

DIE ROLLE DER STAATSGEWALTEN UND RECHTLICHE
ANREIZE FÜR EINE DEMOKRATISCHE KULTUR¹

Thomas Offenloch

Richter des Bundesverfassungsgerichts

Sehr geehrte Damen und Herren!

Herzlichen Dank für die Einladung! Herzlichen Dank für die freundliche Begrüßung! Ich bin das erste Mal in Brasilien und gerade einmal den zweiten Tag hier. Schon jetzt bin ich ganz begeistert, von Brasilien, vor allem aber auch von Ihrer großartigen Gastfreundschaft. Herzlichen Dank!

„Die Rolle der Staatsgewalten und rechtliche Anreize für eine demokratische Kultur“

- so lautet mein Thema. Ein weites Thema. Ich befürchte: Ich werde es nicht erschöpfend behandeln können in den rund dreißig Minuten, die mir hier zur Verfügung stehen. Ich möchte deshalb einen Bereich herausgreifen und schlaglichtartig beleuchten, der mir besonders wichtig erscheint: Frau Kollegin Dr. Fetzer hat ihn bereits benannt: Die Meinungs- und Pressefreiheit, ihre Bedeutung für die Demokratie und ihren Schutz durch die dritte Gewalt, gerade auch in Deutschland und in Europa.

Gewiss haben Sie es mitbekommen. Vorletzte Woche in Deutschland: Die Münchener Sicherheitskonferenz. Sie stand natürlich im Zeichen des völkerrechtswidrigen Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine. Dieser Tage jährt sich der Überfall im Jahr 2022 ja zum dritten Mal. Aber eigentlich dauert der schreckliche Krieg schon viel länger. Nämlich seit Februar 2014, als Putin begann, sich die Krim einzuhauen - mit militärischer Gewalt. Uns alle, für die ein friedliches und konstruktives Miteinander von Völkern und Staaten mit zu den wichtigsten Zielen von Politik und Recht überhaupt gehört, uns alle besorgt das zutiefst. Ganz besonders natürlich uns in Deutschland und Europa. Rund 1.500 Kilometer von Deutschland entfernt tobt ein Krieg, begonnen von einem Staat, der mit allem bricht, was wir bislang unter einer regelbasierten Ordnung verstanden haben. Man kann es gar nicht deutlich genug sagen: Die Sicherheit Europas ist in Gefahr! Eigentlich Stoff genug für ein Gipfeltreffen wie die Münchener Sicherheitskonferenz.

Offenbar nicht so für den US-amerikanischen Vizepräsidenten. Er führte in seiner Rede am Freitag vor einer Woche aus. Ich zitiere:

¹ Bei diesem Beitrag handelt es sich um den - nur geringfügig geänderten und ergänzten - Vortrag, der vom Verfasser auf der brasilianisch-deutschen Tagung vom 24. und 25. Februar 2025 in Brasilia mit dem Titel „Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais“ gehalten wurde. Die Vortragsform wurde aus Gründen der Dokumentation beibehalten.

Die Bedrohung, die mich in Bezug auf Europa jedoch am meisten besorgt, ist nicht Russland, nicht China, nicht irgendein anderer externer Akteur. Was mich besorgt, ist die Bedrohung von innen. Der Rückzug Europas von einigen seiner grundlegendsten Werte, Werte, die es mit den Vereinigten Staaten von Amerika teilt.²

Und dann legte Vizepräsident Vance dar, dass und warum er Meinungsfreiheit und Demokratie in Europa und auch in Deutschland in Gefahr sieht.

Eine aus dem Innern kommende Gefahr für Meinungsfreiheit und Demokratie, die größer ist als die Gefahr, die von der russischen Militärmaschinerie unter Putin ausgeht? Ist das ein realistisches Bild für Europa, für Deutschland? Nein! Gewiss nicht! Mein persönlicher Eindruck: Ein ganz schön schiefes Bild auch von Deutschland, ein Zerrbild, das Vizepräsident Vance da an die Wand gemalt hat. Natürlich: Auch in Deutschland hört man immer wieder, man dürfe hier nichts mehr sagen, die Meinungsfreiheit sei eingeschränkt. Meine Antwort: Das stimmt nicht. Dafür sorgen im Übrigen schon unsere Gerichte, die dem Recht auf Meinungsfreiheit großes Gewicht beimessen. Unabhängige Gerichte übrigens. Und diese Unabhängigkeit steht nicht nur auf dem Papier. Aus eigener Erfahrung kann ich Ihnen sagen: Ich bin seit vielen Jahren Richter in Deutschland. Ich war in allen Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig, jetzt auch noch beim Bundesverfassungsgericht. Ich habe an zahlreichen Entscheidungen mitgewirkt, die ganz erhebliche Auswirkungen hatten. Auch an Entscheidungen, die für die Bundesregierung erhebliche Probleme mit sich brachten. Ich kann Ihnen berichten: Es gab keinen einzigen Fall, in dem ich auch nur das Gefühl gehabt hätte, die Exekutive wolle auf mich in unlauterer Weise Einfluss nehmen oder gar Druck ausüben. Gewaltenteilung und Rechtsstaat funktionieren in Deutschland. Und sie schützen auch und gerade Meinungsfreiheit und Demokratie!

Meine Damen und Herren, die Ausgangslage ist recht einfach. Die Meinungsfreiheit - und dazu gehört natürlich auch die Pressefreiheit - ist zentral für unsere Demokratie. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Jahr 1958 im berühmten „Lüth-Urteil“³ treffend formuliert:

Ich zitiere:

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).⁴

² Vgl. <https://tinyurl.com/fpvshvte>, zuletzt abgerufen am 6. April 2025.

³ BVerfGE 7, 198.

⁴ BVerfGE 7, 198 <208>.

Zum Ausdruck kommt darin jedenfalls zweierlei. Erstens: Das Recht auf freie Meinungsäußerung entspringt unmittelbar der menschlichen Persönlichkeit. Wer – wie das deutsche Grundgesetz – die Persönlichkeit jedes Menschen ernst nimmt, kommt an ihr also gar nicht vorbei. Der Mensch ist im demokratischen Staat kein Untertan, sondern hat das Recht - ich meine im Übrigen auch die Aufgabe - die Geschicke seines Landes mitzusteuern. Auch und gerade dadurch, dass er seine Meinung nicht für sich behält, sondern sie anderen mitteilt. Und dieses Recht wird ihm nicht etwa zugeteilt, es kommt direkt aus seiner Persönlichkeit, aus seinem Wesen als Mensch. Das ist – wenn man so will – der subjektive Aspekt der Aussage.

