

Die Kunst des Strafrechts

Ein Essay.

Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn*

Kunst und Strafrecht geraten immer wieder in Konflikt. Die Folge sind medienwirksame Auseinandersetzungen über den Eigenwert des Künstlerischen und die Reichweite der normativen Regulierung. Die juristische Debatte spitzt sich häufig auf die Frage zu, ob nun gestraft werden sollte oder nicht. Seltener wird auf die wechselseitigen Einflüsse und die rechtspolitische Bedeutung Bezug genommen. Darauf wollen wir uns hier konzentrieren.

Die Beschäftigung mit der heiklen Beziehung von Kunst und Strafrecht hat Konjunktur. Spielten Juristen*innen innerhalb dieser Debatten zunächst nur eine Außenseiterrolle, so mischen sie inzwischen kräftig mit. Es gibt Symposien zu diesem Thema, Ausstellungen und immer öfter auch theoretische Auseinandersetzungen.¹ Aber was macht dieses Thema eigentlich so interessant? Ohne Zweifel haben in den letzten Jahren Entwicklungen stattgefunden, die die Öffentlichkeit für die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst, für den politischen Umgang mit Kunst usw. sensibilisiert haben, man denke nur an die Aufarbeitung der Raubkunstpraxis im Dritten Reich, die spätestens seit dem Fall Gurlitt verstärkte Provenienzforschung,² mit der sich sogar die Documenta 14 beschäftigt hat,³ oder an die Neuausrichtung des Kunst- und Urheberrechtes.⁴ Der folgende Beitrag will aber darauf aufmerksam machen, dass der Umgang mit Kunst, wie er sich besonders im Kontext des Strafrechts beobachten lässt, auch ein Zeichen für den Zustand einer staatlichen Verfassung ist – und dass dieser Zustand unser Interesse verdient.

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Strafrecht an der Universität Bonn.

¹ Erinnert sei nur an die Tagung „Kunst, Provenienz und Recht – Herausforderungen und Erwartungen“, die 2016 an der Universität Bonn stattfand.

² Der Fall Gurlitt ist gut dokumentiert bei Meier/Feller/Christ (Hrsg.), *Der Gurlitt-Komplex*, Zürich 2017; aus zivilrechtsdogmatischer Perspektive *Bergmann*, *Der Verfall des Eigentums. Ersitzung und Verjährung der Vindikation am Beispiel von Raubkunst und Entarteter Kunst (der Fall Gurlitt)*, Tübingen 2015. Die Provenienzforschung widmet sich vor allem der Herkunftsgeschichte und den Besitzverhältnissen von Kunstwerken und sonstigen Kulturgütern. Informationen zur Entwicklung und zum gegenwärtigen Stand der Provenienzforschung in der Bundesrepublik bietet das Deutsche Zentrum für Kulturgutverluste in Magdeburg: <https://www.kulturgutverluste.de/Web/DE/Start/Index.html>.

³ Das betraf vor allem die Arbeiten von Maria Eichhorn: <http://www.documenta14.de/de/news/23357/rose-valland-institut>.

⁴ Dazu *Pfennig*, *Kunst, Markt und Recht. Einführung in das Recht des Kunstschaffens und der Verwertung von Kunst*, 3. Aufl., München 2016.

Beginnen wir mit einem der letzten großen Aufreger, Jan Böhmermanns Schmähdgedicht auf den türkischen Präsidenten.⁵ Böhmermann hatte bekanntermaßen in einem Fernsehbeitrag unter dem Titel „Schmähdikt“ ein Gedicht an den türkischen Staatspräsidenten adressiert, das Erdogan mit sexuell und sozial anstößigem Verhalten in Verbindung brachte; wobei in der Sendung mehrmals darauf hingewiesen wurde, dass mit diesem Beitrag die Grenzen zwischen straffreier Satire und strafrechtlich relevanter Schmähdikt veranschaulicht werden sollten.⁶ Wie aus dem Nichts gerät so eine Verbotsnorm in das öffentliche Blickfeld, die sogar die meisten Juristen bis dato überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hatten – nämlich die Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes, § 103 StGB (die Norm wurde inzwischen abgeschafft, schon das ist eine beachtliche Leistung für eine Satire).⁷ Was wir im Anschluss erleben, ist ein veritabler Skandal. Die Hauptstadt diplomatie bemüht sich um Krisenbewältigung, die maßgeblichen Feuilletons um die Deutungshoheit und die Strafgerichte um Schadensbegrenzung. Eine Satire, eine Installation, ein Bild: Kunst, oder das, was dafür ausgegeben wird, setzt Politik und Öffentlichkeit, vor allem aber das Strafrecht unter Stress.⁸

Nur was ist eigentlich der Grund für diesen Stress?

