

## Buchbesprechungen



**Daniel Beisel:**

*Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen.* Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1997. 218,00 DM, 461 Seiten.

In vielerlei Hinsicht wirft die in Art. 5 Abs. 3 GG enthaltene Garantie der Kunstfreiheit Fragen auf, deren rationale Beantwortung mehr erfordert als den bloßen Blick in den Verfassungstext. Was ist Kunst, was darf Kunst; ist die Kunst tatsächlich frei, wenn sie nur verfassungsimmanenten Schranken unterworfen ist? Was für eine Bedeutung hat die Öffentlichkeit für die Kunstfreiheit und welche Grenzen ziehen die strafrechtlichen Vorschriften der Erhaltung und der Förderung eines freien Kunstlebens in einem Gemeinwesen, das sich als Kulturstaat begreift?

*Beisel* versucht, den aufgeworfenen Fragen auf den Grund zu gehen und beschränkt sich dabei nicht nur auf die Darstellung der etablierten Wege des bisherigen Forschungs- und Meinungsstands zu einzelnen Problemen. Er geht über juristische Fragen hinaus

und befasst sich mit solchen Kunstfreiheitsforschungen, die ihm den Weg zur Grundlage seiner strafrechtlichen Betrachtungen, namentlich der Schutzzwecke und der grundrechtseinschränkenden Wirkung der einzelnen strafrechtlichen Vorschriften, freimachen. Hinter dem Ergebnis, dass die Grundrechte, die unter einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt stehen, in ihrer Freiheitsgewährung sogar weiter als das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Kunstfreiheit sind, steht so eine konsequent durchgeführte Argumentation, die der gewohnten Grundrechtsdogmatik zumindest neue Impulse bietet.

I.

In einem ersten Teil entwickelt *Beisel* sein Verständnis von Kunstfreiheit als ein zwischen den unterschiedlichen Rechtsgebieten sich wandelnder „Zeitgeist“, der schon durch seine ständige Änderung zum Konflikt mit dem eher konservativ wirkenden Recht prädisponiert ist. Aus den geschichtlichen Analysen erscheint dann auch die Zensur als ein Verfahren der Inhaltskontrolle des Kunstwerks. Hierbei setzt sich der *Verfasser* mit dem Spannungsverhältnis zwischen Kunst und Zensur auseinander, um zu der freilich nicht sonderlich überraschenden Feststellung zu gelangen, dass tatsächlich der Richter in der öffentlichen Verhandlung und nicht der Zensor im ermessensfreien Verwaltungsverfahren als „Kunstrichter“ tätig ist (S. 24).

Wenig eindeutig lässt sich der Kunstbegriff feststellen, obwohl eine Begriffsbestimmung nicht von vornherein als unmöglich zu betrachten ist. *Beisel* analysiert in diesem Zusammenhang außerjuristische Verständnisweisen der Kunst, die ihm, wegen der ständigen Beeinflussung von Ästhetik und Kunst und der dadurch geprägten Konturlosigkeit des Kunstbegriffs, für die juristische Arbeit richtigerweise als ungeeignet erscheinen. Er plädiert an die Rechtswissenschaft, einen selbständigen Kunstbegriff zu entwickeln. Offensichtlich muss es sich hier um einen rechtlichen Zweckbegriff handeln, an den die juristische Subsumtion sinnvoll anknüpfen kann, der aber zugleich jeder „wertenden Einengung des Kunstbegriffs“ entgegensteht (BVerfGE 67, 213, 224). Einen solchen Begriff konnte der *Verfasser*

selbst nicht abschließend konstruieren. Vielmehr begnügt sich *Beisel* mit der Feststellung der Elemente des Kunstbegriffs, die auch in den Definitionsangeboten des klassischen und neueren Schrifttums regelmäßig berücksichtigt sind.

