

**Rechtsgutachten:**

**Grundrechtsschutz für politische Aktionskunst**

## A. Sachverhalt und Fragestellung

Im Vorfeld der Bundestagswahl 2021 hat das Künstler\*innenkollektiv *Zentrum für politische Schönheit* unter der Bezeichnung „Flyerservice Hahn“ Dienstleistungen für die Verteilung von Wahlwerbung der AfD angegeben. Zu diesem Zweck wurde auch eine Internetseite ([www.flyerservice-hahn.de](http://www.flyerservice-hahn.de)) eingerichtet. Das künstlerische Kernanliegen des Projektes beschreibt das Kollektiv damit, dass das Ziel der Aktion sei, „der Zivilgesellschaft die Handlungsoptionen einer wehrhaften Demokratie aufzuzeigen“ (*Ruch, Künstlerisches Konzept: Flyerservice Hahn, 2022*). Das Flyer-Projekt ziele auf den künstlerisch angemessenen Umgang mit Pamphleten „mit rassistischer Hetze, demokratiefeindlicher Propaganda und gefährlicher Coronaleugnung auf Papier von anerkannten Rechtsextremen, die sich in einer ‚Partei‘ organisiert haben, die vom Verfassungsschutz beobachtet wird“. Die Selbstbeschreibung des Kollektivs erläutert das wie folgt:

„Es geht um die Frage, wie könnte ein künstlerischer ‚Filter‘ für demokratiefeindliche Propaganda in einer Demokratie aussehen, insbesondere wenn diese Demokratie wehrhaft wäre?“

Das Vorgehen des Kollektivs folgte dabei den Regeln des Hyperrealismus. So schreibt das Kollektiv:

„Aus internen Quellen bei der Partei haben wir relativ früh erfahren (im Frühjahr 2021), dass die Partei nicht vorhat, ihre Flyer wie andere Parteien (‚die ganzen Trotteln bei den Altparteien‘) selbst zu verteilen und in die Briefkästen der Bürgerinnen und Bürger zu werfen, sondern ‚professionelle‘ Dienstleister damit zu beauftragen. Wir haben ein hyperrealistisches Unternehmen gegründet, das diese Aufträge (nach streng marktwirtschaftlichen Kriterien) akquiriert.

Das Zentrum für Politische Schönheit fühlt sich seit 2014 der künstlerischen Strömung und ‚Schule‘ des Hyperrealismus verpflichtet. Ob die ‚Kindertransporthilfe des Bundes‘ im Namen des Bundesfamilienministeriums (2014), ein Schülerwettbewerb zu den Geschwistern Scholl im Namen der CSU (2017) oder eine Suche nach den gestohlenen Waffen der Bundeswehr im Namen des Bundesverteidigungsministeriums: durchgängig sehen sich die Kunden, Zuschauer und Beobachter nicht einfach nur täuschend echten Institutionen gegenüber, sondern oftmals sogar Organen, wie sie sein sollten, wie sie sein könnten“.

Infolge einer Strafanzeige in Bezug auf diese Aktion erließ das AG Tiergarten am 10. Dezember 2021 einen Durchsuchungsbeschluss wegen des Verdachts der Fälschung beweisheblicher Daten (§ 269 StGB). Ein Laptop (MacBook Pro 16) und ein iPhone 13 wurden sichergestellt. Das AG folgte damit einem Antrag der Staatsanwaltschaft vom 25.11.2021 i.V.m. einem Antrag vom 3.12.2021, die argumentiert, dass die Einrichtung der Webseite und der Versand von E-Mails im Namen des Flyerservice Hahn den Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB erfülle.

In diesem Zusammenhang stellen sich die im Folgenden zu beantwortenden Rechtsfragen: Verstoßen der Durchsuchungsbeschluss des AG Tiergarten vom 10. Dezember 2021 und die Sicherstellung Laptop Apple MacBook Pro und Apple iPhone 13 gegen das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG?

