

# Streiche im öffentlichen Raum und der Kunstgriff der Kunstbegriffe – Zur Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf\*

<b>I. Die Kunstfreiheit im Mittelpunkt zeitgenössischer Diskussionen .....</b>	<b>20</b>
<b>II. Die Bestimmung von Kunst gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG .....</b>	<b>20</b>
1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage.....	20
2. Die Kunstbegriffe .....	21
a) Formaler Kunstbegriff .....	22
b) Materialer Kunstbegriff .....	23
c) Offener Kunstbegriff .....	24
d) Relationaler Kunstbegriff .....	24
e) Das Verhältnis der Kunstbegriffe zueinander .....	25
3. Zusätzliche Indizien zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs .....	26
4. Unfriedliche Kunst.....	26
5. Reichweite verfassungsrechtlichen Schutzes .....	27
<b>III. Pranks als Gradmesser für die Kunstbegriffe .....</b>	<b>28</b>
1. Fallbeispiel.....	28
2. Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG .....	29
a) Formaler Kunstbegriff .....	29
aa) Prank .....	29
bb) Film .....	30
cc) Video.....	30
dd) Schauspielerei.....	31
ee) Straßenkunst.....	32
ff) Aktionskunst .....	32
b) Materialer Kunstbegriff .....	33
c) Offener Kunstbegriff .....	33
d) Relationaler Kunstbegriff .....	34
e) Sachverständige und Selbstverständnis .....	34

\* Benjamin Poliak ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

3. Zwischenergebnis: Pranks als Kunst .....	34
<b>IV. Fazit.....</b>	<b>35</b>

## I. Die Kunstfreiheit im Mittelpunkt zeitgenössischer Diskussionen

Das Grundrecht der Kunstfreiheit ist in den letzten Jahren wieder vermehrt zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Diskussionen geworden.<sup>1</sup> Die Kunstfreiheit tangierende Themen sind häufig mit (gesellschafts-)politischen Diskussionen verzahnt und von hohem Medien- und Öffentlichkeitsinteresse; genannt seien der Fall *Böhmermann*<sup>2</sup> oder die Antisemitismus-Diskussionen im Zusammenhang mit der *documenta fifteen*<sup>3</sup>. Virulent werden vor allem solche Fälle, in denen die Kunstfreiheit mit anderen Grundrechten, insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, oder anderen Verfassungsgütern kollidiert. Hingegen scheint die Frage, wie der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit bestimmt wird und welche Handlungen er erfasst, mittlerweile geklärt. Der vorliegende Beitrag untersucht anhand der in den letzten Jahrzehnten entwickelten Kunstbegriffe, inwieweit neuartige, zeitgeistgeprägte Phänomene – in concreto Streiche im öffentlichen Raum („Pranks“) – unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG subsumiert werden können. Neben den inhaltlichen Fragestellungen soll der Beitrag anhand der Kunstfreiheit die methodische und argumentative Arbeit mit grundrechtlichen Schutzbereichen vermitteln. Plädiert wird insbesondere für eine – in Prüfungsarbeiten häufig ausbleibende – präzise Subsumtion unter den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit.

## II. Die Bestimmung von Kunst gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

### 1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Bei der Bestimmung von Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG besteht ein definitorisches Dilemma. Einerseits ist die grundgesetzliche Formulierung unkonkret gefasst („Kunst [...] [ist] frei“)<sup>4</sup>, sodass sich eine inhaltlich ausgestaltende Fixierung des Kunstbegriffs als staatlich verordnetes *Kunst-richtertum* verstehen ließe, welches – eingedenk historischer Erfahrungen, vor allem im Nationalsozialismus<sup>5</sup> – in besonderem Maße zu verwehren ist.<sup>6</sup> Andererseits besteht eine praktische Notwen-

<sup>1</sup> Vgl. nur Bülow, Jm 2020, 243; Häberle/Kotzur, ZRP 2022, 24; Hufen, JuS 2022, 91; ders., JuS 2022, 897; Ludyga, NJW 2023, 713; Marsch, JZ 2021, 1129; Papier, Verfassungsblog v. 28.3.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/> (26.12.2023); Pjeroth, Kunstfreiheit im Verfassungswandel, 2021; Vasel, NJW 2022, 740; Wolf, Verfassungsblog v. 3.5.2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/das-ist-alles-von-der-kunstfreiheit-gedeckt/> (15.1.2024); Zechlin, Verfassungsblog v. 19.7.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/die-documenta-und-die-grenzen-der-kunstfreiheit/> (26.12.2023).

<sup>2</sup> Diese hat nun formal ihren Abschluss gefunden, BVerfG, Beschl. v. 26.1.2022 – 1 BvR 2026/19 = BeckRS 2022, 1484, wobei der Weg zum EGMR noch offenbleibt; instruktiv Vasel, NJW 2022, 740.

<sup>3</sup> Ausführlich Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung, 2022; Papier, Verfassungsblog v. 28.3.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/> (26.12.2023).

<sup>4</sup> Kritisch zur „lapidare[n] Kürze des Satzes“ Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 2. Grundsätzlich sind Grundrechte jedoch bewusst prägnant, leicht verständlich und offen formuliert, vgl. Voßkuhle, AöR 119 (1994), 35 (41 f., 46 ff., 52 f., 57 f.).

<sup>5</sup> Im Nationalsozialismus wurde Kunst propagandistisch als Mittel der Herrschaftssicherung instrumentalisiert; Kunstschafter sahen sich massiver Verfolgung ausgesetzt, vielfach wurde ihre Kunst als „entartet“ deklariert, vgl. Erbel, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 66; Hufen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 10; Germelmann, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 13. Umfassend Brenner, Die Kunstpolitik im Nationalsozialismus, 1963; Roh, Entartete Kunst, 1962.

<sup>6</sup> Zum Verbot einer staatlichen Stil- und Niveauekontrolle BVerfGE 75, 369 (377); 81, 278 (291); vgl. aus der Literatur

digkeit der Definition durch staatliche Stellen, um Kunst – in Abgrenzung zur Nicht-Kunst und damit auch zu anderen Grundrechten – angemessen und funktionspezifisch schützen zu können.<sup>7</sup> Bei grenzenloser Subjektivität und Offenheit des Kunstbegriffs droht ein Gleichlauf der Kunstfreiheit mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>8</sup> Dennoch setzt Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG eine grundsätzliche Offenheit des Kunstbegriffs voraus.<sup>9</sup> Es besteht ein „Auftrag des Verfassungsrechts, die Kunstfreiheit nicht durch verengte Kunstdefinitionen, die Ausrichtung an bestimmten ästhetischen Idealen und durch die Ausklammerung der jeweiligen Avantgarde, der politisch engagierten oder auch der gewerbenahmen oder unterhaltenden Kunst zu gefährden.“<sup>10</sup>

## 2. Die Kunstbegriffe

Die Rechtsprechung hat drei Kunstbegriffe entwickelt, um sich der Bestimmung von Kunst anzunähern und den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit praktikabel und handhabbar werden zu lassen – stets vor dem Hintergrund einer Unmöglichkeit, Kunst als gesamtheitlichen Lebensbereich (eindeutig und abschließend) definieren zu können.<sup>11</sup> Teilweise werden die Begriffe alternativ, teilweise kumulativ herangezogen.<sup>12</sup> Alle Ansätze enthalten nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „tragfähige Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit im konkreten Einzelfall eine Entscheidung ermöglichen, ob ein Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt“.<sup>13</sup> Letztlich ist es Aufgabe der rechtsanwendenden Instanzen, einzelfallabhängig und unter Zuhilfenahme der verschiedenen Ansätze festzustellen, ob ein Verhalten Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellt.<sup>14</sup> Die Literatur hat sich dem weitgehend angeschlossen, zum Teil aber auch eigene Kunstbegriffe und Methoden entwickelt, um ein Verhalten dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit zuordnen zu können. Kann ein Verhalten unter einen bestimmten Kunstbegriff nicht subsumiert werden, schließt dies die Charakterisierung als Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht aus.<sup>15</sup> Geboten ist jeweils eine einzelfallspezifische, wertende Gesamtbetrachtung.<sup>16</sup> Ausführungen zu den Kunstbegriffen sollten in einer Prüfungsarbeit daher nicht als „Meinungsstreit“ firmieren.

