

Schriften zum Strafrecht

Band 369

Kunst und öffentlicher Frieden – Strafbefreiung durch Grundrechte?

Von

Philipp Waltke



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP WALTKE

Kunst und öffentlicher Frieden – Strafbefreiung
durch Grundrechte?

Schriften zum Strafrecht

Band 369

Kunst und öffentlicher Frieden – Strafbefreiung durch Grundrechte?

Von

Philipp Waltke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-18230-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58230-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Im März 2017 öffnete ich ein neues Word-Dokument, aus dem schließlich die vorliegende Dissertation erwachsen sollte. Fiel das Tippen des allerersten Wortes auf dem leeren Papier auch gewiss nicht leicht, hat mir das Verfassen der Arbeit doch ungemein viel Freude bereitet. Gerade auch wegen der praktischen Bezüge zu persönlichen Interessen an Kunst & Kultur verschafften mir Wissbegierde und Schaffensgeist stets frische Schübe intrinsischer Motivation. Gleichwohl kann ein solches Projekt freilich nicht ohne die Unterstützung einer Vielzahl von Menschen gelingen, denen ich hiermit danken möchte.

Zunächst gebührt Frau Professor Nina Nestler Dank für die bereitwillige Übernahme der Betreuung dieses interdisziplinären und doch etwas exotischen Themas. Außerdem möchte ich Herrn Professor Brian Valerius für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danken. Für die Übernahme des Vorsitzes des Kolloquiums und die innovative Gestaltung desselben inmitten einer globalen Pandemie über Zoom danke ich Herrn Professor Carsten Bäcker.

Meinen Eltern danke ich von ganzem Herzen für ihre stets bedingungslose und uneingeschränkte Unterstützung, die gerade für einen Akademiker der ersten Generation einen keineswegs selbstverständlichen und umso bedeutsameren Rückhalt darstellt.

Auch möchte ich meinen Freunden gleichermaßen für Beistand wie Amusement danken. Besonderer Dank gilt dabei meinem langjährigen Wegbegleiter und Mitstreiter Dr. Christopher Schletter, LL.M. (Berkeley) – unvergessen bleibt die wunderbare Zeit des gemeinsamen Rumdokterns in Bayreuth, Paris und Frankfurt am Main –, seinem Bruder Lukas Schletter – so haben nicht nur unsere dialektischen Gespräche den Schatten an der Wand so manch dunkler Höhle zu Sinn verholfen, sondern waren auch die gemeinsamen Kunst-Experimente ein stetiger Quell an Inspiration –, sowie außerdem Dr. Helge Alexander Wiechmann für scharfsinnigen Rat und spontane Tat, Ann-Kathrin Mäurer für das sorgfältige Korrekturlesen und Julia Wagner für die moralische Unterstützung.

Zu guter Letzt möchte ich meine aufrichtige Dankbarkeit gegenüber Franziska Christine Häffner zum Ausdruck bringen.

In Gedenken an Benjamin Johannes Weigel.

Hamburg, im Januar 2021

Philipp Waltke

Inhaltsübersicht

Einleitung	27
A. „Kunst und Strafrecht“	27
B. Eingrenzung	29
C. Vorgehen	31
 <i>Teil 1</i>	
Verfassungsrechtlicher Schutz der Kunst	33
A. Schutzbereich	33
I. Sachlicher Schutzbereich	33
II. Persönlicher Schutzbereich	58
III. Grundrechtskonkurrenzen	61
IV. Zwischenergebnis	62
B. Eingriffe in den Schutzbereich	62
C. Rechtfertigung von Eingriffen	65
I. Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts	66
II. Schrankenübertragung	67
III. Schranke kollidierenden Verfassungsrechts	70
IV. Fazit	77
D. Zusammenfassung des ersten Teils	78
 <i>Teil 2</i>	
Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Strafrecht	80
A. Strafbefreiung durch Grundrechte allgemein	81
I. Strafrechtsimmanente Lösungen	81
II. Strafrechtsexterne Möglichkeit: Unmittelbare Anwendung der Grundrechte	97
III. Stellungnahme zur Strafbefreiung durch Grundrechte allgemein	133
B. Strafbefreiung durch die Kunstrechte <i>in concreto</i>	134
I. Tatbestandsebene	134
II. Rechtswidrigkeitsebene	138
III. Fazit	143
C. Zusammenfassung des zweiten Teils	144

