

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 schwigt 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 erreichte er erstmals 1997, als seine Filzereinfälle 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 verurteilte 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 unbekleidet 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 Minden 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 „Anschaulichster 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 ‚unmittelbarster‘ 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 gegenständlichen formalen

Kunstbegriffs, wonach das Wesentliche eines Kunstwerks darin liegt, dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gestaltungsanforderungen eines bestimmten Werktyps (Bundesverfassungsgericht: „Maler, Bildhauer, Dichter“) 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 Naegeli (* 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 Zürcher 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. Naegeli 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 Zürcher Stadtbild schon bald kaum noch etwas zu sehen.

Im Berufungsverfahren wurde Naegeli 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 Naegeli erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Schweizer Bundesgericht zurück.

Naegeli widersetzte sich der Aufforderung zum Straftatritt im Februar 1982 und blieb in Deutschland. An die „börsenrechtliche“ die aber davon weiß, dass Deutsche Zugriffe in der Schweiz „suchten“, wird Bundeskanzler Willy Brandt sich später erinnern fühlen. Es erging ein internationaler Haftbefehl.

Nach einer Reise in die norwegische Heimat seiner Mutter wurde Naegeli 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 Naegelis Graffiti 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 vorbehaltlos, 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 Naegeli 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. Naegeli verbüßte seine Strafe unter verschärften Haftbedingungen. Laut offizieller Begründung war in Haftanstalten für Ersttäter kein Platz frei; so musste Naegeli 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 Naegelis Zürcher 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 rechtstrafrechtlichen Zürcher Schweizerischen Volkspartei (SVP) stöhnten sich daran. In einer Fraktionsklärung bezeichneten die Naegelis Werke als „affronte Handzeichnungen eines mehrfach vorbestraften Vandalen“.

Abbildung links:
„Ernie“ am 16. April 2005 im Westfalenstadion in Dortmund
Foto: dpa, <http://einestages.spiegel.de/external/ShowAuthorAlbumBackground/a834/14/0/F.html#featuredEntry>

www.kunstundstrafrecht.de

Abbildung rechts:
Undine, 1978, Schönberggasse 5, Zürich
Foto: Stockmann, http://de.wikipedia.org/wiki/Harald_Naegeli

Abb.: dpa, <http://einestages.spiegel.de/external/ShowAuthorAlbumBackground/a834/14/0/F.html#featuredEntry> / Abb.: D. Bachmann, 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

Kunst und Kunstfreiheit – wenn zwei unbestimmte Begriffe über die Strafbarkeit entscheiden sollen*

Jeder Künstler, zumindest derjenige, der Kunst nicht nur um der Kunst willen, nicht „Ars artis gratia“, sondern „Engagierte Kunst“ schafft, ist in ständiger Gefahr, gegen Strafrechtsnormen zu verstoßen, namentlich, einen der sogenannten „kunstgeneigten“ Tatbestände (Beleidigung, „Gotteshlästerung“, Staatsverunglimpfung, Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, Volksverhetzung, Gewaltverherrlichung, Pornographie, Tierquälerei, Sachbeschädigung) mit seiner Kunst zu verwirklichen. Letztlich hängt seine Strafbarkeit davon ab, ob ihn die grundrechtlich garantierte Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes) vor entsprechender Bestrafung schützt. Das Grundgesetz schweigt hierzu; das Bundesverfassungsgericht hält eine Abwägung der Kunstfreiheit mit dem hinter der jeweiligen Strafrechtsnorm stehenden verfassungsrechtlichen Wert für erforderlich. Wie das klar und vorhersehbar geschehen soll, ist völlig im Dunkeln, zumal sich oftmals nicht einmal die hinter den einzelnen Strafrechtsnormen stehenden Verfassungswerte eindeutig ermitteln lassen.