*Hinweis:* Zu berücksichtigen ist, dass Kunst einen außerrechtlichen, autonomen und eigenen Gesetzmäßigkeiten folgenden Lebensbereich darstellt. Die Kunstbegriffe sollen nicht als naturwissenschaftliche Beweise oder wissenschaftsübergreifend umfassende Kunstdefinition dienen, was ohne Rekurs

*Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 187; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43; *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 48 f.; *Lenski*, Jura 2016, 35 (37).

<sup>7</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 44; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 420; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

<sup>8</sup> Vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 29.

<sup>9</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234.

<sup>10</sup> *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 12.

<sup>11</sup> BVerfGE 67, 213 (225); vgl. auch *Häberle/Kotzur*, ZRP 2022, 24 (25).

<sup>12</sup> Vgl. *Lenski*, Jura 2016, 35 (36).

<sup>13</sup> BVerfGE 67, 213 (226).

<sup>14</sup> BVerfGE 91, 211 (214).

<sup>15</sup> Vgl. *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1938); *Lenski*, Jura 2016, 35 (36); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234; *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 52.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 67, 213 (225 f.); *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 44; *Lenski*, Jura 2016, 35 (36); *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 39; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 142.

auf kunstgeschichtliche, kunstsoziologische und kunstphilosophische Erkenntnisse ohnehin nicht möglich wäre. Vielmehr fungieren die Kunstbegriffe als Hilfestellungen zur verfassungsrechtlichen Handhabarmachung und Plausibilisierung einer grundsätzlich kontingenten Entscheidung, nämlich ob ein Verhalten Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellt oder nicht.

### a) Formaler Kunstbegriff

Der formale (oder: formelle) Kunstbegriff stellt darauf ab, ob bei „formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind“.<sup>17</sup> Demnach sind klassische Formen der Kunst die Malerei, Bildhauerei oder Dichtung.<sup>18</sup> Eine gewisse Uneindeutigkeit des formalen Kunstbegriffs liegt indes darin, dass weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur klar abgegrenzt wird, worin genau der konkrete Anknüpfungspunkt für die Bestimmung einer Gattung zu sehen ist. Am ehesten geschieht dies über das Merkmal der Tradition.<sup>19</sup> Zum Teil wird auf die künstlerische Betätigung (Dichten)<sup>20</sup>, zum Teil auf das künstlerische Ergebnis (Dichtung)<sup>21</sup>, vorwiegend auf beide Aspekte alternativ<sup>22</sup> abgestellt.<sup>23</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, wie übergreifend oder spezifisch eine Gattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs zu verstehen ist, insbesondere inwieweit Gattungen inhaltlich, formal oder auf sonstige Weise abgegrenzt werden können. So könnte bei einem Theaterstück auf verschiedene Begriffe verwiesen werden, etwa Theater(-stück), Schauspielerei, Tragödie, Komödie, gegebenenfalls auch auf Bühnenkunst oder Improvisation. Ähnliches gilt für einen Roman, etwa Roman (oder je nach Thema: Liebesroman, Kriminalroman etc.), Belletristik, Literatur, Buch oder Druckerzeugnis. Wird der Gattungsbegriff weit verstanden, könnte nahezu jede handwerkliche Tätigkeit als Plastik formal verstanden Kunst und jeder profane Werbejingle als Musik formal verstanden Kunst sein.<sup>24</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend anklagen lassen, dass ausschließlich der formale Charakter eines Werks als Kunst nicht immer genügen kann, um den Schutzbereich der Kunstfreiheit zu eröffnen.<sup>25</sup> Eine genaue inhaltliche Konturierung des Gattungsbegriffs im Rahmen des formalen

<sup>17</sup> BVerfGE 67, 213 (226 f.). Zum Teil wird die Definition in der Literatur leicht abgewandelt, meist aber wortgetreu übernommen, vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 44; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141. Anders *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 186, von einem „formale[n] weite[n] Kunstbegriff“ sprechend, inhaltlich indes auf den materialen Kunstbegriff (BVerfGE 30, 173 [188 f.]) rekurrierend.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 67, 213 (227). Diese Erscheinungsformen werden auch in der Literatur häufig herangezogen, vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423.

<sup>19</sup> Ähnlich *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45.

<sup>20</sup> Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141.

<sup>21</sup> Vgl. insofern *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 41 f.

<sup>22</sup> BVerfGE 67, 213 (227): „die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens“; *Lenski*, Jura 2016, 35 (36).

<sup>23</sup> Es ist zu vermuten, dass diese sprachlichen Divergenzen keinen inhaltlichen Gehalt haben, sodass das „Dichten“ auch die „Dichtung“ und die „Dichtung“ auch das „Dichten“ erfasst, so auch *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 102 Fn. 132.

<sup>24</sup> Vgl. auch *Lenski*, Jura 2016, 35 (36). Noch weitergehend ließe sich fragen, ob beispielsweise auch Fußballfans im Stadion einer künstlerischen Tätigkeit nachgehen, soweit sie zur Anfeuerung einer Mannschaft singen, bemalte Fahnen schwenken und Choreografien durchführen, vgl. *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 62 Fn. 76.

<sup>25</sup> BVerfGE 83, 130 (138): „Die indizierte Schrift fällt in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Dabei mag es zweifelhaft sein, ob dies schon deshalb zu bejahen ist, weil sich das Werk als Roman bezeichnet und das

Kunstbegriffs ist jedenfalls nicht präzise möglich und wird auch in der juristischen Literatur nicht weiter vorgenommen.<sup>26</sup> Das ist vor allem für die Frage problematisch, ob und gegebenenfalls ab wann sich eine neue Kunstgattung etabliert hat.<sup>27</sup> Insbesondere diese fehlende Offenheit des formalen Kunstbegriffs für moderne Entwicklungen ist eine häufig vorgebrachte Kritik,<sup>28</sup> weshalb nicht allein auf diesen Kunstbegriff abzustellen ist. Ein weiteres Problem stellt sich für die Subsumtion, wenn einer tradierten Gattung bereits sprachlich der künstlerische Charakter inhärent ist, etwa bei der Baukunst<sup>29</sup>. Die Kunstwerkeigenschaft eines Bauwerks damit zu begründen, dass es der Gattung Baukunst entspricht, käme einen Zirkelschluss gleich. Erforderlich wäre die klare Festschreibung, was künstlerische Bauten von nicht-künstlerischen Bauten unterscheidet. Der formale Kunstbegriff ist somit einerseits sehr eng gezogen (weil er jedenfalls nicht ohne Weiteres für neuere Gattungen offen ist), andererseits kann er sehr weit reichen (da allein die Zugehörigkeit zu einer Gattung, die wiederum begrifflich konturenlos weit reichen kann, genügt). Trotz der Kritik ist der formale Kunstbegriff als Indiz für die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG heranzuziehen.

## b) Materialer Kunstbegriff

Die Kunstfreiheitsgarantie weist einen besonderen Persönlichkeits- und Individualbezug auf, auch im Vergleich zu anderen Grundrechten.<sup>30</sup> Durch künstlerische Betätigungen können individuelle Gedanken und Gefühle kreativ verarbeitet werden.<sup>31</sup> Dabei besteht eine „Freiheit zur individuellen Beliebigkeit“.<sup>32</sup> Auf diesen Grundannahmen fußt der materiale (oder: materielle) Kunstbegriff. Demnach ist Wesenskern von Kunst die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse [...] durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“; im Rahmen bewusster und unbewusster Vorgänge wirken „Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen“. Kunst ist diesem Verständnis zufolge „primär nicht Mitteilung, sondern [...] unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit“ der Kunstschaffenden.<sup>33</sup> Der besondere Persönlichkeitsbezug folgt daraus, dass künstlerische Betätigungen höchstindividuell sind und ihnen häufig produktive Schaffensprozesse inhärent sind,<sup>34</sup> die sich als langwierig, komplex und intensiv darstellen können.<sup>35</sup>

---

Ergebnis einer anerkannten künstlerischen Tätigkeit [...] darstellt.“

<sup>26</sup> Diese Kritik artikuliert auch *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 104.

<sup>27</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234: „Kunst schafft immer wieder Neues, definiert sich sogar gelegentlich selbst neu und verwirklicht sich gegebenenfalls sogar gerade darin, die Grenze zur Nicht-Kunst zu verschieben.“

<sup>28</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 236; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141.

<sup>29</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118.