## B. Rechtsgutachten

<b>I. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Schutzbereich</b> .....	<b>4</b>
a) Personeller Schutzbereich .....	5
b) Sachlicher Schutzbereich.....	6
(aa) Materialer Kunstbegriff .....	7
(bb) Formal-typologischer Kunstbegriff .....	7
(cc) Offener, zeichentheoretischer bzw. bedeutungsorientierter Kunstbegriff.....	9
(dd) Weitere Kriterien .....	11
(1) Drittanererkennung.....	11
(2) Selbstverständnis der Künstler*innen .....	12
(3) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen.....	13
(4) Politische Kunst.....	14
(5) Reichweite des Schutzes: Werk- und Wirkungsbereich .....	16
c) Zwischenergebnis.....	17
<b>2. Eingriff</b> .....	<b>18</b>
<b>3. Rechtfertigung</b> .....	<b>18</b>
a) Kollidierendes Schutzgut.....	21
b) Abwägung .....	23
aa) Kunstspezifische Betrachtungsweise .....	23
bb) Gesamtbetrachtung des Kunstwerkes .....	24
cc) Abschreckende Wirkung.....	26
<b>4. Zwischenergebnis</b> .....	<b>28</b>
<b>II. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG</b> .....	<b>28</b>
<b>1. Schutzbereich</b> .....	<b>28</b>
<b>2. Eingriff</b> .....	<b>28</b>
<b>3. Rechtfertigung</b> .....	<b>29</b>
<b>III. Gesamtergebnis</b> .....	<b>30</b>

### I. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG

Zunächst fragt sich, ob die staatlichen Maßnahmen im Hinblick auf die Flyeraktion des *Zentrums für politische Schönheit* die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verletzen.

#### 1. Schutzbereich

Dafür müsste der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet sein.

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG anerkennt und verbürgt ein individuelles Freiheitsrecht, sich künstlerisch zu betätigen, Kunstwerke darzubieten und zu verbreiten. Dabei kommt dem Grundrecht eine besondere Bedeutung zu. Bei grundrechtssystematischer Betrachtung wird dies bereits daran deutlich, dass der Verfassungsgeber für die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Grundrechte der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit keine Eingriffe des einfachen Gesetzgebers vorgesehen hat (BVerfGE 30, 173 [193]).

Darüber hinaus zielt die Kunstfreiheit mit dem Schutz der individuellen schöpferischen Kraft auf eine Form der Selbstentfaltung, die unmittelbar der in Art. 1 Abs. 1 GG normierten Garantie der Menschenwürde zugeordnet werden kann (BVerfGE 30, 173 [193]; *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 34). Zur Menschenwürde steht, wie *Friedrich Müller* mit anderen Worten hervorhebt, die Kunstfreiheit „wegen der Höchstpersönlichkeit der durch sie getroffenen Entscheidungen und durch sie erbrachten Leistungen in besonderer Nähe“ (*Müller*, Strafrecht, Jugendschutz und Kunstfreiheit, Juristenzeitung 1970, S. 87 [89]). Neben dieser individuell-personellen Perspektive folgt die besondere Bedeutung der Kunstfreiheit schließlich daraus, dass das Grundrecht eine besondere Form der Kommunikation schützt, die es der Kunst „erlaubt, gesellschaftlich relevante Fragen in ihrem eigenen Zeichencode zu erörtern“ (*Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 34; vgl. auch BVerfGE 31, 229 [238 f.]; 30, 173 [190]).

#### **a) Personeller Schutzbereich**

Auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen können sich zunächst die einzelnen Mitglieder des *Zentrums für Politische Schönheit* (wie z.B. der Adressat des Durchsuchungsbeschlusses des Amtsgerichts Tiergarten vom 10. Dezember 2021 und der in diesem Zusammenhang getroffenen Durchsuchungs- und Sicherstellungsmaßnahmen) als natürliche Personen. Grundrechtsberechtigt ist daneben aber auch das aus ca. 70 Künstler\*innen und Kreativen bestehende *Zentrum für Politische Schönheit* selbst. Nach einer Auffassung ergibt sich dies bereits aus dem kollektiven Charakter der Kunstfreiheit, die die sozietale Selbstorganisation der Kunst – und das heißt künstlerischer Kollektive – schützt (siehe ausführlich *Ladeur*, Protest als kollektive künstlerische Performance – Herausforderung der Grundrechtsdogmatik durch „Aktionskunst“, *Der Staat* 54 [2015], S. 97). Da die Kunstfreiheit kein höchstpersönliches Grundrecht darstellt, können sich juristische Personen zudem i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG auf das Grundrecht berufen. Der Begriff der „juristischen Person“ ist dabei weit zu verstehen. Unabhängig von konkreten Rechtsformen (wie z.B. einem eingetragenen Verein i.S.d. § 21 BGB oder einer Gesellschaft bürgerlichen Recht i.S.d. § 705 BGB) schließt er unterschiedlich strukturierte Personengemeinschaften ein, insbesondere

