

## Staatsrecht II

Grundrechte

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Jörn Ipsen

20. Auflage 2017. Buch. XXVI, 298 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 5527 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Das Gegendarstellungsrecht stellt eine medienspezifische – und wirkungsvolle – Form des Ehrschutzes dar, weil es demjenigen, dessen Angelegenheiten in den Medien öffentlich erörtert werden, einen Anspruch darauf einräumt, »an gleicher Stelle, mit derselben Publizität, vor demselben Forum mit einer eigenen Darstellung zu Wort zu kommen«.<sup>127</sup> Die gesetzliche Verpflichtung zur Sendung von Gegendarstellungen ist eine Einschränkung der Rundfunkfreiheit, weil diese die Bestimmung über Art und Inhalt der Rundfunksendungen einschließt.<sup>128</sup>

485

Im Ausgangsfall hat das BVerfG die (im Vergleich zu den Landespressgesetzen relativ kurze) Ausschlussfrist als verfassungswidrig angesehen.<sup>129</sup>

486

#### 4. Die »Wechselwirkungslehre«

Im überaus bedeutsamen »Lüth-Urteil« hat das BVerfG ausgeführt, dass die »allgemeinen Gesetze« die Geltungskraft der Grundrechte nicht einseitig beschränkten, es fände vielmehr eine

487

»Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die »allgemeinen Gesetze« zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.«<sup>130</sup>

Die so genannte »Wechselwirkungstheorie« ist in der Sache keine (rechtswissenschaftliche) »Theorie«, sondern eine Frühform des Übermaßverbots, bezogen auf die Meinungsfreiheit.<sup>131</sup> Soweit aufgrund allgemeiner – oder anderer schrankensetzender – Gesetze die in Art. 5 Abs. 1 GG genannten Rechtsgüter eingeschränkt werden können, müssen die beschränkenden Maßnahmen dem besonderen Rang der Schutzgüter Rechnung tragen. Die damit erforderliche Abwägung zwischen den geschützten und den zu schützenden Rechtsgütern führt dazu, dass nur solche Maßnahmen verfassungsmäßig sind, die zum Schutz der in Art. 5 Abs. 2 GG benannten und unbenannten Rechtsgüter erforderlich sind, und dass schließlich ein *angemessenes* (proportionales) Verhältnis zwischen geschützten Rechtsgütern und Beschränkungsmaßnahmen besteht.<sup>132</sup> Neben das *formelle* Erfordernis eines Gesetzes ist damit die *materielle* Rechtfertigung des einschränkenden Gesetzes getreten.

488

Im Ausgangsfall hatte das Landgericht Hamburg ohne Rücksicht auf die besonderen Beweggründe, die Lüth zu dem Aufruf veranlasst hatten, diesen für »sittenwidrig« gehalten. Das BVerfG führte demgegenüber aus, dass es sich bei den »guten Sitten« (§ 826 BGB) nicht um vorgegebene und daher unveränderliche Prinzipien reiner Sittlichkeit handele, sondern um die Anschauungen der »anständigen Leute« davon, was sich im sozialen Verkehr zwischen Rechtsgenossen gehöre.<sup>133</sup> Bei der Auslegung des Begriffs der »guten Sitten« müssten insbesondere jene Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien berücksichtigt werden, die sich im Grundrechtsabschnitt der Verfassung fänden. Das BVerfG hat deshalb zu Recht entschieden, dass der fragliche Aufruf vom Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt war und Lüth durch die Entscheidung des Landgerichts Hamburg in seinem Grund-

489

127 So BVerfGE 63, 131 (142).

128 Vgl. BVerfGE 63, 131 (143).

129 Vgl. BVerfGE 63, 131 (142).

130 So BVerfGE 7, 198 (209).

131 Ähnlich: H. Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 146.