Ausgehend vom Kunstbegriff der juristischen Teilgebiete Urheberrecht, Handelsrecht und Steuerrecht konzentriert sich *Beisels* Analyse auf die Problematik des Inhalts des „künstlerischen Produkts“, auf den Schöpfungscharakter und die Form des Kunstwerks und abschließend auf den zeichentheoretischen Ansatz, die Selbstdefinition des Künstlers und auf den strukturellen Ansatz von *Friedrich Müller* (Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969). Die letztere Kunstbetrachtung ist nach der Auffassung des *Verfassers* zu bevorzugen; dies jedoch nicht vorbehaltlos. Sie führt im Ergebnis zu der Ausklammerung einiger Kunstformen aus dem grundgesetzlichen Kunstbegriff (etwa Märchen- und Unterhaltungsfilm). Darüber hinaus erscheint *Müllers* Methodik bezüglich neuerer Kunstformen zu kurz zu greifen, da diese erst durch die entsprechende Präsentation neuer Gattungsarten den Kunstcharakter erwerben können. *Beisel* befürwortet hier als „Hilfsmethoden“ zur Bestimmung des Kunstcharakters eines Werks die Selbstdefinition des Grundrechtsträgers, da eine objektive Einschätzung nicht möglich ist, sowie die Differenzierung danach, ob die jeweilige Handlung „in Ausübung“ der Kunstfreiheit geschah. Somit nähert sich die Darstellung der Schlussfolgerung, dass die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes nur die Handlungen schützt, die in sachspezifischem Zusammenhang mit der Struktur des grundrechtlichen Normbereichs stehen (S. 111).

Der Werk- und der Wirkungsbereich sind die eigentlichen Sektoren, wo Kunst in Konflikt mit gegenläufigen Interessen geraten kann. Dem trägt die vorgelegte Analyse Rechnung, indem der *Verfasser* beide Elemente der geschützten Tätigkeiten darstellt und beide Sphären der Kunstfreiheitsgarantie gleicher Schutzintensität unterstellt. Eine abgestufte Schrankenlösung wird damit abgelehnt. Die Schrankenprüfung der Kunstfreiheit ist durch die vorbehaltlose Gewährleistung des Grundrechts bedingt. *Beisel* entgeht dem

Problem des dogmatischen Umgangs mit einem vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht, indem er zuerst vom Boden der herrschenden Auffassung aus argumentiert. Danach kommt eine Anwendung der Schrankenklausel des Art. 5 Abs. 2 GG im Blick auf die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG nicht in Betracht. Seine Argumentation geht sodann aufgrund der verbreiteten Praxis (S. 134ff.) ein Stück weiter und zeigt, dass die weite Auslegung des Begriffs „Kunst“ eine weite Auslegung der Grundrechtsschranken fordert und damit auch zu denselben Ergebnissen wie bei der Anwendung des Art. 5 Abs. 2 GG oder der Schrankentrias des Art. 2 GG führt. Gerade hier setzt der kritische Ansatz an: Wenn die vorbehaltlose Gewährleistung der Kunstfreiheit durch die Gesetze, die sich nicht gegen Kunstfreiheit als solche wenden, die also kein Sonderrecht gegen die Kunstfreiheit enthalten, aber andere Güter schützen und deshalb „allgemein“ sind, eingeschränkt wird, wird die Verfassung überdehnt: Die Grenze zwischen Meinungs- und Kunstfreiheit verschwindet, das Problem wird auf die verfassungsrechtliche Ebene verlagert, die einfachgesetzlichen Güter werden ohne Begründung zu verfassungsrechtlichen Schutzgütern aufgewertet, so dass zwischen beiden keine Differenz mehr besteht. *Beisel* gelangt hierbei zu dem zutreffenden Ergebnis, dass dadurch die Kunstfreiheitsgarantie verwässert und umgangen wird, wenn es nicht sogar zu einer ideologisch begründeten Verengung der Verfassung führt.

## II.

In einem zweiten Teil (S. 167ff.) sind einfachgesetzliche Schranken, die sich aus den einzelnen, hier detailliert dargestellten strafrechtlichen Vorschriften ergeben, dahingehend untersucht worden, ob das jeweilige Rechtsgut den materiellen Kern des strafrechtlichen Tatbestands bildet. Die Grundthese des *Verfassers*, dass sich beide „Kulturerscheinungen“, Kunst und Strafrecht, in Vergangenheit und Gegenwart „immer wieder aneinander gerieben haben und einander mit Misstrauen begegnen“ (S. 2), bestimmt die grundlegende Fragestellung des zweiten Teils: inwieweit kann die Kunstfreiheit als grundrechtliche Gewährleistung noch sinnvoll geschützt werden?