Teil 3

Schutz des öffentlichen Friedens im Lichte der Kunstfreiheit	145
A. Der öffentliche Frieden	146
I. Der öffentliche Frieden als Rechtsgut	146
II. Der öffentliche Frieden im Wortlaut von Straftatbeständen	163
III. Zusammenfassung	170
B. § 166 StGB – Beschimpfung von Bekenntnissen	171
I. Geschützte Rechtsgüter	172
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	175
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	193
IV. Fazit und Ausblick	195
C. § 167 StGB – Störung der Religionsausübung	196
I. Geschützte Rechtsgüter	196
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	197
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	204
IV. Fazit und Ausblick	209
D. § 131 StGB – Gewaltdarstellung	210
I. Geschützte Rechtsgüter	212
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	218
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	237
IV. Fazit und Ausblick	238
E. § 130 StGB – Volksverhetzung	239
I. Geschützte Rechtsgüter	240
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	244
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	258
IV. Fazit und Ausblick	264
F. § 86a StGB – Verwenden von Kennzeichen	265
I. Geschützte Rechtsgüter	266
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	269
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	274
IV. Fazit und Ausblick	275
G. § 90a StGB – Verunglimpfung des Staates	275
I. Geschützte Rechtsgüter	276
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	280
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	281
IV. Fazit und Ausblick	281
H. § 111 StGB – Öffentliche Aufforderung zu Straftaten	282
I. Geschützte Rechtsgüter	282
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	282
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	284
IV. Fazit	284
I. § 126 StGB – Androhung von Straftaten	285

J. § 140 StGB – Belohnung und Billigung von Straftaten	285
K. Zusammenfassung des dritten Teils	286
 <i>Teil 4</i>	
Zusammenfassung und Ausblick	288
A. Zusammenfassung und Stellungnahmen	288
I. Zu Teil 1	288
II. Zu Teil 2	290
III. Zu Teil 3	293
B. Würdigung des Tenors der Arbeit	304
C. Ausblick	306
 Literaturverzeichnis	307
Sonstige Quellen	344
Stichwortverzeichnis	346

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. „Kunst und Strafrecht“	27
B. Eingrenzung	29
C. Vorgehen	31
<i>Teil I</i>	
Verfassungsrechtlicher Schutz der Kunst	33
A. Schutzbereich	33
I. Sachlicher Schutzbereich	33
1. Schutzgegenstand: Was ist Kunst?	34
a) Eigener strafrechtlicher Kunstbegriff?	35
b) Verbot oder Gebot einer Definition?	36
aa) <i>Knies'</i> Definitionsverbot	36
bb) Definition durch den Künstler?	36
cc) Definition durch Dritte?	38
dd) Gebot einer staatlichen Definition	39
c) Einzelne Definitionsvorschläge	40
aa) Anknüpfungspunkt Ästhetik	40
bb) Anknüpfungspunkt Ethik	42
cc) Anknüpfungspunkt Qualität	44
dd) Anknüpfungspunkt Form	46
ee) Anknüpfungspunkt Schöpfung	47
ff) Anknüpfungspunkt Interpretierbarkeit	48
d) Stellungnahme: Topoi	50
e) Zwischenergebnis	52
2. Schutzgewährleistungen	52
a) Werkbereich	54
b) Wirkbereich	55
c) Schutzbereichsausnahme?	57
d) Zwischenergebnis	58

II. Persönlicher Schutzbereich	58
III. Grundrechtskonkurrenzen	61
IV. Zwischenergebnis	62
 B. Eingriffe in den Schutzbereich	62
 C. Rechtfertigung von Eingriffen	65
I. Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts	66
II. Schrankenübertragung	67
1. Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG	67
2. Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG	69
3. Schranken konkurrierender Grundrechte	70
4. Zwischenergebnis	70
III. Schranke kollidierenden Verfassungsrechts	70
1. Wirkungsweise	70
2. Kritik	75
3. Stellungnahme	76
4. Zwischenergebnis	77
IV. Fazit	77
 D. Zusammenfassung des ersten Teils	78

Teil 2

 Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Strafrecht	80
 A. Strafbefreiung durch Grundrechte allgemein	81
I. Strafrechtsimmanente Lösungen	81
1. Materiell-rechtliche Lösungen	82
a) Tatbestandsebene	82
aa) Direkte Anwendung kodifizierter Ausschlussklauseln	82
bb) Verfassungskonforme Auslegung insbesondere normativer Tatbestandsmerkmale	83
cc) Zwischenergebnis	85
b) Rechtswidrigkeitsebene	85
aa) § 34 StGB	86
(1) Direkte Anwendung	86
(a) Notstandslage	86
(b) Notstandshandlung	87
(c) Abwägung	89
(d) Zwischenergebnis	90
(2) Analoge Anwendung	90

