

Walter Berka

# The Free Speech Debate: Bedarf die Meinungsfreiheit einer Neuvermessung?

- I. Braucht es eine Neuvermessung der Meinungsfreiheit?
- II. Die Durchsetzung der Meinungsfreiheit in der global vernetzten Welt
  - 1. Zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit
  - 2. Zur Entterritorialisierung des Kommunikationsrechts
  - 3. Regulierung durch „private“ Akteure
  - 4. Gibt es eine neue Moralisierung der Meinungsfreiheit?
  - 5. Eine Zwischenbilanz
- III. Der Funktionswandel der Öffentlichkeit: *Ratio legis est anima legis*

## I. Braucht es eine Neuvermessung der Meinungsfreiheit?

Bei der Frage nach der Meinungsfreiheit und nach dem, was aus dieser Freiheit in der digital vernetzten Welt geworden ist, geht es um ein „großes“ Thema. Große Themen geht man am besten gelassen an, und daher beginne ich mit einer „Geschichte aus der Provinz“. Im September 2016 gab es in Salzburg eine lokale Erregung. Ein Unternehmer hatte aus Ärger über die österreichische Bürokratie an seinem Firmengebäude eine Flagge installiert, die das Staatswappen der Republik Österreich zeigte, wobei der Adler allerdings in seinen Klauen ein Bündel Bananen hielt. Dass es wegen dieser „Bananenrepublik-Flagge“ zu einer Anzeige und zur Einleitung eines Verfahren nach § 248 StGB (Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole) kommen konnte, war überraschend: Plötzlich gab es in Salzburg einen aktuellen Fall zur Meinungsfreiheit. Keine große Sache, aber einen Fall, der sich beispielsweise gut eignete, um mit Studenten die „Basics“ einer grundrechtlichen Falllösung zu diskutieren – etwa die Fragen nach dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit, nach dem Gesetzesvorbehalt des Artikels 10 EMRK oder nach den Schranken des Grundrechts. Dass die Lösung dieses Falles auf der Hand lag, war für die Studierenden sicherlich ein Vorteil, hatte doch der Verfassungsgerichtshof bereits in einer Entscheidung im Jahre 2009 zu einem ornithologisch vergleichbar gelagerten Sachverhalt aus Tirol auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit erkannt.<sup>1)</sup> Nicht unerwartet hat daher die Salzburger Staatsanwaltschaft schon kurz nach dem Einlangen der Anzeige mitgeteilt, dass die Ermittlungen in der Sache Bananenrepublik eingestellt wurden.

<sup>1)</sup> VfSlg 18.893/2009; vgl dazu Berka, Lebendiges Verfassungsrecht (2009), JBl 2012, 613 (623 f.).

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist so gesehen ein „lebendiges Grundrecht“ und es bewährt sich immer wieder in einer Art und Weise, die seiner klassischen Funktion entspricht. Nicht ohne Grund konnte der Verfassungsgerichtshof in der zitierten Entscheidung VfSlg 18.893/2009 angelehnt an das deutsche Bundesverfassungsgericht formulieren, dass „die Meinungsausäußerungsfreiheit aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist und darin unverändert eine ihrer Hauptbedeutungen findet“. Es ist gleichsam die Pertinenz des Grundrechts, die hier angesprochen wird. Und das gilt nicht nur für einen an sich banalen Fall, wie es die Geschichte aus Salzburg ist, sondern auch für brisantere Situationen, wenn man etwa an die jüngst (Herbst 2016) erfolgte Einstellung des Strafverfahrens gegen *Jan Böhmermann* denkt. Nicht zuletzt zeigt sich die aktuelle Bedeutung des Grundrechts vor allem in denjenigen Fällen und Situationen, in denen es in eklatanter Weise beeinträchtigt oder verletzt wird: wenn also in Ungarn eine der letzten nicht der Regierunghörigen Tageszeitungen eingestellt wird oder wenn die polnische Regierung ungeniert auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugreift<sup>2)</sup>, wenn saudi-arabische Sittenwächter einen jungen Menschen wegen eines harmlosen Videochats für mehrere Jahre ins Gefängnis bringen wollen oder wenn der Zustand der Pressefreiheit nach dem World Press Freedom Index nur in 15 Staaten der Welt als „gut“ qualifiziert werden kann<sup>3)</sup>. Solche Tatsachen zeigen das eine: Die Meinungs- und Medienfreiheit ist ein Grundrecht, auf das nicht verzichtet werden kann und das immer noch aktuell ist – und zwar mit jener Stoßrichtung und mit dem Verständnis, die ihm in seiner nunmehr mehr als 200-jährigen Geschichte zugemessen wurden.