Vollends verworren wird die Situation dadurch, dass man im Grenzfall nur ähnlich unsicher ermitteln kann, was denn nun eigentlich noch als Kunst anzusehen ist. Selbst wenn man Ansichten außer Acht lässt, die meinen, nach einem „Erweiterten Kunstbegriff“ sei alles Kunst, weil jeder Mensch ein Künstler sei (Joseph Beuys), oder man dürfe Kunst überhaupt nicht definieren (Wolfgang Knies)¹, so löst das nicht die Probleme: Die gebräuchlichen Kunstbegriffe bergen die Gefahr in sich, entweder zu eng zu sein, und so etwa bei neu entstehenden Kunstformen wenig hilfreich sein zu können, oder aber umgekehrt mangels festumrissener Konturen keine eindeutige Grenzziehung zu ermöglichen. Das Bundesverfassungsgericht zieht deshalb im Einzelfall „Gesichtspunkte“ aus den verschiedenen Kunstbegriffen heran, was erst recht wenig zu Klarheit und Vorhersehbarkeit beiträgt.

Das deutsche Grundgesetz sagt in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ganz deutlich, dass die Kunst „frei“ ist². Ähnlich proklamiert Art. 73 der Verfassung der Republik Polen: „Die Freiheit des künstlerischen Schaffens ... wird jedermann gewährleistet.“

Wir bemerken an beiden Normen, dass sie die gleichen Zentralbegriffe haben: die Kunst sowie ihre Freiheit.

Kunstfreiheit

Betrachten wir zunächst einmal näher die Kunstfreiheit. Das Problem mit ihr liegt klar auf der Hand: Die Ausübung der Freiheit des einen tangiert ganz schnell die Freiheit eines anderen.

Male ich zum Beispiel eine Bürgermeisterin figürlich wenig schmeichelhaft und dann auch noch in „Reizwäsche“, habe ich meine Freiheit, dasjenige zu malen, was ich möchte, auf dem Rücken der Persönlichkeitsrechte dieser Bürgermeisterin ausgeübt³.

Genauso habe ich – zumindest vielleicht – auch die „Ehre“ des Staates verletzt, wenn ich eine Collage herstelle, die zeigt, wie auf die Nationalflagge uriniert wird⁴.

Und ich tangiere wohl das religiöse Gefühl anderer, male ich Christus mit Gasmasken⁵ oder Maria mit Elefantenkotstücken⁶.

Diese und einige weitere solcher Beispiele zeigen die Tafeln unserer Ausstellung.

Nun gibt das deutsche Grundgesetz keine Beschränkung der Kunstfreiheit vor. Dem direkten Umfeld von Art. 5 Abs. 3 GG, dem dortigen Absatz 2, können wir zwar entnehmen, dass etwa Meinungs- und Pressefreiheit⁷ „ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre“ finden⁸. Eine solche Norm fehlt jedoch völlig für die Kunstfreiheit. Sie ist ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht.

Heißt das nun, dass die Kunst, frei nach Kurt Tucholsky⁹, „alles“ darf? Kann ich also als Maler jemanden zum Aktmodellstehen nötigen, darf ich meine Pinsel stehlen oder auch nur den Verkehr lahmlegen, um ausgerechnet von der Mitte einer Hauptstraße aus das Stadtpanorama zu zeichnen?

Das deutsche Bundesverfassungsgericht wurde mit dieser Frage 1971 grundsätzlich befasst¹⁰. Es ging um Klaus Manns Roman „Mephisto“, in dem der Schauspieler Gustav Gründgens als ein zur Zeit des Nationalsozialismus sehr angepasster Opportunist dargestellt worden war.

„Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält“, befand das Bundesverfassungsgericht, dürfe sie „weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden“. Klare Worte – aber die Kunst

* Um Fußnoten erweiterter Vortrag, den ich am 18. März 2016 auf der internationalen wissenschaftlichen Konferenz „Nauki penalne wobec zjawiska destrukcji w sztuce“ anlässlich der Ausstellung „Sztuka a prawo karne“ meines Lehrstuhls an der Fakultät für Recht und Verwaltung der Universität Ermland-Masuren in Olsztyn in deutscher Sprache gehalten habe. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Wolfgang Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 214 ff.

² Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“

³ Erika Lust (* 1961): Frau Orosz wirbt für das Welterbe (2009). Privatbesitz. Siehe Tafel „Kunst und Beleidigung“, „Dresdner-Bürgermeisterin“-Fall.

⁴ Jürgen Holtfreter (* 1937): Umschlagrückseite von H. Venske / N. Ney / S. Merian / G. Unmack (Hrsg.), Laßt mich bloß in Frieden, Buntbuch-Verlag Hamburg 1982. Siehe Tafel „Kunst und Staatsgefährdung“, „Urin-auf-Bundesflagge“-Fall.

