

Fall 8: Pornografie als Kunst?

(Epping, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, S. 134)

Verletzt die Untersagung Grundrechte des B?

A. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

I. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

- Ist auch die Verlegerin Träger der Kunstfreiheit?
- BVerfG: Ja, Grundrechtsträgerschaft auch des „unentbehrlichen Mittlers“ von Kunst.

2. Sachlicher Schutzbereich

a) Ist der Roman „Josephine Mutzenbacher“ Kunst?

- Definition von Kunst: Drei kumulativ anwendbare Kunstbegriffe des BVerfG:
 - „Materialer“ Kunstbegriff: Künstlerische Betätigung als die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Hier: Roman als schöpferische Erzählung, mittels derer ein bestimmtes Thema dargestellt wird. (+)
 - „Formaler“ Kunstbegriff: Zuordnung von Kunstwerken zu einem bestimmten Werktyp. Hier: Roman. (+)
 - „Offener“ Kunstbegriff: Betonung der Mannigfaltigkeit des Aussagegehalts der künstlerischen Äußerungen. Hier: Interpretationsfähigkeit des Romans. (+)
- ⇒ Hier: Nach allen Kunstbegriffen ist der Roman als Kunst zu bezeichnen.
- Kein Entfallen der Eigenschaft als Kunst wegen des - zweifellos - pornografischen Charakters des Werks.

b) Reichweite der Kunstfreiheit

Erstreckung des Schutzbereichs über den sog. Werkbereich hinaus auch auf den Bereich der Darbietung und Verbreitung (sog. Wirkungsbereich). (+)

II. Eingriff (+)

III. Rechtfertigung

1. Schranken

- Keine ausdrückliche Schranke vorgesehen, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist vorbehaltlos gewährt.
- Übertragung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG („Schrankenleihe“)?
 - Wortlaut („Diese Rechte...“) bezieht sich ausschließlich auf Art. 5 Abs. 1 GG.
 - Systematik, Schrankenregelung folgt üblicherweise dem Grundrecht, geht ihm aber nicht voraus.
 - Daher: Keine Schrankenleihe möglich.
- Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts („verfassungsimmanente Schranken“).
 - Vorbehaltlose Grundrechte werden durch kollidierende Verfassungsgüter, insbesondere die Grundrechte Dritter begrenzt.

Kollision nur dann, wenn dem Eingriffsverbot, welches das vorbehaltlose Grundrecht enthält, eine hinreichend konkrete Handlungspflicht aus der Verfassung entgegensteht.

Besteht also im Einzelfall eine Handlungspflicht, die den Staat zu einem Grundrechtseingriff zwingen kann?

Hier: Schutzpflicht des Staates für die Jugend (vgl. Art. 5 Abs. 2, Art 6 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

2. Schranken-Schranken

Ist der Eingriff von den Schranken der Kunstfreiheit gedeckt?

a) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes (§ 18 Abs. 1 JuSchG)

aa) Formell (+)

bb) Materiell

- Kollision von zwei verfassungsrechtlichen Pflichten (Eingriffsverbot / Schutzpflicht) erfordert einen schonenden Ausgleich der Positionen im Sinne praktischer Konkordanz.
- Mittels einer Abwägung ist zu bestimmen, ob das Maß an Schutz durch das JuSchG im Hinblick auf die Kunstfreiheit verhältnismäßig ist.

(1) Legitimer Zweck

Schutz der Jugend (+).