Auch der Wortlaut des Grundrechts hat die Jahrhunderte überdauert: „*Liberty of speech*“ oder „*freedom of speech*“, wie sie sich als Synonyma für die parlamentarische Redefreiheit im englischen Parlament des 16. Jahrhunderts etabliert hatten, werden immer noch wie in den ältesten Grundrechtsdokumenten als „Meinungsfreiheit“ formuliert, das heißt als das jedermann zuerkannte Grund- und Menschenrecht, seine Meinung frei zu äußern.<sup>4)</sup> So formulierte § 143 der Frankfurter Paulskirchenverfassung vorbildhaft, freilich noch als ein Staatsbürgerrecht: „Jeder Deutsche hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern.“ In dieser Fassung hat sich das Grundrecht als „Recht auf freie Meinungsausäußerung“ bis zu den jüngsten Grundrechtsdokumenten behauptet, wie das der Wortlaut des Art 11 der Europäischen Grundrechtecharta zeigt: „Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsausäußerung.“ Angesichts der Strahlkraft dieser geradezu „kanonischen“ Formulierung konnten sich Ansätze zu einer Neuformulierung oder Ergänzung der

<sup>2)</sup> Vgl dazu *Berka/Tretter*, The Polish Interim Broadcasting Act 2015 in the Light of Article 10 ECHR. Good Governance Standards in Public Broadcasting, Medien und Recht International (2016) 118.

<sup>3)</sup> Vgl [rsf.org/en/ranking](http://rsf.org/en/ranking) (Stand: 30. 5. 2017).

<sup>4)</sup> Zur Entwicklung der parlamentarischen Redefreiheit und den daran anschließenden Verfassungsentwicklungen vgl. *Stourzh*, Die Entwicklung der Rede- und Meinungsfreiheit im englischen und amerikanischen Rechtsraum, in *Schwartländer/Willowweit* (Hrsg), Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA (1984) 121.

Meinungs- und Medienfreiheit niemals wirklich durchsetzen. Auch das verdeutlicht die Entstehungsgeschichte der Grundrechtecharta, in deren Verlauf es zwar einzelne Anläufe zu einer Erweiterung der Garantie gab, etwa im Hinblick auf eine Bestandsgarantie für den öffentlichen Rundfunk oder ein in das Grundrecht aufzunehmendes Verbot rassistischer, fremdenfeindlicher oder antisemitischer Äußerungen. Einen Niederschlag im verabschiedeten Text konnten diese Initiativen indessen nicht finden.<sup>5)</sup>

Angesichts dieser Lebenskraft, die dem Grundrecht gerade auch in seiner „unveränderten Hauptbedeutung“ zukommt, könnte man daran zweifeln, ob es überhaupt Sinn macht, von einer „Neuvermessung“ des Grundrechts zu sprechen. Andererseits sind die Veränderungen in unserer Welt unübersehbar, und sie betreffen nicht zuletzt die Art und Weise, wie wir kommunizieren, also den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Zwar haben sich die Medien der öffentlichen Kommunikation immer schon dynamisch entwickelt, einzigartig ist aber die Rasanz der heutigen Entwicklungen. Mehr denn je bestätigt sich die Einsicht, dass der Zustand einer Gesellschaft durch die Art ihrer Kommunikation bestimmt wird. Dabei sind es vielleicht weniger die äußereren, greifbaren Folgen dieser Entwicklung – die enorme Vermehrung der vermittelbaren Informationen, die Unbegrenztheit des Publikums oder die Unentzerrbarkeit der neuen Medien, die den Alltag der Menschen durchdringen. Wenn wir uns für den aktuellen Status der Meinungsfreiheit interessieren, müssen auch die weniger sichtbaren, aber nichtsdestoweniger relevanten Konsequenzen dieser Entwicklungen in den Blick genommen werden.