⁵ George Grosz (* 1893; † 1959): Maul halten und weiterdienen (1928). Siehe Tafel „Kunst und ‚Gotteshlästerung‘“, „Christus-mit-der-Gasmasken“-Fall.

⁶ Chris Ofili (* 1968): The Holy Virgin Mary (1996). Privatbesitz. Siehe Tafel „Kunst und ‚Gotteshlästerung‘“, „The-Holy-Virgin-Mary“-Fall.

⁷ Art. 5 Abs. 1 GG: „Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.“

⁸ Art. 5 Abs. 2 GG: „Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“

⁹ Ignaz Wrobel (Kurt Tucholsky): Was darf die Satire?, Berliner Tageblatt Nr. 36 vom 27.1.1919 (<http://gutenberg.spiegel.de/buch/16-satiren-7810/12> und http://matthias-schumacher.com/wp-content/uploads/2014/10/was-darf-satire_original_kurt-tucholsky_berliner-tageblatt_1919.png [Faksimile]): „Was darf die Satire? Alles.“

¹⁰ BVerfGE 30, 173 (191 ff.) – Mephisto.

dürfe gleichwohl nicht „alles“: Grenzen gebe es dennoch; diese Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie seien jedoch ausschließlich „von der Verfassung selbst zu bestimmen“.

Wie soll das gehen? Das Bundesverfassungsgericht erklärte auch dies: „Ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt [ist] nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen.“

Wie soll das nun aber konkret geschehen? Wer will vorgeben, ob die Kunstfreiheit überwiegt oder aber beispielsweise das Persönlichkeitsrecht Gustav Gründgens' bzw. unserer halb nackt gemalten Bürgermeisterin?

Oder eine andere Frage: Deutsche und Schweizer Gerichte sowie die Europäische Kommission für Menschenrechte haben unisono gesagt, dass die Kunstfreiheit Harald Naegelis, des „Sprayer von Zürich“, zurückzutreten habe, wenn er etwa seine „Undine“ auf eine Universitätswand sprüht¹¹. Das Eigentumsrecht an dem Gebäude habe Vorrang. Warum eigentlich? Aus dem deutschen Grundgesetz lässt sich dieser Vorrang jedenfalls nicht herauslesen. Denn Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG „gewährleistet“ zwar das Eigentum. Aber dem fügt Satz 2 gleich eine weitgehende Einschränkung an: „Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“¹² Schranken sind also selbst durch „die“ – also lediglich einfachen – „Gesetze“ möglich! Und da soll die verfassungsrechtlich garantierte, vorbehaltlose Kunstfreiheit hinter zurückstehen müssen?

Eine weitere Frage: Darf blasphemische Malerei als „Gotteslästerung“ gemäß § 166 des deutschen Strafgesetzbuches bestraft werden¹³? Es gibt noch viel „schlimmere“ Kunstwerke als den Gasmaskenchristus und die Elefantenkotmadonna, man schaue sich nur den gekreuzigten Frosch Martin Kippenbergers¹⁴ oder Dorota Nieznalskas „Pasja“¹⁵ an! Art. 4 GG schützt die „Freiheit des Glaubens“, „die Freiheit des religiösen ... Bekenntnisses“¹⁶ und die „ungestörte Religionsausübung“¹⁷. Dieser Artikel wird auch, anders als Art. 14 GG, vorbehaltlos gewährt. Aber: Ist aus der Vorschrift auch ein Recht Gläubiger abzuleiten, vor den in § 166 StGB genannten religiösen „Beschimpfungen“ geschützt zu werden? Eine solche Beschimpfung schränkt weder die Glaubensfreiheit, noch die Bekenntnisfreiheit noch die Religionsausübung anderer ein, meinen jedenfalls viele¹⁸. Heute wird deshalb zumeist anders argumentiert: Von § 166 StGB geschützt sei weniger die Religionsfreiheit als das „friedliche Zusammenleben der Menschen untereinander und das Vertrauen in den Fortbestand dieses Zustandes ..., d.h. der sog. öffentliche Friede“¹⁹.

Und weiter gefragt: Welchen Verfassungswert verletzt das „Beleidigen“ einer Nationalflagge? Ihre Verunglimpfung könne „die für den inneren Frieden notwendige Autorität des Staates beeinträchtigen“, hat das deutsche Bundesverfassungsgericht mehrfach gesagt, zuletzt 2008²⁰.