*Beisel* prüft daher, ob ein künstlerisches Handeln auf der Ebene des Tatbestands überhaupt das einfachgesetzliche Schutzgut beeinträchtigen kann, wenn dieses Rechtsgut nicht verfassungsrechtlich geschützt ist. Dem jeweiligen Normtatbestand soll folglich entnommen werden, dass die betreffende künstlerische Handlung gegen die Rechtsordnung verstoßen hat, womit das generelle Verbot übertreten wurde. Da sich alle Verbrechenselemente zugleich als Wertungsstufen aufeinander beziehen und miteinander zusammenhängen, stellt er in diesem Zusammenhang als methodologisches Postulat fest, dass die Kunstfreiheit sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtswidrigkeit eine Rolle spielt. Anhand einschlägiger Vorschriften analysiert er dementsprechend drei in entsprechende Kapitel gegliederte Problemkomplexe: Jugendschutz und Kunst (§ 184 StGB und GjS), Schutz des öffentlichen Friedens und Kunstfreiheit (§§ 130, 131, 166 und 184 III StGB) und Kunstfreiheit und Staatsschutzdelikte (§§ 90a I, 90 b, 86, 86a StGB). Die Beleidigungsdelikte sind bewusst unerwähnt geblieben, da sie in einer früheren Dissertation (*Elmar Erhardt*, Kunstfreiheit und Strafrecht, Diss. Heidelberg, 1989) erörtert worden sind; auch den Straftatbestand der Sachbeschädigung aus § 303 StGB sah der *Autor* als „zu wenig kunsttypisch“ und „zu unergiebig“ an und lässt ihn folglich beiseite (S. 7).

Zu Beginn des zweiten Teils widmet sich *Beisel* der Darstellung der mit dem § 184 StGB verfolgten Schutzzwecke. Der Hauptzweck des Schutzes der sexuellen Entwicklung der Minderjährigen wird daher in mehrere, klar ausdifferenzierte Schutzbereiche unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzzwecke der einzelnen Tatbestandsvarianten unterteilt. Im Rahmen dieser Erörterung gelangt der *Verfasser* zunächst zur Auslegung des Begriffs Pornographie. *Beisel* bewegt sich insoweit noch auf der Grundlage gesicherter Verständnisweisen von Pornographie und Erotik, als er eine endgültige Definition offen lässt und im Ergebnis, wegen der fehlenden Unterscheidbarkeit zur Erotik, eine genauere gesetzliche Definition der Pornographie verlangt. Wenn danach die Frage der überzeugenden Abgrenzung von Pornographie und Kunst ge-