<sup>30</sup> Vgl. *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 88 f.; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 39, 63, 89; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (597 f.); *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 91; *Ott*, NJW 1981, 2397 (2398). Hiermit soll jedoch kein höherer Wert der Kunstfreiheit insinuiert werden, BVerfGE 3, 225 (231 f.); *Ujica/Loef*, ZUM 2010, 670 (673).

<sup>31</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 39.

<sup>32</sup> *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., Stand: August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 30.

<sup>33</sup> Zum Ganzen BVerfGE 30, 173 (188 f.). *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 32 betont die sich in dieser Entscheidung zeigende „Akzeptanz künstlerischer Eigengesetzlichkeit“. Vgl. zum Ausdruck in der Kunst *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 353.

<sup>34</sup> Vgl. *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 77.

<sup>35</sup> Gesang, Blasmusik, Tanz – um nur einige Beispiele zu nennen – erfordern bereits rein körperlich große

Kritisiert wird an diesem Kunstbegriff vornehmlich, dass er sich zu sehr an einem idealistisch-ästhetischen Verständnis von Kunst orientiert.<sup>36</sup> Die Vielzahl an verschiedenen Definitionselementen führt ferner zu einer unsachgemäßen Eingrenzung des Kunstbegriffs.<sup>37</sup> Auch der materiale Kunstbegriff ist daher nur als Indiz für die Bestimmung von Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG heranzuziehen.

### c) Offener Kunstbegriff

Merkmal vieler Kunstwerke ist eine weitgehende Interpretierbarkeit.<sup>38</sup> Für *Theodor W. Adorno* ist Kunst ein „Rätsel“.<sup>39</sup> Nach *Niklas Luhmann* zielt künstlerische Kommunikation meist nicht auf ein Verstehen.<sup>40</sup> Auf diesen Grundgedanken beruht der offene Kunstbegriff. Hiernach ist „das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung [...], daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.<sup>41</sup> Maßgeblich für die Bestimmung eines Kunstwerks sind hiernach eine stetige Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit.

Kritikpunkt am offenen Kunstbegriff ist seine Verslossenheit gegenüber – gegebenenfalls sogar tradierten – Werken, deren Aussagegehalte eindeutig (beispielsweise politische Kunst) oder überhaupt nicht (beispielsweise Trivialkunst) vorhanden sind.<sup>42</sup> Die sozialen Funktionen von Kunst liegen aber auch in der Unterhaltung (Trivialkunst) sowie in der Kritik und Provokation (politische Kunst): Würde man einer Interpretierbarkeit konstitutiven Charakter beimessen, würden viele als Kunst etablierte Werke vom Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht erfasst.<sup>43</sup> Auch der offene Kunstbegriff hat daher nur indizielle Bedeutung.

### d) Relationaler Kunstbegriff

Kunst wird stetig im Kontext bereits bestehender Kunst geschaffen; Künstler\*innen lassen sich durch andere Künstler\*innen inspirieren und beziehen ihre Werke auf bestehende Kunstwerke.<sup>44</sup> Das ist die

---

Anstrengungen.

<sup>36</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 46; vgl. auch *Augsberg*, in: Achermann u.a., Literatur und Recht: Materialität, S. 211 (215); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

<sup>37</sup> *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

<sup>38</sup> Vgl. *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 74; *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 24, 44, 72; *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 86; *Riedel*, Vermutung des Künstlerischen, 2011, S. 56 ff. Zurückhaltend *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 106, der betont, dass insbesondere avantgardistische Kunstwerke häufig unverständlich und damit nicht der Interpretation zugänglich sind.

<sup>39</sup> *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 182; ebd., S. 184 hält er fest, dass „Kunstwerke, die der Betrachtung und dem Gedanken ohne Rest aufgehen, [keine] sind“.

<sup>40</sup> *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 72.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 67, 213 (227).

<sup>42</sup> Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 425.

<sup>43</sup> *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 23; *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 82 f.

<sup>44</sup> *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 31. Dies zeigt sich etwa beim „Sampling“, also dem Verwenden einer Sequenz bereits geschaffener Musik für die eigene. Zum diesbezüglich Jahrzehnte andauernden Rechtsstreit zwischen der Musikgruppe *Kraftwerk* und dem Produzenten *Moses Pelham* siehe *L. Ott*, LTO v. 14.9.2023, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/52700/](https://www.lto.de/persistent/a_id/52700/) (26.12.2023).

wesentliche Grundannahme des relationalen Kunstbegriffs<sup>45</sup>. Demnach sind Kunstwerke stetig im Gesamtzusammenhang anderer Kunstwerke zu betrachten; jedes Kunstwerk ist als Antwort auf bereits geschaffene Kunst zu verstehen.<sup>46</sup> Diese Antwort kann vielfältig ausfallen; bisherige Kunst kann aufgegriffen, fortentwickelt, persifliert oder auch dekonstruiert werden.<sup>47</sup>

Gegen einen solchen Kunstbegriff lässt sich einwenden, dass es auch solche Kunst gibt, die um ihrer selbst willen existiert und sich gerade nicht auf vorgefertigte Werke bezieht. Zudem kann es Werke geben, die nicht in künstlerischer Intention geschaffen oder erst retrospektiv als Kunst angesehen wurden, sich im Zeitpunkt der Entstehung also nicht auf andere Kunstwerke bezogen.<sup>48</sup> Fraglich ist auch, ob nach einem solchen Kunstverständnis neuartige Kunst erfasst würde.<sup>49</sup> Der relationale Kunstbegriff ist demzufolge ebenfalls nur als Indiz heranzuziehen.

#### e) Das Verhältnis der Kunstbegriffe zueinander

Alle Kunstbegriffe sind jeweils für sich nicht in der Lage, den verfassungsrechtlichen Begriff der Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG umfassend zu plausibilisieren. Nimmt der formale Kunstbegriff eine formal-typologische und eher traditionelle Perspektive ein, ist der materiale Kunstbegriff, den Persönlichkeitsbezug von Kunst in den Vordergrund stellend, in der Lage, auch neuartige und ungewöhnliche Formen von Kunst zu erfassen. Die ästhetisch-idealistische Ausrichtung desselben führt indes ebenfalls zu einer Eingrenzung, die wiederum durch den offenen Kunstbegriff aufgefangen werden kann. Dieser betont die Vieldeutigkeit von Kunst, ihre Irrationalität und kommunikativ-interpretative Offenheit, kann somit jedoch beispielsweise politische Kunst nicht erfassen, da diese von einer Eindeutigkeit des Aussageinhalts geprägt ist. Letztlich kann der relationale Kunstbegriff, fundierend auf der kunstintern-kommunikativen Dimension künstlerischer Betätigungen, mögliche Schutzlücken auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs ausgleichen. Die Kunstbegriffe schließen sich demnach nicht gegenseitig aus; vielmehr erfassen sie jeweils unterschiedliche Aspekte künstlerischer Betätigungen und ergänzen sich somit gegenseitig.<sup>50</sup>

*Hinweis:* Häufig wird eine Subsumtion unter die einzelnen Kunstbegriffe nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Etwas anderes ergibt sich aber insbesondere bei solchen Betätigungen und Werken, die nicht (als Kunst) etabliert sind, beispielsweise gilt dies für Computerspiele, deren Kunst-eigenschaft – je nach Kunstbegriff – unterschiedlich bewertet werden kann. Dass ein Verhalten nicht unter jeden Kunstbegriff subsumiert werden kann, schließt Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht aus. Anderes kann gelten, wenn ausschließlich unter einen Kunstbegriff subsumiert werden kann, beispielsweise nur unter den formalen Kunstbegriff. Einen Werbejingle allein aufgrund des musikalischen Charakters als Kunst im Sinne der Kunstfreiheit zu deklarieren, führte zu weit. Argumentiert werden könnte in einem solchen Fall auch mit einem genuin nicht-künstlerischen Kontext (Werbung). Die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfordert gerade in Grenzfällen eine wertende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls.

<sup>45</sup> In einer Klausur darf die Eruiierung dieses Kunstbegriffs entfallen, nicht jedoch im Rahmen einer Hausarbeit.

<sup>46</sup> Grundlegend v. *Arnauld*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 47.

<sup>48</sup> Vgl. BVerwGE 23, 104 (111); *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 12, 272, 445; *De Niemeyer/Loureiro*, in: Dudley u.a., The Thing about Museums, S. 69 (71).