„Innerer Frieden“, „Öffentlicher Frieden“ – können solche diffusen, nebulösen Werte wirklich die Kunstfreiheit einschränken? 1971 war das Bundesverfassungsgericht sich doch noch sicher gewesen, dass die Kunstfreiheit nicht „durch eine unbestimmte Klausel relativiert“ werden dürfte²¹!

Vergegenwärtigt man sich, dass es in all den angesprochenen Fällen von der jeweiligen Abwägungsentscheidung abhängt, ob ein Künstler für seine Kunstausübung bestraft wird, so merkt man: Für eine so einschneidende Rechtsfolge wie Kriminalstrafe ist die Rechtsgrundlage dramatisch unbestimmt.

Für den Künstler bedeutet das, schon bei bloßen Zweifeln auf seine Kunst verzichten zu müssen, will er nicht bestraft werden:

Das Berliner Kammergericht hat in dem Fall des „Ableben des Hasen“²², der auch auf einer unserer Ausstellungstafeln behandelt ist, den Künstler wegen Verstoßes gegen das Tierschutzgesetz²³ bestraft und das dem entsprechend begründet²⁴: Er hätte „durch Einholung von Rechtsrat erkennen können ... [dass] die Möglichkeit, Tiertötungen zu künstlerischen Zwecken zu rechtfertigen, ... [heute] ganz überwiegend abgelehnt [wird]. ... Auf Grund sachkundiger Beratung wären mindestens Zweifel an der Rechtmäßigkeit [seines] Vorhabens aufkommen, die [ihn] von der Durchführung hätten Abstand nehmen lassen (müssen).“

¹¹ Harald Naegeli (* 1938): Undine (1978). Zürich, Deutsches Seminar, Schönberggasse 9. Siehe Tafel „Kunst und Kunstfreiheit“, „Sprayer-von-Zürich“-Fall.

¹² Art. 14 Abs. 1 GG: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“

¹³ § 166 StGB: „(1) Wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

(2) Ebenso wird bestraft, wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung, ihre Einrichtungen oder Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.“

(§ 11 Abs. 3 StGB: „Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen.“)

¹⁴ Etwa Martin Kippenberger (* 1953; † 1997): Zuerst die Füße (1990). Innsbruck, Sammlung Lothar Tirala. (Es gibt mehrere Fassungen).

¹⁵ Dorota Nieznalska (* 1973): Pasja (2001). Besitz der Künstlerin.

¹⁶ Art. 4 Abs. 1 GG: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“

¹⁷ Art. 4 Abs. 2 GG: „Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.“

¹⁸ Hörnle in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 166 Rn. 2; dies., ZRP 2015, 62; Hilgendorf in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 166 Rn. 4. Anderer Ansicht 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).“

¹⁹ Tag in Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 166 Rn. 2.

²⁰ BVerfGE 81, 278 (293 f.) – Bundesflagge; BVerfG (Kammer), NJW 2009, 908 – Schwarz-Rot-Senf.

²¹ BVerfGE 30, 173 (193) – Mephisto.

²² Falk Richwien (* 1963): Das Ableben des Hasen (2006). Theater der Rituale. Siehe Tafel „Kunst und Tierquälerei“, „Das-Ableben-des-Hasen“-Fall.

²³ § 17 Nr. 1 TierSchG: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ... ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet ...“

²⁴ KG, NStZ 2010, 175.

Kunst

Aber das ist noch nicht alles. Kommen wir zum Begriff der Kunst! Niemand weiß nämlich auch so richtig, was eigentlich Kunst ist. Und viele wollen Künstler sein, Kunst ausüben – und längst nicht nur, um nicht so einfach wegen Beleidigung, „Gotteslästerung“ oder Tierquälerei bestraft werden zu können.