Versuchen wir das Spannungsfeld etwas genauer zu betrachten. Zu diesem Zweck sollten wir nicht nur – wie es das Thema nahe legt – von Kunst *und* Strafrecht,⁹ sondern von der Kunst *des* Strafrechts sprechen. In dieser Formulierung wird nämlich deutlich, dass die Verbindung von Kunst und Strafrecht eine selbst- und wechselbezügliche ist. Das Strafrecht hat es – darauf spielt der Genitiv an – in

⁵ Auf den aktuell ausgetragenen Streit um das an der Fassade der Berliner Alice Salomon Hochschule aufgebrachte Gedicht "avenidas" des Lyrikers Eugen Gomringer gehen wir hier nicht näher ein. Denn strafrechtliche Fragen stehen bei der Kontroverse nicht im Zentrum. Zum Problem der Kunstfreiheit vgl. die nachfolgenden Erörterungen.

⁶ Informativ *Volkman*, *Die Causa Böhmermann*, Fachinformationssdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz, Berlin 2016.

⁷ § 103 StGB wurde mit Wirkung vom 01.01.2018 gestrichen.

⁸ Den medientheoretischen Hintergrund liefert *Debord*, *Die Gesellschaft des Spektakels*, Berlin 1996.

⁹ So ist auch der Titel der Ausstellung, die von Kollegen Uwe Scheffler und seinen Mitarbeiter*innen von der Viadrina (Universität Frankfurt/Oder) konzipiert wurde und im Wintersemester 2017/2018 im Juridicum der Universität Bonn zu sehen war.

einem doppelten Sinne mit Kunst zu tun.¹⁰ Das Strafrecht ist nämlich selbst eine (juristische) Kunst und wird andererseits mit (ästhetischer) Kunst konfrontiert.¹¹ In diesem Sinne sehen wir zwei verschiedene, vielleicht sogar fremde Welten aufeinanderstoßen und sich dabei gegenseitig beeinflussen. Nehmen wir den ersten Genitiv: Unter der Kunst des Strafrechts können wir zum einen die Form verstehen, in der das Strafrecht mit seinen eigenen Mitteln und aus seiner Perspektive versucht, Konflikte in den Griff zu bekommen. Mit anderen Worten, die Ausbildung der Juristen und vor allem die Praxis – sei es bei der Staatsanwaltschaft, im Richterdienst oder im Anwaltsberuf – beruht auf einem professionellen Umgang mit dem einschlägigen dogmatischen Rüstzeug.¹²

Dogmatisches Rüstzeug ermöglicht Jurist*innen eine spezielle Kultur oder eben Kunst des Entscheidens (und grenzt sie dadurch von anderen Praktiken ab). Dogmatik generalisiert, strukturiert, schematisiert. Sie konkretisiert die Rolle der Jurist*innen in den Verfahren des Rechts wie auch deren Kompetenzen. Durch dogmatische Institute, Figuren oder Theoriemodelle werden Jurist*innen in die Lage versetzt, rechtlich Relevantes von Irrelevantem zu trennen. Dogmatik ist eine Wissenstransformationstechnik. Sie soll einen Weg der spezialwissenschaftlichen Begründung von Einzelfallgerechtigkeit eröffnen; sie soll aber auch die normative Kohärenz (Einheitlichkeit) eines Rechtsgebiets, etwa des Strafrechts, garantieren.¹³

Zu ermitteln gilt es demnach, wem eine Rechtsgutsverletzung, eine Körperverletzung, eine Beleidigung usw. zugeordnet werden kann und für den Fall, dass keine Ausschlussgründe in Betracht kommen, welcher Strafausspruch dafür angemessen ist.¹⁴ Wir reden dann gewöhnlich von einem Verfahren, das aufgrund herrschender Zurechnungsregeln und systematisch erfolgt ist.¹⁵ Das Strafrecht und das Verfassungsrecht zumal entwickeln also *aus sich heraus* eine Kunst des Argumentierens, Subsumierens und Urteilens, mit der dann die Gesellschaft in Gestalt von Definitionen, Gesetzesänderungen und Entscheidungen konfrontiert wird. Die verfassungs- und strafrechtliche Dogmatisierung der Kunstfreiheit kann inzwischen sogar als

eigenes Spezialgebiet bezeichnet werden. Ich komme auf dieses Problemfeld zurück.

Dieser eher selten betrachteten Perspektive von „Kunst und Strafrecht“ steht eine andere, nämlich die *in der Regel gemeinte* gegenüber. Die Rede von der Kunst des Strafrechts verweist insofern auf die Kunst, mit der das Strafrecht konfrontiert wird. Diese ästhetische Kunst ist etwas von außen an das Strafrecht – und seine „dogmatische“ Kunst – Herangetragen. Jan Böhmermanns Schmähegedicht auf den türkischen Präsidenten, Jonathan Meeses provokativer Umgang mit einschlägiger Nazisymbolik oder Bushidos Gangsta Rap „Stress ohne Grund“ sind Beispiele dafür, wie massiv die zwei Welten aufeinanderprallen können.¹⁶ Nun ist es nicht so, dass Mauerschützen, Kannibalen oder irrlichternde Raser das Strafrecht kalt lieben, das Gegenteil ist der Fall, wie wir an den höchstrichterlichen Entscheidungen sehen können.¹⁷ Immer wieder wird die Dogmatik auf eine harte Probe gestellt – ob mit Vorsatz-, Beteiligungs- oder allgemeinen Geltungsfragen – und immer wieder muss die Rechtsprechung eine auch *gesellschaftlich akzeptable* Entscheidung treffen. Einzelheiten brauchen wir hier nicht zu diskutieren. Aber der rechtliche und gesellschaftliche Umgang mit Kunst scheint doch Besonderheiten oder Abweichungen aufzuweisen. Nur warum?