132 Vgl. BVerfGE 59, 232 (265); 71, 162 (181); 77, 65 (75).

133 So BVerfGE 7, 198 (215).

recht der Meinungsfreiheit verletzt worden ist.<sup>134</sup> Das Gegenbeispiel bildet der »Blinkfuer-Beschluss« des BVerfG, mit dem ein Revisionsurteil des BGH<sup>135</sup> aufgehoben wurde.<sup>136</sup> Das Verlagshaus Axel Springer hatte nach dem Bau der Berliner Mauer (13.8.1961) ein Rundschreiben an alle Zeitungs- und Zeitschriftenhändler in Hamburg gerichtet und angekündigt, die Geschäftsbeziehungen zu solchen Händlern zu überprüfen, die Zeitungen mit dem Programm des DDR-Fernsehens verkauften. Die Aktion zielte auf die Zeitung »Blinkfuer« ab, auf deren Klage Landgericht und Oberlandesgericht Hamburg den Springer-Verlag zu Schadensersatz verurteilten. Der BGH wies die Klage auf die Revision hin ab und begründete dies damit, der Aufruf des Axel Springer-Verlags sei durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt gewesen. Das BVerfG wies seinerseits darauf hin, dass im Unterschied zum Fall »Lüth« der Springer-Verlag sich nicht auf die »geistige Wirkung« seines Aufrufs beschränkt, sondern wirtschaftliche Repressionen angedroht habe.<sup>137</sup>

490 Die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtseinschränkendem Gesetz ist nicht nur bei Art. 5 GG, sondern auch bei anderen Grundrechten zu berücksichtigen.<sup>138</sup> Auch hierdurch wird unterstrichen, dass es sich um eine **Ausprägung des Übermaßverbotes** handelt.

## 5. Zensurverbot (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG)

491 **Fall 31:** Ein Filmverleih beabsichtigte, den zum Genre der »Horrorfilme« gehörenden Spielfilm »Tanz der Teufel« herauszubringen. Er legte den Film der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft vor und beantragte Freigabe nach § 6 Abs. 3 Nr. 5 JÖSchG (jetzt § 14 Abs. 2 Nr. 5 JuSchG) für öffentliche Vorführungen mit »nicht freigegeben unter 18 Jahren«. Dies lehnte der zuständige Arbeitsausschuss der FSK ab. Die für die Kennzeichnung zuständige oberste Landesbehörde schaltete die Staatsanwaltschaft ein, auf deren Antrag der Film gemäß §§ 74d, 76a StGB eingezogen wurde, weil die Verbreitung den Tatbestand des § 131 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklichen würde.

(BVerfGE 87, 209)

492 Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG wird entgegen seiner systematischen Stellung von der herrschenden Meinung nicht als eigenes Grundrecht, sondern als zusätzliche »Schranken-Schranke« angesehen.<sup>139</sup> Hieraus folgt, dass das Zensurverbot nicht zu »diesen Rechten« i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG gehört und somit auch nicht eingeschränkt werden kann. Das BVerfG gebraucht bezeichnenderweise die Wendung der »**absoluten Eingriffs-Schranke**«.<sup>140</sup>

493 Nach nahezu unbestrittener Auffassung<sup>141</sup> verbietet Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG nur die **Vorzensur**, also »einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)«.<sup>142</sup>

134 Vgl. BVerfGE 7, 198 (199).

135 Vgl. BGH, NJW 1964, S. 29.

136 Vgl. BVerfGE 25, 256.

137 Vgl. BVerfGE 25, 256 (267).

138 Vgl. BVerfGE 69, 315 (348f.).

139 Vgl. BVerfGE 33, 52 (53); *H. Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 129; *C. Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. I, II Rn. 128; *C. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 173; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 I, II Rn. 170.

140 So BVerfGE 33, 52 (53).

141 Vgl. BVerfGE 33, 52 (72); 47, 198 (236); 83, 130 (155); *C. Degenhart*, in: BK, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 17, 918; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 I, II Rn. 171; *R. Wendt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 62.

