

# Materialien zu den Ausstellungstafeln

## Kunst und Strafrecht

Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie

### Kunst und Kunstfreiheit

#### Art. 5 GG (Auszug)

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.



## Kunst und Kunstfreiheit

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“ Ein kurzer, prägnanter Satz. Nur – das Grundgesetz schweigt dazu, was Kunst ist, und sagt auch nichts darüber aus, ob ihre Freiheit irgendwelche Grenzen hat. Dazu zwei Fälle:

#### „Ernie“-Fall

Ernst Wilhelm Wittig (\* 1947), bekannt als Ernie, ist ein deutscher Filizar aus Ostwestfalen. Während seiner Auftritte trägt er eine Baseballkappe – sein Markenzeichen – meistens die einzige Textilie an seinem Körper. Überregionale Aufmerksamkeit erregte er erstmals 1997, als seine Filzreinecke zu einer Unterbrechung des Fußball-Bundesligaspiels zwischen Borussia Mönchengladbach und Arminia Bielefeld führte. Die größte Zuschauerflut hatte Ernie im April 2005, als er im Dortmunder Westfalenstadion beim Fußball-Bundesligaspiel zwischen Borussia Dortmund und Arminia Bielefeld vor 76.500 Zuschauern nackt über das Spielfeld lief.

Ernie sieht sich als „Interaktionskünstler“. Er hat seinen Körper zum Kunstwerk erklärt. Psychologen sehen ihn dagegen als einen persönlichkeitsgestörten Mann, Juristen als Straftäter und Störer. Über 20 Mal sind gegen Ernie schon Geldstrafen und Geldbußen als Folge seiner „Interaktionen“ verhängt worden. Ab Februar 2007 verbüßte er eine fünfmonatige Freiheitsstrafe für einen Nacktauftritt auf einem Schulhof in Bielefeld. 2009 wurde Ernie vom Landgericht Duisburg zu elf Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt, da er in einem vorläufigen Verfahren (er hatte sich bei einem Damenfußballspiel in Rheinhausen unbedeckt am Spielfeldrand gezeigt) vor dem Gericht die Hose heruntergelassen. Schon 1995 hatte ihm die Stadt Herford durch Ordnungsverfügung die Zurschaufstellung seines nackten Körpers auf allen öffentlichen Straßen und Wegen sowie in allen öffentlichen Anlagen und Gebäuden untersagt. Ernie hatte dagegen eingewandt, es handle sich bei seinen Nacktauftritten um Kunst, Konsequenz davon wäre, dass die Freiheit der Kunst der Ordnungsverfügung im Wege stehen würde. Ernies Klage wurde jedoch vom Verwaltungsgericht Münster sowie vom Oberverwaltungsgericht Münster abgewiesen. Seine Aktionen fielen nicht in den Schutzbereich des Grundrechts der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.

Zur Begründung hob das Gericht insbesondere auf zwei Definitionen für den eigentlich kaum fassbaren Kunstbegriff ab, die das Bundesverfassungsgericht in zwei grundlegenden Entscheidungen („Mephisto“ sowie „Anschonstischer Zug“) entwickelt hatte:

„Nach dem weiten ‚materialen‘ Kunstbegriff des BVerfG ist das Wesentliche der künstlerischen Betätigung die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden. Das künstlerische Schaffen, bei dem Intuition, Phantasie und Kunstverständnis zusammenwirken, ist ‚unmittelbar‘ Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“ Dem bloßen Hörschein Ernies sei jedoch keinerlei schöpferische Ausdrucksstärke eigen. Zum gleichen Ergebnis kam das Oberverwaltungsgericht Münster bei Zugrundelegung des gegensätzlichen formalen

Kunstbegriffs, wonach das Wesentliche eines Kunstwerks darin liegt, dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gestaltungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind: „Das bloße Präsentieren des nackten Körpers ist weder eine ‚klassische‘ Form des Straßentheaters noch eine avantgardistische Form künstlerischer Installation oder Aktion.“

Aber was denn nun Kunst ist, bleibt weiter nebulös. Eindeutig definieren lässt sich dieser Begriff offenbar nicht. Mit man aber ein Hetzgedicht über „Aigylbetrüger“ Kunst, nur weil es sich an den Zeilenenden so leidlich reimt? (Ja, meinte das Bayerische Oberste Landesgericht 1994). Kann das Zeigen des sog. Hitlergrüßes Kunst sein, wenn man dabei von der „Diktatur der Kunst“ schwadroniert? (Ja, meinte das Amtsgericht Kassel 2003).

Ob etwas zur Kunst zählt, ist schon deshalb von Bedeutung, weil die Kunst als „eine Tochter der Freiheit“ (Friedrich Schiller) vieles darf – wenngleich auch nicht, wie Kurt Tucholsky für die Satire reklamierte, „alles“.

#### „Sprayer-von-Zürich“-Fall

HARALD OSKAR NAEGLI (\* 1939) wurde als „Sprayer von Zürich“ Ende der 1970er Jahre weltweit bekannt.

Ab 1977 tauchten an Hausfassaden und Mauerwerken unvermittelt über Nacht seine Strichfiguren im Züricher Stadtzentrum auf. Mit Schätzungen von 400 bis 600 Strichfiguren, die jeweils in ganz wenigen Sekunden entstanden, bemalte Naegeli die Wände, natürlich ohne auch nur einen einzigen Eigentümer der betroffenen Flächen um Erlaubnis zu fragen. Zwei Jahre lang war er nicht unterwegs, auf seiner Spur die Polizei sowie Putzfirmen, die die Graffiti wieder entfernen mussten. Naegelis Identität blieb unentdeckt; er wurde von den Medien zu einem Phantom hochstilisiert. Bürger und Stadtverwaltung waren entsetzt. Man warf Naegeli „Vandalismus“ und „Sachbeschädigung großer Höhe“ vor, es gab Hunderte Strafanzeigen gegen ihn. Ein „Kopfgeld“ von 3.000 Franken wurde ausgesetzt. Schließlich fasste ihn 1979 die Polizei; er hatte an einem Tatort seine Brille verloren und war nochmal zurückgeführt, um sie zu suchen. NAEGLI wurde wegen Sachbeschädigung in knapp 200 Fällen zu sechs Monaten bedingter (d.h. zur Bewährung ausgesetzter) Freiheitsstrafe verurteilt.

Überzeugt mit Schadensersatzforderungen setzte er sich nach Deutschland ab. Von seinen Zeichnungen war im Züricher Stadtbild schon bald kaum noch etwas zu sehen. Im Berufungsverfahren wurde NAEGLI 1981 in Abwesenheit durch Urteil des Obergerichts Zürich sogar zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von neun Monaten und zur Zahlung von über 100.000 Franken Schadensersatz verurteilt. Das Strafmaß stieß international auf scharfe Kritik. Die von NAEGLI erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Schweizer Bundesgericht zurück.

NAEGLI widersetzte sich der Aufforderung zum Straftat im Februar 1982 und blieb in Deutschland. An die „Süddeutsche Zeitung“, die aber davon wußte, dass Deutsche Zugriffe in der Schweiz machten, wußte Bundeskanzler Willy Brandt sich später erinnert fühlen. Es erging ein internationaler Haftbefehl.

Nach einer Reise in die norwegische Heimat seiner Mutter wurde NAEGLI schließlich am 27. August 1983 an der Grenze zu Dänemark festgenommen. Das Oberlandesgericht Schleswig erklärte seine Auslieferung an die Schweiz zum Zwecke der Strafverfolgung für zulässig.

Die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht mangels hinreichender Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen. Das Gericht ging zwar wie die Schweizer Justiz davon aus, dass es sich bei NAEGLI um Kunst handelt. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG würde ein individuelles Freiheitsrecht, sich künstlerisch zu betätigen, anerkennen und verbürgen. Die Vorschrift schütze vor Einwirkungen der öffentlichen Gewalt insbesondere auf Inhalte, Methoden und Tendenzen künstlerischer Tätigkeit. Die Kunstfreiheitsgarantie gestalte es dem Künstler aber nicht schlichthin, sich über die Eigentumsrechte anderer hinwegzusetzen. Denn das Eigentumsgrundrecht in Art. 14 GG enthalte gleichfalls eine Verbürgung von Freiheit, nach dem vom Grundgesetz getroffenen Wertungen stehe es nicht prinzipiell hinter der Freiheit der Kunst zurück.

Diese Auslegung findet ihre Grundlage im oben erwähnten Mephisto-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Die Kunst sei in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehalten, jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Das bedeute, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie zwar nicht durch ein einfaches Gesetz wie das Strafgesetzbuch, aber von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt mit einem anderen Grundrecht wie Art. 14 GG sei nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen.

