20. 12. 2006, 9 Ob A109/06d.
OGH 15. 2. 2007, 6 Ob 266/06w.
OGH 28. 3. 2007, 6 Ob 6/06k.
OGH 25. 5. 2007, 6 Ob 103/07a.
OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.
OGH 23. 9. 2008, 4 Ob 150/08z.
OGH 21. 1. 2009, 15 Os 175/08m.
OGH 19. 8. 2009, 15 Os 32/09h.
OGH 19. 8. 2009, 15 Os 5/09p.
OGH 16. 12. 2009, 4 Ob 186/09w.
OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 112/10i.
OGH 16. 3. 2011, 15 Os 98/10s.

OLG Graz 12. 12. 1983, 8 Bs 377/83.
OLG Wien 21. 12. 1984, 27 Bs 566/84.
OLG Wien 15. 12. 1986, 27 Bs 516/86.
OLG Wien MR 1988, 157.
OLG Wien MR 1992, 17.
OLG Wien 4. 8. 1992, 27 Bs 240/92.
OLG Wien 8. 6. 1994 , 27 Bs 170/94.
OLG Wien MR 1996/1, 17.
OLG Wien 11. 1. 1999, 18 Bs 386/98; 14.
OLG Wien MR 2002, 79.
OLG Wien 5. 2003, 17 Bs 251/02.
OLG Wien 13. 9. 2010, 18 Bs 153/10x.

LG f Strafsachen Wien 19. 2. 2010, 92 Hv 122/09y, 10.

EGMR:

EGMR 8. 7. 1986, in EuGRZ (1986) 424.
EGMR 24. 6. 2004 Nr 59320/00.
EGMR 25. 1. 2007, 68354/01.

Sonstige gerichtliche Unterlagen:

Strafantrag von Stefan Petzner beim LG für Strafsachen Wien vom 10. 12. 2009 auf
Zahlung einer Entschädigung gemäß § 7 MedienG, GZ 92 Hv 122/09 y
(unveröffentlicht, zur Verfügung gestellt von den Parteien des Verfahrens).
Äußerung der Antragsgegnerin Czernin Verlags GmbH vom 14. 1. 2010,
GZ 92 Hv 122/09 y (unveröffentlicht, zur Verfügung gestellt von den Parteien des
Verfahrens).
Replik des Antragstellers Stefan Petzner, GZ 92 Hv 122/09 y (unveröffentlicht, zur
Verfügung gestellt von den Parteien des Verfahrens).
Protokoll des eigenen Gesprächs mit dem Verlagsleiter des Czernin Verlags, Benedikt
Föger, vom 15. 3. 2010.

Anhang

Zusammenfassung der Arbeit

Diese Arbeit beschäftigt sich mit gerichtlichen Verboten von Romanen, die von Privatpersonen aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes erwirkt werden. Wenn diese mit dem Umstand, dass oder wie Details aus ihrer Biographie Romanfiguren zugeschrieben und in fiktive Handlungen eingearbeitet wurden, nicht einverstanden sind, entsteht aus rechtlicher Perspektive ein Konflikt des Persönlichkeitsrechts mit der literarischen Freiheit des Autors oder der Autorin.

Für das Hervorrufen eines derartigen Konflikts durch literarische Werke zeigt sich abseits von Satire und Karikatur besonders die Gattung der Schlüsselliteratur prädestiniert. Trotz der Verschleierung durch verschiedene Verschlüsselungstechniken kann die Verwendung realer Vorbilder oft so weit erkennbar bleiben, dass den Dargestellten eine Verbreitung des Werkes in der breiten Öffentlichkeit unzumutbar ist und die Freiheit der Kunst zurückstehen muss. Andererseits darf es aber auch nicht zu einer quasi Aushöhlung dieses Grundrechts kommen, indem Schriftstellerinnen und Schriftstellern die Bezugnahme auf die Realität völlig versagt wird.

Diese Problemlage wird in dieser Arbeit anhand von vier verschiedenen Fällen aufgearbeitet: Die Besprechung der Prozesse zu den Romanen „Mephisto“ von *Klaus Mann* (1971) und „Esra“ von *Maxim Biller* (2003) zeichnen ein Bild der deutschen Rechtsprechung zu diesem Thema, während die Erkenntnisse zu „Holzfällen“ von *Thomas Bernhard* (1984) und „Weiße Nacht“ von *David Schalko* (2009) einen Einblick in die österreichische Rechtsprechung in diesem Feld bieten sollen.

Neben der einleitenden Erörterung der besonderen Merkmale der Schlüsselliteratur werden in dieser Arbeit demnach die für diese Problemlage relevanten Rechtsbereiche sowohl für das deutsche, als auch für das österreichische Recht dargestellt und anhand der Besprechung der erwähnten Fälle der Umgang der Justiz mit dieser Abwägungsproblematik kritisch beleuchtet.

Lebenslauf der Verfasserin

Ich wurde am 20. 12. 1984 in Ried im Innkreis geboren, wo ich auch meine gesamte schulische Laufbahn absolvierte und 2003 am Gymnasium mit ausgezeichnetem Erfolg maturierte.

Danach erfolgte die Inskription des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften, welches ich im Oktober 2008 beendete und gleich darauf das Doktoratsstudium inskribierte.

Schon während des Diplomstudiums arbeitete ich als Studienassistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, während des Doktoratsstudiums war ich dort noch als freie Mitarbeiterin tätig.

Von September bis einschließlich November 2010 absolvierte ich ein Volontariat im Österreichischen Kulturforum in Brüssel.

Mit Beginn des Jahres 2012 konnte ich die Arbeiten an meiner Dissertation abschließen und diese im Februar zur Begutachtung vorlegen.

Wien, Februar 2012

Nora Dim