<sup>49</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 47.

<sup>50</sup> Zum Verhältnis der Kunstbegriffe auch *Augsberg*, in: Achermann u. a., Literatur und Recht: Materialität, S. 211 (218 ff.).

### 3. Zusätzliche Indizien zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs

Als weiteres Indiz zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs der Kunstfreiheit wird insbesondere in Zweifelsfällen auf die Meinung von in Kunstfragen sachverständigen Dritten, sowohl aus der tradierten Kunstwelt als auch aus der Avantgarde, rekurriert.<sup>51</sup> Dabei genügt, dass die sachkundige Person es zumindest für vertretbar hält, das jeweilige Werk als Kunst zu bezeichnen.<sup>52</sup> Für die Beurteilung eines Werks als Kunst darf ein Sachverständigenurteil jedoch nicht konstitutiv sein, schließlich ist es genuine Aufgabe der (demokratisch legitimierten) Rechtsprechung, Rechtsnormen – wie Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG – verbindlich auszulegen. Bezöge man sich für die Entscheidungsfindung eines Rechtsstreits allein auf das Urteil von Sachverständigen, würde dies eine wesensmäßige Aufgabe der Gerichte auf Sachverständige verlagern.<sup>53</sup>

Ein letzter Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten Kunst im Sinne der Kunstfreiheit ist, ist das künstlerische Selbstverständnis.<sup>54</sup> Grundrechte sollen (vor allem individuellen) Freiheitsschutz gewährleisten; definiert sich das Gewährleistete indes ausschließlich objektiv, wird individueller Freiheitsschutz eingebüßt.<sup>55</sup> Dem Selbstverständnis wird jedoch nur indizielle Wirkung zugeschrieben;<sup>56</sup> als subjektives Element ist es ohne objektiven Bestimmungsansatz nicht denkbar.<sup>57</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit dem materialen Kunstbegriff ist somit (ergänzend) auf das Selbstverständnis zu rekurrieren. Kunst kann jedoch auch dann vorliegen, wenn die erschaffende Person dies nicht intendiert hat.<sup>58</sup>

### 4. Unfriedliche Kunst

Eine Beschränkung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG statuierte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss aus dem Jahr 1984 (Sprayer von Zürich)<sup>59</sup>. Demnach erstreckt sich die Reichweite der Kunstfreiheit „von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung“.<sup>60</sup>

<sup>51</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43, 51; *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 118; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 119; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 427; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 144.

<sup>52</sup> *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 144.

<sup>53</sup> Hierzu etwa *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 38.

<sup>54</sup> Maßgebend *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 87 ff.

<sup>55</sup> *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 398 spricht von „persönlich belangvolle[r] Freiheit“, unterscheidet gewährleistete Freiheit also nach individuellem Nutzen.

<sup>56</sup> *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 184; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43, 51; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 143, nach dem die „Anerkennung eines subjektiven Definitionsmonopols die Auflösung des Begriffes Kunst und damit seine juristische Unbrauchbarkeit herbeiführen“ würde.

<sup>57</sup> *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 89 f., 405 fordert aufgrund einer „eigengesetzlichen und intransparenten Sphäre der künstlerischen Kommunikation“ (S. 89), auf das Selbstverständnis als maßgebliches Kriterium für die Qualifizierung eines Verhaltens als Kunst abzustellen, jedoch objektiv begrenzt durch Plausibilitätsanforderungen; von einer „mitkonstituierenden Bedeutung des Selbstverständnisses“ spricht *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (597).

<sup>58</sup> *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 73 f.; vgl. auch bereits Fn. 48.

<sup>59</sup> BVerfG NJW 1984, 1293.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 1984, 1293 (1294).



Diese Einschränkung *unfriedlicher* Kunst ließe sich auf andere Rechtsgüter ausweiten.<sup>61</sup> Restriktionen auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs sind jedoch abzulehnen, vielmehr stellen derartige Konstellationen ein Problem der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dar.<sup>62</sup> Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG insinuiert eine Freiheit des Tatbestandes – ohne Anknüpfungspunkt für eine Beschränkung. Maßgeblich ist zudem ein systematischer Vergleich zu Art. 8 Abs. 1 GG, der explizit eine Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit bei Unfriedlichkeit festlegt. E contrario kann Gleiches nicht für die als frei deklarierte Kunst gelten.<sup>63</sup> Eine Ausnahme ist allenfalls dann anzuerkennen, soweit die Inanspruchnahme der künstlerischen Tätigkeit evident menschenunwürdige Handlungen erfasst.<sup>64</sup>

## 5. Reichweite verfassungsrechtlichen Schutzes

Ist geklärt, wie Kunst inhaltlich zu bestimmen ist, bleibt die Frage der Reichweite des Schutzes, also welche konkreten Verhaltensweisen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfasst werden.<sup>65</sup> Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst einen Werk- und einen Wirkungsbereich.<sup>66</sup> Die Bereiche können ineinander übergehen, ferner zusammenfallen.<sup>67</sup> Der Werkbereich betrifft alle Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Entstehung und Anfertigung des Kunstwerks stehen, also etwa das Malen eines Gemäldes.<sup>68</sup> Je nach künstlerischer Betätigung setzt der Schutz des Werkbereichs früh an, erfasst mithin den gesamten „kreative[n] Vorgang“, beispielsweise das Proben für ein bevorstehendes Konzert.<sup>69</sup> Der Wirkungsbereich erfasst wiederum alle Verhaltensweisen, die auf die Verbreitung und Veröffentlichung des Kunstwerks zielen.<sup>70</sup> Die Kunstfreiheit als besonderes Kommunikationsgrundrecht zielt meist auf Rezeption.<sup>71</sup> Kommunikative Austauschprozesse zwischen Kunstschaffenden und

<sup>61</sup> Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 54; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 145.

<sup>62</sup> So auch die h.M., vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 125; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 54; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 145. A.A. *von der Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 43; bei Antisemitismus *Ludyga*, NJW 2023, 713 (716 f.); bei körperlicher Gewalt v. *Coelln*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 123 Rn. 33: „Die Verletzung oder gar die Tötung anderer Menschen ist [...] von vornherein nicht vom Schutz der Kunstfreiheit erfasst. Insofern wirkt der in Art. 8 Abs. 1 GG speziell für die Versammlungsfreiheit ausgedrückte Friedlichkeitsvorbehalt für alle Grundrechte.“ Ähnlich *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 198c. Das BVerfG nimmt von Schutzbereichseinschränkungen mittlerweile Abstand, BVerfGE 119, 1 (23 Rn. 69); 142, 74 (104 Rn. 90).

<sup>63</sup> So etwa auch *Kobor*, JuS 2006, 593 (595).

<sup>64</sup> So der Ansatz von *Dierksmeier*, JZ 2000, 883 (887 ff.), beispielhaft Bezug nehmend auf sexuellen Missbrauch von Kindern. Im Ergebnis ähnlich *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 111 f.

<sup>65</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43.

<sup>66</sup> BVerfGE 30, 173 (189); *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52; fußend auf *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 97 ff.

<sup>67</sup> Vgl. BVerwGE 84, 71 (74) zum Silhouettenschneiden auf öffentlicher Straße; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 120.

<sup>68</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 53.

<sup>69</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 53.

<sup>70</sup> BVerfGE 30, 173 (189); 119, 1 (21 f.); *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 188; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 55; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 428.

<sup>71</sup> *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 188: „Die Kunst braucht Rezeption. Die Kunst benötigt Kontakt nach außen. Die Kunstfreiheit darf nicht auf den bloßen Kreativvorgang reduziert werden.“

Kunst-rezipierenden können für künstlerische Betätigungen wichtig, teilweise sogar konstitutiv sein.<sup>72</sup> Die Vermittlung von Kunst ist für den grundrechtlichen Schutz deshalb von elementarer Bedeutung.<sup>73</sup>

### III. Pranks als Gradmesser für die Kunstbegriffe

Untersucht wird nun, ob insbesondere die Kunstbegriffe geeignet sind, auch moderne Phänomene vermeintlicher Kunst angemessen zu erfassen. Exemplarisch wird hierfür der Kunstcharakter sogenannter Pranks<sup>74</sup> analysiert.<sup>75</sup>

*Hinweis:* In einer Prüfungssituation bedürfte es keiner detaillierten Erläuterung aller Kunstbegriffe, insbesondere die jeweilige Kritik an ihnen spielt insofern keine entscheidende Rolle, als dass die einzelnen Kunstbegriffe ohnehin nur Indizien darstellen.