142 So BVerfGE 33, 52 (72).

Die Abschaffung der Zensur ist eine bereits in § 143 Abs. 2 PV enthaltene, wichtige rechtsstaatliche Erungenschaft. Wenn es dort heißt, die Pressefreiheit dürfe »unter keinen Umständen und in keiner Weise durch vorbeugende Maßregeln, namentlich Zensur, Konzessionen, Sicherheitsbestellungen, Staatsauflagen, Beschränkungen der Druckereien oder des Buchhandels, Postverbote oder andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendiert oder aufgehoben werden«, so wird hier das ganze obrigkeitssstaatliche Arsenal zur Unterdrückung der Pressefreiheit im Vormärz vorgeführt.<sup>143</sup>

494

Eine **Nachzensur** ist demgegenüber nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich, weil andernfalls Jugend- und Ehrschutz verfahrensmäßig nicht umgesetzt werden könnten. Das in § 18 JuSchG vorgesehene Verfahren der Indizierung verstößt deshalb nicht gegen das Zensurverbot, weil es nicht *vor* der Verbreitung durchgeführt wird bzw. deren Voraussetzung ist. Die *ipso iure* eintretenden Einschränkungen des § 15 Abs. 2 JuSchG treten demgegenüber gerade ohne behördliche Prüfung ein und sind deshalb – weil vom Evidenzprinzip beherrscht – unbedenklich. Nicht frei von Bedenken sind demgegenüber Verfahren, die rechtlich oder in ihren rechtstatsächlichen Auswirkungen der Verbreitung vorgeschalet sind.

495

Im Ausgangsfall findet eine **Kontrolle** vor der Aufführung (Verbreitung) des Films statt. Die Auffassung des BVerfG, das Zensurverbot sei grundsätzlich durch das in § 6 JÖSchG (jetzt § 11 JuSchG) vorgesehene Verfahren nicht verletzt, weil kein Verleiher verpflichtet sei, sich diesem Verfahren zu unterwerfen,<sup>144</sup> überzeugt nicht. Zum einen besteht ein *rechtlicher* Hinderungsgrund, Filme vor Kindern und Jugendlichen zu verbreiten, weil nicht gekennzeichnete Filme nicht vor Jugendlichen und Kindern aufgeführt werden dürfen und Zu widerhandlungen eine Ordnungswidrigkeit darstellen (§ 28 Abs. 1 Nr. 14 JuSchG). Tatsächlich wird die Kennzeichnung nach § 14 JuSchG auch regelmäßig beantragt, weil die Aufführung ohne Kennzeichnung mit hohen (wirtschaftlichen und strafrechtlichen) Risiken belastet ist. Die im Sinne des Jugendschutzes als wünschenswert anzusehende Praxis ändert nichts an der Fiktion mit dem Zensurverbot.

496

In der Rechtswirklichkeit besteht somit eine (in Art. 118 Abs. 2 S. 1 WRV ausdrücklich vorgesehene) **Ausnahme vom Zensurverbot** für Filme.<sup>145</sup> Die Auffassung des BVerfG, nach der ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG erst durch die **Einziehung** gegeben ist<sup>146</sup>, vermag nicht zu überzeugen. Konstruktiv bliebe nur der Rückgriff auf Art. 5 Abs. 2 GG, um die im Interesse eines wirksamen Jugendschutzes unverzichtbare Präventivkontrolle zu rechtfertigen. Alternativ müsste eine Ergänzung des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG nach dem Muster der Weimarer Verfassung gefordert werden. Eine dritte Möglichkeit bestünde darin, die Kennzeichnung nach § 14 JuSchG in der Weise zu privatisieren, dass *nur* die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft entscheidet und sich die Filmverleiher und Filmtheaterbesitzer diesen Entscheidungen unterwerfen.

497

## VII. Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)

**Fall 32:** 1963 kündigte der N.-Verlag an, er werde den Roman von Klaus Mann »Mephisto – Roman einer Karriere« veröffentlichen. Daraufhin er hob der Adoptivsohn und Erbe von Gustaf Gründgens Klage auf Unterlassung, die er im Wesentlichen damit begründete, der Roman vermittele ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild des Künstlers. Frei erfundene Details seien mit Tat-

498

<sup>143</sup> Vgl. ausführlich *H. Rieder*, Die Zensurbegriffe des Art. 118 II der Weimarer Reichsverfassung und des Art. 5 I 3 des Bonner Grundgesetzes, 1970, S. 57ff.

