

## Staatsrecht II

Grundrechte

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Jörn Ipsen, Präsident des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs a.D.

21. Auflage 2018. Buch. XXVI, 300 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8006 5713 1  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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.

legung des Art. 5 Abs. 2 GG in Einklang. Prinzipiell anders liegen die Dinge bei § 90a StGB, der die Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole unter Strafe stellt. Strafbar ist hier die Meinungsäußerung bzw. -verbreitung als solche, ohne dass sie einen Bezug zu einer – strafbaren – »Haupttat« aufwiese. Während die Straftatbestände der Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90 StGB) und der Verfassungsorgane (§ 90b StGB) von der Schranke der »persönlichen Ehre« gedeckt sind, könnte § 90a StGB verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt werden, wenn es sich um ein »allgemeines Gesetz« handelte. Da sich die Strafvorschrift aber gegen die Meinung als *solche* richtet, ist ihr nicht nur eine reflexive Wirkung eigen.<sup>114</sup>

Als besonders problematisch hat sich § 130 Abs. 4 StGB erwiesen, nach dem bestraft wird, wer »den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt«. Zwar schützt die Vorschrift den *öffentlichen Frieden* und dient damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst durch die Rechtsordnung geschützt wird. Das BVerfG hat die Strafvorschrift im sog. **Wunsiedel-Beschluss** – anders als zuvor das BVerwG<sup>115</sup> – jedoch nicht als allgemeines Gesetz angesehen, weil § 130 Abs. 4 StGB »diesen Schutz nicht in inhaltsoffener, allgemeiner Art« ausgestalte, sondern sich allein auf Meinungsäußerungen beziehe, »die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken«.<sup>116</sup> Gleichwohl hat das Gericht die Vorschrift für verfassungsmäßig erklärt, weil angesichts des Unrechts der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft, zu der sich die Bundesrepublik als Gegenentwurf verstand, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts immanent sei, wenn hierdurch der propagandistische Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen gesetzt würden.<sup>117</sup> Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts wird insofern ein Paradigmenwechsel vorgenommen, als – in einem eng umrissenen Bereich – auf das Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes zur Beschränkung der Meinungsfreiheit verzichtet und stattdessen eine **verfassungsimmanente Schranke** des Grundrechts postuliert wird.<sup>118</sup>

## 2. Die »gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend«

**Fall 29:** U., Inhaberin eines »Versandhauses für Ehehygiene«, fügte ihren Sendungen u. a. Werbeprospekte für die FKK-Zeitschriften »Sonnenfreunde« und »Helios« bei. Nach § 6 Abs. 1 GJS<sup>119</sup> unterlagen Schriften, die Kinder oder Jugendliche offensichtlich schwer gefährden, den Beschränkungen der §§ 3 bis 5 GJS (Verbreitungsverbot an Kinder und Jugendliche sowie außerhalb von Geschäftsräumen, Be-

114 A. A. BVerfGE 69, 257; problematisierend, aber im Ergebnis wie das BVerfG: C. Degenhart, in: BK, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 509f. m. w. N.

115 BVerwGE 131, 216.

116 BVerfGE 124, 300 (325).

117 BVerfGE 124, 300 (327f.).

118 Vgl. C. Degenhart, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/089, JZ 2010, S. 306ff.; T. Hörnle, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/089, JZ 2010, S. 310; U. Volkmann, NJW 2010, S. 417.

119 Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte i. d. F. vom 12.7.1985 (BGBl. I, S. 1502), aufgehoben durch Gesetz v. 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2730) i. V. m. § 28 I des Jugendmedienschutz-StaatsV.

schränkung der Werbung), ohne dass es einer Indizierung (§ 1 GjS) bedurfte. Nach § 6 Abs. 2 GjS galt das gleiche für Schriften, die »durch Bild für Nacktkultur werben«. U. sah sich durch diese Bestimmung in ihren Grundrechten verletzt.

(BVerfGE 30, 336)

- 480 Im Unterschied zu den »allgemeinen Gesetzen« gestatten die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend **Sonderrecht** gegen Meinungsäußerungen, Presseerzeugnisse, Rundfunksendungen und Filme. Das BVerfG betont stets den verfassungsrechtlichen Rang des Jugendschutzes und hält den Gesetzgeber zum Erlass von Regelungen für berechtigt, durch die der Jugend drohende Gefahren abgewehrt werden.<sup>120</sup> Derartige Gefahren drohen nach Auffassung des Gerichts:

»auf sittlichem Gebiet von allen Druck-, Ton- und Bilderzeugnissen, die Gewalttätigkeiten oder Verbrechen glorifizieren, Rassenhaß provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen und deswegen zu erheblichen, schwer oder gar nicht korrigierbaren Fehlentwicklungen führen können.«<sup>121</sup>

- 481 Zu den in Art. 5 Abs. 2 GG genannten gesetzlichen Bestimmungen gehörten bislang vor allem das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit (Jugendschutzgesetz) vom 25.2.1985 (BGBl. I, S. 425) und das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GjS) i. d. F. der Bekanntmachung vom 12.7.1985 (BGBl. I, S. 1502), die nunmehr im **Jugendschutzgesetz** (JuSchG) vom 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2730)<sup>122</sup> zusammengefasst sind.