(2) Eignung, Erforderlichkeit (+)

(3) Angemessenheit

- Angemessener Ausgleich der kollidierenden Verfassungsrechtsgüter durch das JuSchG („praktische Konkordanz“)?
 - Reichweite der Handlungspflicht (Schutzpflicht)? Welches Maß an Schutz verlangt das Untermaßverbot?
 - Einerseits: Zulässige gesetzgeberische Einschätzung, dass Schriften Kinder und Jugendliche sittlich zu gefährden im Stande sind. Die Schutzpflicht für die Jugend kann daher durchaus auch Verbote etc. erfordern.
 - Andererseits: Kunstfreiheit erstreckt sich auch auf ungewohnte, provokative Formen, die – möglicherweise – mit anderen Rechtsgütern in Konflikt kommen. Die staatliche Schutzpflicht (Untermaßverbot) reicht nicht so weit, dass sie zu einem generellen Zurücktreten entgegenstehender Belange führt.
- ⇒ Folge: Gesetzgeber darf nicht generell Vorrang einräumen, sondern muss Raum für Abwägung lassen.
- § 18 Abs. 1 JuSchG wäre verfassungswidrig und nichtig, wenn eine Ausnahme für Kunstwerke generell ohne Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen ist.
 - Hier aber Kunstvorbehalt des § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG für § 18 Abs. 1 JuSchG. Aber: Abwägung im Einzelfall, ob der Kunstfreiheit oder dem Jugendschutz der Vorrang zukommt. Nur wenn der Kunstfreiheit der Vorrang zukommt, findet der Kunstvorbehalt Anwendung (BVerfG zu den vergleichbaren Regelungen des bis zum In-Kraft-Treten des JuSchG geltenden GjSM).
 - In der Auslegung des BVerfG zum GjSM, die auf das JuSchG übertragen werden kann, ist § 18 Abs. 1 JuSchG i.V.m. § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG angemessen.

b) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

Einzelfallabwägung zwischen Jugendschutz und Kunstfreiheit bei der Anwendung des JuSchG?

aa) Legitimer Zweck

Jugendschutz als kollidierendes Verfassungsrechtsgut. (+)

bb) Eignung der Indizierung (+)

cc) Erforderlichkeit (+)

dd) Angemessenheit

- Angemessener Ausgleich der kollidierenden Verfassungsrechtsgüter durch das JuSchG („praktische Konkordanz“)? Erfordert die Schutzpflicht (Untermaßverbot) eine Indizierung im Einzelfall?
 - Erforderlich ist, dass die Schutzpflicht erfüllende Organ selbst eine ausreichende Abwägung der kollidierenden Belange vorgenommen hat, um die Anforderungen des Untermaßverbots zu bestimmen. Die Schutzpflicht erfordert nicht unbedingt ein Verbot bzw. eine Indizierung. Sie verlangt aber stets, dass das zuständige Organ sich mit der Gefährdung und allen damit zusammenhängenden Belangen auseinandersetzt und eine eigene Abwägung und Gewichtung vornimmt.
 - Abwägungsgesichtspunkte u.a.:
 - Schädigender Einfluss der konkreten Schrift (abstrakter Hinweis auf „Pornografie“ reicht nicht aus), ggf. Beurteilung durch Sachverständige.
 - Maß der Einbindung der gefährdenden Passagen in künstlerisches Gesamtkonzept?
 - Echo des Werkes beim Publikum („künstlerische Bedeutung“).
- ⇒ Abwägung hier unzureichend (a.A. vertretbar, dann müssten die Anforderungen des Untermaßverbots hinterfragt werden).

Zwischenergebnis: Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist verletzt.

B. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Pressefreiheit)

Verlegung bzw. Vertrieb unterfällt wohl als „pressespezifische Betätigung“ dem Schutzbereich der Pressefreiheit, jedoch ist nach h.M. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG lex specialis. (-)

C. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (Meinungsfreiheit)

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist lex specialis. (-)

D. Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist lex specialis (h.M., a.A. vertretbar). (-)

E. Art. 14 Abs. 1 GG

Schutzbereich nicht betroffen, da nur Erwerbchancen bzw. Verdienstmöglichkeiten beeinträchtigt. (-)

F. Art. 2 Abs. 1 GG?

Art. 2 Abs. 1 GG ist gegenüber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG subsidiär. (-)

Ergebnis: Das Verbot verletzt B in seinem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.