Nähern wir uns der Frage durch einen rechtsexternen Blick: Der Berliner Kunsthistoriker Horst Bredekamp berichtet in einer Studie mit dem Titel *Der Künstler als Verbrecher* von dem besonderen Verhältnis der Kunst zur politischen Macht in der Frühmoderne. Bredekamp veranschaulicht dieses Verhältnis, indem er verschiedene Fälle straffällig gewordener Künstler und die Reaktion der „Strafgewalt“ untersucht.¹⁸ Interessant ist dieser Blick deshalb, weil er zunächst gar nicht die Kunst – als Opfer oder Täter –, sondern den kriminellen Künstler selbst in den Mittelpunkt rückt. Bredekamp zeigt, dass exponierten Künstlern, wie etwa Michelangelo, Cesari oder Bernini eine gewisse Rechtsenthobenheit zugestanden wurde, die schließlich auch zu verschiedenen Formen der „Entstrafung“, wir würden heute sagen, zu Strafbefreiungen führte.¹⁹ Ein besonders krasses Beispiel gibt Benvenuto Cellini ab. Cellini, der uns durch Goethes Arbeiten als exaltierter Renaissance-Künstler, als Bildhauer, Schriftsteller und Musiker in Erinnerung ist, tötete in einem brutalen Racheakt den Mörder seines Bruders auf offener Straße; später auch noch einen Konkurrenten auf das Amt des päpstlichen Münzmeisters. Die fällige Verurteilung wegen Mordes und damit die Todesstrafe unterband Papst Paul III. mit der Bemerkung: Man brauche doch die Künstler, was täten wir ohne ihren Geist und ihre Genialität. Und im Übrigen

¹⁰ Grammatikalisch korrekt formuliert, geht es um die Verknüpfung eines genitivus subjectivus mit einem genitivus objectivus.

¹¹ In der modernen Sprachwissenschaft und der lateinischen Kasuslehre ist insofern von einem *genitivus subjectivus* und einem *genitivus objectivus* die Rede.

¹² Zur Dogmatik, Methodik und Argumentation der Juristen im Allgemeinen Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008 sowie Gröschner, Dialogik des Rechts, Tübingen 2013, zuletzt Bumke, Rechtsdogmatik, Tübingen 2017.

¹³ Einzelheiten bei I. Augsberg, Lob der Dogmatik, rescriptum 2014, S. 63 ff.; Bumke, Rechtsdogmatik, S. 44 ff. und öfter sowie Steinhauer, Vom Scheiden, 2014.

¹⁴ Es geht also um das typische strafrechtliche Zurechnungssystem, bestehend aus der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuldhaftigkeit; als Ganzes ist die Rechtsgutsverletzung schuldhaftige Tat, dazu statt Vieler Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 2017.

¹⁵ Zur Zurechnungslehre des Strafrechts siehe Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; Jakobs, Das System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012 und jüngst Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden 2017.

¹⁶ Die Aufregung, die die Aktionen von Meese und Bushido erzeugten, können vorliegend nicht im Einzelnen dargestellt werden.

¹⁷ Vgl. BGHSt 39, 1; 40, 218; 41, 101; 50, 80 und jüngst die sog. Raser-Entscheidung LG Berlin NSTZ 2017, 471.

¹⁸ Bredekamp, Der Künstler als Verbrecher, München 2007.

¹⁹ Bredekamp, Der Künstler als Verbrecher, S. 9 ff., 23 ff.

„nehmt zur Kenntnis, dass Männer wie Benvenuto, die in ihrem Beruf einzigartig sind, nicht dem Gesetz unterworfen sein müssen.“²⁰ Was uns zunächst wie eine Absurdität vorkommt, hat aber durchaus einen tieferen Sinn. Das Verbrechen des Künstlers wird durch die Bedeutung der Kunst für das Gemeinwesen – jedenfalls aber für den Herrscher – in den Hintergrund gedrängt. Wir können auch sagen, die Person verschwindet mehr oder weniger vollständig hinter den Artefakten. Bredekamp vermutet, dass in diesem Akt der Ausnahme nicht nur die Souveränität von Papst und Kaiser ausgespielt werden sollte. Demonstriert werden sollte zudem die Fähigkeit zur selbständigen Schöpfung (so wie der Leviathan nach Hobbes eine Schöpfung der Menschen ist). Der Renaissancekünstler war, so kann man das verstehen, Normbrecher und Sinnstifter zugleich und insofern selbst ein „kleiner Souverän“.²¹