Trotz umfassender Proteste – unter anderem setzten sich Willy Brandt, Heinrich Böll, Joseph Beuys, Jean Tinguely und Sarah Kirsch für ihn ein – musste NAEGLI seine Strafe antreten. In Begleitung zahlreicher Künstler stellte er sich am 24. April 1984 den Schweizer Behörden am Grenzübergang Lörrach, zuvor sprühte er aber noch schnell vor laufender Kamera ein Graffiti auf das Grenzbuschen. NAEGLI verbüßte seine Strafe unter verschärften Haftbedingungen. Laut offizieller Begründung war in Haftanstalten für Ersttäter kein Platz frei; so musste NAEGLI zunächst vier Monate in einem Hochsicherheitsstrahl in Winterthur verbringen und kam erst danach in einen offenen Vollzug in Luzern. Das erhob ihn zu einer Art Märtyrer und begründete bis heute einen Teil seines Ruhmes.

Erst 2004 rehabilitierte die Schweiz einen ihrer berühmtesten Künstler der Gegenwart: Eine der letzten erhaltenen Strichfiguren aus NAEGLI Zürichs Zeit, den 1978 illegal auf eine Betonwand gesprühten „Wassergeist „Undine“, ließ der Kanton Zürich für 2.000 Franken restaurieren und konservieren. Nur die Politiker der rechtstraditionalen Züricher Schweizerischen Volkspartei (SVP) stöhnten sich daran. In einer Fraktionsklärung bezeichneten sie NAEGLI Werke als „offentl. Handzeichnungen eines mehrfach vorbestraften Vandalen“.

Abbildung links:  
„Ernie“ am 16. April 2005 im Westfalenstadion in Dortmund  
Foto: dpa, <http://einestages.spiegel.de/external/ShowAuthorAlbumBackground/a834/114/0/F.html#featuredEntry>

[www.kunstundstrafrecht.de](http://www.kunstundstrafrecht.de)

Abbildung rechts:  
Undine, 1978, Schönberggasse 5, Zürich  
Foto: Stockmann, [http://de.wikipedia.org/wiki/Harald\\_Naegeli](http://de.wikipedia.org/wiki/Harald_Naegeli)

Abb.: dpa, <http://einestages.spiegel.de/external/ShowAuthorAlbumBackground/a834/114/0/F.html#featuredEntry> / Abb.: D. Bachmann, [http://de.wikipedia.org/wiki/Harald\\_Naegeli](http://de.wikipedia.org/wiki/Harald_Naegeli)

„Ernie“ (Ernst Wilhelm Wittig) am 16. April 2005 im Dortmunder Westfalenstadion  
Harald Naegeli: Undine (1978). Zürich, Deutsches Seminar, Schönberggasse 9

## Die vorbehaltlose Kunstfreiheit des deutschen Grundgesetzes – nur ein Lippenbekenntnis?\*

Letzte Modifizierung: 27. April 2018

Der seit 1949 unverändert im deutschen Grundgesetz stehende Art. 5 Abs. 3 besagt es eigentlich eindeutig: *„Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.“*

Da, wie sich aus Satz 2 der Norm im Umkehrschluss entnehmen lässt, nicht einmal fehlende *„Treue zur Verfassung“* die Kunstfreiheit beschränken kann, scheint die von Kurt Tuchsolsky abgeleitete Frage im Titel unserer Tagung beantwortet zu sein: *„Was darf die Kunst? Alles!“*

Nun verkündete allerdings 1961 der Bundesgerichtshof apodiktisch – es ging um das vermeintlich blasphemische Gedicht *„Missa profana“* eines Studenten, des späteren Literaturwissenschaftlers Reinhard Döhl –, dass der *„Gotteslästerungsparagraph“* § 166 StGB der Freiheit der Kunst *„Schranken setzt“*<sup>1</sup>. Er begründete das damit, Art. 5 Abs. 3 GG unterliege dem sogenannten allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, die Kunstfreiheit finde also ihre Schranken in den Rechten anderer, in der verfassungsmäßigen Ordnung und im Sittengesetz. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörten alle Rechtsnormen, also auch § 166 StGB. Die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit wurde mithin ausgehebelt.

Was dürfte danach also ein Künstler – alles? Nein. Er dürfte nur das, was auch ein jeder darf<sup>2</sup>.

Der Bundesgerichtshof befand sich hier noch im Denken der Zeit der Weimarer Republik.

Art. 142 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung von 1919, der anders als die Grundrechtskataloge ihrer Vorgänger<sup>3</sup> die Kunstfreiheit neben der Freiheit von Wissenschaft und Lehre nannte<sup>4</sup>, besagte zwar ähnlich wie später das Grundgesetz: *„Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei.“* Nicht ganz unwichtig zum Verständnis ist jedoch der angefügte Satz 2: *„Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil.“*

Die Norm stand im Zweiten Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung unter dem Titel *„Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“*, dort allerdings erst im 4. Abschnitt *„Bildung und Schule“*. Somit war die Kunstfreiheit Bestandteil eines Normenkomplexes, der weniger individuelle Grundrechte im Sinne subjektiver Rechte gewähren als vielmehr die objektiven Ordnungsprinzipien der staatlichen Bildungs- und Kulturverfassung verfassungsgesetzlich festlegen wollte. Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung entsprach also eher dem, was wir heute Staatszielbestimmung nennen, als einem subjektiven Grundrecht<sup>5</sup>.

Nach Gerhard Anschütz, dem großen Staatsrechtler der damaligen Zeit, konnte Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung dementsprechend keine *„unbedingte, absolute, souveräne“*, keine schrankenlose Freiheit garantieren; allerdings dürfe die Norm auch nicht, wie zunächst geschehen, als *„leerlaufendes Grundrecht“* ausgedeutet werden<sup>6</sup>. Richtig sei vielmehr die ab 1927<sup>7</sup> vorherrschende Auslegung, dass zum einen die Verwaltung in die Freiheit des künstlerischen Schaffens *„nur ... aufgrund und innerhalb der Schranken des Gesetzes“* eingreifen dürfe. Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung binde zum anderen aber *„nicht nur die Verwaltung an das Gesetz, sondern auch das Gesetz selbst.“* Der Gesetzgeber dürfe nicht durch

\* Um Fußnoten erweiterter Vortrag, den ich am 19. Oktober 2017 auf der von meinem Lehrstuhl in Kooperation mit dem Lehrstuhl für Strafrecht (prof. zw. dr hab. Emil W. Pływaczewski) der Universität Białystok veranstalteten internationalen Tagung *„Darf die Kunst alles? Aktuelle Rechtsentwicklungen aus deutscher und polnischer Perspektive / Czy sztuce wolno wszystko? Aktualne kierunki rozwoju prawaz perspektywy polskiej i niemieckiej“* an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) gehalten habe. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> BGH, UFITA 1962, 181 (182 f.) – *Missa profana*.

<sup>2</sup> Allerdings fügte der BGH unter Hinweis auf BVerfGE 12, 113 – Schmid-Spiegel noch an, auch § 166 StGB selbst würde *„in seiner, das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt“*; denn bei seiner Auslegung muß die Bedeutung berücksichtigt werden, welche die im Grundgesetz anerkannte Freiheit der Kunst im freiheitlich demokratischen Staate hat“. – Im Ergebnis sprach der BGH Döhl frei: *„Denn bei rechtlich einwandfreier Auslegung ist es unmöglich, ... eine Beschimpfung der Marienverehrung zu finden.“*

<sup>3</sup> Die Bismarcksche Reichsverfassung von 1871 enthielt keine Grundrechte.

<sup>4</sup> § 152 der Paulskirchenverfassung von 1849 und wortgleich Art. 20 der preußischen Verfassung von 1850: *„Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.“*

Der Kunsthistoriker Franz Kugler, Kunstreferent für den Preußischen Staat, hatte dem preußischen Kultusministerium 1843 einen „Entwurf zu einem Gesetz über die Organisation der Kunstangelegenheiten“ als einen Vorschlag zur Regelung der Kunstfreiheit vorbereitet: *„Die Ausübung der Kunst ist frei, mit Ausnahme derjenigen gesetzlich bestimmten Fälle, in welchen aus Rücksicht auf das Gemeinwohl Beschränkungen eintreten.“* (Josef Hoffmann: Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und die Organisierung einer Mediengewerkschaft, 1981, S. 57; Lisa Bartsch: Das Verhältnis von Staat und Kunst – vom 18. bis zum 19. Jahrhundert, in W. Kluth (Hrsg.): Freiheit der Kunst und Verantwortung des Künstlers – Zur Entwicklung der Kunstfreiheit im 20. Jahrhundert, 2001, o.S.).