Ich zitiere nochmal:

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt [...]. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist [...].⁵

- darin steckt aber auch noch ein zweiter, objektiver Aspekt. Nämlich ein Bekenntnis zum Wert geistiger Auseinandersetzungen an sich, zum Wert des Kampfs der Meinungen. Demokratinnen und Demokraten sind davon überzeugt,

- dass im Wege der geistigen Auseinandersetzung,
- dass durch den Kampf der Meinungen, an dem sich jeder und jede beteiligen kann,
- dass dadurch erst die besten Lösungen für unsere Probleme gefunden werden. Vielleicht – das mag man zugeben – nicht immer die schnellsten Lösungen. Aber die tragfähigsten. Im Übrigen – auch das ist wichtig – auf friedlichem Weg.

Diese große Bedeutung der Meinungsfreiheit für unsere freiheitlich-demokratisch verfassten Staaten spiegelt sich in ihren positiv-rechtlichen Ausprägungen wider. Verzeihen Sie mir jetzt bitte den europäischen Blick: Wir Deutsche verstehen uns als Teil des europäischen Verfassungsverbundes. Und hier finden wir das Recht auf Meinungsfreiheit nicht nur in Artikel 5 des Deutschen Grundgesetzes und entsprechenden Vorschriften anderer europäischer Staaten, sondern eben auch in Artikel 11 der EU-Grundrechte-Charta und in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Meine Damen und Herren! Rechtliche Gewährleistungen sollen nicht nur auf dem Papier stehen. Sie sollen tatsächlich Wirkung entfalten. Um das sicherzustellen, dazu bedarf es unabhängiger Gerichte. Gerichte, an die sich wenden kann, wer sich in einem Recht verletzt sieht. Gerichte, an die sich jeder wenden kann, der sein Recht gegen Widerstände durchsetzen will. Und gerade rund um die Meinungs- und Pressefreiheit werden Gerichte in besonderer Weise gefordert. Das zeigt schon die nahezu unüberschaubare Anzahl gerichtlicher Entscheidungen, die sich mit der Meinungs- und Pressfreiheit und ihrer Reichweite befassen: Zivilgerichtliche

5 BVerfGE 7, 198 <208>.

Entscheidungen, strafgerichtliche Entscheidungen, verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, auf nationaler Ebene, aber auch Entscheidungen übernationaler Gerichte wie des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die Dritte Gewalt, die Judikative, sie prägt Inhalt und Reichweite der Meinungsfreiheit also in ganz erheblichem Maße. Gerichte sind unverzichtbare Schiedsrichter im Kampf der Meinungen – inhaltlich freilich – das gehört sich für einen guten Schiedsrichter – neutral. Eine unabhängige Justiz – sie für unsere demokratische Kultur damit essenziell.

Die Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen rund um die Meinungsfreiheit verrät aber auch: Die Wahrnehmung des Rechts auf Meinungsfreiheit kann zu Konflikten führen. Und natürlich ist auch die Meinungsfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet. Artikel 5 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes enthält sogar einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Danach findet das Recht auf freie Meinungsäußerung seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und im Recht der persönlichen Ehre. In der politischen Auseinandersetzung ist gerade das Recht der persönlichen Ehre von Bedeutung – oder vielleicht etwas weiter: das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Denn natürlich werden politische Meinungskämpfe in der Demokratie bisweilen scharf ausgetragen. Sie können auch die persönliche Ebene erreichen – das lässt sich gar nicht immer vermeiden. Da ist es wichtig, dass Gerichte den richtigen Ausgleich finden. Denn auch ein unzureichender Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bringt Probleme für die Demokratie mit sich. Etwa, wenn sich aus Furcht vor persönlichen Angriffen immer weniger Menschen dazu bereit erklären, politische Verantwortung zu übernehmen. In Deutschland sehen wir entsprechende Tendenzen insbesondere – aber nicht nur – auf kommunalpolitischer Ebene.

Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht sind beides grundrechtliche Gewährleistungen von Verfassungsrang. Und deshalb ist auch das Vorgehen der Gerichte bei der Suche nach dem Ausgleich zwischen den beiden Verfassungsgütern im konkreten Fall verfassungsrechtlich determiniert. Wohlgemerkt: Das Vorgehen, nicht das Ergebnis. Die erste Kammer unseres Ersten Senats⁶ hat die diesbezüglichen Grundsätze erst im Januar nochmals zusammengefasst. Eine Frau hatte einen Rechtsanwalt heftig kritisiert und war deshalb wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde begehrte sie nun die Aufhebung dieser Verurteilung. Begründung: Die Verurteilung verletzte sie in ihrer Meinungsfreiheit. Sie hatte Erfolg. Die Kammer teilte diese Einschätzung. Interessant für uns ist hier aber weniger der konkrete Fall. Interessant sind vielmehr die verfassungsrechtlich vorgegebenen Prüfungsschritte, die die Kammer hier noch einmal wiedergegeben hat. Zwei davon möchte ich herausgreifen:

Im ersten Schritt haben die Gerichte zu prüfen, ob die betroffene Äußerung überhaupt dem Schutzbereich des Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz unterfällt. Dieser Schutzbereich ist weit. Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz schützt jede Verbreitung von Meinungen und weitestgehend auch die Verbreitung von Tatsachen – im Übrigen ohne Rücksicht auf das jeweils in Anspruch genommene Kommunikationsmittel. Auf dieser Ebene der Prüfung spielt keine Rolle, ob die

⁶ Beschluss vom 16. Januar 2025 - 1 BvR 1182/24, juris.

Äußerung die Ehre eines anderen beeinträchtigt. Auch polemisch oder verletzend formulierte Aussagen fallen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Fällt die in Rede stehende Äußerung danach in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit und wird sie unterbunden oder sanktioniert, dann liegt darin ein Grundrechtseingriff, der gerechtfertigt werden muss.