Einen solchen Akt der Ausnahme, auch durch eine Macht von höchsten Gnaden, lässt der moderne Rechtsstaat nicht zu. Der Strafjustiz ist ihre Unabhängigkeit verfassungsrechtlich zugesichert.²² Päpste mischen sich nicht mehr in das Geschäft der Juristen ein; täten sie es, würde die dritte Gewalt lautstark protestieren. Und ja, die Künstler sind natürlich dem Gesetz unterworfen. Aber selbst wenn der Künstler als Verbrecher für die heutige Justiz ein Fall unter vielen darstellt, ist nicht zu übersehen, dass sich das Recht schwer tut mit den Künsten und ihren Artefakten. Im zeitgenössischen Verständnis von Kunst, ob in Form der Satire, der Skulptur oder der Malerei, scheint sich noch eine Spur dieser ästhetisch vermittelten Souveränität erhalten zu haben. Kunst gilt als eine autonome Form der Sublimation und Kritik, der Ästhetisierung moderner Lebensformen. Die Kraft der Kunst bestehe gerade darin, so etwa der Frankfurter Philosoph Christoph Menke, reflexiv mit dem Eingübten und Gewohnten zu brechen, dabei allerdings nicht an der Ratio des praktisch-juridischen Urteilens anzusetzen. Kunst kann uns zeigen, dass unsere Welt zwiespältiger, vielleicht auch brüchiger ist, als wir zu meinen glauben.²³ Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Neben die von Kant und Schiller vertretene Vorstellung von einer Kunst, die sich im „interesselosen Wohlgefallen“, in einer Autonomie von Moral, Zwecken und Naturgesetzen erschöpft oder zur Geltung bringt,²⁴ hat sich eine Kunstkultur etabliert, die gerade im sozialen Raum Relevanz erzeugen will.

Kunst, die sich auf ihre Narrenfreiheit etwas einbildet, so heißt es nun im Gefolge einer auf Performances getrimmten Ästhetik, ist nicht nur bedeutungslos, sondern in ihrer L'art pour l'art-Attitüde ästhetischer Solipsismus. Joseph Beuys wird mit seinem „erweiterten Kunstbegriff“ zum Vorreiter und Protagonisten einer emanzipierten Kunstproduktion, Kunstwahrnehmung und Kunstvermarktung. Ästhetische Konzepte sollten, so die Vorstellung, an den gesellschaftlichen Strukturen selbst ansetzen oder gar nicht. Beuys' Arbeit *Dürer, ich führe persönlich Baader + Meinhof durch die Documenta V*, die den beginnenden Terror der RAF thematisierte, steht paradigmatisch für diese Entwicklung.²⁵ Aber wie auch immer man sich dazu verhält, in dem Moment, in dem sich Kunst in der Öffentlichkeit exponiert, in dem Moment stoßen Kunst, Gesellschaft und Recht notwendig aufeinander. Damit rücken wir ins Zentrum des juristischen Problemfeldes vor.

Kunst ist, wie wir wissen, frei. Sie kann nicht durch einfaches Recht begrenzt werden, Artikel 5 Abs. 3 GG. Hinter diesen zwei Sätzen verbirgt sich eine ganze Dogmengeschichte, ein unfassbar weiter Theorieraum. Er kann hier nicht abgeschrieben werden.²⁶ Wir werden uns auf wenige, für das Verhältnis von Kunst und Strafrecht zentrale Punkte beschränken. Da es einen speziellen strafrechtlichen Kunstbegriff nicht gibt, ist ein Blick auf das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des BVerfG notwendig. In einer prominenten Entscheidung des Gerichts können wir lesen, dass „staatliche Eingriffe umso weniger zuzulassen“ sind, „je näher die umstrittene Handlung dem Kern der Kunstfreiheit zuzuordnen ist und je mehr sie sich im Bereich des Schaffens [also im Werkbereich] abspielt.“²⁷ Der ehemalige Verfassungsrichter Wolfgang Hoffmann-Riem wird noch deutlicher. In solchen Konflikten, so sagt er, müsse es um eine „Vermutung des Künstlerischen“ gehen, wenn man dem Eigenwert des Ästhetischen und der Bedeutung des Fiktionalen überhaupt gerecht werden wolle.²⁸ Dogmatisch ist dann bekanntermaßen von einem formellen, materialen oder offenen Kunstbegriff des Rechts die Rede.

Für den formellen Kunstbegriff ist ausschlaggebend, ob das als Kunst proklamierte Projekt einem bestimmten Werkstypus – der Malerei, Fotografie, Prosa/ Lyrik usw. – zugeordnet werden kann. Er geht damit am weitesten.²⁹ Der materiale Kunstbegriff stellt auf die Eigenart der ästhetischen Arbeit ab; insofern ginge es um die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“.³⁰ Der offene Kunstbegriff sieht das zentrale Merkmal

²⁰ *Cellini, La Vita*, herausgegeben von Lorenzo Bellotto, Parma 1996, S. 266; deutsche Übersetzung, *Cellini, Die Autobiographie eines Künstlers aus der Renaissance*, Zürich 2000, S. 222.