<sup>144</sup> Vgl. BVerfGE 87, 209 (230).

<sup>145</sup> Bedenken auch bei *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG (67. Lfg.), Art. 5 Abs. I, II Rn. 284.

<sup>146</sup> BVerfGE 87, 209 (230).

sachen vermischt, der Bezug zu Gründgens' Leben sei ständig erkennbar, so dass beim unbefangenen Leser der Eindruck entstehen müsse, es handele sich um eine Biographie. Hierdurch würden das Persönlichkeitsrecht des Künstlers, das über den Tod hinauswirke, und das Andenken an den Künstler in nachhaltiger Weise verletzt. Der Verlag wendet ein, es handele sich bei dem Roman um ein Kunstwerk, das verfassungsrechtlich in besonderer Weise geschützt sei. Der Autor selber habe klargestellt, dass er keine Biographie habe schreiben wollen. Dem Roman sei der Vermerk angefügt, alle Personen des Buches stellten »Typen dar, nicht Porträts«.

(BVerfGE 30, 173)

## 1. Grundrechtsträger

499 Grundrechtsträger der Kunstdfreiheit ist in erster Linie der **Künstler**, also jeder, der ein Kunstwerk schafft. Träger der Kunstdfreiheit sind darüber hinaus die **Mittler** der Kunst, deren Tätigkeit Voraussetzung dafür ist, dass sich Kunst entfalten kann, insbesondere ihr Publikum findet.<sup>147</sup> Insoweit ist die Kunstdfreiheit nicht auf natürliche Personen beschränkt, sondern ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar (Art. 19 Abs. 3 GG), wenn diese zur Entstehung von Kunstwerken beitragen.<sup>148</sup>

500 Im Ausgangsfall kann sich der N.-Verlag – auch wenn er in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts betrieben wird – auf die Freiheit der Kunst berufen. Verlage sind unentbehrliche Mittler der Kunstgattung Literatur, weil deren Wirkung naturgemäß in die Breite zielt.

## 2. Grundrechtsinhalt

### a) Schutzgut

501 Der Begriff »Kunst« i. S. d. Art. 5 Abs. 3 GG gehört zu den dogmatisch umstrittensten Begriffen des Grundrechtsteils. Das BVerfG hat sich mit der folgenden Umschreibung zu helfen versucht:

»Der Lebensbereich »Kunst« ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. 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 Kunstverständ zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.«<sup>149</sup>

502 Ersichtlich handelt es sich hierbei nicht um eine *Definition* des Kunstbegriffs, sondern um eine *Paraphrase*. Dieser Umstand könnte für die verbreitete Meinung sprechen, Kunst entziehe sich der Definition bzw. jede Definition sei bereits eine Einschränkung der Kunst.<sup>150</sup> Folgerichtig wäre potentiell *jedermann* Künstler und jede als solche bezeichnete menschliche Aktivität *Kunst*, das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG also im Ergebnis ein »Jedermann-Recht«.<sup>151</sup> Ein derart **weites** – bis unbegrenztes – **Verständ-**

147 Vgl. F. Wittrek, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rn. 50 m. w.N.

148 Vgl. C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 323.

149 So BVerfGE 30, 173 (188f.).

150 Vgl. hierzu BVerfGE 67, 213 (225); 75, 369 (377); für ein »Definitionsverbot« W. Kries, Schranken der Kunstdfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 217f.