Das erfordert in einem weiteren Schritt im Normalfall eine Abwägung im konkreten Einzelfall, eine Abwägung zwischen den Beeinträchtigungen, die der Meinungsfreiheit auf der einen Seite drohen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite. Nur wenn die Waage danach nicht zugunsten der Meinungsfreiheit ausschlägt, kommt eine Unterbindung oder Sanktionierung der Äußerung in Betracht. Ein ganz besonders wichtiger Gesichtspunkt bei dieser Abwägung ist die Frage: Geht es bei der Äußerung nur um eine private Auseinandersetzung zur Verfolgung von Eigeninteressen oder wird von der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Gebrauch gemacht? Zwar sind auch rein privatnützige Äußerungen von der Meinungsfreiheit nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung, insbesondere auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, haben Beiträge zur öffentlichen Meinungsbildung aber größeres Gewicht. Das Bundesverfassungsgericht sagt sogar – ich zitiere: „Handelt es sich bei der umstrittenen Äußerung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung, so spricht eine Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede.“⁷

- Gerichte machen die Meinungsfreiheit also gerade dann besonders stark, wenn es um deren Bedeutung für die Demokratie geht!

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch gesagt: Eine Abwägung, bei der Äußerungen im politischen Kontext besonderes Gewicht zukommt, hat nur im Normalfall stattzufinden. Ausnahme, auch das ist anerkannt: Äußerungen, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, als Formalbeleidigung oder als Schmähung darstellen.⁸ Sie können ohne eine solche Abwägung sanktioniert werden. Im Meinungskampf müssen zwar auch persönliche Angriffe hingenommen werden. Tritt die Sachaussage aber völlig in den Hintergrund und geht es nur noch um eine persönliche Herabsetzung, nur noch um die Diffamierung eines anderen, dann sind Grenzen erreicht. Ich meine: Auch das dient dem Schutz demokratischer Werte. Denn ein konstruktiver Kampf um die in der Sache richtige Meinung wird unmöglich, wenn der Gegenüber nur noch persönlich diffamiert wird. Aber, klar muss sein: Das ist die absolute Ausnahme. Die Hürden sind hoch!

Meine Damen und Herren, vielleicht drei konkrete Fallbeispiele aus Deutschland:

Erster Fall:⁹ Ein strafrechtliches Verfahren, das im vergangenen Jahr vor einem kleinen deutschen Amtsgericht geführt wurde. In der Eingangsinstanz also. Trotzdem hat es große Aufmerksamkeit auf sich gezogen:

7 BVerfGE 7, 198 <212>; 61, 1 <11>; 93, 266 <294 f.>; ständige Rechtsprechung.

8 BVerfGE 82, 43 <51>; 85, 1 <16>; 90, 241 <248>; 93, 266 <293 f.>; 99, 185 <196>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Januar 2025 - 1 BvR 1182/24 Rn. 21, juris; ständige Rechtsprechung.

9 Vgl. AG Miesbach, Urteil vom 21. März 2024 - 62 Cs 11 Js 36474/23, juris.

Der Angeklagte, ein Unternehmer, hatte auf seinem Grundstück ein Plakat aufgestellt. Darauf zu sehen: Vier in Deutschland sehr bekannte Politikerinnen und Politiker der Partei BÜNDNIS 90/Die Grünen. Satirisch verfremdet. Von links nach rechts: der Bundesminister für Ernährung und Landwirtschaft Cem Özdemir mit einer Möhre aus dem Ohr, die damalige Co-Parteivorsitzende Ricarda Lang auf einer Dampfwalze, der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz und Vizekanzler Dr. Robert Habeck mit leeren, nach außen gestülpten Taschen und die Bundesaußenministerin Annalena Baerbock als kleines Kind. Darüber der Satz: „Wir machen alles platt.“ Darunter ein - angebliches - Zitat von Dr. Robert Habeck: „Vaterlandsliebe fand ich stets zum Kotzen.“ Die Bundesaußenministerin stellte wohl Strafantrag wegen Beleidigung. Die Staatsanwaltschaft beantragte einen Strafbefehl gegen den Angeklagten, der vom Amtsgericht zunächst auch erlassen wurde. Dagegen der Einspruch des Angeklagten. Es kam zur Verhandlung. Und hier wurde der Angeklagte freigesprochen.

Begründung des Amtsgerichts,¹⁰ zusammengefasst:

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit erlaube diese Darstellung. Es handele sich um eine Meinungsäußerung. Kritisiert werde die Politik der Grünen. Und – wir erinnern uns: Das Plakat mag polemisch oder verletzend sein, das spielt bei seiner Einordnung als Meinungsäußerung aber keine Rolle. Auch polemische und ehrschnälernde Äußerungen sind vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasst. Eine Schmähung, in der ausnahmsweise nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund steht – wir erinnern uns: dann keine Abwägung – eine solche Schmähung liege nicht vor. Und jetzt die Abwägung: Überwiegt hier das natürlich ebenfalls betroffene Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Politikerinnen und Politiker das berechtigte Interesse des Angeklagten an der Äußerung seiner Meinung in der konkreten Form? Nein! Zwei vom Amtsgericht dabei bemühte Gesichtspunkte: Es handele sich um Kritik an Spitzenpolitikern, die mehr hinzunehmen hätten als Privatpersonen oder Lokalpolitiker. Eine Auffassung, die im Übrigen auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertreten. Und zweitens: Es gehöre gerade zum Recht auf Meinungsfreiheit, dass Kritik nicht nur sachlich-differenziert, sondern auch grundlos, pointiert, polemisch und überspitzt geäußert werden darf.

Meine Damen und Herren, ich halte diese Entscheidung nicht nur für zwingend; ich bin – um es vorsichtig auszudrücken – auch überrascht, dass das Aufstellen des Plakats überhaupt zu einem Strafbefehl geführt hat. Denn das angeklagte Verhalten war in meinen Augen offensichtlich rechtmäßig. Es ging um eine Äußerung im Kernbereich der politischen Auseinandersetzung. Und das sage ich, obwohl ich die angegriffenen Politikerinnen und Politiker persönlich durchaus schätze, und obwohl ich das Plakat nicht für besonders geschmackvoll halte. Aber darum geht es nicht.

¹⁰ AG Miesbach, Urteil vom 21. März 2024 - 62 Cs 11 Js 36474/23, juris Rn. 18 ff.