<sup>5</sup> Anschütz, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Art. 142 Anm. 4 (S. 662) – Hervorhebungen von dort: *„Art. 142 Satz 1 darf nicht einseitig individualistisch, als Gewährung eines persönlichen Freiheitsrechts ..., er muß vielmehr in erster Linie institutionell aufgefaßt werden, als eine ‚institutionelle Garantie‘. Das heißt: er will die Lehrfreiheit [Anschütz nennt hier allerdings wohl ohne inhaltlichen Grund nicht ausdrücklich auch die Kunstfreiheit – USch] nicht nur als subjektives Recht des einzelnen, sondern auch – und vor allem – als Einrichtung gewährleisten und schützen ...“*

Die Weimarer Rechtsprechung schien die erstmalige Kodifizierung der Kunstfreiheit überhaupt nicht zu interessieren. Sie interpretierte die künstlerische Tätigkeit als rein subjektive Meinungsäußerung und unterwarf sie demgemäß nur der Meinungsfreiheit (Art. 118 Abs. 1 Satz 1 WRV: *„Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern“*).

<sup>6</sup> Anschütz, a.a.O., Anm. 2 (S. 658 f.) – Hervorhebungen von dort:

*„Satz 1 unterscheidet sich von vielen anderen Grundrechten dadurch, daß er keinen Vorbehalt zugunsten gesetzlicher Beschränkungen enthält. ... Es fragt sich, was das bedeutet.*

*Zwei Auffassungen sind zunächst möglich.*

*Man könnte versucht sein, den Mangel des Vorbehalts als das von der Verfassung tatsächlich und wirklich gewollte anzusehen. Die Freiheit der Kunst ... wäre demnach eine unbedingte, absolute, souveräne; an keinem Gesetz würde sie eine Schranke finden, nicht einmal an den allgemeinen Strafgesetzen. Daß dies nicht der Wille des Verfassungsgesetzgebers sein kann, ist ohne weiteres deutlich. Denn es ist nicht einzusehen, warum den in Art. 142 eingeräumten Betätigungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit eine so einzigartige Stellung hat eingeräumt werden wollen ...*

*Man könnte umgekehrt so argumentieren: Die im Zweiten Hauptteil aufgezählten Freiheiten gelten im Zweifelsfalle nicht gegenüber dem Gesetzgeber. ... Denkt man so, dann gehört Art. 142 Satz 1 in die Reihe jener ‚leerlaufenden‘ Grundrechte, die ... nichts anderes und nicht mehr bedeuten als eine Bestätigung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ... Diese Auslegung des Satzes 1 war früher ... herrschend.“*

<sup>7</sup> Seit der fünften Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer am 24./25.3.1927 in München mit den Referaten von Rothenbücher und Smend zu *„Das Recht der freien Meinungsäußerung“*, VVDStRL 4 (1927), S. 6 und 44.

„Sondergesetze, die sich gegen Künste ... oder gegen einzelne Kunstrichtungen<sup>8</sup> als solche wenden“, sondern nur auf Grundlage allgemeiner Gesetze in die Kunstfreiheit eingreifen<sup>9</sup>: „Allgemeine Gesetze in diesem Sinne sind insbesondere ... alle Strafgesetze ...“

Dementsprechend hat dann auch das Reichsgericht 1930 in dem spektakulärsten Weimarer Kunststraßprozess, dem „Christus mit der Gasmasken“-Verfahren gegen dessen Zeichner George Grosz, die Kunstfreiheit der Weimarer Reichsverfassung nicht einmal erwähnt<sup>10</sup>: Auch ein Künstler dürfe die Grenzen nicht überschreiten, die der § 166 RStGB zum Schutze des religiösen Gefühls errichtet hat, befand damals das Reichsgericht.

Diese Rechtslage kam 1971 in Bewegung<sup>11</sup> durch den vielleicht für die Kunstfreiheit wichtigsten Entscheid des Bundesverfassungsgerichts, den „Mephisto“-Beschluss des 1. Senats, in dem es allerdings nicht um „Gotteslästerung“, sondern um die Verunglimpfung eines verstorbenen Schauspielers in einem Schlüsselroman ging<sup>12</sup>. Die Kunst, so das Gericht, sei durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehaltlos gewährleistet<sup>13</sup>: „Versuche, die Kunstfreiheitsgarantie ... aufgrund der Schrankenregelung anderer Verfassungsbestimmungen einzuschränken, müssen angesichts dieser klaren Vorschrift erfolglos bleiben.“

Zu der Auffassung des Bundesgerichtshofs im „Missa profana“-Urteil führte das Bundesverfassungsgericht explizit aus, dass die Meinung, die Freiheit der Kunst würde gemäß Art. 2 Abs. 1 GG durch die Rechte anderer, durch die verfassungsmäßige Ordnung und durch das Sittengesetz beschränkt, abzulehnen sei. Sie sei „unvereinbar mit dem vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Verhältnis der Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG zur Spezialität der Einzelfreiheitsrechte“.

Das Bundesverfassungsgericht machte aber zugleich klar, dass das nicht bedeutete, Kunst dürfe „alles“: Die Kunstfreiheit würde zwar vorbehaltlos, jedoch „nicht schrankenlos gewährt“. Der Vorbehaltlosigkeit käme jedoch die Bedeutung zu, „daß die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind“. Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthalte, dürfe sie jedoch „weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden“. Vielmehr sei „ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen.“ Lediglich die gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG „unantastbare“ Menschenwürde wirke als Schranke „absolut ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs“. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts – es ging um Schmähkritik an einem Politiker mittels mehrerer „Schweine“-Karikaturen – sprach dies 1987 deutlich aus<sup>14</sup>; im „Mephisto“-Beschluss war es nur angedeutet worden.

## Kunstfreiheit und vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel der „Gotteslästerung“

### Abwägung der Kunstfreiheit mit der Religionsfreiheit?

Diese zum Konflikt der Kunstfreiheit mit dem postmortalen Persönlichkeitsschutz ergangene Entscheidung scheint auch genau zu einem Konflikt zwischen der Kunst- und der Religionsfreiheit des Art. 4 GG bei nach § 166 StGB strafbedrohten „gotteslästerlichen“ Kunstwerken zu passen.

§ 166 StGB, seit 1969 nicht mehr mit „Gotteslästerung“, sondern mit „Beschimpfung von Bekenntnissen und Religionsgesellschaften“ überschrieben, bedroht heute mit Strafe denjenigen, der „den Inhalt des religiösen ... Bekenntnisses anderer“ (Abs. 1) oder aber eine „Religionsgesellschaft“, deren „Einrichtungen oder Gebräuche“ (Abs. 2) „in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“.

Die „Mephisto“-Entscheidung scheint deshalb so gut zu passen, weil Art. 4 GG genauso wie Art. 5 Abs. 3 GG ein vorbehaltloses Grundrecht ist. Eine Kollision mit der Kunstfreiheit kann deshalb unter „Berücksichtigung der Einheit ... der grundgesetzlichen Wertordnung“ gar nicht anders als durch „Verfassungsauslegung“ gelöst werden.

<sup>8</sup> Vollständig zitiert: „einzelne Kunst- und Wissenschaftsrichtungen“.

<sup>9</sup> Anschütz, Kommentar zur WRV, Art. 142 Anm. 3 (S. 660 f.) – Hervorhebungen von dort; siehe ausführlich Carsten Oehme: Die Entwicklung der Kunstfreiheit zwischen 1900 und 1933, in W. Kluth (Hrsg.): Freiheit der Kunst und Verantwortung des Künstlers – Zur Entwicklung der Kunstfreiheit im 20. Jahrhundert, 2001, o.S. (S. 54 ff.).

<sup>10</sup> RGSt 64,121 (128) – Christus mit der Gasmasken.

<sup>11</sup> Genau genommen kam die Rechtslage schon 1954 in Bewegung durch die „Sünderin“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: „Für die Auffassung, daß der Grundgesetzgeber die Freiheit von Kunst und Wissenschaft nicht generell an die Schranken der allgemeinen Gesetze binden wollte, spricht ... nicht nur die Tatsache, daß er trotz der Meinungsverschiedenheiten, die über die Auslegung des Art. 142 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung bestanden hatten, von einer ausdrücklichen Einschränkung der Freiheit von Kunst und Wissenschaft abgesehen hat, sondern auch die Systematik des Grundgesetzes, in der der Art. 5 Abs. 3 über die Freiheit von Kunst und Wissenschaft hinter die die freie Meinungsäußerung behandelnden Absätze 1 und 2 gestellt ist. Dafür spricht schließlich der sonst überflüssige Satz 2 in Abs. 3, wonach die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet. Darüber hinaus entspricht es dem freiheitlichen Gehalt des Grundgesetzes, daß es Kunst, Wissenschaft, Lehre und Forschung von der im obrigkeitstaatlichen Denken verhafteten Kontrolle im Sinne des Polizeirechts freigestellt hat.“

Der Senat vertritt deshalb die Ansicht, daß die Freiheit der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht den Schranken der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG ... unterliegt. Das bedeutet jedoch nicht, daß für die Freiheit der Kunst überhaupt keine Schranken beständen. Wie der Senat in anderem Zusammenhang ausgesprochen hat (Urteile vom 15. Dezember 1953 [BVerwGE 1, 48] und vom 10. März 1954 [BVerwGE 1, 92]), darf ein Grundrecht nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch ein anderes Grundrecht verletzt wird oder Güter, die für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendig sind, gefährdet werden ...“ (BVerwGE 1, 303 [306] – Sünderin).