²¹ *Bredekamp, Der Künstler als Verbrecher*, S. 13 ff., 68 ff. Bredekamp bezieht sich mit seiner These vom Akt der Ausnahme auf die Theorie von Carl Schmitt, der bekanntermaßen die Entscheidung über den Ausnahmezustand als zentrales Kennzeichen von politischer Souveränität ausgemacht hatte, vgl. *Schmitt, Politische Theologie*, Berlin 1922/ 2004, S. 13.

²² Man denke nur an die Artikel 97 und 101 GG.

²³ *Menke, Die Kraft der Kunst*, Berlin 2013, S. 11 ff. und öfter.

²⁴ *Kant, Kritik der Urteilskraft*, Akademie-Ausgabe, Berlin 1968 (1900), Bd. V, §§ 2–5 (205 ff.); *Schiller, Über die ästhetische Erziehung des Menschen*, in einer Reihe von Briefen, in: *Werke*, Bd. 5, München, 3. Aufl. 1962.

²⁵ *Beuys, Art and Politics*, in: Mesch (Hrsg.), *Joseph Beuys. The Reader*, London 2007, S. 177 ff.

²⁶ Siehe aber Fischer/Beduhn (Hrsg.), *Der Künstler und sein Recht*, 2. Aufl., München 2007.

²⁷ BVerfGE 77, 24 (254) (Herrnburger Bericht).

²⁸ *Hoffmann-Riem, Sondervotum BVerfGE 119, 48 (52 f.)* (Esra-Entscheidung).

²⁹ BVerfGE 67, 213 (226 f.) (Anachronistischer Zug).

³⁰ BVerfGE 30, 173 (188 f.) (Mephisto-Entscheidung).

von Kunst darin, „dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen“, so dass sich eine unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergebe.³¹

Alle drei juristischen Kunstbegriffe versuchen das Unmögliche. Sie versuchen Kunst rechtlich zu fassen, sie vielleicht sogar zu verrechtlichen; gerade in dem Wissen, dass Kunst sich immer wieder diesen Definitionsversuchen entzieht, ja entziehen muss, und dass Juristen, wie große Teile der Gesellschaft, keine Kunstsachverständige sind. Im Grunde offenbart sich hier ein Dilemma, dem Juristen nicht entgehen können, sobald der Konflikt im Raume steht und eine Konfliktlösung unumgänglich ist. Denn die Freiheit der Kunst steht eben nicht über der Verfassung, sie ist nicht translegal. Sie konkurriert, wie wir immer wieder beobachten können, mit anderen Grundrechten, mit dem Persönlichkeitsrecht etwa, der Religions- oder Wissenschaftsfreiheit, und es gilt dann – ein Lieblingswort der Juristen – nach allen Seiten abzuwägen. Wo diese Abwägung oder eben die Herstellung praktischer Konkordanz hinführt,³² ist offen und, wie soll es anders sein, eine Frage des Einzelfalls.³³ Aber der Verweis auf den Einzelfall, eigentlich etwas Selbstverständliches, veranlasst (nicht nur) Strafrechtler zu der Mutmaßung, dass in Sachen Kunst so gut wie jeder Prozessausgang möglich sei.³⁴

Dabei versucht die Dogmatik den Spannungen oder eben dem Stress, den die Kunst hervorruft, in unterschiedlichster Weise zu begegnen. Vorgeschlagen werden zum einen *strafrechtsimmanente* Lösungen, die den Konflikt auf Tatbestands- oder Rechtsfertigungsebene neutralisieren wollen. In Betracht kommen verfassungskonforme Auslegungen von Strafnormen oder die (analoge) Anwendung von Regelungen, wie der § 193 bzw. § 34 StGB.³⁵ Möglich erscheint darüber hinaus eine prozessuale Lösung, wie sie das BVerfG in der Cannabis-Entscheidung vorgeschlagen hat.³⁶ Danach könnte auch in Fragen der Kunst die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO zumindest erwogen werden, wenn selbst eine milde Strafe verfassungswidrig wäre.³⁷ Zudem wird die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auch als *eigenständiger, verfassungsrechtlicher*

Rechtfertigungsgrund diskutiert.³⁸ Danach gewähre das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG immer dann einen Rechtfertigungsgrund, wenn das Verhalten des Künstlers in den Schutzbereich der Kunstfreiheit falle, die fragliche Strafrechtsnorm Schrankenqualität besitze und im Rahmen der Abwägung die Kunstfreiheit das von der Strafnorm geschützte Rechtsgut überwiege.³⁹

Heißt das nun: im Zweifel für die Kunst oder gegen sie?

Die Verunsicherung, die hier durchscheint, dieses gleichermaßen Strategische und Defensive des Rechts muss uns hellhörig machen. Könnte es sein, dass die Einstellung des Strafrechts zu den Künsten und ihren Grenzüberschreitungen dem Umstand geschuldet ist, dass Kunst nicht selten mit dem Anspruch auftritt, gezielt ethische Grundfragen und die „blinden Flecke“ einer Gesellschaft auszuleuchten und damit permanent Unruhestiftung betreibt? Denken wir an die Angriffe auf eine traditionelle bürgerliche Moral bei Karl Krauss, die Auseinandersetzungen mit einer bigotten Religion bei George Grosz oder den Kampf gegen einen tiefsitzenden Rassismus bei Bob Dylan oder Eminem. Schaut man allein schon auf die Form, so wird deutlich, nicht um Konzilianz oder Angemessenheit geht es, sondern um die kalkulierte Provokation, um eine Gegenmacht, die sich an keine Konventionen hält.