Zweiter Fall:¹¹ Einer meiner ersten Fälle, die ich beim Bundesgerichtshof zu bearbeiten hatte. Ich war vor meiner Wahl zum Bundesverfassungsgericht neun Jahre in einem Zivilsenat beim Bundesgerichtshof tätig. Zum Fall:

Wir schreiben das Jahr 2012. In Berlin besuchen drei Ehepaare gemeinsam ein Grill-Restaurant. Zunächst einmal nichts Besonderes – möchte man meinen. Für ein Boulevard-Magazin aber doch. Warum? Es waren nicht x-beliebige Paare, die dort gemeinsam speisten, sondern: der damalige deutsche Außenminister und zwei der bekanntesten deutschen Fernsehgrößen, jeweils mit Partnerinnen beziehungsweise Partner. Eine dieser Fernsehgrößen moderierte damals den wohl bekanntesten Politik-Talk im deutschen Fernsehen; die andere hatte gerade eine große Samstagabend-Show verloren. Ein sogenannter Paparazzo schoss Fotos von der Gruppe am Tisch – durch das geschlossene Restaurant-Fenster. Und am 2. Mai 2012 konnte man in dem genannten Magazin lesen:

Überschrift: „DAS PERFEKTE PRIVATE PROMI-DINNER – Nach dem AUS seiner Show: Der Moderator unterwegs in Berlin“.

Darunter ein Bericht, aus dem sich im Wesentlichen ergibt, wer da gemeinsam beim Essen war und was es so zum Essen gab.

Dazu ein Bild der Gruppe am Tisch.

Einer der beteiligten Promis wehrte sich gegen diese Berichterstattung. Und bekam Recht. Zwar war die persönliche Ehre hier nicht betroffen; ein gemeinsamer Restaurantbesuch ist nicht ehrbeeinträchtigend. Aber das Recht am eigenen Bild und die Privatsphäre – ebenfalls Schutzgüter des verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Auch hier nun die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit auf der einen Seite und Persönlichkeitsrecht auf der anderen. Und hier überwog nun das Persönlichkeitsrecht. Entscheidendes Argument: Ein öffentliches Informationsinteresse an dem privaten Treffen und den dabei verzehrten Speisen bestand nicht. Es handelte sich nicht um eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ging, die Gegenstand des Artikels war. Das hätte sich im Übrigen – möglicherweise – leicht ändern lassen. Stellen wir uns nur einen Moment vor, das Boulevard-Magazin hätte nicht im Wesentlichen über das verzehrte Essen berichtet, sondern hätte sich der Frage gewidmet, ob dem Bundesaußenminister die offensichtlich bestehende Freundschaft zu dem großen Polit-Talker Vorteile in Bezug auf die Talksendung bringt – die Berichterstattung wäre vielleicht zulässig gewesen. Denn dann hätte sich jedenfalls diskutieren lassen, ob daran nicht ein erhebliches öffentliches Informationsinteresse besteht. In diesem Fall wären eben auch Fragen behandelt worden, die den demokratischen Meinungskampf betreffen.

¹¹ Vgl. LG Köln, Urteil vom 21. November 2012 - 28 O 328/12, juris; OLG Köln, Urteil vom 6. August 2013 - 15 U 209/12, juris; BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 - VI ZR 418/13, nicht veröffentlicht (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Letzter Fall. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts:¹²

Zum Hintergrund: Vor rund zehn Jahren kam in Deutschland eine Debatte auf, die sich mit der Haltung einer politischen Partei zur Pädophilie während der 80er-Jahre – das war die Anfangszeit dieser Partei – befasste. In diesem Zusammenhang wurde bei Facebook in einem Blogbeitrag über unsere Beschwerdeführerin, eine bis heute bekannte Politikerin der besagten Partei, und eine von ihr im Mai 1986 angeblich getätigten Äußerung berichtet. Unter dem Blogbeitrag wurde viele Kommentare hinterlassen, unter anderem [Schreibweise wir im Original]: „Pädophilen-Trulla“; „Die alte hat doch einen Dachschaden, die ist hol wie Schnittlauch man kann da nur noch“; „Mensch...was bist Du krank im Kopf!!!“; „Die ist Geisteskrank“; „Ich könnte bei solchen Aussagen diese Personen die Fresse polieren“; „Sperrt diese kranke Frau weck sie weiß nicht mehr was sie redet“; „Die sind alle so krank im Kopf“; „Gehirn Amputiert“; „Kranke Frau“; „Sie wollte auch mal die hellste Kerze sein, Pädomat“.

Die Beschwerdeführerin wollte von Facebook nun Auskunft über die Bestandsdaten der Urheber dieser Bemerkungen. Eine solche Auskunft setzt eine gerichtliche Anordnung voraus, die nach damaligem Recht nur erteilt werden durfte, wenn sie zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte erforderlich war. Berliner Gerichte verneinten dies: Begründung - kurz gefasst: Es handele sich bei diesen Kommentaren nicht nur um Diffamierungen und damit auch nicht um Beleidigungen im strafrechtlichen Sinne. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Entscheidungen auf. Warum? Die Berliner Gerichte waren zu kurz gesprungen. Sie hatten das von Verfassungs wegen vorgegebene Prüfungsprogramm nicht korrekt durchlaufen. Dass in den Aussagen keine Diffamierung, keine reine Schmähung liegt, bedeutet nicht automatisch, dass sie zulässig sind. Denn dann ist – wie gezeigt – die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht im konkreten Fall durchzuführen. Diese Abwägung fehlte. Wie sie im Ergebnis auszufallen hat, ließ das Bundesverfassungsgericht offen. Ich habe es bereits gesagt: Das Ergebnis dieser Abwägung ist – anders als der Abwägungsvorgang als solcher – verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall zwingend vorgegeben! Zu berücksichtigen sein dürfte hier auf der Seite der Meinungsfreiheit gewiss wieder der Umstand, dass es mit der Pädophilie und der früheren Haltung einer Politikerin dazu um ein die Öffentlichkeit wesentlich berührendes Thema ging. Auf der Seite des Persönlichkeitsrechts dagegen, dass jedenfalls einige der genannten Äußerungen schon aufgrund der Wortwahl stark ehrbeeinträchtigend sind.

Meine Damen und Herren, die Meinungsfreiheit ist ein für Demokratien unverzichtbares Gut. Das Recht auf Meinungsfreiheit ist aber kein absolut geschütztes Recht. Es kann mit anderen Rechten und Verfassungsgütern in Konflikt geraten, etwa mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Hier ist im konkreten Fall ein Ausgleich zu finden. Kommt es dabei zum Streit, ist das in einem Rechtsstaat die Aufgabe von Gerichten. Ich

¹² Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 - 1 BvR 1073/20, juris.

meine: Das funktioniert auf der Grundlage des dargestellten Systems bei uns recht gut. Dass gerichtliche Entscheidungen im Einzelfall auch kritikwürdig sein können, steht dem nicht entgegen.