<sup>12</sup> BVerfGE 30, 173 (191 ff.) – Mephisto. In der Entscheidung ging es um den Roman „Mephisto“ des Schriftstellers Klaus Mann (\* 1906; † 1949), in dem der verstorbene Schauspieler Gustav Gründgens als Opportunist während der Zeit des Nationalsozialismus herabgewürdigt worden sein sollte.

<sup>13</sup> Unanwendbar sei insbesondere auch „Art. 5 Abs. 2 GG, der die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG beschränkt. Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weist den Abs. 3 dieser Bestimmung gegenüber Abs. 1 als *lex specialis* aus und verbietet es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden.“ (BVerfGE, a.a.O., S. 191; ähnlich schon 1954 BVerwGE 1, 303 – Sünderin).

<sup>14</sup> BVerfGE 75, 369 (380) – Strauß-Karikaturen: „Zwar genießt der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts keinen generellen Vorrang gegenüber dem Recht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, sondern muß auch im Lichte dieses Grundrechts verstanden werden. Soweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht allerdings unmittelbarer Ausfluß der Menschenwürde ist, wirkt diese Schranke absolut ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs (Starck, in: v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 209). Bei Eingriffen in diesen durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kern menschlicher Ehre liegt immer eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts vor, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 67, 213 [228]) durch die Freiheit künstlerischer Betätigung nicht mehr gedeckt ist.“

Aber ist Art. 4 GG überhaupt bei „Beschimpfungen“ durch „gotteslästerliche“ Gedichte oder Zeichnungen berührt? Das ist mehr als fraglich.

Art. 4 GG schützt nur die „*Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen ... Bekenntnisses*“ (Abs. 1) sowie die „*ungestörte Religionsausübung*“ (Abs. 2). Aus der Vorschrift ist kein Recht der Anhänger einer Religion abzuleiten, gegen „Beschimpfungen“ geschützt zu werden; eine bloße Schmähung ohne nötigen Charakter schränkt weder die Glaubensfreiheit noch die Religionsausübung anderer ein<sup>15</sup> und fällt somit nicht in den Schutzbereich des Art. 4 GG<sup>16</sup>. Demzufolge ist im Bereich der Bildenden Kunst eine Kollision zwischen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 4 GG kaum möglich<sup>17</sup>.

### Abwägung der Kunstfreiheit mit dem Schutz des Öffentlichen Friedens?

Nun wird heute im Allgemeinen anders argumentiert: Hinter § 166 StGB stehe nicht, wie früher angenommen, die Religionsfreiheit des Art. 4 GG als Rechtsgut, sondern die Norm diene dem „*öffentlichen Frieden*“: § 166 StGB nehme zwar seinen Ausgangspunkt im religiösen Bereich, geschützt sei aber „*das friedliche Zusammenleben der Menschen untereinander und das Vertrauen in den Fortbestand dieses Zustandes*“<sup>18</sup>.

Kann nun aber diese eher nebulöse Rechtsgutsbestimmung genügen, einen Verfassungswert zu benennen, der geeignet ist, die vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit einzuschränken? Die darf doch dem „Mephisto“-Beschluss zufolge nicht „*durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden*“!

Die herrschende Meinung „drückt“ sich um die Frage und löst das Problem ganz pragmatisch auf der Tatbestandsebene, so als gäbe es keine verfassungsrechtliche Dogmatik hierzu: Sie will zu einem Ausgleich zwischen der Kunstfreiheit und den „*Belangen des § 166 [StGB]*“ kommen und „*dem hohen Rang, den das GG der Kunstfreiheit eingeräumt hat, in der Weise Rechnung ... tragen ... , dass man nur besonders rohe Äußerungen der Missachtung als Beschimpfung genügen lässt*“<sup>19</sup>.

Wäre es nicht auf der Grundlage des Mephisto-Beschlusses richtiger, zumindest bei Werken der Bildenden und der Dichtenden Kunst eine Strafbarkeit nach § 166 StGB von vornherein auszuschließen, weil es keinen genügend bestimmten Verfassungswert gibt, der geeignet ist, die Vorbehaltlosigkeit von Art. 5 Abs. 3 GG zu relativieren<sup>20</sup>?

### Kunstfreiheit und Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt am Beispiel der Sachbeschädigung

Der „Mephisto“-Beschluss wird aber noch viel weiter interpretiert, nämlich auch auf Konflikte zwischen der vorbehaltlosen Kunstfreiheit und Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt angewendet, von denen es deutlich mehr gibt. Als wohl wichtigstes Beispiel mag hier die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG, die besonders durch Graffiti-Kunst berührt wird, dienen. Dessen Abs. 1 besagt: „*Das Eigentum ... [wird] gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.*“

### Vorrang der Kunstfreiheit vor der Eigentumsgarantie?

Kann es aber richtig sein, den vorbehaltlosen Art. 5 Abs. 3 GG auch hier in eine Abwägung zu zwingen? Wenn Art. 14 Abs. 1 GG schon durch „*die Gesetze*“ eingeschränkt werden kann – hat er sich nicht dann erst recht Art. 5 Abs. 3 GG zu beugen? Art. 14 Abs. 2 GG stützt diesen Gedanken sogar noch durch die Mahnung, dass „*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*“ – etwa durch die Gewährleistung künstlerischer Freiheit?

Die Literatur geht über dieses Problem zumeist hinweg. Wird es doch einmal angesprochen, dann wird nur mit Blick auf das – zugegebenermaßen obskur erscheinende – Ergebnis dieses Gedankens argumentiert<sup>21</sup>:

„Zwar steht die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erst am Ende des Grundrechtskataloges, doch wird man daraus kaum eine mindere Rangstelle gegenüber Art. 5 III GG ableiten können“, kann man in einem schon etwas älteren Aufsatz zum Thema „Kunst als Störung privater Rechte“ lesen. Und weiter: Die „*Privatautonomie, mit seinem Eigentum ,nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen‘ (§ 903 BGB)*“, sei für unsere gegenwärtige verfassungsmäßige Wertordnung „*mindestens ebenso konstituierend wie die Gewährleistung künstlerischer Freiheit*“. Auch die Sozialbindung des Eigentums führe hier nicht weiter; sie könne nicht „*die Pflicht zur Inkaufnahme eines der Allgemeinheit eher verständlichen und lästigen Sonderopfers auf dem Altar der Kunst rechtfertigen*“.

„*Hart im Raume stoßen sich die Sachen*“, konstatierte denn auch der offenbar selbst nicht so ganz überzeugte Autor dieser Gedanken, übrigens ein kunst- und vor allem musikbegeisterter langjähriger Vorsitzender Richter am Bundespatentgericht.

Verlassen wir aber diesen Gedanken, zumal ihm 2016 der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich, wenn auch ohne nähere Begründung, entgegengetreten ist<sup>22</sup>: „... ein prinzipieller Vorrang der Kunstfreiheit vor dem Eigentum [lässt sich] nicht aus der Verfassung herleiten.“ Jedenfalls im praktischen Ergebnis Zustimmung: Unerträglich die Vorstellung, mein künstlerische Graffiti sprayender Nachbarsjunge dürfte die Motorhaube meines Autos etwa mit einem flügelschlagenden Adler ungefragt verschönern.

Gegen den prinzipiellen Vorrang der Kunstfreiheit vor Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt spricht allerdings nicht, dass nach Art. 2 Abs. 2 GG selbst in „*das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*“ sowie „*die Freiheit der Person*“ „*auf Grund*

<sup>15</sup> Hörnle in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 166 Rn. 2; dies., ZRP 2015, 62; Hilgendorf in Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafrechtbuch Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 166 Rn. 4.

<sup>16</sup> So aber offenbar die Begründung des Entwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes (Stärkung des Toleranzgebotes durch einen besseren Schutz religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen gemäß § 166 StGB) vom 7.5.1998 von Abgeordneten der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, BT-DrS13/10666, S. 5: „*Schutzgut des § 166 StGB ist daher das sich aus Artikel 4 Abs. 2 GG ergebende allgemeine Toleranzgebot, das religiöse und weltanschauliche Bekenntnis Dritter zu achten (vgl. Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 166 Rdnr. 1)*“.