151 Vgl. C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 298; zur »Subjektivierung« der Kunst vgl. D. Wellershoff, Merkur 1975, S. 740: »Alles ist Kunst, jeder ist ein Künstler.«

nis führt zu keinem Kunstbegriff, sondern verzichtet auf einen solchen.<sup>152</sup> Für die »Kunstszenen« mag ein temporärer Verzicht auf den Kunstbegriff – namentlich in Zeiten ästhetischer Unsicherheit – empfehlenswert oder gar aus Markterwägungen heraus geboten sein. Die Verfassungsdogmatik kann auf eine Begriffsbestimmung dagegen nicht verzichten, weil mit einer begrifflichen Auflösung des Schutzguts notwendig die Auflösung der Normativität des Grundrechts einherginge.<sup>153</sup> Es besteht deshalb für die rechtsanwendenden Organe ein »Definitionsgebot«,<sup>154</sup> jedenfalls keine verfassungsrechtlich legitimierbare Möglichkeit, einer Definition auszuweichen. Hierbei kann es selbstverständlich keinen »Definitionsherren« geben,<sup>155</sup> wie es auch keine »Definitionsmaßnahmen« geben kann. Stets sind die staatlichen Gerichte – im Verfassungsrecht letztlich das BVerfG – für die Auslegung von Rechtsbegriffen zuständig.<sup>156</sup> Die Frage kann allein sein, ob Gerichte eine so weite Interpretation wählen (müssen), dass sich im Ergebnis jedermann auf das Grundrecht berufen kann. Vier unterschiedliche Gründe sprechen gegen diese – in der Rechtsprechung des BVerfG unzweifelhaft vorhandene<sup>157</sup> – Tendenz:

- In der gesamten Kulturgeschichte hat es Kunst und ein Wissen der Menschen über Kunst gegeben. Auch wenn es vorherrschende ästhetische Strömungen oder Geschmacksrichtungen gab, liefert die Kunstgeschichte doch unendlich viel Anschauung dafür, was Kunst ist. 503
- In der Verlegenheit um eine Definition spiegelt sich im Grunde nur die Krise der Gegenwartästhetik wider, die ersichtlich die Mitte zwischen Kunst und Kommerz verloren hat. Es geht also gar nicht darum, dass die ästhetischen Kategorien der Kunstgeschichte völlig unbrauchbar geworden seien, sondern um deren behutsame Erweiterung und die Einbeziehung »neuer« Kunstrichtungen. 504
- Der Bezug zur Kunstgeschichte zeigt auch, dass Kunst nicht beliebig vermehrbar ist, die Freiheit der Kunst insofern auf eine bestimmte Gruppe – nämlich die Kunstschaffenden – beschränkt bleibt. Dies ist verfassungsrechtlich so gewollt, weil die Kunstrechte keinen (ausdrücklichen) Schranken unterworfen worden ist. Dieser Umstand spricht entscheidend dafür, dass der Verfassungsgeber Sozialkonflikte – wie sie für die Schutzgüter des Art. 5 Abs. 1 GG typisch sind – in diesem Bereich nicht hat erkennen können. 505
- Die Freiheit der *Wissenschaft*, die mit der Kunst ja gewissermaßen in einem Atemzug genannt wird, teilt mit dieser ihren »elitären« Charakter, ist aber hinsichtlich ihres Gegenstands Objektivierungen zugänglich. Die *scientific community* würde sich vermutlich verbitten, dass »jedermann« potentiell Wissenschaftler ist, nur weil er etwas weiß. 506

Der letztgenannte Gesichtspunkt lässt es auch als notwendig erscheinen, die Kunst nicht lediglich von »Nicht-Kunst«, sondern auch von Wissenschaft zu unterscheiden. 507

<sup>152</sup> Vgl. R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. III Rn. 26; J. Isensee, Kunstfreiheit im Streit mit Persönlichkeitsschutz, AfP 1993, S. 622 jeweils m. w. N.

<sup>153</sup> Ähnlich E. Denninger, in: HdStR VI, 2. Aufl. 2011, § 146 Rn. 3; A. v. Arnauld, in: HdStR VII, § 167 Rn. 7; C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 298.

<sup>154</sup> So R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. III Rn. 25.

<sup>155</sup> Insoweit missverständlich H. Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 184.

<sup>156</sup> Vgl. grundsätzlich hierzu J. Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980.

<sup>157</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 67, 213 (224f.).