Was folgt daraus für das konkrete Strafverfahren? Der Maler und Performancekünstler Jonathan Meese war an der Universität Kassel zum Thema „Größenwahn in der Kunstwelt“ interviewt worden und hatte in diesem Zusammenhang – auf die Frage, ob er vor guter Kunst strammstehen könne – zweimal den Arm zum „Hitlergruß“ gehoben.⁴⁰ Im anschließenden Strafverfahren wurde er u.a. wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen, § 86a StGB, angeklagt. Das Amtsgericht Kassel setzt sich in geradezu klassischer Weise mit dem Verhältnis von strafrechtlichem Schutzanspruch und einem Grundrecht von Verfassungsrang auseinander. Zunächst wird der Normzweck von § 86a StGB betont, der namentlich im Schutz des demokratischen Rechtsstaates und des öffentlichen politischen Friedens bestünde. In einem zweiten Schritt wird der „Hitlergruß“ als Performance bestimmt und damit das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Abs. 1 GG mobilisiert. Die nachfolgende Abwägung betont – unter Zugrundelegung des offenen Kunstbegriffs – den Charakter der Satire zum Zweck der bewussten Enttabuisierung typischer nationalsozialistischer Symbole. Dies geschah zuallererst, um eine öffentliche Auseinandersetzung über den heutigen Umgang mit dem Nationalsozialismus und dessen Verbrechen zu forcieren. Dass der Künstler mit der Performance gleichzeitig Aufsehen

³¹ BVerfGE 67, 213 (227).

³² Zum Begriff der praktischen Konkordanz Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 72.

³³ Die Dogmatik der Abwägung im Allgemeinen, aber auch mit Blick auf die Kunstfreiheit kann hier nicht erschöpfend eingegangen werden, vgl. aber Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Tübingen 2014; Müller/Mastronardi (Hrsg.) Abwägung, Berlin 2014; Teifke, Das Prinzip Menschenwürde, Tübingen 2011; Hofmann, Abwägung im Recht, Tübingen 2007 und Schlink, Abwägung im Verfassungsstaat, Berlin 1976; kritisch Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, Kritische Justiz 2008, 166 ff.

³⁴ So etwa Kollege Uwe Scheffler von der Viadrina, Initiator der Ausstellung „Kunst und Strafrecht“, in einem Interview: <http://www.monopol-magazin.de/bei-kunst-ist-jeder-prozessausgang-moeglich>.

³⁵ In diese Richtung Böse ZStW 113 (2001), 40 (42 ff.).

³⁶ BVerfGE 90, 145 (191) unter Verweis auf BVerfGE 50, 205 (213 ff.).

³⁷ Böse, ZStW 113 (2001), 40 (68).

³⁸ Pars pro toto Hassemer, Festschrift Wassermann, Neuwied 1985, S. 332.

³⁹ Ausgenommen davon ist – weil abwägungsfest – die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG. Zum gesamten Problemkreis auch Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, § 18 Rn. 49 ff.

⁴⁰ AG Kassel, NJW 2014, 801 ff.

erregen und Werbezwecke verfolgen wollte, steht einem Vorrang der Kunstfreiheit nicht entgegen, wenn das künstlerische Stilmittel, hier die Satire, deutlich werde, gerade das sei aber unzweifelhaft. Im Ergebnis verneint das Amtsgericht die Strafbarkeit.

Ein Blick auf § 86a StGB zeigt, so das AG „dass solche Handlungen nicht erfasst werden sollen, die der Kunst dienen. Der Gesetzgeber hat dadurch klar zum Ausdruck gebracht, dass er selbst nicht jede Verwendung der Kennzeichen in der Öffentlichkeit unter Strafe stellen will. Legitimer Zweck... ist daher nicht die gänzliche Verbannung derselben, sondern die rationale Auseinandersetzung mit den symbolisierten Inhalten... Wie bereits ausgeführt, handelte es sich bei den Handlungen des Angekl. um Kunst... Der Angekl. wollte den Hitlergruß bewusst enttabuisieren, um zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung zu gelangen. Vor diesem Hintergrund ist das Zeigen des Hitlergrußes durch den Angekl. nicht strafbar“.⁴¹

Meese kommentierte den Freispruch mit den lapidaren Worten: „Die Diktatur der Kunst siegt über die Demokratie.“⁴² Kunst nimmt keine Rücksicht auf gewählte Autoritäten, auf die *Correctness* und die Neutralität des Rechts.