<sup>17</sup> Anderes mag für die (früher in § 166 Alt. 3 RStGB) geregelte Störung der Religionsausübung gemäß § 167 StGB durch sogenannte „Engagierte Kunst“ gelten. Die „Performance“ einer „Femen“-Aktivistin während eines Gottesdienstes kann selbst dann strafbar sein, wenn sie als Kunstausübung klassifiziert wird (was die sie bestrafenden Gerichte allerdings nicht einmal erwogen haben, siehe LG Köln, StV 2016, 810 – „I am God“ sowie die Vorinstanz AG Köln, Urteil vom 3.12.2014 – 647 Ds 240/14 [bei juris] mit Bespr.-Aufs. Bülte, StV 2016, 837). Siehe auch zum „Punk-Gebet“ der russischen Gruppe „Pussy Riot“ Christian Fahl: Die Strafbarkeit der Punk-Rock-Band „Pussy Riot“ nach deutschem Strafrecht, StraFo 2013, 1 ff.

<sup>18</sup> Tag in Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 166 Rn. 2.

<sup>19</sup> So wörtlich Lenckner/Bosch in Schönke/Schröder Strafrechtbuch, 29. Aufl. 2014, § 166 Rn. 10.

<sup>20</sup> Entsprechendes könnte auch für andere Strafnormen gelten, etwa § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB, die „Verunglimpfung staatlicher Symbole“, der als Verfassungswert „*die für den inneren Frieden notwendige Autorität des Staates*“ zugrunde liegen soll, wie das BVerfG mehrfach gesagt (BVerfGE 81, 278 [293 f.] – Bundesflagge; BVerfG [Kammer], NJW 2009, 908 – Schwarz-Rot-Senf).

<sup>21</sup> Hans-Heinrich Schmieder: Kunst als Störung privater Rechte, NJW 1982, 630.

<sup>22</sup> BVerfGE 142, 74 (104) (Rn. 90) – Metall auf Metall.

eines Gesetzes“ eingegriffen werden darf: Der „Mord auf der Bühne“, das Zwangstätowieren oder das Nötigen zum (Akt)Modell könnten als Eingriffe in die Menschenwürde (natürlich) nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden. Denn hier wirkt, wie erwähnt, die „unantastbare“ Menschenwürde als Schranke „absolut ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs“<sup>23</sup>.

### Vorrang der Eigentumsgarantie vor der Kunstfreiheit?

Das Bundesverfassungsgericht – genauer gesagt: kein Senat, sondern ein vergleichbar einer heutigen Kammer mit nur drei Richtern besetzter Vorprüfungsausschuss des 2. Senats – hatte möglicherweise das Problem, dass die Eigentumsgarantie unter Gesetzesvorbehalt steht, schon 1984 gesehen und sich deshalb damals im Fall des „Sprayers von Zürich“ entschieden<sup>24</sup>, besser eine Abwägung der beiden Grundrechte zu umgehen:

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürge zwar ein individuelles, mit keinem Vorbehalt versehenes Freiheitsrecht, sich künstlerisch zu betätigen, Kunstwerke darzubieten und zu verbreiten. Die Reichweite der Kunstfreiheit erstreckte sich aber „von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung“.

In der strafrechtlichen Kommentarliteratur kann man bis heute zur Sachbeschädigung (§ 303 StGB) fast überall unter Hinweis auf den „Sprayer von Zürich“-Beschluss lesen, dass die Kunstfreiheit keinen Rechtfertigungsgrund darstelle<sup>25</sup>. Dementsprechend ist mir auch keine einzige strafrechtliche Entscheidung bekannt, in der bei einem Graffiti-Künstler die Kunstfreiheit als möglicher Rechtfertigungsgrund auch nur angesprochen worden ist, oder, verfassungsrechtlich gewendet, eine Abwägung zwischen vorbehaltloser Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie wenigstens in Erwägung gezogen wurde.

Dies muss besonders bei der neueren Kommentarliteratur überraschen, weil der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts schon 2007 im vielbeachteten „Esra“-Beschluss explizit der „Tendenz“ im ausdrücklich benannten „Sprayer von Zürich“-Beschluss entgegengetreten war, zu versuchen, „künstlerische Ausdrucksformen, die in Konflikt mit den Rechten anderer kommen, von vornherein vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit auszuschließen“<sup>26</sup>. Das Gericht verdeutlichte: „Eingriffe in die Kunstfreiheit ... sind darauf zu überprüfen, ob sie den Grundrechten von Künstlern und der durch das Kunstwerk Betroffenen gleichermaßen gerecht werden.“

Wie gesagt, es änderte sich jedoch nichts. Die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit ist bei Konflikten mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG faktisch abgeschafft geblieben.

### Abwägung der Kunstfreiheit mit der Eigentumsgarantie?

Nun hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts 2016 noch einmal nachgelegt. Im „Metall auf Metall“-Urteil ist das Gericht noch deutlicher geworden<sup>27</sup>:

Es betont wiederum, dass sich ein prinzipieller Vorrang der Eigentumsgarantie vor der Gewährleistung der Kunstfreiheit nicht aus der Verfassung herleiten lässt: „Jedes künstlerische Wirken bewegt sich ... zunächst im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, gleich wie und wo es stattfindet (anders noch BVerfG, ... Sprayer von Zürich). Ob die Kunstfreiheit dann wegen der Beeinträchtigung insbesondere von Grundrechten Dritter zurücktreten muss, ist erst anschließend zu entscheiden.“

In diesem Urteil hat das Bundesverfassungsgericht sodann Abwägungskriterien entwickelt, die demonstrieren, wie weit wir heute unreflektiert akzeptieren, die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit bei Konflikten mit Art. 14 Abs. 1 GG völlig zu ignorieren.

Nun ist es dort allerdings um einen ganz anderen Sachverhalt gegangen als im „Sprayer von Zürich“-Beschluss. „Metall auf Metall“ betrifft nicht sächliches, sondern geistiges Eigentum, nämlich das Urheberrecht: Der Rapper, Komponist und Musikproduzent Moses Pelham hatte 1997 eine zweisekündige Sequenz<sup>28</sup> aus dem Stück „Metall auf Metall“ der Elektropop-Pioniere „Kraftwerk“ von 1977 gesampelt und ohne deren Einwilligung dem Song „Nur mir“ des HipHop-Sternchens Sabrina Setlur als Loop unterlegt. Das Verfahren hatte seit 2004 schon zahlreiche Instanzen – darunter zweimal den Bundesgerichtshof – beschäftigt<sup>29</sup>; inzwischen ist es, vom Bundesverfassungsgericht zurückverwiesen, das dritte Mal beim Bundesgerichtshof gelandet, der es zunächst dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt hat<sup>30</sup>.

Die urheberrechtlichen Probleme mögen uns hier nicht weiter interessieren; es geht dort unter anderem um die Fragen, ob zweisekündige Tonfetzen überhaupt Schutz genießen können, und ob Pelham in der Lage gewesen wäre, die Sequenz selbst herzustellen statt sie zu sampeln<sup>31</sup>.

Relevant ist für unser Thema vielmehr, dass das Bundesverfassungsgericht Abwägungskriterien nannte und letztlich die Kunstfreiheit sogar obsiegen ließ. Ein umfassendes Verbot des Samplings ohne Erlaubnis, so das Gericht, „könnte die Schöpfung neuer

<sup>23</sup> BVerfGE 75, 369 (380) – Strauß-Karikaturen.

<sup>24</sup> BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, 1293 – Sprayer von Zürich.

<sup>25</sup> Weidemann in Beck'scher Online-Kommentar StGB, 34. Edition 2017, § 303 Rn. 28 mit Fn. 220; Zaczky in Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 303 Rn. 21 mit Fn. 11; Heger in Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 303 Rn. 9; Kindhäuser, Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. 2017, § 303 Rn. 12; 20; Stree/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, § 303 Rn. 22; Wieck-Noodt in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2014, § 303 Rn. 64; so auch Ingelfinger, Graffiti und Sachbeschädigung, 2003, S. 15 f.; ähnlich Wolff in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006 ff. (10. Bd. 2011), § 303 Rn. 2; Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl. 2017, § 303 Rn. 20; Saliger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 303 Rn. 19; siehe auch BVerwG, NJW 1995, 2648 – Breker-Skulpturen; VG Hamburg, BeckRS 2015, 48201 = GRUR-Prax 2015, 380 (Kurzfassung) mit Anm. Garbers-v. Böhm – Schattenbänke.

<sup>26</sup> BVerfGE 119, 1 (23) – Esra. Es ging um das Verbot des autobiographische Züge tragenden Romans „Esra“ des Schriftstellers Maxim Biller (\* 1960), der das Allgemeine Persönlichkeitsrecht seiner ehemaligen Freundin und derer Mutter verletzen soll, weil sie in dem autobiographischen Text identifizierbar seien.