- 482 Im Ausgangsfall hat das BVerfG nachdrücklich die Befugnis des Gesetzgebers unterstrichen, offensichtlich schwer gefährdende Schriften Beschränkungen zu unterwerfen. § 6 Abs. 2 GjS (a. F.) ist jedoch für verfassungswidrig (und nichtig) erklärt worden, weil die Jugendgefährdung durch derartige Schriften nicht unwiderleglich vermutet werden dürfe.<sup>123</sup>

### 3. Das Recht der persönlichen Ehre

- 483 **Fall 30:** In der Sendung »Tagesthemen« wurde am 1.6.1981 ein Beitrag mit dem Titel »Türken in Bingen« gesendet, in dem u. a. behauptet wurde, der Türkisch-Islamische Kulturverein mit Sitz in Bingen gehöre zur Türk-Föderation in Frankfurt und werde von den türkischen Behörden als die Auslandsorganisation einer kriminellen Terrororganisation angesehen. Am 22.6.1981 wurde eine Gegendarstellung verlangt, die der NDR aber wegen der in § 12 Abs. 2 NDR-Staatsvertrag enthaltenen Ausschlussfrist von zwei Wochen ablehnte.

(BVerfGE 61, 131)

- 484 Meinungsäußerungen können (und werden häufig) **ehrverletzenden Charakter** haben. Gesetzliche Vorschriften über den Ehrschutz richten sich deshalb gegen die »Meinung als solche« und sollen deren Wirkung unterbinden. Zum Erlass derartiger Vorschriften ist der Gesetzgeber nicht nur berechtigt, aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG folgt vielmehr eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Ehrschutz, weil ehrverletzende Äußerungen regelmäßig den sozialen Achtungsanspruch eines Menschen – und damit

120 Vgl. BVerfGE 30, 336 (347, 350); 77, 346 (356); 90, 1 (18 ff.).

121 So BVerfGE 30, 336 (347).

122 Zuletzt geändert durch Gesetz v. 3.3.2016 (BGBl. I, S. 369).

123 Vgl. BVerfGE 30, 336 (353 f.).

die Menschenwürde – verletzen.<sup>124</sup> Zum Recht der persönlichen Ehre gehören in erster Linie die Strafvorschriften (§§ 185 ff. StGB) und die zivilrechtlichen Haftungsnormen (§§ 823, 826 BGB), die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu einem Persönlichkeitsschutz geformt worden sind.<sup>125</sup>

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>126</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>127</sup> 485

Im Ausgangsfall hat das BVerfG die (im Vergleich zu den Landespressegesetzen relativ kurze) Ausschlussfrist als verfassungswidrig angesehen.<sup>128</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>129</sup>

Die so genannte »Wechselwirkungstheorie« ist in der Sache keine (rechtswissenschaftliche) »Theorie«, sondern eine **Frühform des Übermaßverbots**, bezogen auf die Meinungsfreiheit.<sup>130</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>131</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 489

124 Vgl. H. Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 163; C. Starck/A.L. Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 302; ausführlich R. Stark, Ehreenschutz in Deutschland, 1996.

125 Vgl. dazu BVerfGE 34, 269 (281 f.).

126 So BVerfGE 63, 131 (142).

127 Vgl. BVerfGE 63, 131 (143).

128 Vgl. BVerfGE 63, 131 (142).

129 So BVerfGE 7, 198 (209).

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

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

Leute« davon, was sich im sozialen Verkehr zwischen Rechtsgenossen gehöre.<sup>132</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 Grundrecht der Meinungsfreiheit verletzt worden ist.<sup>133</sup> Das Gegenbeispiel bildet der »Blinkfüer-Beschluss« des BVerfG, mit dem ein Revisionsurteil des BGH<sup>134</sup> aufgehoben wurde.<sup>135</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 »Blinkfüer« 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>136</sup>

- 490 Die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtseinschränkendem Gesetz ist nicht nur bei Art. 5 GG, sondern auch bei anderen Grundrechten zu berücksichtigen.<sup>137</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 §§ 74 d, 76 a 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>138</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>139</sup>

132 So BVerfGE 7, 198 (215).

133 Vgl. BVerfGE 7, 198 (199).

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

135 Vgl. BVerfGE 25, 256.

136 Vgl. BVerfGE 25, 256 (267).

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

138 Vgl. BVerfGE 33, 52 (53); *H. Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 129; *C. Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, II Rn. 128; *C. Starck/A.L. Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 262; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 5 I, II Rn. 170.