Sind Strafrecht und Kunst also schnöde Antipoden? Versuchen wir das eben Gesagte nochmal anders zu wenden. Was wir sehen, sind gegenläufige Deutungen und Interessen: Das Strafrecht ist konservativ und generalisierend, Kunst ist exzentrisch und subversiv – oder will es jedenfalls sein. Aber Vorsicht, damit ist keine voreilige Bewertung, schon gar keine Geringschätzung des Rechts intendiert. Das Strafrecht ist konservativ und generalisierend, weil es in der Form des Rechts und in der Logik einer rechtlichen Rationalität agiert, in welcher sonst? Die Kunst des Strafrechts besteht vor allem darin, mit Hilfe einer speziellen Expertise, von theoretischem Wissen und praktischer Urteilskraft, auf der Produktion von Einzelfallgerechtigkeit zu beharren, die immer schon den Horizont *des individuellen Moral- und des subjektiven Gerechtigkeitsmaßstabs* überschreiten. Mehr noch: Das Recht entzieht dem Konflikt das Unversöhnliche, Emotionale, Parteiliche und schafft auf diese Weise überhaupt erst die Möglichkeit für eine Verarbeitung des Dissenses innerhalb plural organisierter Gesellschaften.⁴³ Niklas Luhmann, der nicht nur Soziologe, sondern auch Jurist war, hat für das Phänomen des Rechts in modernen Gesellschaften eine bestechend einfache Antwort: Unter kontingenten sozialen Umständen sei, so Luhmann, das Recht die verlässlichste Technik, mit Kontingenz umzugehen. Die gerechte Lösung für Konflikte – das betrifft auch diejenigen, die die Kunst auslöst – ist eine, mit der das Recht versucht, komplexe Lebensverhältnisse in konsistenten Entscheidungen

abzubilden⁴⁴ Weniger systemtheoretisch: Mehr als demokratische Gesetze und Verfahren haben wir nicht.

Aber demokratische Gesetze und Verfahren interessieren die Kunst, wie wir schon gehört haben, herzlich wenig. Exzentrik und Subversion des Künstlerischen können die Frage von Recht und Gerechtigkeit links liegen lassen. Wenn sie sich aber damit beschäftigen – wie Marina Abramović, Klaus Staeck oder der schon verstorbene Christoph Schlingensief –, dann geht es um das politische Fundament des Gemeinwesens, um die Aporien, in die sich Recht, Gesetz und Kriminalpolitik verstricken können und die jede Gesellschaft aushalten muss.⁴⁵ Dann geht es darum, der Gesellschaft den Spiegel vorzuhalten. Kunst ist insofern immer politisch, kritisch, womöglich überzeichnend oder unversöhnlich – davon war schon die Rede.⁴⁶ In diesem *Akt der Politisierung* werden aber nicht nur Probleme sichtbar gemacht und der Gesellschaft diverse Spiegel vorgehalten. Bezweckt ist häufig ein Angriff auf bestimmte, als unsozial oder ungerecht wahrgenommene Regeln und Politikverständnisse, was wiederum das Strafrecht als *Normerhaltungsagent* auf den Plan ruft. Die künstlerische Auseinandersetzung um die nationalsozialistische Vergangenheit deutscher Eliten, um den Schwangerschaftsabbruch und die Stellung der Frau in der modernen Gesellschaft oder den Umgang mit dem Asylgrundrecht sollten als Beispiele genügen. Politische Kunst, gerade wenn sie im öffentlichen Raum auftritt, schockiert, will die Normen in Frage stellen – das Strafrecht dagegen will sie schützen. Die Konsequenzen für die Künstler bleiben heikel. Was in Deutschland, wie gesehen, aufgrund einer belastbaren Dogmatik und Verfassungsrechtsprechung noch in rechtsstaatlichen Verfahren mündet (mit welchem Ausgang auch immer), wächst sich in anderen Ländern zu erheblichen Problemen aus, in Russland etwa für die Punkband Pussy Riot oder in China für den Performancekünstler Ai Weiwei.⁴⁷

Ist damit alles zum Verhältnis von Kunst und Strafrecht gesagt? Noch nicht ganz. Politische Kunst übt Gesellschaftskritik – und wenn sie Politik nicht nur als Parteinahme, sondern als Programmatik begreift, schließt das eine Kritik eigener Werte und für selbstverständlich genommene Überzeugungen notwendig mit ein. Insofern ist

⁴¹ AG Kassel, NJW 2014, 801 ff.

⁴² Siehe nur die Künstlerhomepage, Meese, <http://www.jonathanmeese.com>.

⁴³ Damit ist allerdings noch nicht diskutiert, inwiefern das Recht (und mit ihm die staatliche Gewalt) selbst Interessen vertritt, die es offenzulegen und möglicherweise zu kritisieren gilt, dazu jüngst Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015 und Loick, Juridismus, Berlin 2017.

⁴⁴ In diesem Zusammenhang taucht auch die Rede von „Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts“ auf. Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt, 1981, S. 374 ff.

⁴⁵ Zuletzt etwa zu beobachten bei der Einführung des § 217 – Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung – in das Strafgesetzbuch.

⁴⁶ Im Übrigen Menke, a.a.O.