<sup>27</sup> BVerfGE 142, 74 (104) (Rn. 90) – Metall auf Metall.

<sup>28</sup> Takte 19 und 20.

<sup>29</sup> Das LG Hamburg, Urteil vom 8.10.2004 – 308 O 90/99 (bei juris) hatte der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten war ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3 – Metall auf Metall I). Auf die Revision der Beklagten hatte der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, GRUR 2009, 403 – Metall auf Metall I). Das Berufungsgericht hatte die Berufung der Beklagten wiederum zurückgewiesen (OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396 – Metall auf Metall II). Die erneute Revision der Beklagten hatte der BGH zurückgewiesen (BGH, GRUR 2013, 614 – Metall auf Metall II). Vor dem BVerfG haben sie nun – zumindest vorläufigen – Erfolg gehabt.

<sup>30</sup> Der BGH hat dem EuGH Fragen zur Auslegung u.a. der RL 2001/29/EG vorgelegt (BGH, GRUR 2017, 895 – Metall auf Metall III).

<sup>31</sup> Zum Schmunzeln: Vor dem OLG Hamburg legte ein Gutachter dar, „dass er die tieferen Metallschläge ... durch die Aufnahme von Hammerschlägen auf eine Schubkarre und die helleren Metallschläge ... durch eine Mischung eines aus einer Klang-Bibliothek ausgewählten fertigen Samples (China Crash-Becken) und einer selbst hergestellten Aufnahme von Schlägen auf ein Zinkregal hergestellt habe“. (OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396 [398 f.] – Metall auf Metall II).

*Kunstwerke verhindern, die durch die Kunstfreiheit geschützt ist*<sup>32</sup>: Der Musikschafter, der unter Einsatz von Samples ein neues Werk schaffen möchte, stünde vor der „Alternative, sich entweder um eine Samplelizenzierung durch den Tonträgerhersteller zu bemühen oder das Sample selbst nachzuspielen“<sup>33</sup>. In beiden Fällen würde jedoch die künstlerische Betätigungsfreiheit eingeschränkt<sup>34</sup>:

Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample bestehe kein Anspruch; „sie kann ... ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden“<sup>35</sup>.

Das eigene Nachspielen von Klängen stellt für das Bundesverfassungsgericht ebenfalls keine befriedigende Alternative dar, weil „genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt“ bleiben dürfen<sup>36</sup>: Der Einsatz von Samples sei eines der stilprägenden Elemente des Hip-Hop<sup>37</sup>.

Und daran schließt das Bundesverfassungsgericht an, dass in diesem Fall die aus Art. 14 Abs. 1 GG resultierenden Rechte zurückzutreten haben<sup>38</sup>: „Diesen Beschränkungen der künstlerischen Betätigungsfreiheit steht hier für den Fall einer erlaubnisfreien Zulässigkeit des Sampling ... nur ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht ... ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile gegenüber.“

Verwenden wir diese Gedanken, um zu erkunden, wie man die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit auch bei sächlichem Eigentum aus dem Koma erwecken könnte.

Zunächst einmal: Die Ausführungen des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts stehen einer weiteren apodiktischen Behauptung des damaligen Vorprüfungsausschusses im „Sprayer von Zürich“-Beschluss entgegen, wonach sich in der Deutschland „Kunst auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten“ könne.

Die Fragwürdigkeit dieses Satzes hätte sich damals den drei Verfassungsrichtern, gerade weil es um Harald Naegeli, den „Sprayer von Zürich“ ging, eigentlich aufdrängen müssen. Er mag zwar richtig sein bei (Wand-)Malerei und (Spray-)Graphik. Was Naegeli gemacht hatte, ordnet sich jedoch in die Street Art ein<sup>39</sup>.

Street Art „bezeichnet den Versuch der künstlerischen Mitgestaltung des öffentlichen Raums mittels Zeichen und Codes“<sup>40</sup>; es geht um die „aktive ästhetische Mitgestaltung des Stadtbilds“<sup>41</sup>: „Street Art spielt mit dem urbanen Raum, dem Ort, der Umgebung und dem Vorhandenen“<sup>42</sup>. Bemalt (oder auch beklebt), gar umgestaltet wird dabei alles: Stromkästen, Verkehrsschilder, Telefonzellen, Mülleimer, Ampeln, Bürgersteige und Straßen, Bäume. Das ästhetische Bezugfeld „gehört“ mit zum eigentlichen Werk. Street Art weist insofern Parallelen zur Land Art auf, die ohne Einbeziehung der Natur völlig undenkbar ist, man denke nur an Christos letztes Projekt, die „Floating Piers“ im Iseo-See.

In einem sehr kundigen Besprechungsaufsatz des „Sprayer von Zürich“-Beschlusses in der NJW wurde dann auch schon der Gedanke, den das Bundesverfassungsgericht im „Metall auf Metall“-Beschluss entwickelte, vorweggenommen<sup>43</sup>. Im Wortlaut:

„Angesichts dieses künstlerischen Ansatzes dürfte es in einer Großzahl der Fälle ... von vornherein ausgeschlossen sein, die rechtliche Einwilligung der Eigentümer der Sprayobjekte zu erhalten oder die Vielzahl der für Naegelis spezielles Kunstengagement benötigten Projektionsflächen zu Eigentum zu erwerben. Insofern kann sich Naegelis Kunst nicht ohne Beeinträchtigung fremden Eigentums frei entfalten ...“

Und weiter heißt es in diesem Besprechungsaufsatz, vergleichbar der Abwägung bei „Metall auf Metall“<sup>44</sup>:

„Naegeli wird im Innersten des Werkbereichs seiner Kunst betroffen ...; dagegen bleibt die Funktionsfähigkeit des betroffenen Hauseigentums unberührt, ja hat vielleicht an ästhetischem und finanziellem Wert durch Naegelis Aktionen noch hinzuge-

<sup>32</sup> BVerfGE 142, 74 (106) (Rn. 96) – Metall auf Metall.

<sup>33</sup> BVerfGE, a.a.O. (Rn. 97).

<sup>34</sup> BVerfGE, a.a.O., S. 107 (Rn. 98).

<sup>35</sup> Und weiter: „Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er – innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB – frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteeinräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammensetzen. Die Existenz von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschafter beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und größerer Rechercheaufwand entstehen. Außerdem schränkt die Verweisung hierauf die Samplingmöglichkeiten erheblich – nämlich auf das jeweils vorhandene Angebot – ein.“ (BVerfGE, a.a.O.).

<sup>36</sup> BVerfGE, a.a.O. (Rn. 99).

<sup>37</sup> „Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist – ähnlich wie bei der Kunstform der Collage – Mittel zur ‚ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften‘ ... und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. ... Hinzu kommt, dass sich das eigene Nachspielen eines Sample als sehr aufwendig gestalten kann und die Beurteilung der gleichwertigen Nachspielbarkeit für die Kunstschaffenden zu erheblicher Unsicherheit führt. ... Es steht zu befürchten, dass selbst in Fällen, in denen ein gleichwertiges Nachspielen nicht möglich ist, Kunstschaffende auf die ... Übernahme verzichten, weil ihnen der für den Nachweis der fehlenden Nachspielbarkeit erforderliche Aufwand und das rechtliche Risiko als zu groß erscheinen. Das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit entfaltet damit abschreckende Wirkung ...“ (BVerfGE, a.a.O., Rn. 99 f.).

<sup>38</sup> BVerfGE, a.a.O., S. 108 (Rn. 101).

<sup>39</sup> „Ich habe unglaublich gelitten unter der Architektur in Zürich. Ich habe immer wieder erlebt, wie gute Gebäude niedergedrückt und dafür Betonklötze errichtet wurden. Das hat mich aufgewühlt. Das ist mir tief nahegegangen.“ (Naegeli in: Hans-Christoph Blumenberg: Tausend Zeichen in der Nacht, Die Zeit vom 30.9.1983 [<http://www.zeit.de/1983/40/tausend-zeichen-in-der-nacht/>]).

„... ich [begann] 1977 in nächtlichen Streifzügen, auf lauter leeren Flächen der Banken, Geschäftshäuser, auf Mauern und auf heiligem Privatbesitz meine Kunst auszuüben: klar gezeichnete Figuren und Zeichen aufgehaucht mit modernem Farbspray. Poesie gegen Einfallslosigkeit.“ (Naegeli: Ich lebe heute im Exil, in: Mein Revoltieren, mein Sprayen – Dokumentation von Fotos, Zeichnungen und Texten, ausgewählt und zusammengestellt vom Zürcher Sprayer, 2. Aufl. 1983, o.S.).

