

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, Rimpf  
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 Amüsement 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

<b>Einleitung</b>	27
A. „Kunst und Strafrecht“	27
B. Eingrenzung	29
C. Vorgehen	31

## Teil 1

<b>Verfassungsrechtlicher Schutz der Kunst</b>	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

## Teil 2

<b>Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Strafrecht</b>	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 Kunstfreiheit <i>in concreto</i>	134
I. Tatbestandsebene	134
II. Rechtswidrigkeitsebene	138
III. Fazit	143
C. Zusammenfassung des zweiten Teils	144

*Teil 3*

<b>Schutz des öffentlichen Friedens im Lichte der Kunstfreiheit</b>		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

*Teil 4*

**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

<b>Einleitung</b>	27
A. „Kunst und Strafrecht“	27
B. Eingrenzung	29
C. Vorgehen	31

## Teil 1

<b>Verfassungsrechtlicher Schutz der Kunst</b>	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*

<b>Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Strafrecht</b>	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. Entkräftung der Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendung .....	118
a) Problem eines Kompetenzverstoßes gegenüber dem BVerfG? .....	118
aa) Geäußerte Bedenken .....	118
bb) Entkräftung 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) Entkräftung der Bedenken .....	121
cc) Zwischenergebnis .....	124
c) Problem eines Verstoßes gegen den Vorrang des Gesetzes? .....	124
aa) Geäußerte Bedenken .....	124
bb) Entkräftung 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) Entkräftung der Bedenken .....	127
cc) Zwischenergebnis .....	127
e) Problem der Unbestimmtheit? .....	127
aa) Geäußerte Bedenken .....	127
bb) Entkräftung der Bedenken .....	128
cc) Zwischenergebnis .....	129
f) Problem der Rechtsunsicherheit? .....	129
aa) Geäußerte Bedenken .....	129
bb) Entkräftung 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 Kunstfreiheit <i>in concreto</i> .....	134
I. Tatbestandsebene .....	134
1. Objektiver Tatbestand .....	134
a) Direkte Anwendung kodifizierter Ausschlussklauseln .....	134
b) Verfassungskonforme Auslegung insbesondere normativer Tatbestands- merkmale .....	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 Grund- rechte auf die Kunstfreiheit .....	141
b) Voraussetzungen .....	142
4. Zwischenergebnis .....	143
III. Fazit .....	143
C. Zusammenfassung des zweiten Teils .....	144

*Teil 3*

<b>Schutz des öffentlichen Friedens im Lichte der Kunstfreiheit</b>	<b>145</b>
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 –  
            „*Ludovico Technique*“ 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 Schutzgutes 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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>307</b>
<b>Sonstige Quellen</b> .....	<b>344</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>346</b>

## 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]
DVB1	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	Goldammer'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 Rechtsschutz und Urheberrecht [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	Komitee Gosudarstvennoy Bezopasnosti (dt.: Komitee für Staatssicherheit), ehemaliger sowjetischer Geheimdienst
KJ	Kritische Justiz [Zeitschrift]
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [Zeit- schrift]
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
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht [Zeit- schrift]
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*“ titulierte wurde, wohl das erste *Happening*<sup>1</sup> 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 Definition<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> *Schäpfke/Euler-Schmidt*, Al Hansen – An Introspective, S. 11, 251.

<sup>2</sup> „*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.*“, 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 Jurist<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> zu 700 Euro Geldstrafe verurteilt.<sup>5</sup> 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 erhitzen sich die Gemüter. User „*john rankin*“ bspw. äußert sich sofort äußerst aggressiv: „*Do it in a Mosque you faggot, I hope you get GANG RAPED from some friendly MUSLIMS you FUCKING CUNT!!!!!!!!!!!!!!*“<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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 obrigkeitsstaatlichen Bekämpfung ausgesetzt sahen, wurde zum Schutze der Kunst deren Freiheit erstmals in Art. 142 S. 1 WRV<sup>8</sup> kodifiziert.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Wenn hier und im Folgenden bei Begriffen, die sich auf unbestimmte Personengruppen beziehen, allein die grammatikalisch 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.

<sup>4</sup> Vgl. unten S. 196.

<sup>5</sup> *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. ausführlich unten S. 198 ff.

<sup>6</sup> Siehe <https://www.youtube.com/watch?v=ORpNWbTYII>.

<sup>7</sup> *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.

<sup>8</sup> „*Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei.*“

<sup>9</sup> *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 Bücherverbrennung<sup>10</sup> 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 „*krank*“, „*jüdisch*“ und „*bolschewistische*“ Kunst titeliert – 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*.<sup>11</sup> Insgesamt wurden so zur Zeit des Nationalsozialismus 21.000 Bilder vernichtet oder verschleudert; die Künstler sahen sich Verfemung, Verbannung und Verfolgung ausgesetzt.<sup>12</sup> Nach 1945 war es deshalb unstrittig, dass die Kunstfreiheit als selbstständiges Grundrecht Bestandteil des Grundgesetzes werden sollte.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Ebenso wenig soll die eher in den Bereich der Meinungsfreiheit fallende Tätigkeit der Kunstkritiker beleuchtet werden.<sup>15</sup> Vielmehr befasst sich diese Arbeit allein mit strafrechtlich relevanten

<sup>10</sup> 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.“

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

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

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

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

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