Kunst ist **Schöpfung** oder **schöpferische Interpretation** von Kunstwerken.<sup>158</sup> Kunstwerke wiederum sind eigenständige Emanationen des Geistes in den anerkannten Kunstdisziplinen oder solchen, die in der Anerkennung begriffen sind.<sup>159</sup> Hierbei ist auf das **Urteil der KunstschaFFenden** und eines künstlerisch aufgeschlossenen Publikums abzustellen.<sup>160</sup>

508 Im Ausgangsfall handelt es sich um ein Kunstwerk (was in den Verfahren auch niemals bezweifelt worden ist), nämlich um eine eigenständige Schöpfung auf dem Gebiet der Literatur, die der Literaturgattung »Roman« zuzuordnen ist.

509 Das BVerfG hat mit einer klassischen Alliteration neben dem »**Werbereich**« auch den »**Wirkbereich**« der Kunst dem »**Schutzbereich**« des Grundrechts zugeordnet.<sup>161</sup> Im Grunde wird damit Selbstverständliches betont, denn dass der Künstler in der Abgeschiedenheit seines Ateliers oder Arbeitszimmers ein Werk *erschaffen* kann, ist nur unter totalitären Regimes zu verhindern versucht worden (Malverbot, Schreibverbot). Die *Freiheit* der Kunst erweist sich deshalb in erster Linie in der Freiheit der öffentlichen Darstellung und Verbreitung. Die lange Reihe der Literaturskandale oder anderer Kunstskandale legt beredtes Zeugnis dafür ab, mit welchen Mitteln die Obrigkeit zu allen Zeiten versucht hat, die Wirkung von Kunst zu behindern.

### b) Schutzrichtung

510 Art. 5 Abs. 3 GG gehört zu den Grundrechten des *status negativus*, ist also ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Maßnahmen, die in das geschützte Rechtsgut eingreifen. Art. 5 Abs. 3 GG begründet demgegenüber keine Leistungsansprüche von Künstlern auf individuelle Förderung.<sup>162</sup> Dass es einem »**Kulturstaat**« gut ansteht, die Künste zu fördern, versteht sich von selbst; Art. 5 Abs. 3 GG räumt ein **Leistungsrecht** indes nicht ein.<sup>163</sup>

## 3. Grundrechtseinschränkungen

511 Die Freiheit der Kunst ist **vorbehaltlos** garantiert.<sup>164</sup> Der Verfassungsgeber hat ersichtlich weder Eingriffe noch andere Einschränkungen der Kunstfreiheit für erforderlich gehalten. Die Position des BVerfG ist von dem Widerspruch gekennzeichnet, dass

158 Vgl. auch F. Wittrek, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rn. 46; E. G. Mahrenholz, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HdVerfR, § 26 Rn. 37ff.

159 Formale Ansätze klingen auch in BVerfGE 81, 278 (291); 83, 130 (138f.) an. Zur Gattungstypik vgl. etwa F. Müller, Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst, JZ 1970, S. 89.

160 Vgl. hierzu A. v. Arnault, in: HdStR VII, § 167 Rn. 36ff.

161 So BVerfGE 30, 173 (189); 67, 213 (224).

162 Vgl. BVerwG, NJW 1980, S. 718; F. Wittrek, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rn. 72; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. III Rn. 6, 40.

163 Vgl. aber BVerfGE 36, 321 (331): »Die Verfassungsnorm hat aber nicht nur diese negative Bedeutung. Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.« Abgesehen davon, dass diese Entscheidung unter anderen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ergangen ist, lassen sich hieraus jedenfalls keine subjektiven Rechte ableiten.