Abschließend vielleicht noch eine kurze Bemerkung zu denen, die – wie nun wohl auch der US-Vizepräsident – dennoch behaupten, in Deutschland sei die Meinungsfreiheit in Gefahr. Sie übersehen entweder, dass auch die Meinungsfreiheit nur ein Verfassungsgut unter mehreren ist, wenn natürlich auch ein besonders wichtiges. Oder – auch das lässt sich immer wieder beobachten – sie miss verstehen die Meinungsfreiheit grundsätzlich. Meinungsfreiheit bedeutet natürlich nicht, dass die eigene Meinungsäußerung von anderen kritiklos hingenommen werden muss. Im Gegenteil: Jeder darf seine Meinung äußern, muss aber seinerseits hinnehmen, für diese Meinungsäußerung – auch scharf! – kritisiert zu werden. Jedenfalls in Deutschland meine ich beobachtet zu haben: Bei manchem, der laut schreit, er dürfe seine Meinung nicht sagen – was er dabei im Übrigen genau tut –, liegt das Missverständnis bereits darin, dass er der Ansicht ist, er dürfe für seine Meinungsäußerung nicht kritisiert werden. Das gehört aber nicht zum Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit. Es wäre vielmehr genau ihr Gegenteil!

Herzlichen Dank!

A ATUAÇÃO DOS PODERES E ESTÍMULOS JURÍDICOS A UMA CULTURA DEMOCRÁTICA¹

Thomas Offenloch

Ministro do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

Prezadas Senhoras e prezados Senhores,

Meus sinceros agradecimentos pelo convite! Meus sinceros agradecimentos pela cordialidade ao me receber! Estou no Brasil pela primeira vez e este é somente meu segundo dia aqui. Desde agora, já estou muito entusiasmado com Brasil, principalmente por sua extraordinária hospitalidade. Muito obrigado!

“A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática” é o meu tema. Um tema amplo. Receio que não poderei esgotá-lo nos cerca de trinta minutos que tenho à disposição aqui. Por isso, gostaria de pinçar e pôr em foco uma área que me parece particularmente relevante. A minha colega Dra. Rhona Fetzer já a abordou: a liberdade de expressão e imprensa, sua importância para a democracia e sua proteção pelo terceiro Poder, especialmente também na Alemanha e na Europa.

Os senhores, com certeza, ouviram falar da Conferência de Segurança de Munique, realizada há duas semanas na Alemanha. Ela aconteceu, evidentemente, sob o signo da guerra de agressão da Rússia contra a Ucrânia, uma violação do Direito Internacional. Nestes dias, o ataque de 2022 completa três anos. Mas, na verdade, essa guerra terrível já dura muito mais tempo. Isso é, desde fevereiro de 2014, quando Putin começou a incorporar a Criméia, com poder militar. Essa guerra preocupa profundamente a todos nós, a todos nós que consideramos um convívio pacífico e construtivo de povos e nações como, de fato, um dos principais objetivos da política e do Direito. Preocupa-nos ainda mais, é claro, na Alemanha e na Europa. Essa guerra é travada a uma distância de aproximadamente 1.500 quilômetros da Alemanha, iniciada por um Estado que rompe com tudo aquilo que nós entendíamos até agora por uma ordem baseada em regras. Toda clareza é pouca ao afirmá-lo: a segurança da Europa está em risco! Sem dúvida, assunto suficiente para uma cúpula como a Conferência de Segurança de Munique.

Aparentemente, não é assim para o vice-presidente americano, como expôs em seu discurso na sexta-feira retrasada. Cito:

A ameaça, contudo, que mais me preocupa em relação à Europa não é a Rússia, não é a China, nem qualquer outro ator externo. O que me preocupa é a ameaça que vem de dentro. O recuo da Europa em alguns dos seus valores mais fundamentais. Valores que ela compartilha com os Estados Unidos da América².

¹ Este texto corresponde à palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional Brasil-Alemanha “Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais”, realizado nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2025, em Brasília.

Tradução: Kelly Medrado Passos, Embaixada da Alemanha em Brasília.

² Cf. <https://tinyurl.com/fpvshvte>. Acesso em: 6 abr. 2025.

Em seguida, o vice-presidente afirmou, e disse a razão, que vê a liberdade de expressão e a democracia em risco na Europa e também na Alemanha.

Uma ameaça à liberdade de expressão e à democracia que vem de dentro, maior do que a ameaça representada pela máquina militar russa sob Putin? Será que essa é uma imagem realista da Europa, da Alemanha? Não! Com certeza, não! Minha impressão pessoal: é uma imagem muito enviesada da Alemanha também, uma imagem distorcida, a que foi projetada pelo vice-presidente. É óbvio: também na Alemanha, ouvimos dizer constantemente que não se pode falar mais nada lá, que a liberdade de expressão estaria cerceada. Minha resposta: não é verdade. Aliás, quem já cuida disso são os nossos tribunais, que atribuem um grande peso ao direito à liberdade de expressão. Tribunais independentes, aliás. E essa independência não está só no papel. Posso dizer aos senhores por experiência própria, sou juiz na Alemanha há muitos anos. Atuei em todas as instâncias da Justiça Comum e agora estou no Tribunal Constitucional Federal. Participei de inúmeras decisões que tiveram impactos enormes. Da mesma forma, de decisões que acarretaram problemas enormes para o governo federal alemão. Posso lhes contar: não houve um único caso em que eu tivesse nem mesmo a mera impressão de que o Executivo queria exercer influência indevida ou até pressão sobre mim. Separação dos Poderes e Estado de Direito funcionam na Alemanha. E eles protegem também, e sobretudo, a liberdade de expressão e a democracia!

Minhas Senhoras e meus Senhores, o ponto de partida é bastante simples. A liberdade de expressão – e ela inclui, claro, a liberdade de imprensa – é crucial para a nossa democracia. O Tribunal Constitucional Federal já o formulara acertadamente, em 1958, na famosa "Decisão de Lüth"³:

Cito:

O direito fundamental à livre manifestação da opinião é, como expressão direta da personalidade humana na sociedade, um dos direitos humanos mais preciosos (*un des droits les plus précieux de l'homme*, conforme artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é, por exceléncia, constitutivo de uma ordem de Estado liberal democrática, pois permite, antes de tudo, o debate intelectual permanente, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital (BVerfGE v.5, p.85 [205]). Ele é, em certo sentido, o fundamento de toda liberdade, "*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*" (Cardozo)⁴.