(3) Zwischenergebnis	92
bb) § 193 StGB	92
(1) Direkte Anwendung	92
(2) Analoge Anwendung	92
(3) Zwischenergebnis	94
cc) Rechtfertigende Pflichtenkollision?	94
dd) Zwischenergebnis	94
c) Zwischenergebnis	94
2. Prozessuale Lösung	94
3. Zusammenfassung	96
II. Strafrechtsexterne Möglichkeit: Unmittelbare Anwendung der Grundrechte	97
1. Notwendigkeit und Anerkennung einer unmittelbaren Anwendung	97
a) Gebot der Einheit der Rechtsordnung	97
b) Abhilfe über Art. 100 Abs. 1 GG?	98
c) Lösung: Gerichtliche Befugnis zum unmittelbaren Grundrechtsdurchgriff	101
d) Anerkennung der unmittelbaren Anwendung	103
e) Zwischenergebnis	105
2. Wirkebene einer unmittelbaren Anwendung	105
a) Tatbestandsebene	105
b) Rechtswidrigkeitsebene	107
c) Schuldebene	108
d) Zwischenergebnis	109
3. Methodischer Unterbau einer unmittelbaren Anwendung	110
a) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	110
b) Anerkennung der verfassungskonformen Rechtsfortbildung	112
c) Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung	115
d) Zwischenergebnis	117
4. Entkräftigung der Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendung	118
a) Problem eines Kompetenzverstoßes gegenüber dem BVerfG?	118
aa) Geäußerte Bedenken	118
bb) Entkräftigung der Bedenken	119
cc) Zwischenergebnis	120
b) Problem eines Verstoßes gegen die Kompetenz der Legislative und damit gegen das Gewaltenteilungsprinzip?	120
aa) Geäußerte Bedenken	120
bb) Entkräftigung der Bedenken	121
cc) Zwischenergebnis	124
c) Problem eines Verstoßes gegen den Vorrang des Gesetzes?	124
aa) Geäußerte Bedenken	124
bb) Entkräftigung der Bedenken	125

cc) Zwischenergebnis	126
d) Problem der Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung bzw. der richterlichen Rechtsfortbildung?	126
aa) Geäußerte Bedenken	126
bb) Entkräftigung der Bedenken	127
cc) Zwischenergebnis	127
e) Problem der Unbestimmtheit?	127
aa) Geäußerte Bedenken	127
bb) Entkräftigung der Bedenken	128
cc) Zwischenergebnis	129
f) Problem der Rechtsunsicherheit?	129
aa) Geäußerte Bedenken	129
bb) Entkräftigung der Bedenken	129
cc) Zwischenergebnis	130
g) Stellungnahme zu den Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendung ..	130
5. Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung	132
6. Zusammenfassung zur unmittelbaren Anwendung der Grundrechte	133
III. Stellungnahme zur Strafbefreiung durch Grundrechte allgemein	133
 B. Strafbefreiung durch die Kunstrechte <i>in concreto</i>	134
I. Tatbestandsebene	134
1. Objektiver Tatbestand	134
a) Direkte Anwendung kodifizierter Ausschlussklauseln	134
b) Verfassungskonforme Auslegung insbesondere normativer Tatbestandsmerkmale	135
c) Unmittelbare Anwendung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	136
2. Subjektiver Tatbestand	137
3. Zwischenergebnis	138
II. Rechtswidrigkeitsebene	138
1. § 34 StGB (analog)	138
2. § 193 StGB (analog)	139
3. Unmittelbare Anwendung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	141
a) Übertragung obiger Ergebnisse zur unmittelbaren Anwendung der Grundrechte auf die Kunstrechte	141
b) Voraussetzungen	142
4. Zwischenergebnis	143
III. Fazit	143
 C. Zusammenfassung des zweiten Teils	144