164 Vgl. C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 328; F. Wittrek, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rn. 53 jeweils m.w.N.; a. a. K. A. Bettermann, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl. 1976, S. 27f.; W. Kries, Verfassungsrechtliche Probleme des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, NJW 1970, S. 17.

einerseits die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG auf die Freiheit der Kunst für nicht anwendbar erklärt,<sup>165</sup> tatsächlich aber angewandt worden sind:

- Das BVerfG hat eine Collage, auf der dargestellt war, wie auf die Bundesfahne uriniert wird, einerseits als Kunstwerk eingestuft, eine Bestrafung nach § 90a StGB aber für möglich gehalten.<sup>166</sup> In der Sache wird damit ein (im Sinne der früheren Verfassungsrechtsprechung) *allgemeines* Gesetz auf die Kunstfreiheit angewandt. 512
- In der »Mutzenbacher-Entscheidung«<sup>167</sup> schließt das BVerfG nicht aus, dass ein pornographischer Roman Kunst i. S. d. Art. 5 Abs. 3 GG sei. Gleichwohl wird es für möglich gehalten, dass ein solches Kunstwerk als offensichtlich jugendgefährdend *ipso iure* Verbreitungsbeschränkungen unterliegt.<sup>168</sup> Ersichtlich wird damit die Schranke der »gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend« auf die Kunst angewandt. 513
- Im Ausgangsfall hat das BVerfG die Entscheidung des BGH<sup>169</sup> im Ergebnis bestätigt, mit der dem Verlag die Verbreitung des Romans untersagt wurde. Begründet wird die Entscheidung im Wesentlichen damit, dass der Roman, obwohl »Kunstwerk«, den verstorbenen Gustaf Gründgens in seinem (postmortalen) Persönlichkeitsrecht verletze.<sup>170</sup> In der Sache wird hier die Schranke des »Rechts der persönlichen Ehre« auf die Kunstfreiheit angewandt. 514

Das BVerfG betont zwar stets, dass nur »verfassungrechtlich geschützte Güter« die Kunstfreiheit einzuschränken vermöchten.<sup>171</sup> Hiermit ist freilich der offensichtliche Widerspruch in der Rechtsprechung nicht aufgelöst, denn sämtliche Eingriffs- und Schrankenvorbehalte dienen dem Schutz verfassungrechtlich anerkannter Rechtsgüter, weil sie andernfalls in der Verfassung nicht eigens erwähnt worden wären. Die Rechtsprechung des BVerfG steht deshalb nicht nur im Widerspruch zu den eigenen dogmatischen Prämissen – Nichtanwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 GG –, sondern geht in der Tendenz über diese Schranken hinaus, indem auch »andere verfassungrechtlich geschützte Güter« zur Einschränkung der Kunstfreiheit herangezogen werden.<sup>172</sup> 515

Im Ausgangsfall hätte deshalb – wie die beiden dissentierenden Richter zutreffend ausgeführt haben<sup>173</sup> – die Entscheidung des BGH aufgehoben werden müssen. 516

Ob die Kunstfreiheit »immanente Schranken« unterliegt und wie weit diese zu ziehen sind, muss an dieser Stelle offen bleiben. Ersichtlich besteht ein dogmatischer Zusammenhang dergestalt, dass die Schranken umso enger zu ziehen sind, je weiter das Schutzgut interpretiert wird. Die in der Rechtsprechung zuweilen spürbare **Schutzbereichsrhetorik** vermag ihre Versprechungen regelmäßig nicht einzulösen, denn letztlich kommt es auf die Abwägung des BVerfG im Einzelfall an. Vielfach wird es sich in des überhaupt nicht um ein Schrankenproblem handeln, weil Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

165 So BVerfGE 30, 173 (191); 47, 327 (368); 67, 213 (228); st. Rspr.

166 Vgl. BVerfGE 81, 278 (292ff.).

167 Vgl. BVerfGE 83, 130.

168 Vgl. BVerfGE 83, 130 (139f.).

169 BGHZ 50, 133.

170 Vgl. BVerfGE 30, 173 (193ff.).

171 So BVerfGE 30, 173 (193); 67, 213 (228); 81, 278 (292); 83, 130 (139); 119, 1 (23).

172 Kritisch auch *H. Bethge*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 198; *R. Wendt*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 96.

173 Vgl. die abweichenden Voten in BVerfGE 30, 173 (200ff. u. 218ff.).

zwar die Freiheit der Kunst gewährleistet, nicht aber die Freiheit, die Rechte anderer zu beeinträchtigen.