Bei einem großen internationalen Forschungsprojekt, das an der Universität Oxford zum Zustand der Meinungsfreiheit durchgeführt wird und dem dieser Beitrag seinen Titel „*The Free Speech Debate*“ verdankt, lautet ein Leitmotiv: „Wir brauchen eine Meinungsfreiheit besserer Qualität“.<sup>6)</sup> Was immer das im Einzelnen bedeutet, eine ähnliche Fragestellung soll auch hier diskutiert werden: Müssen wir das Grundrecht der Meinungsfreiheit prinzipiell neu denken oder ist das, was heute über uns hereingebrochen ist, letztlich doch nur ein Beispiel für die Wiederkehr des immer Gleichen?

## II. Die Durchsetzung der Meinungsfreiheit in der global vernetzten Welt

### 1. Zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Zu den „klassischen“ Themen, welche das Grundrecht aufwirft, gehört die Frage nach seinem sachlichen Schutzbereich. Dass kommerzielle Werbung unter Art 10 EMRK fällt, ist heute ein Allgemeingut, so wie es keine Frage ist, dass Tathandlungen mit symbolischem Charakter darunter fallen oder dass das Bet-

<sup>5)</sup> Vgl dazu die Hinweise bei *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 11 Rz 3.

<sup>6)</sup> Vgl zu dem vom *Timothy Garton Ash* initiierten und geleiteten Projekt [free-speech-debate.com/de/](http://free-speech-debate.com/de/) (Stand: 30. 5. 2017) sowie *Ash, Free Speech* (2016); das Zitat im Text folgt der deutschen Übersetzung, *Ash, Redefreiheit* (2016) 14.

teln eine Form der geschützten Kommunikation ist. Soweit es in Grenzfällen des Schutzbereichs Zweifel gibt, lassen sich diese orientiert am Sinne und Zweck des Grundrechts aufklären.<sup>7)</sup>

Was aber ist grundrechtlich geschützte Kommunikation, wenn das, was in der „alten“ analogen Welt als „Nachrichten und Ideen“ (Art 10 EMRK) kommuniziert wurde, in digitale Werte überführt und die Meinungsäußerung zum „Digitalisat“ wird? Zunächst fallen Antworten nicht schwer. Wenn in der Kommentarliteratur diskutiert wird, ob ein QR-Code (Quick Response-Code) unter Art 10 EMRK fällt, gibt es keine Zweifel: Der Code ist im Prinzip nichts anderes als die Darstellung eines Kommunikationsinhalts in der Form einer bestimmten Sprache und somit Ausdruck einer geschützten Meinungsäußerung, ebenso wie derjenige unzweifelhaft von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch macht, der einen Hyperlink setzt, oder wie niemals bezweifelt werden konnte, dass Onlinemedien unter die geschützte Medienfreiheit fallen.<sup>8)</sup>

Was aber gilt für ausschließlich maschinengesteuerte Kommunikation, wie sie heute in der Form von Suchergebnissen auftritt, die ein Algorithmus generiert, oder als ein Chatbot, der im Netz „kommuniziert“?<sup>9)</sup> Chatbots sind textbasierte Dialogsysteme, die sich einer künstlichen Intelligenz bedienen und mehr oder weniger „sinnvoll“ kommunizieren und eine Art von Pseudo-Intelligenz entfalten können: Ein bekanntes Beispiel ist der im Frühjahr 2016 verbreitete Twitter-Chatbot *Tay*, der sich zunächst als ein überaus freundlicher Gesprächspartner vorgestellt hatte, aber nach 24 Stunden Lebensdauer im Internet zu einem rassistischen Scheusal wurde und *Adolf Hitler* als befähigten Politiker und *Donald Trump* als politische Hoffnung für die USA zu qualifizieren begann. Ob es sich bei solchen Phänomenen um verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit handelt, ist nur auf den ersten Blick leicht zu beantworten und auf den zweiten schon komplizierter: Sicherlich handelt sich bei dem, was ein Chatbot von sich gibt oder der Algorithmus generiert, um eine Information, die zudem sprachlich als verbale Kommunikation in Erscheinung treten kann. Auch wenn es kein Mensch ist, der kommuniziert – vom Menschen stammt nur das Programm –, wird Bedeutung und gelegentlich auch Wissen generiert, etwa in der Form von Suchergebnissen. Das spricht dafür, zumindest den Schutz der passiven Informationsfreiheit zu gewähren, also die freie Zugänglichkeit auch zu maschinengenerierten Daten dem Grundrechtsschutz zu unterstellen.