Teil 3

Schutz des öffentlichen Friedens im Lichte der Kunstfreiheit	145
A. Der öffentliche Frieden	146
I. Der öffentliche Frieden als Rechtsgut	146
1. Definition des öffentlichen Friedens	147
a) Grunddefinition	147
b) Unterdefinitionen im Kontext der verschiedenen Tatbestände zum Schutz des öffentlichen Friedens	148
c) Wandel der Definition durch die Wunsiedel-Entscheidung	150
d) Zwischenergebnis	151
2. Kritik am öffentlichen Frieden als Rechtsgut	152
a) Kritik an der subjektiven Dimension	152
b) Kritik an der objektiven Dimension	154
c) Fazit	157
3. Verfassungsrang des öffentlichen Friedens	158
a) Wörtliche Verankerung im Grundgesetz	159
b) Positivierung des Schutzes des öffentlichen Friedens im Grundgesetz	160
c) Fazit und Stellungnahme	161
4. Zwischenergebnis	162
II. Der öffentliche Frieden im Wortlaut von Straftatbeständen	163
1. Systematisierung der hier relevanten Delikte	163
a) Gruppe 1	164
b) Gruppe 2	164
c) Gruppe 3	165
2. Klassifizierung als echtes strafbegründendes Tatbestandsmerkmal?	165
a) Behandlung der Friedensklausel in der Praxis	165
b) Einordnung dieses Vorgehens	167
c) Fazit	170
3. Zwischenergebnis	170
III. Zusammenfassung	170
B. § 166 StGB – Beschimpfung von Bekenntnissen	171
I. Geschützte Rechtsgüter	172
1. Religionsfreiheit des Art. 4 GG	172
2. Öffentlicher Frieden	173
3. Fazit und Stellungnahme	174
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	175
1. Problemlose Tatbestandsmerkmale	175
2. Beschimpfen	176
a) Zum Begriff des Beschimpfens	176

b) Beispiele nicht beschimpfender Werke	179
c) Beispiele beschimpfender Werke	181
d) Zwischenergebnis	185
3. Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens	185
a) Abstellen auf Beeinträchtigung des Vertrauens der Anhänger	186
b) Abstellen auf Förderung der Intoleranz Dritter	186
c) Abstellen auf tatsächliche Reaktion der Anhänger	187
d) Andere Auslegung aufgrund der Kunstfreiheit?	190
e) Fazit	192
4. Zwischenergebnis	193
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	193
1. § 193 StGB analog	193
2. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als eigener Rechtfertigungsgrund	194
a) Subsidiarität	194
b) Entgegenstehende Verfassungsrechtsgüter?	194
c) Zwischenergebnis	194
3. Zwischenergebnis	195
IV. Fazit und Ausblick	195
C. § 167 StGB – Störung der Religionsausübung	196
I. Geschützte Rechtsgüter	196
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	197
1. Störung in grober Weise	197
2. Verübung beschimpfenden Unfugs	197
3. <i>Beispiele (nicht) tatbestandlicher Werke</i>	198
a) „ <i>Pressure to Perform</i> “	198
aa) Einschätzung der Gerichte	199
bb) Bewertung der Einschätzung der Gerichte	200
cc) Appendix	202
b) „ <i>Pussy-Riot</i> “	203
c) „ <i>Femen</i> “	204
III. <i>Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit</i>	204
1. Voraussetzungen	205
a) Subsidiarität	205
b) Entgegenstehende Verfassungsrechtsgüter	205
c) Abwägung	205
2. Anwendung auf obige Beispiele	206
IV. Fazit und Ausblick	209

D. § 131 StGB – Gewaltdarstellung	210
I. Geschützte Rechtsgüter	212
1. Öffentlicher Frieden	212
2. Jugendschutz	214
3. Schutz des Einzelnen vor der Annahme einer aggressiven Einstellung – „ <i>Ludovico Technique</i> “ im StGB?	216
4. Menschenwürde	216
5. Zwischenergebnis	218
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	218
1. Problemlose Tatbestandsmerkmale	218
2. Grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten	219
3. Schildern	220
4. Pönalisierte Arten der Darstellung	221
a) Verherrlichung (Var. 1)	222
aa) Definition	223
bb) Tatbestandsrestriktion?	225
cc) Zwischenergebnis	225
b) Verharmlosung (Var. 2)	226
c) Menschenwürde verletzende Darstellung (Var. 3)	227
aa) Selbstzweck-Formel?	227
bb) Definition von BVerfG und Literatur	228
cc) Stellungnahme: Extrem enges Verständnis	229
(1) Besonderheiten des Schutzbutes von Var. 3	229
(2) Vorgeschlagene Definition	231
(3) Beispiele	233
(4) Fazit	236
dd) Zwischenergebnis	236
5. Zusammenfassung	236
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	237
IV. Fazit und Ausblick	238
E. § 130 StGB – Volksverhetzung	239
I. Geschützte Rechtsgüter	240
1. Öffentlicher Frieden	241
2. Menschenwürde	241
3. Jugendschutz	243
4. Zwischenergebnis	243
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	244
1. Friedensklausel	244