Ao menos dois pontos evidenciam-se aqui. Primeiro: o direito à livre manifestação da opinião origina-se diretamente da personalidade humana. Quem, como a Lei Fundamental alemã, leva a sério a personalidade de cada indivíduo não pode contorná-la de forma alguma. O indivíduo no Estado democrático não é um vassalo, mas, sim, tem o direito – quero dizer, inclusive a tarefa – de influir no destino do seu país, e de fazê-lo justamente não guardando a sua opinião para si, mas compartilhando-a com os outros. E esse direito não lhe é atribuído, ele provém diretamente da sua personalidade, da sua essência como indivíduo. Eis, digamos, o aspecto subjetivo do enunciado.

3 BVerfGE (coletânea de acórdãos do Tribunal Constitucional Federal) v. 7, p. 198-230.

4 BVerfGE v.7, p. 198 <208>.

Cito-o novamente:

O direito fundamental à livre manifestação da opinião é, como expressão direta da personalidade humana na sociedade, um dos direitos humanos mais preciosos [...]. Ele é, por exceléncia, constitutivo de uma ordem de Estado liberal democrática, pois permite, antes de tudo, o debate intelectual permanente, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital [...]⁵.

Nesse direito reside, porém, ainda um segundo aspecto, objetivo; ou seja, um compromisso com o valor dos debates intelectuais em si, com o valor do conflito de opiniões. Democratas estão convictos de que, por via do debate intelectual, pelo conflito de opiniões – do qual cada um e cada uma pode participar –, somente desse modo, as melhores soluções para os nossos problemas podem ser encontradas. Talvez, venhamos a admitir, nem sempre as soluções mais rápidas, mas as mais resistentes. Além disso – o que também é importante –, por via pacífica.

Essa grande importância da liberdade de expressão para os nossos Estados, constituídos de forma liberal democrática, reflete-se em suas manifestações jurídicas positivas. Perdoem-me agora, por favor, a visão europeia. Nós, alemães, nos entendemos como parte da associação constitucional europeia. E, nesse contexto, encontramos o direito à liberdade de expressão não apenas no artigo 5º da Lei Fundamental alemã e em dispositivos correspondentes de outras nações europeias, mas também no artigo 11 da Carta de Direitos Humanos da União Europeia e no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Minhas Senhoras e meus Senhores, garantias jurídicas não devem ficar apenas no papel. Elas devem realmente produzir efeitos. Para assegurar isso, tribunais independentes são necessários. Tribunais aos quais possa recorrer quem se sentir lesado em seu direito. Tribunais aos quais possa recorrer qualquer um que queira defender o seu direito contra contestações. E os tribunais são particularmente requisitados no que se refere à liberdade de expressão e imprensa. Já o demonstra o volume quase incontável de decisões judiciais relacionadas à liberdade de expressão e imprensa e sua abrangência: decisões cíveis, decisões penais, decisões administrativas, em nível nacional, mas também decisões de tribunais supranacionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Logo, é o terceiro Poder, o Judiciário, que molda, em larga medida, o teor e a abrangência da liberdade de expressão. Tribunais são juízes de arbitragem indispensáveis no conflito de opiniões – quanto ao seu teor, evidentemente – de maneira neutra, como cabe a um bom juiz de arbitragem. Portanto, uma Justiça independente é essencial para a nossa cultura democrática.

No entanto, o grande número de decisões judiciais sobre a liberdade de expressão também revela que o exercício desse direito pode resultar em conflitos. E é claro que mesmo a liberdade de expressão não está garantida irrestritamente. O artigo 5º, § 3º, da Lei Fundamental alemã até contém uma expressa reserva legal. Ele estabelece que o direito à livre manifestação da opinião encontra limites nas disposições das leis gerais, nos preceitos legais sobre a proteção da juventude e no direito à honra pessoal. No âmbito do debate político, relevante é justamente o direito à honra pessoal ou talvez, de modo mais amplo, o direito geral da personalidade. Afinal, conflitos políticos de opinião são travados às vezes de forma

5 BVerfGE v.7, p. 198 <208>.

aguerrida. Eles também podem atingir a esfera pessoal – o que nem sempre se consegue evitar. Então é importante que os tribunais encontrem o equilíbrio certo, já que uma proteção insuficiente do direito geral da personalidade pode igualmente suscitar problemas para a democracia. Por exemplo, quando um número cada vez menor de pessoas se dispõe a assumir responsabilidade política por receio de sofrer ataques pessoais. Na Alemanha, vemos tais tendências, sobretudo, mas não exclusivamente, na esfera política municipal.

Liberdade de expressão e direito geral da personalidade são, ambos, garantias pertinentes a direitos fundamentais de nível constitucional. E, por isso, o modo de atuação dos tribunais na busca por um equilíbrio entre os dois bens constitucionais no caso concreto também está determinado na Constituição. É preciso ressaltar: o modo de atuação, não o resultado. A Primeira Câmara da nossa Primeira Turma⁶ voltou a sintetizar recentemente, em janeiro, os respectivos princípios. Uma mulher havia feito duras críticas a um advogado e, por essa razão, recebido uma pena pecuniária por injúria. Com o recurso constitucional, ela pretendia obter a suspensão dessa sentença. Justificativa: a condenação violaria a sua liberdade de expressão. Ela conseguiu. A Câmara concordou com essa alegação. Porém, o que nos interessa aqui não é tanto o caso concreto. Mais interessante são as etapas de apreciação constitucionalmente previstas, que a Câmara reiterou nesse caso. Gostaria de abordar duas delas.

No primeiro passo, as Cortes devem avaliar se a manifestação em questão realmente se insere no campo de proteção do artigo 5º, § 1º, da Lei Fundamental. É um campo amplo. O artigo 5º, § 1º, protege qualquer disseminação de opiniões e, em princípio, também a disseminação de fatos, sem levar em conta o meio de comunicação usado para tal. Nesse nível de apreciação, é irrelevante se a manifestação afeta a honra de outra pessoa. Declarações formuladas de modo polêmico ou ofensivo também se enquadram no campo de proteção da liberdade de expressão. Se a manifestação em pauta se inserir no campo de proteção da liberdade de expressão e for proibida ou punida, configura-se uma intervenção em um direito fundamental, a qual deve ser justificada.