auch mehr oder weniger lose miteinander verbundene, von Aktion zu Aktion möglicherweise auch kontingent-fluide Kollektive (siehe nur *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 191).

## **b) Sachlicher Schutzbereich**

Für die Frage, was Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist, greifen Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur auf drei in der Regel nebeneinander anwendbare Kunstbegriffe zurück (BVerfGE 119, 1 [20 f.]; 81, 278 [291]; 75, 369 [377]; 67, 213 [226]; 30, 173 [188 f.]; vertiefend *Hanschmann*, „Ceci n'est pas une pipe“, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 327). Dabei ist indes zu beachten, dass eine endgültige Definition des Begriffes Kunst schon allein deshalb nicht möglich ist, weil avantgardistische Strömungen in der Kunst, die über das bisher Erreichte und Etablierte hinausgehen, nicht vom grundrechtlichen Schutz ausgenommen werden dürfen. Diesbezüglich spricht das Bundesverfassungsgericht wiederholt von der „Schwierigkeit, den Begriff der Kunst abschließend zu definieren“ (BVerfGE 119, 1 [20]; 67, 213 [224 ff.]; 30, 173 [188 f.]). Ferner muss der Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vermeiden, dass ein staatliches Kunstrichtertum in der Weise entsteht, dass staatliche Instanzen eine Stil- oder Niveauekontrolle beanspruchen (BVerfGE 81, 278 [291]; 75, 369 [377]; *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 187). Geboten ist angesichts dieser Gefahren und Herausforderungen grundsätzlich eine weite Definition von Kunst, welche dem Pluralismus divergenter Vorstellungen von Kunst gerecht wird und der autonomen Weiterentwicklung von Kunst in Gestalt neuartiger, unkonventioneller und überraschender künstlerischer Ausdrucksformen Raum gibt (st. Rspr. BVerfGE 75, 369 [377]; 67, 213 [224 f.]; BVerfGK 13, 115 [117 f.]; 13, 531 [534]; *von Arnould*, Freiheit der Kunst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, Bd. VII, § 167 Rn. 11; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 118; *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 41).

## **(aa) Materialer Kunstbegriff**

Nach dem materialen Kunstbegriff, den das Bundesverfassungsgericht in seiner für die Kunstfreiheit grundlegenden Mephisto-Entscheidung geprägt hat, ist wesentlich für die künstlerische Betätigung „die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist danach ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“ (BVerfGE 30, 173 [188 f.]; ebenso in BVerfGE 119, 1 [20 f.]; 75, 369 [377]; 67, 213 [226]). Künstlerisches Schaffen ist danach weniger Mitteilung als unmittelbarer Ausdruck von Intuition, Fantasie und künstlerischen Kompetenzen der Künstler\*innen (kritisch zu diesem Kunstbegriff: *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139; *Mahrenholz*, Die Freiheit der Kunst, in: Benda (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 26 ff.; *Ladeur*, Protest als kollektive künstlerische Performance – Herausforderung der Grundrechtsdogmatik durch „Aktionskunst“, *Der Staat* 54 [2015], S. 97 [101]: „völlig konturlos“).

Die Flyer-Aktion des *Zentrums für Politische Schönheit* – inklusive der für dessen Durchführung zentralen Einrichtung einer Webseite und der in diesem Zusammenhang getätigte Mailverkehr – unterfallen diesem materialen Kunstbegriff, bei dem die freie schöpferische Gestaltung und die künstlerische Motivation im Vordergrund stehen.