518 Im Fall des »Sprayers von Zürich« war ein Schweizer Künstler zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, weil er in mehr als 100 Fällen öffentliche und private Bauwerke in Zürich und anderen Orten in der Schweiz mit Figuren besprüht und insofern eine fortgesetzte Sachbeschädigung begangen hatte. Der Künstler setzte sich in die Bundesrepublik ab, woraufhin die Schweiz ein Auslieferungsbegehrstellte. Das zuständige Oberlandesgericht erklärte die Auslieferung für zulässig, weil Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einem Künstler nicht gestatte, sich über die Eigentumsrechte anderer hinwegzusetzen. Das BVerfG nahm die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung.<sup>174</sup>

#### 4. Grundrechtskonkurrenzen

519 Der privilegierende Charakter der Kunstfreiheit wirft die Frage nach dem Verhältnis zu den Grundrechten nach Art. 5 Abs. 1 GG auf. Zwar enthält das Grundgesetz keine ausdrücklichen Vorschriften über Konkurrenzen, so dass grundsätzlich das gleiche Handeln durch mehrere Grundrechte geschützt sein kann. Anders verhält es sich freilich, wenn diese Grundrechte unterschiedliche Vorbehalte aufweisen bzw. vorbehaltlose Gewährleistungen auf solche treffen, die eingeschränkt werden können.

520 Das BVerfG hält die Kunstfreiheit im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 GG stets für das speziellere Grundrecht,<sup>175</sup> erkauft sich diese scheinbar schlüssige Konzeption allerdings mit aus diffusen »Verfassungsgütern« abgeleiteten Schranken. Nicht nur wegen der hierin liegenden dogmatischen Inkonsistenz, sondern auch aus einer weiteren grundsätzlichen Erwagung ist der Position des BVerfG zu widersprechen. Das Grundgesetz verfasst eine privilegieneidliche Demokratie. Privilegien sind rechtliche Begünstigungen, die sich am Maßstab des Gleichheitssatzes nicht rechtfertigen lassen. Vor diesem Hintergrund muss es als bedenklich erscheinen, dass jede Meinungsausübung, die durch ein künstlerisches Medium erfolgt, der Kunstfreiheit zugerechnet wird.<sup>176</sup>

521

- Im Bundestagswahlkampf 1980 fand ein von politischen Gegnern des damaligen Kanzlerkandidaten der CDU/CSU, Franz-Josef Strauß, initierter »Anachronistischer Zug« statt, der – dem Gedicht von Bertolt Brecht folgend – die Gefahren einer Zusammenarbeit zwischen Großkapital und Nationalsozialismus geißelte. Der »Anachronistische Zug« folgte einem Regiebuch und bestand aus einer Reihe der in dem Gedicht genannten Figuren, die jeweils auf bestimmte Stichworte hin auftraten.<sup>177</sup>

522

- Die Zeitschrift »konkret« veröffentlichte im Juli 1980 eine Karikatur, in der der bayerische Ministerpräsident als Schwein dargestellt wurde, das mit einem anderen, in Richterrobe und Barett gekleideten Schwein kopulierte.<sup>178</sup>

523 In beiden Fällen sind künstlerische Elemente im politischen Meinungskampf eingesetzt worden. Dass dies legitim ist und gerade der Künstler (und Wissenschaftler) zur

174 Vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, S. 1293 (1294): »Diese Gewährleistung hat das Grundgesetz mit keinem Vorbehalt verschen; ihre Reichweite erstreckt sich aber von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (...).«

175 Vgl. BVerfGE 30, 173 (200); 32, 52 (70f.); 67, 213 (222); 75, 369 (377).

176 Gegen eine Rechtsvermutung »In dubio pro arte« auch: R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. III Rn. 27; W. Geiger, Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, FS G. Leibholz, 1966, S. 190.

177 Vgl. BVerfGE 67, 213.

178 Vgl. BVerfGE 75, 369.