Manche wollen auch nur in die Künstlersozialversicherung²⁵, Tätowierer etwa²⁶ oder der junge Mann aus München, der als Aktion gegen den Autoverkehr jahrelang als „Carwalker“ über Personenkraftwagen hinwegstieg, die auf Gehwegen geparkt waren²⁷. Eine Prostituierte wünschte ihren „Künstler“-Namen in den Personalausweis²⁸ eingetragen zu bekommen²⁹. Ein auf Beerdigungen tätiger Trauerredner bevorzugte, als freiberuflicher Künstler³⁰ besteuert zu werden³¹. Und Ernie, der Flitzer von einer unserer Tafeln³², der seinen Körper zum Kunstwerk erklärt hatte, wollte schlicht weiter nackig durch die Stadt laufen³³.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in der schon erwähnten „Mephisto“-Entscheidung von 1971 erstmals eine Kunstdefinition versucht³⁴: *„Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“*

Hilft das weiter? Dieser „materiale“ Kunstbegriff war schnell dem Vorwurf ausgesetzt, dass er sich vor allem an einem idealistischen Kunstverständnis der Ästhetik orientiere³⁵.

Nun lässt uns diese Definition in der Tat bei der sogenannten „engagierten“ Kunst, also politischer, gesellschaftskritischer Kunst, die besonders durch „obrigkeitliche“ Interventionen gefährdet ist, im Stich. *„Es mag sein, daß irgendein Professor aus seiner subjektiven Bewertung irgendeine sogenannte Kunst in diesem Bild entdecken mag“*, spottete ein Gericht 1982 über die schon angesprochene „Urin-auf-Bundesflagge“-Collage gegen die Bundeswehr³⁶.

Darüber hinaus: Die materiale Kunstdefinition ist auch nicht geeignet, Kurioses, das sich – vielleicht? – lediglich in die Kunst „retten“ will, in Frage zu stellen. Nur ein Beispiel dazu:

Der chinesische Künstler Ai Weiwei (* 1957) nahm 2007 an der Documenta 12 in Kassel mit dem Projekt „Fairytale“ teil. Er lud dafür 1.001 Landsleute nach Kassel ein. Im Internet ausgeschrieben, fanden sich innerhalb weniger Tage rund 3.000 Interessierte. Ai Weiwei wählte Chinesen unterschiedlichen Alters, Berufs und aus den verschiedenen Provinzen des Landes aus. Ihnen wurden die Reise- und Aufenthaltskostenwaren bezahlt. Die mit allem verbundenen Kosten sollen drei Millionen Euro betragen haben, die von zwei privaten Schweizer Stiftungen übernommen wurden. Ai Weiwei erklärte seine Reiseeinladungen zur Kunst³⁷: *„Es ist Kunst, wenn man es Kunst nennt. Mein Traum war es, Menschen die Reise zur Documenta zu ermöglichen, die diese Möglichkeit sonst nie im Leben gehabt hätten.“*

Der Konturenlosigkeit des materialen Kunstbegriffs wirkte das Bundesverfassungsgericht 1984 nun mit dem „formalen“ Kunstbegriff in seinem Beschluss zum „Anachronistischen Zug“, einem politischen Straßentheater nach Berthold Brecht³⁸, entgegen³⁹: Das Wesentliche eines Kunstwerkes könne darin zu sehen sein, *„daß bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind“* – ein Kunstbegriff, *„der nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens anknüpft“*.

Dieser Kunstbegriff ist nun wiederum zu statisch und eng. Fortentwicklungen künstlerischer Tätigkeit sowie neue Erscheinungsformen der Kunst, die noch keinem bestimmten Werktyp zuzurechnen sind, wären nicht vom sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst. Wie hätten Fotografie, Performance oder Videoclip so zur Kunst werden können?

Andererseits kann der formale Kunstbegriff auch zu weit sein: Wenn ich also heute Nacht betrunken Nazi-Lieder gröle, bin ich dann wirklich Gesangeskünstler? Und reimt sich der Liedtext, rezitiere ich auch noch ein Gedicht⁴⁰?

²⁵ § 2 Satz 2 KSVG: *„Künstler im Sinne dieses Gesetzes ist, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt.“*

²⁶ BayLSG, Urteil vom 6.4.2006 – L 4 KR 74/04 – bei juris; LSG Nds-HB, Urteil vom 18.1.2006 - L 4 KR 214/02 – bei juris.

²⁷ BayLSG, Urteil vom 23.9.1999 – L 4 KR 30/97 – bei juris.

²⁸ § 5 Abs. 2 PAuswG: *„Der Personalausweis enthält ... ausschließlich folgende ... Angaben über den Ausweisinhaber: ... 12. Ordensname, Künstlername.“*

²⁹ VG Berlin, NJW 2015, 811.