stellt wird, bedient sich der *Verfasser* der „Exklusivitätstheorie“, die den Ausschluss der Begriffe „Kunst“ und „Pornographie“ befürwortet, und der „Schöpfungstheorie“ des BVerfG, die an den geistigen Bezug und die schöpferische Gestaltung der jeweiligen „Übermittlung“ anlehnt, um die Schlussfolgerung zu begründen, dass sich „Kunst“ und „Pornographie“ nicht ausschließen, dass sogar die harte Pornographie unter den Kunstbegriff fällt (S. 198 f.). Eine mögliche Rechtfertigung der Pornographie durch das Grundrecht der Kunstfreiheit wird dadurch evident. Dies ist jedoch nicht das Anliegen der vorgelegten Darstellung. Es wird also nicht gefragt, ob Pornographie Kunst ist, sondern welche Verfassungswerte bei pornographischen Darstellungen angesichts des § 184 StGB der Kunstfreiheit des Grundgesetzes entgegenstehen. Aufgrund einer sehr detaillierten Analyse der Schutzzwecke des § 184 StGB gelangt der *Verfasser* zu der wohl zentralen These, dass unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Strafbarkeit nach § 184 Abs. 1 StGB nur in einigen Tatbeständen haltbar ist: Als alleiniges Rechtsgut könne nur der Jugendschutz angenommen werden.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt der *Verfasser* bei der Auslegung der §§ 130 und 131 StGB: Die Vorschriften erfassen, zielen nicht auf den Jugendschutz, sondern auf die fiktiven Vorgänge des „öffentlichen Friedens“, dem Verfassungsrang zukommt. Ähnlich sind die Regelungsgegenstände aus § 184 Abs. 3 StGB interpretiert: Sie schützen die Menschenwürde und den öffentlichen Frieden (1. Alt.) sowie Jugendschutz-Aspekte, das allgemeine Persönlichkeitsrecht i. S. v. Art. 1 I iVm 2 I GG und den öffentlichen Frieden (2. u. 3. Alt.). Den „öffentlichen Frieden“ betrachtet der *Autor* darüber hinaus als das eigentliche Rechtsgut des § 166 StGB und gelangt dann im Ergebnis zu der konsensfähigen Schlussfolgerung, dass eine solche Strafvorschrift ersatzlos zu streichen ist, da sie wegen der fehlenden eigenständigen Funktion überflüssig geworden ist. Soweit hier noch das religiöse Gefühl der Gläubigen in kollektiver Hinsicht als ein Rechtsgut anzusehen wäre, lehnt der *Verfasser* die Relevanz der Vorschrift damit ab, dass gegen den Kunstartikel der Art. 4 GG steht, dessen Tatbestandserfüllung nicht objektiv nachprüf-

bar ist. Obwohl diese These freilich nicht unbedingt überzeugend begründet ist, lässt sich doch im Ergebnis darüber Konsens erzielen, dass eine Strafvorschrift nicht deshalb notwendig ist, weil sich religiöse Menschen durch eine Darstellung in ihren Empfindungen verletzt fühlen könnten.

Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ leitet der *Verfasser* als das einschlägige Rechtsgut aus den §§ 86f. und 90a f. StGB ab und diskutiert abschließend in der gebotenen Kürze das Problem des Kollisionsverhältnisses zwischen Kunstfreiheit und den Vorschriften über die Einziehung und Unbrauchmachung von Kunstwerken. So neu ist es allerdings nicht, dass die Wirkung von Art. 5 III 1 GG auf diese Vorschriften als ungeklärt und problematisch angesehen wird. Die gefestigte Betrachtungsweise übertrifft der *Verfasser* dann, wenn er aufgrund der Differenzierung zwischen der Strafbarkeit des Künstlers im Wirkbereich und der tatsächlichen Betroffenheit der Kunstfreiheit in ihrem Werkbereich zu der Schlussfolgerung kommt, dass der künstlerische Werkbereich nahezu absolut geschützt ist: Die Sanktionen dürften nicht in den Werkbereich eingreifen, es dürfe weder angeordnet werden, den künstlerischen Schaffensprozess zu unterlassen, noch das geschaffene Werk zu vernichten (S. 378).

### III.

Hat sich der Leser bis zu diesem Ergebnis durchgearbeitet, so wird er sich dafür interessieren, welche praktisch verwertbaren Resultate dieser erhebliche dogmatische Aufwand ergibt. Diese berührt der dreiseitige, als Schlussbemerkung betitelte dritte Teil (S. 379ff.) der Arbeit. Die entscheidende Aussage der Untersuchung *Beisels* gipfelt in der Schlussfolgerung einer nur scheinbaren Kunstfreiheit, die über das Institut der verfassungsimmanenten Schranken zu einer Entwertung der Kunstfreiheitsgarantie geführt hat. Die Grundthese kann dahin gehend zusammengefasst werden, dass die Einschränkung der Schutzwirkung der Kunstfreiheit nicht primär aus der Unmöglichkeit eines subsumtionsfähigen Kunstbegriffs herrührt, der schon durch seine Bestimmung in der Verfassung selbst zur Kunsteinschränkung führt. Sie stößt darüber hinaus auf verfassungsimmanente Schran-