## **(bb) Formal-typologischer Kunstbegriff**

Demgegenüber knüpft der formal-typologische Kunstbegriff an die vorfindliche Typologie künstlerischer Betätigungen an. Es kommt darauf an, ob die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps, d.h. einer klassischen bzw. anerkannten Kunstrichtung (Malerei, Musizieren, Dichtung, Oper etc.) erfüllt sind (BVerfGE 67, 213 [226 f.]; grundlegend insoweit *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechts-

dogmatik, Berlin 1969, S. 41 f.; siehe auch *ders.*, Strafrecht, Jugendschutz und Kunstfreiheit, Juristenzeitung 1970, S: 87 [89]). Um der diesem Kunstbegriff inhärenten Gefahr zu begegnen, (noch) nicht etablierte Kunst mit einer „Prämie auf das Gestrige“ (*Knemeyer/Greiffenhagen*, Über die Schranken der Kunstfreiheit, Der Staat 8 [1969], S. 240 [249]) auszuzeichnen, während gleichzeitig neuartigen Erscheinungsformen von Kunst der grundrechtliche Schutz entzogen wird, muss der formale Kunstbegriff für neue Phänomene der Kunst wie Happenings, Performances, Videoinstallationen, elektronischen Kompositionen, Flashmobs usw. offen gehalten werden.

Da es anders als bei materiellen Definitionsversuchen von Kunst weniger auf den Künstler, seine Person und seine Tätigkeiten ankommt, sondern stärker auf den Werktyp, die „gattungstypische Differenzierung“ (*Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969, S. 42), muss die konkrete Tätigkeit nicht als spezifisch künstlerische Tätigkeit erkennbar sein. Wie bei einem sog. *ready-made*, bei dem der Künstler an einem Natur- oder Alltagsgegenstand gar keine Veränderung vornimmt, diesen aber für Kunst erklärt und als solche präsentiert, können beispielsweise auch das Aufbauen einer Webseite oder das Einrichten einer fiktiven Mailadresse als Bestandteile eines noch aus anderen gegenständlichen wie kommunikativen Elementen bestehenden Gesamtwerkes erscheinen, auch wenn die einzelne Handlung selbst nicht als genuin künstlerische Tätigkeit in Erscheinung tritt. Ausreichend auch für die Qualifizierung des Aufbaus der Webseite und der Einrichtung bzw. Nutzung einer Mailadresse als (Bestandteil von) Kunst ist insoweit, dass das (Gesamt-)Werk formal-typologisch einer bestimmten Kunstgattung zugeordnet werden kann.

Formal-typologisch betrachtet sind die Kunstwerke des *Zentrums für Politische Schönheit* insgesamt das Ergebnis des Zusammenwirkens verschiedener Kunstgattungen. In den Worten des Kunsthistorikers *Michael Diers*: „Die agierenden Mitglieder des Zentrums setzen sich aus diversen Berufsgruppen, darunter Schauspiel, Bildende Kunst, Zirkus, Literatur und Journalismus, Universität, Technik, etc. zusammen, für die im Kontext ihrer Zentrums-Arbeit als gemeinsamer Begriff die Bezeichnung Künstler:innen zutreffend ist“ (*Diers*, Kunsthistorische Stellungnahme zu den Aktionen des Zentrums für Politische Schönheit, März 2022). Die Aktionsformen des Zentrums und auch die AfD-Flyeraktion sind durch diese Kombination geprägt, die in einer neuartigen Kunstform – der Aktionskunst des Hyperrealismus – mündet. Nochmals *Michael Diers*:



„Vor allem aber betrifft es die Kombination ästhetisch-performatorischer Mittel aus heterogenen Bereichen der künstlerischen, publizistischen und politischen Arbeit [...]. Indem Elemente des Theaters, der Schaustellerei und der bildenden Kunst kombiniert oder einander konfrontiert werden, ist ein erstaunliches Repertoire von ‚Aktions‘-Formen entstanden, das einerseits für Bewunderung, Anerkennung und Applaus und andererseits für Verwunderung, Verwirrung oder, gelegentlich auch für Aufregung und Zorn sorgt. Bei allen Aktionen, so divers die Anlässe und Themen auch sein mögen, handelt es sich um Ereignisse im Feld der Kunst, kurz gesagt, um Kunstaktionen.“