³⁰ § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG: *„Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit ...“*

³¹ BFHE 134, 135.

³² Siehe Tafel „Kunst und Kunstfreiheit“, „Ernie“-Fall.

³³ OVG Münster, NJW 1997, 1180.

³⁴ BVerfGE 30, 173 (188 f.).

³⁵ Josef Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, S. 27.

³⁶ AG Gießen, DuR 1983, 339 (340).

³⁷ Interview mit Henry Bork, Süddeutsche Zeitung vom 2.4.2007 (<http://www.sueddeutsche.de/kultur/essen-wie-aus-dem-weltall-die-chinesen-kommen-1.436721>).

³⁸ Der „Anachronistische Zug“ bezeichnet ein 1980 in München aufgeführtes politisches Straßentheater, das auf dem 1947 entstandenen gleichnamigen Gedicht von Bertolt Brecht (* 1898; † 1956) basierte und in dessen Rahmen der damalige Bayerische Ministerpräsident Franz Josef Strauß beleidigt worden sein sollte.

³⁹ BVerfGE 67, 213 (226 f.).

⁴⁰ Das BayObLG, NStZ 1994, 286 hatte das für die (volksverhetzenden) Verse „Der Asylbetrüger in Deutschland“ bejaht, weil das *„Pamphlet ... allein schon wegen seiner Reimform unter den formalen Kunstbegriff fällt“*.

Siehe auch LG Berlin, ZUM 2015, 903 (904) (zu „Stress ohne Grund“ von Shindy und Bushido): *„Der verfassungsrechtlich verankerte Schutz der Kunstfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG gebietet es, ein Lied bzw. den Liedtext unabhängig von dem persönlichen Geschmack des Betrachters neutral zu betrachten und einzelne Elemente nicht von dem Ganzen loszulösen und damit aus dem Zusammenhang zu reißen. Aus diesem Grund verbietet es sich auch, den Liedtext isoliert, ohne den ‚Sprechgesang‘, Melodie etc. zu beurteilen. ... [Es] ist auffällig, dass [die Angeschuldigten] ... versuchen, den Liedtext in historischen Formen des Vers und der Strophe zu halten. Fast krampfhaft versuchen die Angeschuldigten Reimwörter zu bilden ...“*

Siehe dagegen die Indizierungsentscheidung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien zum Tonträger „Der nette Mann“ der Rechtsrockgruppe „Böhse Onkelz“ (BAnz. Nr. 160 vom 30.8.1986): *„... die Lieder auf der Schallplatte [stellen] keine Kunst dar und dienen ihr auch nicht. Ein Kunstwerk liegt nämlich nur dann vor, wenn ein bestimmtes Maß an künstlerischem Niveau vorliegt. Dies beurteilt sich nicht allein nach ästhetischen Kriterien, sondern auch nach dem Gewicht, daß das Kunstwerk für die pluralistische Gesellschaft nach deren*

Vor allem aber kann sich auch hierhinter jedermann gut verstecken. Hierzu wiederum ein Beispiel:

Bayerische Gaststätten waren auf die findige Idee gekommen, „Historienspiele“⁴¹ oder auch „Experimental-Theater“, bei dem auch die Zuschauer mitmachen können, aufzuführen, als ein Gesetz ein bußgeldbewehrtes Rauchverbot in Lokalen angeordnet hatte⁴²: Thema eines solchen „Theaterstücks“: „Das Leben in einer Kneipe, wie es früher einmal war.“⁴³

Das Bundesverfassungsgericht wendet heute beide Kunstbegriffe⁴⁴ nebeneinander an. „Trotz ihrer jeweiligen Schwächen bieten diese vom BVerfG genannten Lösungsansätze hinreichende Gesichtspunkte, um im Einzelfall zu entscheiden, ob die Kunstfreiheit ihrem Schutzbereich nach berührt wird“, formulierte Johann Friedrich Henschel, lange Jahre Richter am Bundesverfassungsgericht⁴⁵. Da muss man genau hinhören: Man habe für die Entscheidung im Einzelfall „Gesichtspunkte“ der einzelnen Kunstbegriffe heranzuziehen. Weder werden also die Kunstbegriffe kumulativ, noch alternativ herangezogen – sondern so, wie es gerade einem offenbar anders gefundenen Verständnis entspricht. Ist es letztlich bei dem über 50 Jahre alten Satz des damaligen Richters am US-Supreme Court Potter Stewart geblieben⁴⁶: „I can't define it, but I know it when I see it“?