139 So BVerfGE 33, 52 (53).

Nach nahezu unbestrittener Auffassung<sup>140</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>141</sup> **493**

Die Abschaffung der Zensur ist eine bereits in § 143 Abs. 2 PV enthaltene, wichtige rechtsstaatliche Errungenschaft. 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 obrigkeitstaatliche Arsenal zur Unterdrückung der Pressefreiheit im Vormärz vorgeführt. <sup>142</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 vorgeschaltet 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>143</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 Zuwiderhandlungen 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 Friktion 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>144</sup> Die Auffassung des BVerfG, nach der ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG erst durch die **Einziehung** gegeben ist<sup>145</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 **497**

140 Vgl. BVerfGE 33, 52 (72); 47, 198 (236); 83, 130 (155); C. Degenhart, in: BK, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 45, 546; 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.

141 So BVerfGE 33, 52 (72).

142 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.

143 Vgl. BVerfGE 87, 209 (230).

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

145 BVerfGE 87, 209 (230).

und sich die Filmverleiher und Filmtheaterbesitzer diesen Entscheidungen unterwerfen.

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

- 498 **Fall 32:** 1963 kündigte der N.-Verlag an, er werde den Roman von Klaus Mann »Mephisto – Roman einer Karriere« veröffentlichen. Daraufhin erhob 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 Tatsachen vermischt, der Bezug zu Gründgens' Leben sei ständig erkennbar, so dass beim unbefangenen Leser der Eindruck entstehen müsse, es handle 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 handle 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 Kunstfreiheit ist in erster Linie der **Künstler**, also jeder, der ein Kunstwerk schafft. Träger der Kunstfreiheit sind darüber hinaus die **Mittler** der Kunst, deren Tätigkeit Voraussetzung dafür ist, dass sich Kunst entfalten kann, insbesondere ihr Publikum findet.<sup>146</sup> Insoweit ist die Kunstfreiheit 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>147</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 Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.«<sup>148</sup>

---

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

147 Vgl. C. Starck/A.L. Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 438.

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



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>149</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>150</sup> Ein derart **weites** – bis unbegrenztes – **Verständnis** führt zu keinem Kunstbegriff, sondern verzichtet auf einen solchen.<sup>151</sup> Für die »Kunstszene« 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>152</sup> Es besteht deshalb für die rechtsanwendenden Organe ein »**Definitionsgebot**«,<sup>153</sup> jedenfalls keine verfassungsrechtlich legitimierbare Möglichkeit, einer Definition auszuweichen. Hierbei kann es selbstverständlich keinen »Definitionsherrn« geben,<sup>154</sup> wie es auch keine »Definitionsmacht« geben kann. Stets sind die staatlichen Gerichte – im Verfassungsrecht letztlich das BVerfG – für die Auslegung von Rechtsbegriffen zuständig.<sup>155</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>156</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 Gegenwartsästhetik 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 Kunstfreiheit 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

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

150 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.«

151 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.

152 Ähnlich E. Deminger, in: HdStR VI, 2. Aufl. 2011, § 146 Rn. 3; A. v. Arnould, in: HdStR VII, § 167 Rn. 7; C. Starck/A.L. Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, Art. 5 Rn. 420.

153 So R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. III Rn. 25.

154 Insofern missverständlich H. Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 184.

155 Vgl. grundsätzlich hierzu J. Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980.

156 Vgl. z. B. BVerfGE 67, 213 (224f.).



- 506 • 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 es *weiß*.
- 507 Der letztgenannte Gesichtspunkt lässt es auch als notwendig erscheinen, die Kunst nicht lediglich von »Nicht-Kunst«, sondern auch von Wissenschaft zu unterscheiden. Kunst ist **Schöpfung** oder **schöpferische Interpretation** von Kunstwerken.<sup>157</sup> Kunstwerke wiederum sind eigenständige Emanationen des Geistes in den anerkannten Kunstdisziplinen oder solchen, die in der Anerkennung begriffen sind.<sup>158</sup> Hierbei ist auf das **Urteil der Kunstschaffenden** und eines künstlerisch aufgeschlossenen Publikums abzustellen.<sup>159</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 »**Werkbereich**« auch den »**Wirkbereich**« der Kunst dem »Schutzbereich« des Grundrechts zugeordnet.<sup>160</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>161</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>162</sup>

157 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. 37 ff.

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

159 Vgl. hierzu *A. v. Arnould*, in: HdStR VII, § 167 Rn. 36 ff.

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

161 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.

162 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.