Aber handelt es sich um eine geschützte Meinungsäußerung? Dass Menschen den Algorithmus konstruiert haben und je nach seiner konkreten Ausgestaltung in ihn menschliche Intelligenz und, in mehr oder minder großem

<sup>7)</sup> Vgl zum Betteln als Form grundrechtlich geschützter Meinungsfreiheit zB VfSlg 19.662/2012; zu weiteren Fragen der Schutzbereichsabgrenzung vgl zuletzt *Bezemek*, Freie Meinungsäußerung (2015) passim.

<sup>8)</sup> Zum Grundrechtsschutz von QR-Codes vgl *Grabenwarter*, Art 5, in *Maunz/Dürig* (Begr), *Herdegen/Herzog/Klein/Scholz* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar (68. EL 2013) Rz 93.

<sup>9)</sup> Vgl zB *Blackman*, What Happens if Data is Speech? 16 Journal of Constitutional Law Heightened Scrutiny 2014, 25; weitere Nachweise zu dieser Diskussion bei *Bezemek* (FN 7) 10 FN 27.

Umfang, gedankliche Inhalte eingebaut wurden, deutet darauf hin, dass eine pauschale Lösung nicht möglich ist. Es wird Fälle geben, in denen durch das Programm gesteuert und von seinem Urheber gewollt ein Sinngehalt erzeugt wird, der auf menschliche Kommunikation hinausläuft. In anderen Fällen wird das aber nicht der Fall sein und verliert sich der einem Menschen zugeordnete Sinngehalt in einem technischen Code. Vielleicht kann man eine sinnvolle Antwort ohnedies nur finden, wenn man die Vor- und Nachteile erwägt, die entstehen, wenn man Maschinensprache leichter regulieren kann als menschliche Kommunikation, weil sie nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt ist – was dem Datenschutzrecht oder der Regulierung von Suchmaschinen einen größeren Spielraum eröffnet –, oder ob es doch geboten ist, etwa auch den Chatbot der geschützten Meinungsfreiheit zu unterstellen, weil auch er zur öffentlichen Diskussion beiträgt, wie die Empörung über den Chatbot *Tay* gezeigt hat. Und würde das dann auch für die Macht gelten, die Google ausübt, wenn Google gesteuert durch Algorithmen das Relevante vom Irrelevanten trennt? Kann man auf das Menschliche bei der menschlichen Kommunikation verzichten, wenn es um den Schutz des Grundrechts geht?

Ich meine – aber das ist sicherlich nur eine erste Antwort –, dass es keinen Grund gibt, davon abzurücken, dass das Grundrecht nach seiner Teleologie und Funktion die auf die Vermittlung von Sinn ausgerichtete menschliche Kommunikation schützt.<sup>10)</sup> So gesehen müssen wir die Meinungsfreiheit nicht neu denken, wenn Maschinensprache reguliert wird, weil die Macht der Maschinen und Algorithmen zwar Ausdruck einer unternehmerischen Freiheit, aber nicht der freien Kommunikation ist, was auch für diejenigen gilt, die sich dieser Macht bedienen.

## 2. Zur Entterritorialisierung des Kommunikationsrechts

Auch die Frage nach den durch das Grundrecht in Pflicht genommenen Grundrechtsverpflichteten ist im Kontext der Meinungsfreiheit vertraut. Im traditionellen und immer noch maßgeblichen Verständnis ist das zunächst und in erster Linie der Staat, der die gesellschaftliche Kommunikation reguliert, und hier wiederum der Nationalstaat, der die Bedingungen und Grenzen der freien Kommunikation durch das (mehr oder minder demokratisch erzeugte) Gesetz festlegt. Nationale Rechtsetzung folgt regelmäßig dem Prinzip der Territorialität, sodass die Grenzen der Meinungsfreiheit durch nationale Besonderheiten gekennzeichnet sein können. Dass die Leugnung des Holocaust unter dem First Amendment der amerikanischen Bundesverfassung den Schutz der Meinungsfreiheit genießt, während revisionistische Äußerungen auf unserer Seite des Atlantiks strafbare Delikte sind, ist ein bekanntes Beispiel. Mit der Globalisierung der Informationsströme und mit der Ubiquität der digitalen Kommunikation zeichnet sich nun freilich eine „Entterritorialisierung des Kommunikations-

<sup>10)</sup> Zum Sinngehalt der Meinungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt des Schutzes menschlicher Sinnkommunikation vgl. Berka, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRz 1982, 413 (417).