Wie sehr damit infolge der vom Bundesverfassungsgericht selbst „wiederholt hervorgehobenen Schwierigkeit, den Begriff der Kunst abschließend zu definieren“⁴⁷, letztlich heute immer noch weitgehende Unklarheit herrscht, zeigt ein Blick auf die wohl beiden von Strafverfolgung gefährdetsten literarischen Genres, nämlich die Satire und die Pornographie:

1992 musste sich die deutsche Satire-Zeitschrift „Titanic“ vom Bundesverfassungsgericht sagen lassen⁴⁸, einer ihrer Beiträge⁴⁹ sei zwar „durch satirische Verfremdung geprägt. Seine satirischen Elemente heben ihn jedoch noch nicht in den Rang eines durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Kunstwerks. Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst.“ Nichts anderes gilt für pornographische Schriften: Es würde „zu Überschneidungen kommen“⁵⁰, meinte der deutsche Bundesgerichtshof, bestätigt vom Bundesverfassungsgericht⁵¹. Kunstcharakter könnten „unter Umständen“⁵² auch pornographische Darstellungen aufweisen – oder eben auch nicht.

Der Bundesgerichtshof akzeptierte damals, dass es sich bei dem Roman „Opus Pistorum“⁵³, obwohl er „praktisch nur aus einer Aneinanderreihung von Schilderungen sexueller Handlungen in ununterbrochener Abfolge besteht“⁵⁴, um ein „Werk der Kunst“⁵⁵ handle. Hätte es dies auch getan, wenn der Autor nicht der große amerikanische Schriftsteller Henry Miller gewesen wäre, sondern irgendein „Heinrich Müller“ oder „Henryk Młynarz“?

Vorstellungen über die Funktion der Kunst hat. Dabei ist nicht nur auf die Stilrichtung der Musik sondern auch auf den Inhalt der Texte abzustellen. Die Lieder der vorliegenden Schallplatte sind für die pluralistische Gesellschaft ohne jede Bedeutung. Weder die Stilrichtung der Musik noch die Inhalte der Texte sind so bedeutsam bzw. von derart hohem künstlerischem Gewicht, daß sie der Kunst dienen würden.“

⁴¹ „Uschi-Bar“ in Mühldorf am Inn: „Am Tag, als Uschi noch rauchen durfte“ (näher rosenheim24.de vom 7.10.2010 [http://www.rosenheim24.de/bayern/rauchen-oder-nichttrauchen-hier-frage-rosenheim24950714.html]). „Nach Ansicht des Landratsamtes handelt es sich hierbei eindeutig um eine Umgehung des Gesetzes. Der betroffene Wirt wird darauf hingewiesen, dass auch weiterhin das Rauchen in der ‚Uschi-Bar‘ untersagt ist, da es sich vorliegend nicht um eine künstlerische Darbietung handelt, sondern um einen üblichen Gaststättenbetrieb ... Gegen den Betreiber wird ein Verfahren eingeleitet.“ (rosenheim24.de vom 8.10.2010 [http://www.rosenheim24.de/bayern/uschi-bar-landratsamt-untersagt-rauchen-news-rosenheim24-952456.html]).

⁴² Art. 5 Nr. 3 BayGG: „Das Rauchverbot nach Art. 3 Abs. 1 gilt nicht: ... bei künstlerischen Darbietungen, bei denen das Rauchen als Teil der Darbietung Ausdruck der Kunstfreiheit ist.“

⁴³ Ein Aushang im „Pilsbar Treff“ lautete auszugsweise: „Liebe Gäste, grundsätzlich ist das Rauchen in Gaststätten verboten. Wir gestatten das Rauchen in unsere[r] Gaststätte nur dann, wenn Sie sich als Gast auf Ihre Kunstfreiheit berufen. ... Wir überlassen Ihnen die Entscheidung, ob Sie sich auf Ihre Kunstfreiheit berufen und beispielsweise ‚Das Leben in einer Raucher-Kneipe! ... Wie es früher einmal war.‘ ... nachspielen möchten. Dabei gehen wir davon aus, dass Ihr Rauchen als Teil der Darbietung Ausdruck Ihrer Kunstfreiheit ist.“

Nach einer Pressemeldung verhängte das AG Memmingen im März 2011 gegen den Wirt des „Pilsbar Treff“ ein Bußgeld von 200 Euro: „Ich sehe weit und breit keine Kunst“, habe die Amtsrichterin erklärt, „sondern nur Rauchen.“ Abendzeitung vom 1.4.2011 (http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.rauchverbot-gericht-qualmen-in-kneipen-ist-keine-kunst.b3fac33e-8be1-48d7-b575-c8ac8e408f22.html).