#### 1. Fallbeispiel

Lucia (L) veröffentlicht auf verschiedenen Internet-Plattformen<sup>76</sup> in unregelmäßigen Abständen per Handy aufgenommene Kurzvideos, insbesondere Pranks, also in der Öffentlichkeit verdeckt gefilmte Streiche. Der besondere Unterhaltungswert dieser Videos ergibt sich aus den Reaktionen der mit den Streichen konfrontierten Personen. Für diese sind die Pranks nicht als inszeniert erkennbar, sodass die unfreiwilligen Protagonist\*innen verwirrt und überrumpelt wirken. Die aufgenommenen Reaktionen schneidet L im Nachgang zusammen und bereitet sie, teilweise mit visuellen und auditiven Spezialeffekten, filmisch nach. Ihre primäre Motivation ist es, anderen Menschen mit den veröffentlichten Videos eine Freude zu bereiten und sich kreativ auszuleben. Von folgenden Pranks ist beispielhaft auszugehen:

L fragt eine zufällig ausgewählte Person nach einem Handy, da sie keinen Akku mehr habe. Wird ihr ein Handy ausgehändigt, geht sie ein paar Schritte zur Seite und simuliert einen lautstarken Streit,

<sup>72</sup> Vgl. *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 87; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (617); *ders./Kotzur*, ZRP 2022, 24 (27). Gedacht sei an Applaus während eines Konzerts, Gelächter während eines Theaterstücks sowie an intendiert-partizipatorische Elemente in verschiedenen Kunstkontexten; instruktiv zur Partizipation in der bildenden Kunst *Feldhoff*, Zwischen Spiel und Politik, 2009.

<sup>73</sup> BVerfGE 77, 240 (251); 81, 278 (289); v. *Arnauld*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 35; *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 15, 52, 96; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (617); *ders./Kotzur*, ZRP 2022, 24 (24, 27); *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1943); *Hufen*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 47; *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 245 f.; *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1129 f.); *Ujica/Loef*, ZUM 2010, 670 (673). Jedoch besteht kein qualitatives Rangverhältnis zwischen Werkbereich und Wirkbereich, *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52.

<sup>74</sup> *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 152 ff. zu Pranks und einer Prankkultur als Grenzbereich von Kunst und Nicht-Kunst; vgl. auch *Hobbs/Grafe*, First Monday 2015, 20 (7). Prankvideos erreichen auf der Videoplattform YouTube teilweise fast 200 Millionen Aufrufe, vgl. *HoomanTV*, SHAMPOO PRANK PART 7!, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=oVm7FkQl4BM> (26.12.2023).

<sup>75</sup> Neben der Kunstfreiheit können im Kontext von Pranks auch andere Grundrechte virulent werden, etwa die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG, soweit mit den veröffentlichten Pranks Geld erworben wird.

<sup>76</sup> Mittels des Internets verbreitete Kunst kann in kurzer Zeit eine große Anzahl von Menschen erreichen, vgl. *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 28, wonach das Internet tradierten Repräsentationsorten der Kunst die Bedeutung streitig mache.

der darin kulminiert, dass sie eine mitgebrachte, täuschend echt aussehende Handyattrappe wuchtig auf den Boden wirft, sodass es von außen so wirkt, als habe sie das echte Handy geworfen.<sup>77</sup>

L stellt sich vor eine zufällig ausgewählte Person und schaut ihr schweigend in die Augen. Sie versucht, den Augenkontakt so lange wie möglich aufrecht zu erhalten. In der Folge improvisiert sie.<sup>78</sup>

## 2. Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

### a) Formaler Kunstbegriff

Es ist zu fragen, ob die Prankvideos in der Gesamtschau (Planung, Anfertigung, Nachbereitung, Veröffentlichung) den Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktypen der Kunst unterfallen. Einerseits wird dies hinsichtlich bereits bestehender, historisch gewachsener Kunstgattungen untersucht; andererseits ist zu fragen, ob womöglich auch eine neuartige Kunstgattung vorliegt. Für die Beurteilung von Kunst gelten nicht die gleichen Maßstäbe wie bei Inkrafttreten des Grundgesetzes. Vielmehr ist Kunst auf Entwicklung ausgerichtet.<sup>79</sup> Kunstgattungen und Kunst insgesamt dürfen sich in ihren Maßstäben verändern, sodass neuartige Formen künstlerischer Betätigung, etwa Happenings, ebenfalls unter den formalen Kunstbegriff fallen.<sup>80</sup> Jedoch stellt dieser Kunstbegriff bewusst nicht auf eine inhaltliche Beschreibung eines Verhaltens ab, sondern nimmt ausschließlich eine formal-typologische Betrachtung vor, weshalb neuartige Kunstformen nicht beliebig angenommen werden können.<sup>81</sup> Damit der formale Kunstbegriff seine juristisch ordnende Kraft nicht verliert, werden neue Kunstformen wie Happenings oder Flashmobs nur verzögert, bei entsprechender Akzeptanz und Bewährung, erfasst.<sup>82</sup>

#### aa) Prank

Als Gattung der Kunst im Sinne des formalen Kunstbegriffs könnte zunächst der Prank an sich, also das (heimliche) Streichespielen (in der Öffentlichkeit) verstanden werden. Zwar ist nicht zu negieren, dass Streiche innerhalb von Werken der Kunst bereits seit vielen Jahrhunderten verarbeitet werden, etwa in den Erzählungen über *Max und Moritz* von *Wilhelm Busch* aus dem Jahr 1865. Jedoch waren die dort verarbeiteten Streiche der Protagonisten nur Mittel zum Zweck des Gesamtkunstwerks, eines Buches. Auch das Format einer versteckten Kamera genügt nicht, um bereits von einer tradierten Kunstgattung sprechen zu können. Haben sich über die letzten Jahrzehnte verschiedene Fernseh- und Videoformate etabliert, bei denen Streichvideos mit versteckter Kamera eine wichtige Rolle spielen (etwa *Verstehen Sie Spaß?*, *Comedystreet*), so waren dies doch stetig reine Unterhaltungsfor-

<sup>77</sup> Angelehnt an ein Video von *IrtschTV*, Smartphones zerstören, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=AFUuuEVTLSE&t=424s> (26.12.2023).

<sup>78</sup> Angelehnt an ein Video von *IrtschTV*, Leute ANSTARREN, abrufbar unter [https://www.youtube.com/watch?v=-Tmtr\\_FRsaU&t=36s](https://www.youtube.com/watch?v=-Tmtr_FRsaU&t=36s) (26.12.2023).

<sup>79</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43.

<sup>80</sup> Vgl. *Lenski*, Jura 2016, 35 (37); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 236. Zur Offenheit des Kunstbegriffs auch *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 422, 425 f. Viele Kunstströmungen haben ihre Berechtigung und Bezeichnung als Kunst erst retrospektiv erhalten, vgl. *Hoffmann*, NJW 1985, 237 (246).

<sup>81</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45.

<sup>82</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45; explizit zu Flashmobs *Ernst*, DÖV 2011, 537 (539 f.), der sie nicht per se der Kunstfreiheit unterstellt, anders wiederum *Neumann*, NVwZ 2011, 1171 (1173 f.).

mate, die weder künstlerischen Anspruch hegten noch als Kunst verstanden wurden.<sup>83</sup> Obgleich die Unterhaltung eine tradierte Funktion der Kunst ist,<sup>84</sup> kann sich nicht ausschließlich hieraus ein künstlerischer Charakter ergeben. Pranks statuieren insofern keine etablierte oder sich neu entwickelte eigenständige Kunstgattung.<sup>85</sup>

*Hinweis:* Auch ohne Hintergrundwissen lassen sich Argumente durch Vergleiche generieren – Bezugnahmen auf alltägliche (Kunst-)Erfahrungen können die Subsumtion erleichtern.