2. Anforderung an die pönalisierte Äußerung	246
a) § 130 Abs. 1 und 2 StGB	246
aa) Angriffsobjekt der Äußerung	246
bb) Tatmodalitäten Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 a) und b)	247
cc) Tatmodalitäten Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 2 Nr. 1 c)	248
dd) Beispiele aus der Rechtsprechung	249
b) § 130 Abs. 3 StGB	252
aa) Billigen, leugnen oder verharmlosen	252
bb) Beispiele aus der Rechtsprechung	252
c) § 130 Abs. 4 StGB	253
aa) Billigen, verherrlichen oder rechtfertigen	253
bb) In einer die Würde der Opfer verletzenden Weise	254
cc) Beispiele?	254
3. Kodifizierte Tatbestandsausschlussklausel	255
a) Voraussetzungen	255
b) Bedeutung der Klausel im Rahmen des § 130 StGB	257
c) Zwischenergebnis	258
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	258
1. Entgegenstehendes Rechtsgut	258
2. Verletzung der Menschenwürde	259
a) § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB	260
b) § 130 Abs. 3 StGB	261
c) Zwischenergebnis	263
3. Stellungnahme	263
IV. Fazit und Ausblick	264
 F. § 86a StGB – Verwenden von Kennzeichen	265
I. Geschützte Rechtsgüter	266
1. Öffentlicher Frieden	267
2. Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung	267
3. Zwischenergebnis	269
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	269
1. Tatbestandseinschränkung bei fehlender Verletzung des Schutzzwecks? ..	270
2. Vielmehr: Kodifizierte Ausschlussklausel	271
a) Dienen	271
b) Abwägung nötig?	273
c) Zwischenergebnis	274
3. Zwischenergebnis	274
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	274
IV. Fazit und Ausblick	275

G. § 90a StGB – Verunglimpfung des Staates	275
I. Geschützte Rechtsgüter	276
1. Öffentlicher Frieden	276
2. Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung	277
3. Schutz staatlicher Symbole	278
4. Staatlicher Ehrschutz	279
5. Zwischenergebnis	280
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	280
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	281
IV. Fazit und Ausblick	281
H. § 111 StGB – Öffentliche Aufforderung zu Straftaten	282
I. Geschützte Rechtsgüter	282
II. Tatbestandsmäßigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	282
III. Rechtswidrigkeit im Lichte der Kunstfreiheit	284
IV. Fazit	284
I. § 126 StGB – Androhung von Straftaten	285
J. § 140 StGB – Belohnung und Billigung von Straftaten	285
K. Zusammenfassung des dritten Teils	286

Teil 4

Zusammenfassung und Ausblick	288
A. Zusammenfassung und Stellungnahmen	288
I. Zu Teil 1	288
1. Zum Kunstbegriff	288
2. Zum Eingriff in die Kunstfreiheit durch das Strafrecht	289
3. Zur Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht	289
II. Zu Teil 2	290
1. Zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung	290
2. Zur unmittelbaren Anwendung von Grundrechten allgemein	291
3. Zu Möglichkeiten der Strafbefreiung durch die Implikationen der Grundrechte allgemein	291
4. Zu Möglichkeiten der Strafbefreiung durch die Kunstfreiheit <i>in concreto</i> ..	292
III. Zu Teil 3	293
1. Zur Rechtsgutsqualität des öffentlichen Friedens	293
2. Zum Verfassungsrang des öffentlichen Friedens	295

3. Zur (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens als normativer Wertungsklausel statt eines strafbegründenden Tatbestandsmerkmals	295
4. Zu § 166 StGB – Beschimpfung von Bekenntnissen	296
5. Zu § 167 StGB – Störung der Religionsausübung	298
6. Zu § 131 StGB – Gewaltdarstellung	298
7. Zu § 130 StGB – Volksverhetzung	300
8. Zu § 86a StGB – Verwendung von Kennzeichen	301
9. Zu § 90a StGB – Verunglimpfung des Staates	303
10. Zu §§ 111, 126, 140 StGB	304
B. Würdigung des Tenors der Arbeit	304
C. Ausblick	306
Literaturverzeichnis	307
Sonstige Quellen	344
Stichwortverzeichnis	346