⁴⁴ Es soll hier im Hintergrund bleiben, dass das BVerfG im „Anachronistischer Zug“-Beschluss noch einen dritten Kunstbegriff herangezogen hat, den sog. „offenen“ Kunstbegriff. Der sieht „das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin ..., dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“. Seine Schwäche besteht darin, dass er indirekt Qualitätsmaßstäbe anlegt; denn bei strenger Betrachtung erfasst er keine vordergründige oder triviale Unterhaltung, die – formal betrachtet – als Kunst einzustufen ist. Siehe dazu Johann Friedrich Henschel, NJW 1990, 1939.

⁴⁵ Henschel, NJW 1990, 1939.

⁴⁶ Potter Stewart (* 1915; † 1985) äußerte diesen Satz 1964 im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Kunst und Pornographie in einem Strafprozess gegen den Manager eines Filmtheaters. In dem Verfahren ging es um die Frage, ob der französische Spielfilm „Les Amants“ (Die Liebenden) von Louis Malle (* 1932; † 1995) aus dem Jahre 1958 als obszön einzustufen sei.

⁴⁷ BVerfGE 119, 1 (23) – Esra.

⁴⁸ BVerfGE 86, 1 (9) – geb. Mörder.

⁴⁹ Das monatlich erscheinende Magazin enthielt die ständige Rubrik „Die sieben peinlichsten Persönlichkeiten“. In der März-Ausgabe 1988 ist den drei letzten Namen der Liste ein Klammerzusatz beigefügt, der jeweils mit „geb.“ beginnt, aber nur bei der an fünfter Stelle genannten Frau Desiree Becker im herkömmlichen Sinne zur Kennzeichnung ihres Geburtsnamens als „geb. Nosbusch“ verwandt wird. An sechster Stelle wird der damalige Bundespräsident als „Richard von Weizsäcker (geb. Bürger)“ aufgeführt, während an siebter Stelle der Kläger des Ausgangsverfahrens mit Vor- und Zunamen (Martin Rudloff) und mit dem Klammerzusatz „geb. Mörder“ genannt wird. Im Begleittext dazu heißt es: „Noch obszöner ist freilich die Vorstellung, daß ein Querschnittsgelähmter im Rollstuhl zu einer Wehrübung einrückt. Nicht, weil er müßte – nein, er wollte unbedingt. Gegen alle Widerstände der von solchem Kampfesifer verblüfften Bundeswehrführung hat M. Rudloff seinen eisernen Willen durchgesetzt und freut sich nun ‚unheimlich‘ aufs Kriegsspielen. ‚Dein Kopf ist doch völlig o.k.‘ will er sich gesagt haben, ‚warum solltest du der Bundeswehr nicht weiterhin als Reserve-Offizier nützlich sein?‘ Eine müßige Frage, da schon die Voraussetzung offenbar falsch ist.“

⁵⁰ BGHSt 37, 55 (57) – Opus Pistorum.

⁵¹ BVerfGE 83, 130 (138 f.) – Mutzenbacher.

⁵² BGHSt 37, 55 (59).

⁵³ Henry Miller (* 1891; † 1980): Opus Pistorum. Grove Press, New York (1983).

⁵⁴ „... die den in verschiedenen Stellungen ausgeübten Geschlechtsverkehr, Mundverkehr (fellatio und cunnilingus), homosexuelle und lesbische Betätigungen, Analkoitus, Triolenverkehr, Gruppensex und sexuelle Betätigungen sonstiger Art in allen Einzelheiten sowie Vergewaltigungen, pädophile und sodomitische Handlungen zum Gegenstand haben.“ BGHSt 37, 55 (64).

⁵⁵ BGHSt 37, 55 (57).