⁴⁷ Die Verfahren gegen die benannten Künstler/Künstlerkollektive wurden verschiedentlich kommentiert, siehe etwa für den Fall Ai Weiwei die Auseinandersetzung in der FAZ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst/china-ai-weiwei-darf-pekings-nicht-verlassen-1655638.html> und für den Fall der russischen Punkband und Aktivistengruppe Pussy Riot Frimmel, Kunsturteile, Gerichtsprozesse gegen Kunst, Künstler und Kuratoren in Russland nach der Perestroika, Köln usw. 2015.

sie das Andere des Rechts, gegebenenfalls auch Wortführerin zivilen Ungehorsams oder des Protests.⁴⁸ Aber wir sollten nicht übersehen, dass Kunst selbst nur in einigermaßen geordneten Gesellschaftsverhältnissen existieren und zur Kenntnis genommen werden kann (wie sollen wir uns eine Kunst im Krieg vorstellen?); d.h. in geordneten Verhältnissen, die das Recht und eine freiheitliche Gesellschaft garantieren. Dass diese Verhältnisse nie ideal sind, ist eine Trivialität. Darum allein kann es politischer Kunst nicht gehen, eher schon um Angebote für Veränderungen in und durch die Gesellschaft. Politische Kunst ist, wenn man so will, der Stachel im Fleisch allzu selbstgefälliger Disziplinierungs- und Strafroutinen, verbunden mit dem Hinweis, dass juristische Regelungen ihre Ziele verfehlen und ungerecht sein können.⁴⁹ Vielleicht verstehen wir jetzt auch besser, warum das Strafrecht und mit ihm der Rechtsstaat im Umgang mit Kunst so vorsichtig, ja zum Teil unsicher und defensiv sind. Nicht nur, dass Kunst per se für Juristen eine größtmögliche Herausforderung darstellt. Politische Kunst ist lästig und penetrant; sie kämpft zuweilen im Modus eines „aggressiven Humanismus“, so die Selbstaussage eines Künstlerkollektivs, des *Zentrums für politische Schönheit*.⁵⁰ Das macht die Sache nicht immer leichter. Nur ist Kunst für „Diskurserleichterungen“ auch nicht zuständig. Aber der Hinweis auf das humanistische Projekt, das die (politische) Kunst zu verfolgen versucht, zeigt dann auch das Gemeinsame. Denn bei allen mit den Staatsgewalten verknüpften Unzulänglichkeiten und problematischen Entscheidungen kann es dem Strafrecht – und auch dem Gesetzgeber – letztlich um nichts anderes gehen, daran erinnern schon die Verfassung und das universale Prinzip der Menschenwürde.⁵¹ Die Wege mögen andere sein. Vielleicht sprechen wir deshalb von Protagonisten und Ideengebern, von sich überschneidenden und nicht nur fremden Welten – was die kontroversen Interessen und beidseitigen Risiken keinesfalls unter den Tisch kehren soll.

Fassen wir unsere Überlegungen kurz zusammen: Kunst und Strafe kommen immer wieder in Konflikt. Die Rede von der Kunst des Strafrechts kann uns aber für die Dy-

namik sensibilisieren, die dieser Beziehung innewohnt. Kunst und Strafrecht verfolgen einerseits ganz unterschiedliche Zwecke und haben, wie gesehen, divergierende Funktionen. Andererseits treffen sie sich in dem Interesse, auf die Gesellschaft einwirken und diese langfristig gestalten zu wollen. Die Konflikte entstehen vor allem dort, wo Strafrecht seine Gestaltungsmacht konservativ, normerhaltend und womöglich repressiv einsetzt, Kunst jedoch subversiv, exzentrisch und im weitesten Sinne politisch agiert. Aber bei genauerem Hinschauen zeigt sich in der Konflikthaftigkeit der Beziehung auch das Gemeinsame, das Verbindende. Denn beiden Akteuren geht es letztlich um eine humane menschenwürdige Gesellschaft.

⁴⁸ Erwähnt sei nur Schlingensiefs Container-Aktion („Ausländer raus!“) gegen die Fremdenfeindlichkeit in Österreich, hier Schlingensiefs Dokumentation: <http://www.schlingensief.com/backup/wienaktion/html/archiv00.html>; und hier eine Kritik: http://www.getidan.de/kritik/film/georg_seesslen/719/auslander-raus-schlingensiefs-container. Zum Verhältnis von Kunst und zivilem Ungehorsam/ Protest/ Widerstand *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte. Snowden, Assange, Manning, Berlin 2015; Kastner, Transnationale Guerilla. Aktivismus, Kunst und die kommende Gemeinschaft, Münster 2007.

⁴⁹ Freilich weiß auch eine reflektierte Rechtswissenschaft – und eine Rechtsphilosophie zumal – um diese Ambivalenz des Rechts, man denke nur an die kritischen Entwürfe bei Kant, Hegel, Radbruch oder Habermas.

⁵⁰ <https://www.politicalbeauty.de>.

⁵¹ Zur aktuellen Debatte Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 2017; Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015; Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, Baden-Baden 2013 und Appel, Verfassung und Strafe, Berlin 1998; aus philosophischer Perspektive Merle, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, Berlin 2007.