Abkürzungsverzeichnis

1. StrRG	Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts
a. A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [Zeitschrift]
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfD	Alternative für Deutschland
AfP	Archiv für Presserecht [Zeitschrift]
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative/n
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt [Zeitschrift]
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts [Zeitschrift]
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter [Zeitschrift]
Bd.	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPjM	Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien
BPjS	Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften
BPS-Report	Bundesprüfstelle-für-jugendgefährdende-Schriften-Report [Zeitschrift]
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb [Zeitschrift]
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
diesbzgl.	diesbezüglich
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung [Zeitschrift]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung [Zeitschrift]
dt.	deutsch/er
DuR	Demokratie und Recht [Zeitschrift]
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt [Zeitschrift]
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.	folgende/r
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht [Zeitschrift]
FDJ	Freie Deutsche Jugend
FeiertagsG	Gesetz über die Sonn- und Feiertage (Feiertagsgesetz)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FSK	Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft GmbH
FuR	Film und Recht [Zeitschrift]
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht [Zeitschrift]
GG	Grundgesetz
G.I.	Bezeichnung für Soldaten der United States Army
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtschutz und Urheberschutz [Zeitschrift]
HJ	Hitlerjugend
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht [Zeitschrift]
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter [Zeitschrift]
JMS-Report	Jugend Medien Schutz-Report – Fachzeitschrift zum Jugendmedienschutz [Zeitschrift]
JR	Juristische Rundschau [Zeitschrift]
Jura	Juristische Ausbildung [Zeitschrift]
JuS	Juristische Schulung [Zeitschrift]
JuSchG	Jugendschutzgesetz

JZ	Juristische Zeitung [Zeitschrift]
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Berlin
KGB	Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti (dt.: Komitee für Staatssicherheit), ehemaliger sowjetischer Geheimdienst
KJ	Kritische Justiz [Zeitschrift]
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [Zeitschrift]
KuR	Kirche und Recht [Zeitschrift]
KUR	Kunst und Recht [Zeitschrift]
KZ	Konzentrationslager
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht [Zeitschrift]
MMR	Multimedia und Recht [Zeitschrift]
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N.F.	Neue Folgen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [Zeitschrift]
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report [Zeitschrift]
Nr.	Nummer/n
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus/Nationalsozialistische
NSBM	National Socialist Black Metal
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht [Zeitschrift]
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht [Zeitschrift]
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NY	New York
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht [Zeitschrift]
OLG	Oberlandesgericht
Orig.	Original(titel)
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pegida	Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes
Rdnr.	Randnummer/n
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer/n
S.	Seite/n/Satz
SA	Sturmabteilung
Sch/Sch	Schönke/Schröder
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannte/r
SPIO	Spitzenorganisation der Filmwirtschaft, Dachverband der Berufsverbände der deutschen Film-, Fernseh- und Videowirtschaft

SRP	Sozialistische Reichspartei
SS	Schutzstaffel
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum [Zeitschrift]
StRR	StrafRechtsReport [Zeitschrift]
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger [Zeitschrift]
TierSchG	Tierschutzgesetz
u. a.	unter anderen/m
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht [Zeitschrift]
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von/vom
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv [Zeitschrift]
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Zeitschrift]
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft [Zeitschrift]
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik [Zeitschrift]
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik [Zeitschrift]
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [Zeitschrift]
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht [Zeitschrift]
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst [Zeitschrift]

Einleitung

A. „Kunst und Strafrecht“

1946, Frankfurt am Main. Spinnenbeinartige Stahlträger ragen aus dem leblosen Betonkörper des ausgebombten Trümmerhauses in die vom Mondlicht erhellte Nacht wie die Rippen eines halbverwesten Skelettes. Das weiße Piano direkt am Abgrund des fünften Stockes ein Fremdkörper; unversehrt, rein, verletzlich. Eine blasse Erinnerung an eine längst vergessene Zivilisation, wie sie vor dem Krieg existiert haben muss. G.I. Al Hansen stößt das weiße Piano in den Abgrund. Es fällt, fällt, fällt ... wird vom schwarzen Schlund der Straßenschlucht verschluckt. Aufprall. Reißende Metallsaiten, zersplitterndes Holz, ein rollendes Echo, Stille – Der Klang der Vergänglichkeit.

Handelt es sich bei dem Herunterstoßen des Klavieres um einen Akt der Kunst? Ist das Geräusch des Aufpralls Kunst? Stellen gar meine einleitenden Sätze Kunst dar? In der Tat stellt der beschriebene Vorfall, der später als „*Yoko Ono Piano Drop*“ tituliert wurde, wohl das erste *Happening*¹ dar und läutete so eine neue Ära innerhalb der Kunst der Moderne ein. Und meine einleitenden Sätze sind eine halb fiktive Erzählung, war ich doch selbst nicht vor Ort in dieser vom Mondlicht erhellten Nacht im Jahre 1946. Ich weiß auch nicht, ob diese Nacht tatsächlich vom Mondlicht erhellt wurde, geschweige denn, ob die Stahlträger des Gebäudes fürwahr an Spinnenbeine erinnerten. Gerade dieses fiktive Element könnte aus den Zeilen statt Wissenschaft, die allein man in einer Dissertation vorzufinden glaubt, Kunst machen. Indem ich meiner Phantasie freien Lauf ließ, habe ich in schöpferischer Gestaltung eigene Eindrücke und Erfahrungen in der Formensprache der literarischen Prosa zur Anschauung gebracht. Damit erfüllen meine Zeilen exakt die in der ersten Entscheidung des BVerfG zur Kunstfreiheit aufgestellte Definition² dessen, was unter Kunst i. S. d. Grundrechts der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu verstehen sei.