Em um segundo passo, por via de regra, isso exige uma ponderação do caso concreto, uma ponderação entre as perdas iminentes para a liberdade de expressão, por um lado, e o direito geral da personalidade, por outro. Somente se, após essa ponderação, a balança não pender a favor da liberdade de expressão, uma proibição ou punição da declaração é cogitada. Um outro aspecto muito importante nessa ponderação é indagar se a manifestação diz respeito apenas a um conflito privado, voltado à consecução de interesses próprios, ou se faz uso da liberdade de expressão no contexto de uma questão que comove substancialmente a opinião pública. É verdade que mesmo declarações em mero proveito pessoal não estão excluídas da liberdade de expressão. Entretanto, de acordo com a jurisprudência, especialmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, contribuições para a formação da opinião pública têm maior peso. O Tribunal Constitucional Federal até mesmo afirma: "Caso a manifestação polêmica constitua uma contribuição para a formação da opinião pública, a presunção será a favor da liberdade da fala"⁷.

6 Decisão de 16.01.2025 – Processo 1 BvR 1182/24, juris.

7 BVerfGE v. 7, p. 198 <212>; v. 61, p. 1 <11>; v. 93, p. 266 <294 s.>; jurisprudência dominante.

Portanto, os tribunais fortalecem ainda mais a liberdade de expressão quando se trata da sua importância para a democracia!

Contudo, o Tribunal Constitucional Federal também afirmou que uma ponderação na qual seja atribuído maior peso a declarações no contexto político só pode ocorrer no caso comum. A exceção também foi reconhecida: manifestações que se mostrem como ataque à dignidade humana, injúria formal ou insulto⁸. Elas podem ser punidas sem essa ponderação. No confronto de opiniões, é preciso, sim, tolerar também ataques pessoais. No entanto, se a manifestação objetiva passar inteiramente para o segundo plano e o que importar for unicamente a depreciação pessoal, unicamente a difamação de outra pessoa, atingem-se limites. Quero dizer: isso também visa à proteção dos valores democráticos. Pois um confronto construtivo sobre a opinião correta na questão se torna impossível se a outra parte passa apenas a sofrer difamação pessoal. Mas é preciso deixar claro: essa é a exceção absoluta. Há grandes obstáculos!

Minhas Senhoras e meus Senhores, seguem-se três casos concretos da Alemanha:

Primeiro caso⁹

Trata-se de uma ação penal que tramitou em um pequeno *Amtsgericht* alemão, um Tribunal de Comarca, ou seja, na primeira instância. Apesar disso, despertou grande atenção:

O réu, um empresário, havia instalado uma placa no seu terreno que mostrava quatro políticos muito conhecidos na Alemanha, do partido BÜNDNIS 90/Die Grünen (Aliança 90/Os Verdes), distorcidos satiricamente. Da esquerda para a direita: o ministro da Agricultura e Alimentação, Cem Özdemir, com uma cenoura saindo da orelha; a então copresidente do partido, Ricarda Lang, sobre um rolo compressor; o ministro da Economia e Ação Climática e vice-primeiro-ministro, Dr. Robert Habeck, com bolsos vazios, virados para fora; e a ministra das Relações Exteriores, Annalena Baerbock, como uma criança. Acima deles, a frase: "Nós acabamos com tudo". Abaixo, uma suposta citação do Dr. Robert Habeck: "Sempre achei o amor à pátria um nojo". A ministra das Relações Exteriores apresentou uma representação penal por injúria. O Ministério Público requereu um mandado de prisão contra o réu, que inicialmente foi expedido pelo Tribunal da Comarca. O réu contestou-o. Houve a audiência. E, neste caso, o réu foi absolvido.

A Justificação do Tribunal da Comarca¹⁰, em síntese foi: o direito fundamental da liberdade de expressão permitiria essa forma de representação, que seria uma manifestação de opinião. O alvo da crítica seria a política de Os Verdes. E nós lembramos: seja o cartaz polêmico ou ofensivo, isso não tem relevância alguma para a sua classificação em termos de manifestação de opinião. Manifestações polêmicas ou desonrosas também são contempladas pelo

⁸ BVerfGE v. 82, p. 43 <51>; v. 85, p. 1 <16>; v. 90, p. 241 <248>; v. 93, p. 266 <293 s.>; v. 99, p. 185 <196>; decisão da Primeira Câmara da Primeira Turma de 16.01.2025 – Processo 1 BvR 1182/24, n. de margem 21, juris; jurisprudência dominante.

⁹ Cf. *Amtsgericht* (AG) Miesbach, sentença de 21.03.2024 – Processo 62 Cs 11 Js 36474/23, juris.

¹⁰ *Amtsgericht* Miesbach, sentença de 21.03.2024 – Processo 62 Cs 11 Js 36474/23, juris, n. de margem 18 ss.

direito fundamental da liberdade de expressão. Um insulto, no qual, excepcionalmente, o conflito sobre a questão não mais ocupasse o primeiro plano – recordemos: então, excluir-se a ponderação – não estaria configurado. E agora a ponderação: o direito da personalidade dos políticos retratados, evidentemente também afetado, se sobrepuja aqui ao justo interesse do réu na manifestação da sua opinião de forma concreta? Não! Dois aspectos destacados pelo Tribunal da Comarca no caso: em primeiro lugar, tratava-se de críticas a políticos de alto escalão, que deveriam tolerar muito mais do que pessoas físicas ou políticos locais – um entendimento que também é defendido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, em jurisprudência dominante. E, em segundo lugar: faz parte exatamente do direito à liberdade de expressão que críticas possam ser manifestadas não apenas de forma objetiva, criteriosa, mas também infundada, contundente, polêmica e exacerbada.

Minhas Senhoras e meus Senhores, não considero essa decisão vinculante. Fico – expressando-o com cautela – até surpreso que a colocação do cartaz tenha resultado em um mandado de prisão, porque a conduta denunciada era, a meu ver, claramente legítima. Tratava-se de uma manifestação no cerne do conflito político. E eu afirmo isso, embora estime muito, pessoalmente, os políticos atacados e não ache o cartaz de muito bom gosto. Mas não é disso que se trata.

Segundo caso¹¹

Refere-se a uma das primeiras causas que tive de examinar no Superior Tribunal de Justiça. Antes de ser escolhido para o Tribunal Constitucional Federal, atuei durante nove anos em uma turma cível do Superior Tribunal de Justiça. Segue-se o caso.