#### bb) Film

Es könnte auf die tradierte Kunstgattung des Films rekurriert werden. Doch ist zu konstatieren, dass das bloße Medium *Film* viele verschiedene Inhalte haben kann, die nicht alle künstlerischen Charakter aufweisen (private Filmaufnahme aus dem Urlaub, rein informativer Dokumentarfilm etc.). Es lässt sich eine Parallele zu der Gattung *Buch* ziehen, die allein die Verbreitungsart umschreibt und sowohl Kunst (Romane) als auch Nicht-Kunst (Kochbücher) erfasst. Eine unspezifische Kunstgattung des Films ist daher abzulehnen. Gedacht werden kann aber an einen Spielfilm, der künstlerischen Charakter aufweist.<sup>86</sup> Kennzeichnend hierfür wären ein Drehbuch, eine Handlung und Schauspieler\*innen, zumeist auch eine gewisse Länge, obgleich es auch künstlerische Kurzfilme gibt. Die Videos von L weisen indes keine feststehende Handlung auf und folgen keinem Drehbuch, lediglich losen Ideen; es gibt mit Ausnahme der verdeckten Kamera zudem keine echte Regie und auch keine Maske. Ihre Videos sind daher nicht in einem traditionellen Sinne als Kunst darstellende Filme im Sinne des formalen Kunstbegriffs zu verstehen.

*Hinweis:* Das ließe sich, insbesondere mit Blick auf das – als Kunstform etablierte – Improvisationstheater, das ebenfalls keiner feststehenden Handlung folgt, auch anders entscheiden; auch in Serien und Filmen spielen improvisatorische Elemente teilweise eine Rolle.

#### cc) Video

Seit den 1960er-Jahren etabliert hat sich als Kunstgattung auch die audiovisuelle Videokunst, bei der das Medium *Video* ästhetisiert, dekonstruiert oder auf sonstige Art und Weise Gegenstand der Kunst wird.<sup>87</sup> Abgrenzungen zu anderen Kunstgattungen, etwa der Performance, sind häufig schwer zu zie-

<sup>83</sup> Selbstverständnis und Fremdwahrnehmung dienen hier als Indizien für die Frage, ob sich eine entsprechende Kunstgattung bereits etabliert hat.

<sup>84</sup> Vgl. v. *Arnauld*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 5; *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 57, 96 f., 104 f.; *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 4. Nach *Aristoteles* ist Kunst schon deshalb nützlich, weil sie Freude bereitet und zu Glück beiträgt, *Hauskeller*, Was ist Kunst?, 11. Aufl. 2020, S. 20.

<sup>85</sup> Auch in der juristischen Fachliteratur findet sich, soweit ersichtlich, kein Beleg für einen Prank oder Streich als Anknüpfungspunkt für eine Gattung der Kunst.

<sup>86</sup> Vgl. zur Filmkunst *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 96; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 60. Hier kommt indes eine gewisse Konturenlosigkeit des formalen Kunstbegriffs zum Ausdruck; unklar ist, ab wann ein Film Filmkunst darstellt, insbesondere könnte das Absprechen der Künsteigenschaft gewisser Filme zu einer – verbotenen – staatlichen Stil- und Niveauekontrolle führen, vgl. Fn. 6. Auch eine im Fernsehen ausgestrahlte Krimiserie kann Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG sein, BAG NJW 2018, 810 (812).

<sup>87</sup> Vgl. etwa *Mugaas*, Guggenheim v. 15.7.2010, abrufbar unter <https://www.guggenheim.org/articles/the->

hen. Bei den Prankvideos ist eine solche Anknüpfung indes nicht zu sehen; das Medium ist in künstlerischer Hinsicht für das Werkergebnis (Prankvideos) irrelevant, entscheidend ist allein der Inhalt der Videos (Pranks). Eine Zuordnung zur Videokunst scheidet damit aus.

Jedoch könnte das Format des für Internet- oder Social-Media-Zwecke aufgenommenen Kurzvideos möglicherweise eine eigene Gattung der Kunst darstellen. Insbesondere die leichte Form der Verbreitbarkeit und die Vielzahl an Rezipierenden könnten hierfür sprechen, ferner das häufig für die Wiedergabe auf Smartphones ausgerichtete Hochformat der Aufnahme. Jedoch weisen Kurzvideos als solche – auch im Internet – eine große inhaltliche Spannweite auf. Sie können sich folglich in ausschließlich unterhaltenden oder informativen Zwecken erschöpfen. Zwar sind Pranks und deren Zurschaustellung anhand von Kurzvideos im Internet weit verbreitete, globale Phänomene, doch ist nicht ersichtlich, inwieweit daraus folgt, dass diese Kurzvideos nicht bloß ein Medium, sondern eine eigenständige Gattung der Kunst abbilden. Internationalität, Aktualität und Viralität im Sinne der Verbreitbarkeit solcher Kurzvideos verleihen ihnen nicht den Charakter als Kunst.<sup>88</sup> Es ergibt sich auch nicht daraus etwas anderes, dass womöglich lediglich besondere Kreise (meist junge, digitalisiert sozialisierte Menschen) diese Kurzvideos als Kunst verstehen. Dass sich, insbesondere über neuartige Entwicklungen im Social-Media-Bereich, eine (internationale) Kurzvideokultur als eigenständige Kunstgattung entwickelt und etabliert hat, ist nicht ersichtlich.

#### dd) Schauspielerei

Angeknüpft werden könnte ferner an den schauspielerischen Charakter der von L durchgeführten Streiche und somit an die tradierte Kunstgattung der Schauspielerei.<sup>89</sup> Auch hier stellen sich zunächst terminologische Schwierigkeiten. Insbesondere ist fraglich, ob Schauspielerei als solche eine Gattung der Kunst ist oder erst die konkrete künstlerische Art des Schauspiels (etwa im Rahmen eines Theaterstücks, anders als im Kontext einer Fernsehwerbung). Auch könnte in der Schauspielerei lediglich ein bestimmte technische Fertigkeiten erforderndes Handwerk gesehen werden. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein gewisses Maß an technischem, handwerklichem oder motorischem Vermögen für jede Kunstform erforderlich ist, gedacht sei etwa an Gesang und Tanz. Ls gesamte Interaktion mit den zufällig ausgewählten Passant\*innen weist schauspielerischen Charakter auf. Insbesondere das für Schauspielerei erforderliche Geschick, eine Rolle zu verkörpern, kommt in ihren Pranks deutlich zum Vorschein, etwa wenn sie einen Streit und damit korrespondierende Emotionen simuliert, die sie eigentlich gar nicht aufweist. Schauspielerei folgt im Theater oder Film zumeist einer bestimmten Regieanweisung oder einem bestimmten Drehbuch, dient der Handlung und soll bestimmte Emotionen evozieren; auch Ls Schauspielerei folgt – wenn auch teilweise improvisatorischen – im Vorfeld festgelegten Leitlinien und soll Reaktionen der geprankten Personen hervorrufen, die für Rezipierende der fertigen Videos humoristisch-unterhaltend sind. Die Schauspielerei ist für L wesentlich, um ihre Videos bestmöglich gestalten zu können. Ls Tätigkeit unterfällt der Kunstgattung der Schauspielerei und damit dem formalen Kunstbegriff.<sup>90</sup>

---

[take/the-year-video-art-was-born](#) (6.1.2024); *Spannhake*, Deutschlandfunk v. 21.9.2012, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/entstehung-der-videokunst-100.html> (6.1.2024); instruktiv *Spielmann*, Video, 2005.

<sup>88</sup> Zeitgeist allein formt keine Künste. Denkbar ist lediglich, dass *mittels* solcher Kurzvideos Kunst verbreitet wird.

<sup>89</sup> Vgl. zur Schauspielkunst im Theater *Fischer-Lichte*, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2021.