Kunst kann sich also in den verschiedensten Lebenssachverhalten zeigen. Aber was hat das alles mit dem Strafrecht zu tun? Nun, um zurück auf den „*Yoko Ono Piano Drop*“ zu kommen: Das Klavier stand nicht im Eigentum von Al Hansen, war

¹ Schäfke/Euler-Schmidt, Al Hansen – An Introspective, S. 11, 251.

² „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.“, BVerfGE 30, 176 (188) (Mephisto), so genannter materialer Kunstbegriff, siehe dazu ausführlich unten S. 47 f. und S. 50 ff.

also eine für ihn fremde Sache. „*Sachbeschädigung! § 303 Abs. 1 StGB!*“, ruft der geneigte Jurist³ sofort. Plötzlich befinden wir uns also im strafrechtlichen Terrain und es stellen sich neue Fragen: Etwa, ob für den angeklagten Künstler die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG streiten könnte und wenn ja, wie genau dies methodisch funktionierte. Und um in einem anderen Beispiel bereits an dieser Stelle auch den im Titel der vorliegenden Arbeit genannten strafrechtlichen Schutz des öffentlichen Friedens aufzugreifen: Der Künstler *Alexander Karle* führte für seine Videoinstallation „*Pressure to Perform*“ 27 Liegestütze auf dem Altar der Basilika *St. Johann* in Saarbrücken aus. Dafür wurde er am 17.01.2017 vom AG Saarbrücken wegen Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 StGB und wegen Störung der Religionsausübung nach § 167 Abs. 1 StGB, einem Delikt, das u.a. den besagten öffentlichen Frieden strafrechtlich schützt,⁴ zu 700 Euro Geldstrafe verurteilt.⁵ Unter der Veröffentlichung der Performance auf YouTube finden sich Kommentare, die anschaulich zeigen, dass gerade im religiösen Kontext eine Gefährdung des öffentlichen Friedens nicht abwegig scheint, so schnell erhitzten sich die Gemüter. User „*john rankin*“ bspw. äußerst sich sofort äußerst aggressiv: „*Do it in a Mosque you faggot, I hope you get GANG RAPED from some friendly MUSLIMS you FUCKING CUNT!!!!!!!!!!!!!!*“⁶ Ein tragischer Vorfall aus dem Jahre 2015 zeigt gar, wie schnell aus bloßen Gefühlswallungen blutige Gewalt werden kann. Nachdem die Pariser Satire-Zeitschrift „*Charlie Hebdo*“ die bekannten *Mohammed*-Karikaturen veröffentlichte, starben zwölf Menschen bei einem Attentat auf die Redaktionsräume der Zeitschrift.⁷ Aber darf aufgrund der unangemessenen Reaktion Dritter auf ein Kunstwerk wirklich dieses selbst verboten werden?

Die Kunstfreiheit genießt historisch bedingt einen hohen Stellenwert im Wertgefüge unserer Republik: Nachdem sich moderne Tendenzen der Kunst im frühen 20. Jahrhundert der obrigkeitstaatlichen Bekämpfung ausgesetzt sahen, wurde zum Schutze der Kunst deren Freiheit erstmals in Art. 142 S. 1 WRV⁸ kodifiziert.⁹

³ Wenn hier und im Folgenden bei Begriffen, die sich auf unbestimmte Personengruppen beziehen, allein die grammatisch generisch maskuline Form gewählt wurde, geschah dies ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit und ist weder geschlechts- noch genderspezifisch gemeint, sondern schließt alle Menschen gleichermaßen ein.

⁴ Vgl. unten S. 196.

⁵ AG Saarbrücken v. 17.01.2017–115 Cs 192/16 (*Redaktion beck-aktuell*, becklink 2005490). Siehe auch die Entscheidungen der Folgeinstanzen LG Saarbrücken v. 10.07.2017–12 Ns 54/17, BeckRS 2017, 147783 und OLG Saarbrücken, NJW 2018, S. 3794 ff. mit Anmerkung von Valerius, NJW 2018, S. 3797. Vgl. ausführlicher unten S. 198 ff.