ken, die erheblich weiter reichen als qualifizierte Gesetzesvorbehalte. Man wird die Position des *Verfassers* wohl richtig einschätzen, wenn man sie im Sinne eines Gebots der Abschaffung der Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes versteht und damit sein Vorhaben als Dekonstruktion der grundgesetzlichen Kunstfreiheit deutet, weil diese nach seinem Gedankengang bedeutungslos und mithin überflüssig geworden ist. Wenn hierzu vorgeschlagen wird, dass die Kunstfreiheit zusammen mit der Meinungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht geschützt werden solle, vermag freilich auch der *Verfasser* selbst keine zwingende Erklärung zu liefern und begründet seine Überlegung mit einer etwas abstrakt geratenen Befürwortung einer „ehrlichen Kunstfreiheitseinschränkung“ direkt über den Gesetzesvorbehalt.

### IV.

*Beisels* Arbeit, die der juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Sommersemester 1996 als Dissertation vorlag, gebührt das Verdienst, die Zusammenhänge zwischen der Kunstfreiheit des Grundgesetzes und den strafrechtlichen Vorschriften deutlich gemacht zu haben. Ob hierfür unbedingt 400 Buchseiten erforderlich waren, kann dahinstehen; immerhin verarbeitet der *Autor*, auch im Wege vergleichender Verfahren, sehr umfassendes Material, das aber nicht immer in gebotener Dichte mit dem Thema zu korrespondieren scheint. Trotz der außerordentlichen Lesbarkeit und der klaren Strukturierung des Textes machen es die „rechtspoetischen“ Einschübe manchmal schwierig, dem Gedankengang des *Verfassers* schlüssig zu folgen. Der dogmatische Ertrag der Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen Kunst und Strafrecht bleibt hiervon unberührt. Das Buch zeugt von einer konzentrierten Durchdringung des Stoffs, hinter der eine konsequente und schlicht gehaltene Argumentation steckt. Indes ist dieses Buch nicht nur dem Fachpublikum zu empfehlen. Es kann jederzeit von Laien zur Abklärung von Rechtsfragen hinzugezogen und mit Gewinn konsultiert werden.

Priv.-Doz. Dr. Edin Šarčević, Leipzig



**Wolfgang Hoffmann-Riem / Wolfgang Schulz / Thorsten Held:** *Konvergenz und Regulierung, Optionen für rechtliche Regelungen und Aufsichtsstrukturen im Bereich Information, Kommunikation und Medien.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2000. 78,00 DM, 229 Seiten.



**Wolfgang Hoffmann-Riem:** *Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Grundlagen* (Materialien zur interdisziplinären Medienforschung, Bd. 37). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2000. 128,00 DM, 374 Seiten.

Es mag befremden, eine wissenschaftliche Abhandlung – so die zuerst genannte Schrift – und ein Gutachten desselben *Autors*, erstattet im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, im Zuge einer Rezension zusammenzuführen. Dienen sie doch vielleicht zwar nicht ganz unterschiedlichen Zwecken, suchen aber Ziele auf ganz unterschiedliche Weise zu erreichen. Die Neugier wird noch mehr beflügelt, nachdem der *Hauptautor* beider Titel inzwischen als Richter am Bundesverfassungsgericht im einschlägigen Bereich verantwortlich zeichnet. Allerdings wird dieser Umstand in dem von *Hoffmann-Riem* allein verantworteten Band erwähnt und sogleich mit der Duftmarke richterlicher Distanz versehen, eingebettet in kollegiale Strukturen und unter dem Eid verpflichtet auf das Zielbild des „gerechten Richters“, wie am Ende des Vorworts zu lesen ist.

### I.

Der im engeren Sinne wissenschaftliche Band tritt auf als Produkt eines *Autors*, obwohl eine Fußnote anfangs des ersten Kapitels hervorhebt, dass für die beiden ersten Kapitel *Martin Eifert* als Mitautor zeichnet.

Die beiden ersten Kapitel handeln von der Entstehung und Entwicklung der gegenwärtigen Rundfunkordnung sowie von der dualen Rundfunkordnung unter aktuellen Herausforderungen, wobei Letzteres nur einen