Estamos no ano de 2012. Em Berlim, três casais se reúnem em uma churrascaria. A princípio, nada de especial, pode-se dizer. Porém, é especial para uma revista sensacionalista. Por quê? Não eram quaisquer casais que ceavam juntos, mas o então ministro alemão das Relações Exteriores e duas das maiores estrelas da televisão, com os respectivos parceiros. Uma dessas estrelas comandava, à época, o talk show político de maior sucesso da televisão alemã; a outra tinha acabado de perder um grande programa de sábado à noite. Um chamado *paparazzo* fez fotos do grupo à mesa, através da janela fechada do restaurante. E, no dia 2 de maio de 2012, estava estampado na revista: "O PERFEITO JANTAR VIP PRIVADO – Depois do FIM do seu programa, apresentador circula por Berlim". Abaixo seguia-se um relato que basicamente descrevia quem estava presente e o que estavam comendo. Acompanhando, uma foto do grupo à mesa.

Um dos VIPs envolvidos defendeu-se contra essa reportagem. E teve ganho de causa. A honra, na verdade, não foi atingida neste caso; um encontro em um restaurante não afeta a honra. Afetados foram o direito à própria imagem e à privacidade – da mesma forma, bens tutelados do direito geral da personalidade consagrado na Constituição. Aqui, também, a ponderação entre, por um lado, a liberdade de expressão e, por outro, o direito da

¹¹ Cf. Landgericht (LG) Köln, sentença de 21.11.2012 – Processo 28 O 328/12, juris; Oberlandesgericht (OLG) Köln, sentença de 06.08.2013 – Processo 15 U 209/12, juris; Bundesgerichtshof (BGH), decisão de 09.12.2014 – VI ZR 418/13, não publicado (recurso contra inadmissibilidade desprovido).

personalidade. E, aqui, prevaleceu o direito da personalidade. Argumento decisivo: não havia um interesse público de informação a respeito do encontro privado e dos pratos consumidos. O artigo não versava sobre um assunto de interesse público. Aliás, isso poderia talvez ser facilmente modificado. Vamos imaginar, por um instante, que a revista sensacionalista não tivesse, basicamente, relatado sobre a comida consumida, mas se concentrado em questionar se a amizade aparentemente existente entre o ministro das Relações Exteriores e o grande apresentador de política traria vantagens ao político no programa de debate – a reportagem teria sido, talvez, legítima. Pois, com certeza, teria sido possível discutir se não haveria aí um considerável interesse público de informação. Neste caso, também teriam sido levantadas questões relativas ao conflito democrático de opiniões.

Terceiro caso

Cuida-se de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal¹². O contexto: há cerca de dez anos, surgiu uma controvérsia na Alemanha a respeito do posicionamento de um partido político sobre a pedofilia nos anos 1980, a fase inicial desse partido. Em meio à discussão, um artigo de um blog no Facebook tratava da nossa reclamante, uma política que até hoje é membro desse partido, e de uma declaração supostamente dada por ela em maio de 1986. A postagem no blog recebeu muitos comentários, entre eles: "Baranga pedófila"; "A velha não bate bem da cabeça mesmo, ela é oca como uma cebolinha, só resta [...]"; "Nossa... Como você é doente da cabeça!!!"; "Ela é doente mental"; "Eu seria capaz de amassar a cara dessas pessoas por essas declarações"; "Trancafiem essa mulher doente, ela não sabe mais o que está dizendo"; "Eles são todos muito doentes da cabeça"; "Cérebro amputado"; "Mulher doente"; "Ela queria ser a maior esperta, porcaria pedófila".

A reclamante exigia que o Facebook informasse os dados dos autores dos comentários. Tal informação requer uma ordem judicial que, segundo a legislação então vigente, somente poderia ser expedida se fosse necessária para atender a pretensões na esfera cível em decorrência da violação de direitos plenamente tutelados. Tribunais de Berlim o negaram. A justificativa, resumida: não se trataria, nesses comentários, de difamações e, portanto, nem de injúrias no sentido do Direito Penal. O Tribunal Constitucional Federal suspendeu essas decisões. Por quê? Os tribunais de Berlim tinham deixado a desejar. Eles não haviam seguido corretamente o protocolo de análise prescrito na Constituição. O fato de não haver difamação ou mero insulto nas manifestações não significa automaticamente que sejam lícitas. Porque, como exposto, no caso concreto deve haver a ponderação entre liberdade de expressão e direito geral da personalidade. Tal ponderação inexistiu. O Tribunal Constitucional Federal deixou em aberto qual deveria ser o seu resultado. Como eu já disse: o resultado dessa ponderação – diferentemente do processo de ponderação em si – não está, em todo o caso, obrigatoriamente determinado pela Constituição! Aqui, certamente deveria ser considerado mais uma vez, no que concerne à liberdade de expressão, o fato de o tema da pedofilia e o antigo posicionamento de uma política a respeito causarem profunda comoção na opinião pública. Quanto ao direito da personalidade, por sua vez,

12 Decisão da Segunda Câmara da Primeira Turma de 19.12.2021 – Processo 1 BvR 1073/20, juris.

caberia considerar que algumas das declarações citadas são, sem dúvida, extremamente desonrosas, já a começar pelo vocabulário escolhido.

Minhas Senhoras e meus Senhores, a liberdade de expressão é um bem imprescindível para democracias. O direito à liberdade de expressão, contudo, não é um direito tutelado de forma absoluta. Ele poderá colidir com outros direitos e bens constitucionais, por exemplo, com o direito geral da personalidade. Nesse ponto, cumpre encontrar um equilíbrio no caso concreto. Se daí decorre um litígio, ele é da competência dos tribunais no Estado de Direito; quero dizer: isso funciona bastante bem no nosso país, com base no sistema descrito. Mas não impede que decisões judiciais também sejam passíveis de críticas no caso específico.

Para concluir, talvez ainda uma breve observação sobre aqueles, como o vice-presidente americano, que insistem em afirmar que a liberdade de expressão estaria em risco na Alemanha. Ou eles ignoram que a liberdade de expressão também é apenas um bem constitucional entre muitos – ainda que, evidentemente, de especial importância – ou, o que também se observa constantemente, entendem equivocadamente a liberdade de expressão. Naturalmente, a liberdade de expressão não significa que a manifestação da própria opinião deve ser tolerada pelos outros sem críticas. Ao contrário: cada um pode manifestar a sua opinião, mas, por sua vez, deve tolerar ser criticado por expressar a sua opinião – até mesmo severamente criticado! Na Alemanha, em todo o caso, penso ter observado o seguinte: quem esbraveja que não teria direito a dizer a sua opinião – aliás, justamente ao fazê-lo – já comete um equívoco por achar que não deveria ser criticado pela manifestação da sua opinião. Isso não faz parte do teor da garantia da liberdade de expressão. Na verdade, seria exatamente o seu oposto!

Muito obrigado!