⁶ Siehe <https://www.youtube.com/watch?v=0RpNWhBTYII>.

⁷ Tinnefeld/Knieper, MMR 2016, S. 157; Steinberg, DVBl 2016, S. 1282. Sehr lesenswerte Reaktion auf die Anschläge: Leisner, NVwZ 2015, S. 191 ff. Vgl. ausführlicher zu den *Mohammed*-Karikaturen unten S. 179 ff. und S. 187 f.

⁸ „*Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei.*“

⁹ Kitzinger, in: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Art. 142, S. 455 ff.; BVerfGE 119, 1 (21) (Esra).

Gleichwohl begann am 10.05.1933 mit der Bücherverbrennung¹⁰ an deutschen Hochschulen eine systematische Verfolgung des freien Denkens und der freien Künste. In der Münchner Ausstellung „*Entartete Kunst*“ von 1937 wurde zeitgenössische Kunst als „*kranke*“, „*jüdische*“ und „*bolschewistische*“ Kunst tituliert – darunter heute so viel beachtete und geehrte Maler wie *Franz Marc*, *August Macke*, *Max Pechstein*, *Emil Nolde*, *Otto Dix*, *Paul Klee*, *Marc Chagall* und *Wassily Kandinsky*.¹¹ Insgesamt wurden so zur Zeit des Nationalsozialismus 21.000 Bilder vernichtet oder verschleudert; die Künstler sahen sich Verfemung, Verbannung und Verfolgung ausgesetzt.¹² Nach 1945 war es deshalb unstrittig, dass die Kunstrechte als selbstständiges Grundrecht Bestandteil des Grundgesetzes werden sollte.¹³ Seitdem lautet nun Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG:

„Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“

B. Eingrenzung

Wie verträgt sich nun ein Strafgesetz, das Kunst pönalisiert, mit dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Freiheit? Diese Frage lässt sich schwerlich umfassend beantworten. Kunst durchdringt nahezu jeden Lebensbereich und berührt damit auch das Strafrecht in vielfältiger Art und Weise, sodass der Themenkomplex „*Kunst und Strafrecht*“ ein weites, schwer überschaubares Feld abdeckt. Der Versuch einer umfassenden Abhandlung würde darum entweder den Rahmen einer Dissertation sprengen oder jegliche Tiefe missen lassen. Deshalb wird im Folgenden eine Eingrenzung des Themas vorgenommen.

Kein Bestandteil der vorliegenden Arbeit sind so strafrechtlich relevante Handlungen *an* Kunstwerken, wie z. B. die Strafbarkeit des Beschädigens oder Zerstörens, des Diebstahls, oder auch des Fälschens eines solchen.¹⁴ Ebenso wenig soll die eher in den Bereich der Meinungsfreiheit fallende Tätigkeit der Kunstkritiker beleuchtet werden.¹⁵ Vielmehr befasst sich diese Arbeit allein mit strafrechtlich relevanten

¹⁰ Sog. Aktion „*Wider den undeutschen Geist*“, siehe Glaser, das dritte Reich, S. 81. Heinrich Heine sollte also leider Recht behalten mit seiner bereits 1823 in seiner Tragödie „*Almansor*“, Zeile 243 f. (S. 16), geäußerten Befürchtung: „... dort wo man Bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen.“

¹¹ Entartete Kunst – Ausstellungsführer; Rave, Kunstdiktatur im Dritten Reich, S. 96 ff., S. 102, insb. S. 104; Glaser, das Dritte Reich, S. 109; Beschlagnahmleinventar „*Entartete Kunst*“.

¹² Glaser, das dritte Reich, S. 106; Beschlagnahmen betrafen auch Gemälde von *Egon Schiele* und *Gustav Klimt*, siehe Beschlagnahmleinventar „*Entartete Kunst*“.

¹³ BVerfGE 119, 1 (21) (Esra); vgl. Häberle, Entstehungsgeschichte des GG, Bd. 1, S. 89 ff.

¹⁴ Vgl. zur Übersicht Schack, Kunst und Recht, Rn. 53 ff., 481 ff. Z. B. auch von Kulczak, Bildende Kunst, S. 271 ff. behandelt.

¹⁵ Z. B. von Kulczak, Bildende Kunst, S. 329 ff. behandelt. Vgl. Schack, Kunst und Recht, Rn. 247, 636.