<sup>90</sup> Vgl. zum Legen von Tarotkarten im öffentlichen Raum mit anderem Ergebnis VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

### ee) Straßenkunst

Als weiteren Anknüpfungspunkt könnte auf Straßenkunst als orts- und situationszentrierte abstrakte Kunstgattung rekurriert werden.<sup>91</sup> Fußgängerzonen begründen als öffentliche Straßen einen Ort öffentlicher Kommunikation.<sup>92</sup> Künstlerische Betätigungen wiederum stellen besondere Arten von Kommunikation dar.<sup>93</sup> Kunst im öffentlichen Straßenraum ist somit kein Fremdkörper.<sup>94</sup> Jedoch ist fraglich, ob Straßenkunst sich als Gattung der Kunst allein über das Kriterium der Straße, mithin der Öffentlichkeit definieren lassen kann. Straßenkunst als solche kann verschiedene Formen künstlerischer Ausgestaltung erfassen; unter künstlerischen Straßenperformances ließen sich etwa Straßenmusik<sup>95</sup>, Silhouettenschneiden<sup>96</sup> oder auch das Straßentheater<sup>97</sup> subsumieren. Um jedoch eine Konturenlosigkeit des sachlichen Schutzbereichs zu verhindern, kann der bloße Kontext einer Öffentlichkeit nicht jede Art von Aktion und Handeln allein qua Straßenbezugs zu Kunst werden lassen, vielmehr müsste auch rekontextualisiert ein künstlerischer Charakter bestehen. Beispielhaft wäre Straßenmusik auch außerhalb der öffentlichen Straße als Musik Kunst. Deklarierte man die Pranks allein qua ihres Straßenbezugs als Straßenkunst, könnte alles, was auf öffentlichen Straßen passiert und nicht ausschließlich der Fortbewegung dient, Kunst sein. Einer distinkten Bestimmung von Kunst wäre dies unzutraglich. Folglich ist eine Kunstgattung der Straßenkunst generell abzulehnen.<sup>98</sup>

### ff) Aktionskunst

In Betracht kommt letztlich eine Anknüpfung an die mittlerweile etablierte Gattung der Aktionskunst.<sup>99</sup> Hierfür wäre erforderlich, dass L mit den Pranks selbst etwas Bestimmtes ausdrücken will. Das ist indes nicht der Fall; erst die spätere Veröffentlichung der Videos vollendet ihr Werk. Eine für die Aktionskunst typische Teilnahme vieler außenstehender Menschen ist für L sogar hinderlich; sie beschränkt sich jeweils auf konkrete Einzelpersonen. Mit ihren Pranks möchte sie kein kollektives Erlebnis schaffen, sondern stetig aufs Neue mit ausgewählten Menschen interagieren. Ihr Verhalten stellt sich nicht als Aktionskunst dar.<sup>100</sup>

<sup>91</sup> BVerwGE 84, 71 (74): „Zu den geschützten Kunstformen gehört auch die Straßenkunst, also das künstlerische Schaffen, das in einem untrennbaren Wechselspiel zwischen Werk- und Wirkungsbereich auf das Medium der öffentlichen Straße und das dort sich aufhaltende Publikum spezifisch angewiesen ist.“ Jedoch wird in der Entscheidung letztlich vor allem der materiale Kunstbegriff subsumiert, sodass Straßenkunst vom BVerwG höchstwahrscheinlich nicht als eigenständige Gattung der Kunst verstanden wurde, vgl. BVerwGE 84, 71 (73 f.).

<sup>92</sup> Kritisch einordnend Axer, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 6 Rn. 90 ff.; vgl. ferner Herber, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, 24. Kap. Rn. 11 ff.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 77, 240 (251); 81, 278 (289); v. Arnould, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 35; Germelmann, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 15, 52, 96; Henschel, NJW 1990, 1937 (1943); Hufen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 47; Marsch, JZ 2021, 1129 (1129 f.); Ujica/Loef, ZUM 2010, 670 (673).

<sup>94</sup> Zum Verhältnis von Straßenrecht und Kunstfreiheit ausführlich Würkner, NJW 1987, 1793.

<sup>95</sup> BVerwG NJW 1987, 1836 (1836 f.).

<sup>96</sup> BVerwGE 84, 71 (74).

<sup>97</sup> BVerfGE 67, 213 (227).

<sup>98</sup> Ähnlich VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

<sup>99</sup> Vgl. Hufen, JuS 2022, 897 (899 f.). Evident liegt hier auch keine Verbindung von Aktivismus und Kunst vor, die als Kunstgattung „Artivismus“ bezeichnet werden könnte, vgl. Weibel, ZKM Magazin v. 5.12.2013, abrufbar unter <https://zkm.de/de/magazin/2013/12/peter-weibel-global-activism> (6.1.2024).

<sup>100</sup> Vgl. zum Legen von Tarotkarten im öffentlichen Raum mit gleichem Ergebnis VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

## b) Materialer Kunstbegriff

Fraglich ist, inwieweit sich die im Zusammenhang mit den Prankvideos stehenden Tätigkeiten von L unter die einzelnen Elementen des materialen Kunstbegriffs subsumieren lassen. Das Anfertigen und Zusammenschneiden der Videosequenzen sind eigenständige freie, schöpferische Gestaltungsakte. Die fertiggestellten und veröffentlichten Videos wiederum stellen im Wege eines produktiven Schöpfungsaktes geschaffene, abgeschlossene Werke dar. Ferner sind sie als für Internet-Plattformen konzipierte Kurzvideos Ausdruck einer bestimmten Formensprache, die über die gewöhnliche und alltägliche Form der Kommunikation hinausgeht.<sup>101</sup> Fraglich ist indes, inwieweit in der Tätigkeit Ls ihre Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse zum Ausdruck kommen. Anders als bei vielen anderen Arten der Kunst schafft L Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse durch den Vorgang des Kunstschaffens selbst, nämlich durch die Durchführung der Pranks. Indem sie diese im weiteren Fortgang komprimiert, zusammenschneidet und filmisch nachbereitet, verarbeitet sie diese Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse. Das Schneiden und Anordnen der Kurzvideos ist zudem (zeitlich) aufwendig und erfordert – wie für Kunst typisch – technisch-handwerkliche Fertigkeiten.<sup>102</sup> Die filmische Nachbereitung trägt, etwa durch Schnittwechsel, die Einfügung von Effekten wie retardierendem Tempo oder eine angepasste Farb- und Musikauswahl, zur Erzeugung von Spannung und Komik und somit zum künstlerischen Charakter der Tätigkeit bei. Ferner entspricht die Motivation Ls, anderen Menschen mit ihren Videos eine Freude zu bereiten und sich im Rahmen der gesamten Betätigung (von der Idee über die inhaltliche Konzeption bis hin zur Umsetzung) kreativ auszuleben, der Grundannahme des materialen Kunstbegriffs. Auch die Vielfalt der inhaltlichen Ausgestaltung der Pranks, die zum Teil Requisiten (Handyattrappe) erfordern, belegen die schöpferische Kreativität Ls. Das performative und teilweise spontan-improvisatorische Element insbesondere des zweiten Pranks illustriert ferner die Fantasie und Intuition Ls, aus den selbst geschaffenen Situationen und Interaktionen einen entsprechend unterhaltsamen und künstlerischen Moment generieren zu können. Einwenden ließe sich, dass ein wesentlicher Teil des Werks gar nicht ihrer eigenen schöpferischen Gestaltung entspringt, sondern erst die jeweiligen Reaktionen der (unfreiwilligen) Protagonist\*innen entscheidend seien. Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass es gerade Ls eigener Kreativität entspringt, die entsprechenden Reaktionen überhaupt erst zu erzeugen. Letztlich kommt in den Videos auch die eigene Persönlichkeit Ls zum Ausdruck, und zwar insofern, als dass jene ihr humoristisch-kreatives Wesen abbilden. Die Pranks sind damit Kunst im Sinne des materialen Kunstbegriffs.

## c) Offener Kunstbegriff

Hinsichtlich des offenen Kunstbegriffs ist zu konstatieren, dass das Durchführen, Aufnehmen und Veröffentlichen der Pranks von einem eindeutigen Aussagegehalt geprägt ist. Die von L veröffentlichten Videos bieten wenig Raum für Interpretationen, sollen vielmehr schlicht unterhalten. Eine Interpretierbarkeit könnte allenfalls daraus folgen, dass L durch die Auswahl der Aufnahmen und einen gezielten Zusammenschnitt der Reaktionen auf der Straße in der Nachbereitung der Videos eine bestimmte Wirkung erzielt, die auf verschiedenen Ebenen liegende Bedeutungen zulassen könnte. So ist es denkbar, dass durch die Videos, etwa anhand der divergierenden Reaktionen der Menschen, der Interpretation zugängliche Aussagen über soziokulturelle Gegebenheiten oder gesellschaftliche

---

<sup>101</sup> Vgl. zur besonderen Form künstlerischer Kommunikation *Adorno*, *Ästhetische Theorie*, 22. Aufl. 2022, S. 171, 186 ff., 274; *Heidegger*, in: von Herrmann, *Der Ursprung des Kunstwerkes*, 2012, S. 34; *Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, 1997, S. 36, 38, 39 f., 47; *Riedel*, *Vermutung des Künstlerischen*, 2011, S. 56.