„Bei meinen Figuren spielt der Träger eine entscheidende Rolle. Die Figur gehört zum ganzen Kontext dieser bürgerlich-gesellschaftlichen Architektur mit all ihren Vorgaben und Verboten. Ich integriere und sondere nicht ab. Meine Entscheidung ist abhängig vom Träger, vom Gebäude, von der Wand. Wie ist sie beschaffen? Ist sie ganz leer? Ist sie geometrisch? Was hat sie für eine Farbe? Welche Materialität, welche Struktur hat sie? Es ist ein Dialog mit dem Träger ... Bei mir kommt der Träger sogar noch mehr hervor. Der Beton wird erst durch die menschliche Geste sichtbar.“ (Naegeli: „Es geht mir um eine Verzauberung der Außenwelt“, 16vor vom 16.1.2004 [<http://www.16vor.de/es-geht-mir-um-eine-verzauberung-der-ausenwelt-2014-01-1/>]).

<sup>40</sup> artemak – Archiv für Techniken und Arbeitsmaterialien zeitgenössischer Künstler (<http://artemak.hfg.edu/index.php/Begriffe:Street-Art>).

<sup>41</sup> Norbert Siegl: Definition des Begriffs Street-Art, 2010 (<http://www.graffitieuropa.org/streetart1.htm>).

<sup>42</sup> Jan Gabber: Street Art – Kommunikationsstrategie von Off-Kultur im urbanen Raum, Masterarbeit FU Berlin 2007, S. 16 ([http://www.rosalux.de/fileadmin/ls\\_sh/dokumente/veranstaltungen\\_2010/reclaimStreet\\_masterarbeit\\_gabbert.pdf](http://www.rosalux.de/fileadmin/ls_sh/dokumente/veranstaltungen_2010/reclaimStreet_masterarbeit_gabbert.pdf)).

<sup>43</sup> Josef Hoffmann: Kunstfreiheit und Sacheigentum – Bemerkungen zum „Sprayer“-Beschluss des BVerfG, NJW 1985, 240.

<sup>44</sup> Hoffmann, a.a.O., S. 244.

wonnen. Lediglich der beliebige Ausschluß Dritter, mithin die ungestörte Privatnützigkeit des Eigentums hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbilds wurde tangiert.“

Damit haben wir genügend Stoff gesammelt, um die bislang unterlassene Abwägung der Belange von Art. 5 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GG mit dem Ziel der verfassungsrechtlichen Optimierung formulieren zu können:

Wie gesampelter HipHop ist die Street Art, ginge Art. 14 GG der Kunstfreiheit vor, in ihrem Kern betroffen.

Die aus dem Eigentum abgeleiteten Rechte können in bestimmten Fällen nur geringfügig beeinträchtigt sein<sup>45</sup>. Das mag bei Tonschnipseln der Fall sein, aber auch bei Graffiti am Bauzaun oder bei Reverse Graffiti, wenn auf verdreckten Flächen ein Bild durch teilweise Säuberung entsteht. Vor allem aber wäre dies bei bloßen Zustandsveränderungen gemäß § 303 Abs. 2 StGB<sup>46</sup> durch Graffiti-Kunst zu erwägen. Der Gesetzgeber hat diese Norm zwar erst 2005 eingeführt, um Graffiti zu „bekämpfen“; viel spricht dafür, sie nicht bei Kunst, sondern nur auf „Schmierereien“ von Graffiti-Writern durchgreifen zu lassen<sup>47</sup>.

Der Eigentümer unbeweglicher Sachen erlangt übrigens Eigentum an den Graffiti (arg. § 950 BGB<sup>48</sup>) – und darf sie wirtschaftlich verwerten.

So ließ nach der „Wende“ 1990 die DDR-Regierung insgesamt 81 Mauersegmente mit „Mauerbildern“ zum Teil bekannter Graffiti-Künstler für insgesamt rund 1,7 Mio. DM in Monte Carlo weltweit versteigern.

Oder: Die Deutsche Bahn AG hat 2010 eine „Schwebende Ratte“ des englischen Street Artisten Banksy, die sich seit 2003/04 unter einem Bogen der ihr gehörenden S-Bahntrasse in Berlin-Mitte befunden hatte, von der ziemlich verwehrten Wand abgeschlagen und vom Hamburger Auktionshaus Stahl versteigern lassen; sie brachte 6.200 Euro ein. Die Wand sieht, längst neu besprayt, fast wieder aus wie vorher. – Wäre Banksy wirklich zu bestrafen, würde die Berliner Staatsanwaltschaft, zeitweise eine konsequente „zero tolerance“-Strategie gegen Graffiti verfolgend, hier das „besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“ (§ 303c StGB) bejahen und anklagen?

### Kunstfreiheit und Staatszielbestimmungen am Beispiel der Tierquälerei

Kommen wir zu einer dritten Gruppe, bei der die Vorbehaltlosigkeit wie ein Lippenbekenntnis wirkt, am Beispiel des Tierschutzes. Vor allem die Tötung von Tieren während einer Performance kommt seit dem Wiener Aktionismus in den 1960er Jahren immer wieder auch in Deutschland vor.

Eigentlich hätte dies bis vor einigen Jahren kein verfassungs- und strafrechtliches Problem sein dürfen: Es gab schlicht keinen Verfassungswert, der für die Tiere gegen Art. 5 Abs. 3 GG streiten konnte.

Klar hatte dies 1990 das Amtsgericht Kassel erkannt, das zwar die Behandlung eines Wellensittichs während einer Performance als Tierquälerei einstufte, aber dennoch freisprach, „weil die Kunst nach Art. 5 III GG frei ist“<sup>49</sup>:

„Die Kunstfreiheit ist vorbehaltlos, denn es gibt für den Gesetzgeber keine Möglichkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eine Beschneidung der Kunstfreiheit vorzunehmen. Selbstverständlich unterliegt auch die Kunstfreiheit verfassungsimmanenten Schranken ... Eine solche verfassungsimmanente Schranke ist weder dem derzeitigen Grundrechtskatalog noch sonstigen Bestimmungen der Verfassung zu entnehmen. ... Tierschutz ist bisher nur in einem einfachen Gesetz, nicht aber in einer Norm mit Verfassungscharakter geregelt worden.“

Andere Gerichte kümmerte die seit dem „Mephisto“-Beschluss von 1971 verfassungsrechtlich eindeutig entschiedene Rechtslage weniger. So hatte 1989 das Landgericht Köln zum Köpfen eines Huhns auf der Bühne formuliert<sup>50</sup>: „... die Freiheit der Kunst [unterliegt] verfassungsimmanenten Schranken. Diese Schranken erscheinen hier im Sinne eines Verstoßes gegen das Sittengesetz, Art. 2 Abs. 1 GG, als verletzt ...“

### Abwägung der Kunstfreiheit mit dem Tierschutz?

Die Rechtslage änderte sich 2002. In diesem Jahr wurde der ethische Tierschutz durch die Einfügung der Worte „und die Tiere“ ausdrücklich in den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Art. 20a GG als (weitere) Staatszielbestimmung aufgenommen.

<sup>45</sup> Siehe dazu schon Schmieder, NJW 1982, 630: „... ganz von der Hand zu weisen ist der Gedanke nicht, es könnte gegenüber einem derartigen Künstler, wenn er sich seine Objekte einigermaßen rücksichtsvoll und mit vernünftigem Augenmaß aussucht, die gesellschaftliche Toleranzschwelle für bestimmte Orte und zu weniger ‚ordentlichen‘ Zeiten auch einmal niedriger liegen ...“

<sup>46</sup> „[Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe] wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert.“

<sup>47</sup> Graffiti-Writing sollte (trotz Überschneidungen und Zwischenformen) vom Graffiti-Drawing, der eigentlichen Street Art, im Bereich der Kunst im öffentlichen Raum unterschieden werden: Beim Writing bildet die Schrift (Buchstaben und Zahlen) und nicht wie beim Drawing etwas Figurales oder Abstraktes das Basiselement der Bildkomposition; vor allem aber sind Blickwinkel und Zielrichtung der Akteure ganz anders: Beim Graffiti-Writing handelt es sich nicht um Street Art im eigentlichen Sinne. Der Writer möchte seine Signatur nicht primär in die Stadtlandschaft integrieren und so das Stadtbild künstlerisch gestalten, sondern er will den eigenen Namen (genauer: seinen „Writing Name“) bzw. den seiner „Crew“ möglichst oft malen und weit bekannt machen („Getting-up“), so dass ihn nicht nur die Qualität, sondern auch die Quantität seiner Zeichnungen leitet. Oftmals „bombt“ der Writer auch zahlreiche schnell hingeworfene „Tags“ – angefangen von der mit einem „Edding“ beschmierten Parkbank bis zum Bahnwaggon als „Wholecar“, „end2end“ und „top2bottom“.