<sup>102</sup> Daneben besteht auch ein gewisser Ressourcenaufwand: Erforderlich sind jedenfalls ein elektronisches Schnitt-/Videoverarbeitungsprogramm sowie ein Smartphone, Laptop oder Computer.

Phänomene getroffen werden, beispielsweise über Freundlichkeit, Hilfe, Ablehnung oder Verdruss im Kontext ihrer Pranks (insbesondere der erste Prank streift auch das Thema der Zivilcourage), übergeordnet auch über Spießbürgerlichkeit im Allgemeinen. Dies war von L zwar nicht ersichtlich intendiert, doch kann ein Kunstwerk mehr Aussagegehalte aufweisen als von der kunstschaaffenden Person ursprünglich angestrebt. Im vorliegenden Sachverhalt ist jedoch nicht ersichtlich, inwieweit die konkreten Videos tatsächlich solche mannigfaltigen, fortgesetzten Interpretationsmöglichkeiten zulassen.

#### d) Relationaler Kunstbegriff

Hinsichtlich des relationalen Kunstbegriffs ist festzuhalten, dass L hier zwar an ein bestehendes Internetphänomen anknüpft; jedoch liegt keine Bezogenheit von Kunst (als Kunst) auf Kunst vor. Allenfalls ließ sich L von der grundsätzlichen Idee solcher Videos inspirieren. Dass sie in einen echten künstlerischen Austausch gehen möchte, ist nicht ersichtlich. Ebenwenig wie ein konkreter Bezug auf Kunst(-werke) liegt auch kein Imitieren oder Dekonstruieren anderer Kunst(-werke), etwa der Videokunst, vor.

*Hinweis:* Mit Hinweis darauf, dass sich die Pranks in eine jahrhundertealte Tradition von Streichen als Sujet künstlerischer Werke einfügen, ließe sich dies auch anders vertreten.

#### e) Sachverständige und Selbstverständnis

Hinsichtlich eines Sachverständigenurteils stellt sich im vorliegenden Fall bereits die Frage, wer im Kontext von Prankvideos überhaupt sachkundig ist.<sup>103</sup> Ferner verhält sich der Sachverhalt nicht eindeutig dazu, ob und inwieweit in kunstinternen und fachkundigen Kreisen Ls Verhalten als Kunst bezeichnet wird.

Bezüglich des Selbstverständnisses ist zu konstatieren, dass L mit ihren Videos andere Menschen unterhalten und ihre Kreativität ausleben möchte. Ob sie sich ausdrücklich als Künstlerin versteht, ist unklar, erschiene aber nicht zu weitgehend, schließlich erfordern die Prankvideos in ihrer Gesamtschau Fähigkeiten und Fertigkeiten, die mit denen sonstiger Künste vergleichbar sind, insbesondere ein ausgeprägtes Maß an Kreativität, schauspielerisches Talent sowie technisches Wissen im Umgang mit dem Filmen, Schneiden und Nachbereiten von Videos.

### 3. Zwischenergebnis: Pranks als Kunst

Eine wertende Gesamtbetrachtung der Erwägungen zum formalen Kunstbegriff, insbesondere zur Schauspielerei, zum materialen Kunstbegriff sowie zum eigenen künstlerischen Selbstverständnis der L ergibt, dass ihre Pranks<sup>104</sup> und Prankvideos Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellen.<sup>105</sup> Dass ihr Verhalten nicht unter alle Kunstbegriffe subsumiert werden kann, ist unschädlich. Dem Werkbereich zuzuordnen sind bei L einerseits das Agieren auf öffentliche Straße, auf der die Video-

<sup>103</sup> Auch über den konkreten Sachverhalt hinaus ist dies eine häufig vorgebrachte Kritik; das Problem der Bestimmung von Kunst werde von Gerichten auf Sachverständige ausgelagert, vgl. etwa *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 38. Dem kann entgegengehalten werden, dass der künstlerische Sachverstand bei Letzteren durchaus höher eingestuft werden kann als bei Ersteren.

<sup>104</sup> Auch eine Handlung kann ein Kunstwerk darstellen, vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118.

<sup>105</sup> Selbstredend ließe sich auch ein gegenteiliger Standpunkt gut vertreten.



inhalte originär entstehen, andererseits die kreative Nachbereitung der Videos. Dem Wirkungsbereich unterfallen einerseits die unmittelbaren Reaktionen auf der Straße, andererseits insbesondere die veröffentlichten Videos, folglich die Online-Rezeption der Pranks, vermittelt über Internet-Plattformen. Ls Handlungen im Zusammenhang mit der Aufnahme und Veröffentlichung der Prankvideos sind damit gänzlich vom sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfasst.

#### IV. Fazit

Videos von Streichen im öffentlichen Raum bildeten den Anlass, die Dogmatik der zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG entwickelten Kunstbegriffe anhand eines modernen Phänomens zu untersuchen. Obgleich eine Analyse ergab, dass insbesondere der formale Kunstbegriff teilweise unklare Konturen aufweist, sind die Kunstbegriffe ein wichtiges Werkzeug zur rechtlichen Plausibilisierung einer originär außerrechtlichen Fragestellung, nämlich derjenigen, was Kunst ist. Eine detaillierte Subsumtion ist unumgänglich, da insbesondere Grenzfälle auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs nur so geklärt werden können. Erforderlich für eine Subsumtion unter das Grundrecht der Kunstfreiheit ist eine wertende Gesamtwürdigung des Einzelfalles. Pranks, das hat sich gezeigt, können Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellen.<sup>106</sup> Dieses Ergebnis ist zu begrüßen, schließlich fungiert die Kunstfreiheit nicht bloß als „Hüterin einer [...] erbaulich-idyllischen Sonntagskunst“, sondern umfasst „gerade auch die formsprengend-experimentierende [...] Kunst“.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> In einer hypothetischen Prüfungsarbeit könnte die Kunstfreiheit vor allem mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kollidieren. Bei der Untersuchung einer Verletzung der Kunstfreiheit erfolgt eine Prüfung bei Anlegung *werkgerechter Maßstäbe*, BVerfGE 75, 369 (375). Das bedeutet, dass zunächst die das jeweilige Verhalten prägenden, strukturtypischen Eigenheiten der entsprechenden Kunstform zu erfassen sind, um daraus Aussagegehalte des Kunstwerks ermitteln zu können, *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1942); BVerfGE 75, 369 (378 f.); BVerfG NJW 2018, 1744 (1745). Dadurch kann sich beispielsweise ergeben, dass Beeinträchtigungen anderer Verfassungsgüter von vornherein als für die Kunstgattung strukturtypisch hinzunehmen sind, sodass eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erst dann erforderlich wird, wenn die werkgerechte Beurteilung ergibt, dass verfassungsrechtlich geschützte Rechte Dritter oder andere konkrete Güter von Verfassungsrang beeinträchtigt sind, *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1941 f.). Auf Seiten Ls stünde die Kunstfreiheit einerseits in ihrer abstrakten Ausprägung; andererseits ist L ob der avantgardistisch anmutenden Art ihrer Betätigung kunstintern eine Minderheit und als solche besonders schutzbedürftig. Hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist insbesondere maßgeblich, ob vor Veröffentlichung der Videos eine Einwilligung eingeholt wird. Menschen müssen im öffentlichen Straßenraum damit rechnen, dass sie angesprochen werden; Werbestände von Unternehmen oder Organisationen, Flyer verteilende Menschen und auch Straßenkunst gehören zum Wesen der öffentlichen Straße als Kommunikationsraum. Hervorzuheben ist ferner, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor allem vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen der eigenen Person schützt, die bei den Pranks nicht in Rede stehen. Eine bloßstellende Wirkung wird im Übrigen durch die Kontextualisierung im jeweiligen Video dadurch eingeschränkt, dass auch andere Menschen geprankt werden: Die jeweiligen Personen sind nur kurz zu sehen und zudem ist erkennbar, dass ein Streich gespielt wurde, sodass eine verwirrte oder überrumpelte Reaktion verständlich und nicht ehrenrührig erscheint.

<sup>107</sup> *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 27; pointiert zu Grenzüberschreitungen in der Kunst auch *Ladeur*, ZUM 2016, 775 (776).