Die Writer bewegen sich in der Tradition von „TAKI 183“ (\* 1953/54), einem New Yorker Botenjungen aus einer Einwandererfamilie aus Griechenland, der Ende der 1960er Jahre auf seinen weitläufigen Botengängen sein „Tag“, geschrieben mit einem dicken Lackfaserstift, an vielen Häuserwänden in allen fünf Bezirken New Yorks, aber auch in U-Bahnstationen sowie U-Bahnen hinterließ und zahlreiche Nachahmer animiert haben soll: Besonders ansonsten perspektivlose Jugendliche bemerkten, dass man durch das fleißige Verbreiten seines Namens in der ganzen Stadt Bekanntheit und Ansehen erlangen konnte. Die „New York Times“ widmete „TAKI 183“ im Sommer 1971 einen längeren Artikel, der eine regelrechte „Tag“-Welle auslöste – die alsbald auch Europa erfasste und bis heute anhält.

Graffiti-Writer schätzen besonders die Bahnen als hervorragendes Mittel, ihren Namen leichter zu verbreiten, da er so zum Publikum kommt und nicht umgekehrt. Wie rollenden Leinwände fahren ihre Signaturen durch die Stadt, werden bewundert und fotografiert, bringen den Writern, die „all city“ sind, Ruhm („Fame“) und Respekt in der Szene. (Oftmals warten „Trainwriter“-Crews am nächsten Tag an der U-Bahn-Linie, um ihr Werk bei Tageslicht begutachten zu können, und um die Reaktionen der Passanten zu erfahren.)

Insofern kann man durchaus in Frage stellen, ob – oder jedenfalls: inwieweit – Graffiti-Writing überhaupt dem Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG unterfällt. Denn: Ein Werk wird nicht schon deshalb Kunst, weil der „Künstler“ es dazu erklärt – kann dann aber umgekehrt etwas Kunst sein, das der „Künstler“ überhaupt nicht als Kunst versteht?

<sup>48</sup> § 950 Abs. 1 Satz 1 BGB – Hervorhebung von hier: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache ...“

<sup>49</sup> AG Kassel, NSTZ 1991, 443 mit abl. Anm. Selk – Wellensittich.

<sup>50</sup> LG Köln, NuR 1991, 42 – Alguas Bestias.

Bei Staatszielbestimmungen handelt es sich um Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die jeglicher Staatstätigkeit, vor allem aber der Gesetzgebung die fortdauernde Beachtung bestimmter Aufgaben vorschreiben. Staatszielbestimmungen umreißen jedoch lediglich ein bestimmtes Programm für das staatliche Handeln und begründen keine subjektiven Rechtspositionen.

Art. 20a kam zunächst 1994 mit der einzigen Staatszielbestimmung des Schutzes der „*natürlichen Lebensgrundlagen*“ in das Grundgesetz. Es dauerte gerade ein Jahr, bis das Bundesverwaltungsgericht diese neue Staatszielbestimmung extensivst auslegte und über die Kunstfreiheit obsiegen ließ, als der Eigentümer eines im Außenbereich gelegenen Grundstücks dort zwei monumentale Statuen zweier römischer Göttinnen aufstellen wollte – Werke von „Hitlers Hofkünstler“ Arno Breker aus den 1930er Jahren<sup>51</sup>.

Nach der Einfügung „*und die Tiere*“ in Art. 20a GG konnte das Kammergericht 2009 – in Berlin war zwei Kaninchen während einer Performance zur Reflexion des Fleischkonsums der Hals umgedreht worden – ausführen<sup>52</sup>, dass zu den verfassungsimmanenten Schranken, den jedes Grundrecht unterliege, auch die Staatszielbestimmungen gehörten, die den Grundrechten gleichrangig seien. Deshalb bedürfe es seit der Aufnahme des Tierschutzes als Staatszielbestimmung in das Grundgesetz auch bei vorbehaltlos<sup>53</sup> gewährleisteten Grundrechten einer Abwägung mit den Interessen des Tierschutzes.

Das Ergebnis dieser Abwägung, so scheint es, hat für das Kammergericht nicht nur im konkreten Fall festgestanden: Motiv der Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz sei die „*Anerkennung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren im Verhältnis zu Menschen*“ gewesen. Dieses Motiv lasse die Staatszielbestimmung des Tierschutzes in der Abwägung mit der Kunstfreiheit besonders schwer wiegen. Der Kunstfreiheit würde durch ihre Einschränkung bei Tiertötungen auch nicht ihr Wesensgehalt genommen. Es stehe Künstlern frei, ihr Anliegen auf andere Weise auszudrücken<sup>54</sup>.

### Vorrang der Kunstfreiheit vor dem Tierschutz?

Ich möchte zum Abschluss aber einen Schritt in die andere Richtung gehen: Bei genauem Hinsehen erscheint es mir überhaupt nicht so zwingend und selbstverständlich, ein vorbehaltloses Grundrecht wie Art. 5 Abs. 3 GG und eine bloße Staatszielbestimmung als „*gleichrangig*“ anzusehen und einem „*Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz*“ zu unterwerfen<sup>55</sup>:

Im Vergleich mit den Staatszielbestimmungen handelt es sich bei grundrechtlichen Verbürgungen wie der Kunstfreiheit um höher-rangiges Verfassungsrecht. Die Grundrechte stellen nicht nur ebenfalls ein Leitbild für die Staatlichkeit insgesamt dar, sondern bilden darüber hinaus einklagbare Rechtspositionen des Einzelnen. Aus diesem Ranggefälle ergibt sich, dass Grundrechtsausübungen durch bloße Staatszielbestimmungen grundsätzlich nicht in dem Maß begrenzt werden können, wie dies im Fall der Kollision zu anderen Grundrechten denkbar ist. Die Möglichkeiten der Beschränkung von Grundrechten durch die Staatszielbestimmung „Tierschutz“ sind schon unter diesem Gesichtspunkt per se begrenzt.

Speziell für den Fall der Kunstfreiheit erlangt nun aber noch der Umstand der vorbehaltlosen Gewährleistung dieses Grundrechts zusätzliche Bedeutung. Eine bloße Staatszielbestimmung soll hier Freiheitseingriffe trotz fehlender Nennung von Schranken im Verfassungstext ermöglichen können? Muss es demgegenüber nicht vielmehr richtig erscheinen, im Kollisionsfall wegen des verfassungsrechtlichen Gewichts des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Kunstfreiheit einem Staatsziel „Tierschutz“ von vornherein überzuordnen<sup>56</sup>?

### Fazit

Was darf die Kunst? Alles? Nein. Sie darf Vieles. Aber mit Blick auf die vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit darf sie viel zu wenig.

<sup>51</sup> BVerwG, NJW 1995, 2648 – Breker-Skulpturen.

<sup>52</sup> KG, NStZ 2010, 175 (176) – Ableben des Hasen.

<sup>53</sup> Das KG (a.a.O.) spricht hier – wohl irrtümlich – von „*schrankenlos gewährleisteten Grundrechten*“ (Hervorhebung von hier).

<sup>54</sup> Täuscht es, oder wird hier an Art. 5 Abs. 3 GG ein anderer Maßstab als an Art. 4 GG angelegt? Das BVerwG (E 127, 183 [186 f.] – Schächten III) hatte kurze Zeit davor zum Schächten noch erklärt: „*Auch wenn die Einfügung des Tierschutzes als Staatsziel eine verfassungsrechtliche Aufwertung gebracht hat, genießt dieser Belang keineswegs Vorrang gegenüber anderen Verfassungsgewährleistungen ... Ziel der Regelung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG [Ausnahmegenehmigung zum betäubungslosen Schlachten] ist es, den Grundrechtsschutz gläubiger Juden und Muslime zu wahren, ohne damit die Grundsätze und Verpflichtungen eines ethisch begründeten Tierschutzes aufzugeben. ... Eine andere Betrachtung würde einen ... Vorrang des Tierschutzes bedeuten und dazu führen, dass der Grundrechtsschutz gläubiger Juden und Muslime insoweit leerliefe.*“

<sup>55</sup> Ich mache mir einige Gedanken Tade Matthias Sprangers zu eigen, die er 2000 zum gleichgelagerten Problem der ebenfalls vorbehaltlos gewährten Wissenschaftsfreiheit dargelegt hatte (Spranger: Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ auf die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit, ZRP 2000, 287 f.).

<sup>56</sup> Entsprechendes sollte dann auch für andere Staatszielbestimmungen gelten, etwa den Umweltschutz („*Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ... auch in Verantwortung für die künftigen Generationen*“) gemäß Art. 20a Alt. 1 GG; ein Zurücktreten der Kunstfreiheit hinter die aus ihm abgeleitete „*Integrität des Landschaftsbildes*“ (BVerwG, NJW 1995, 2648 – Breker-Skulpturen) erscheint äußerst fragwürdig.