Die Aktionen des *Zentrums für Politische Schönheit* und insbesondere auch die Flyeraktion – und als deren Teil die Einrichtung der Webseite und die Nutzung des Mailaccounts – sind nach dem formalen Kunstbegriff des BVerfG als Kunst einzuordnen und unterfallen dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Aktionskunst, Happenings usw. sind spätestens seit den 1970er Jahren in Folge der Arbeiten von u.a. Joseph Beuys, der Kommunikationsguerilla, den Mitgliedern der F+F Schule für experimentelle Gestaltung in Zürich, Christoph Schlingensiefel oder des Peng Collective mittlerweile etablierte Formen der Kunst.

### **(cc) Offener, zeichentheoretischer bzw. bedeutungsorientierter Kunstbegriff**

Nach dem offenen, zeichentheoretischen bzw. bedeutungsorientierten Kunstbegriff, den das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Leitentscheidung zur Kunstfreiheit in Reaktion auf die Schwächen des materialen und des formalen Kunstbegriffs entwickelt hat, ist das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin zu sehen, 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 (BVerfGE 67, 213 [227]: „Anachronistischer Zug“).

Auch nach dem offenen Kunstbegriff unterfällt die Flyeraktion des *Zentrums für Politische Schönheit* dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Sie hat kontroverse Debatten im Kunstbetrieb und in den Medien über die Aktionen des Zentrums ausgelöst. Zwar können der Aktion auch moralisch-humanistische Aussagen entnommen

werden – dies aber nicht im Stile eindeutiger Botschaften oder Bedeutungen der Aktionen, sondern im Sinne einer hyperrealistischen Realitätsverdopplung, der eine Grenzüberschreitung zugrunde liegt und in deren Konsequenz die Kunst sich mit anderen Sphären mischt, um aus einer wirkungslosen Autarkie auszubrechen. Dabei „bedarf es diverser Gratwanderungen und gelegentlicher Grenzüberschreitungen, andernfalls bliebe die Kunst wirkungslos und verfehlte ihre Ziele. Als Kunstform bleiben die Aktionen, so konkret und wirklichkeitsbezogen sie auch sein mögen, schöpferische symbolische Handlungen. Dafür steht auch die Bezeichnung ‚politische Schönheit‘, die frei nach dem antiken Grundsatz der Kalokagathia das Ästhetische und Ethische oder auch das Gute, Wahre und Schöne als Einheit begreift [...] Dass eine sich politisch begreifende Kunst, die für ein Umdenken in Sachen Kunst und Politik plädiert, nicht nur in der Politik, im Staat und seinen Parteien einen Gegner findet, sondern auch auf anderen gesellschaftlichen Ebenen aneckt und teils heftiger Kritik unterzogen wird, zeigen beispielhaft die Meinungsdivergenzen in Bezug auf die Aktionen des ZPS [Zentrum für Politische Schönheit, d. Verf.]. Dass die Politik sich – wie zuletzt im Fall der AfD-Flyeraktion - empört, ist verständlich und auch Teil der künstlerischen Intention; dass die Kunstkritik sich gelegentlich verwundert und erregt, ist insofern gravierender, weil hier nicht die grundsätzlich garantierte Freiheit der Kunst ins Spiel kommt, sondern ein verstaubter Kunstbegriff, der Kunst als Freiheit von Politik definiert. Aus diesem Dilemma kommt eine kritisch sich verstehende, eingreifende, oder wie es früher hieß, engagierte Kunst nicht heraus. Somit hat die – nennen wir sie kurzerhand so – politische Kunst eine doppelte Aufgabe: einerseits der Politik durch Protest und ästhetische Provokation auf die Sprünge Richtung einer gelebten Demokratie zu helfen und andererseits die Kunst in ihrem präzios kultivierten Selbstverständnis zu erschüttern und aus dem Schneckenhaus der Selbstbezüglichkeit zu locken. Das gelingt dem ZPS in beide Richtungen. Daher ist die Herausforderung Richtung Kunst nicht wichtiger als jene Richtung Politik, aber doch höchstbedeutend, weil es wichtig ist, dass das Medium und das Instrument und die Instanz der Kunst, pointiert gesagt, nicht zum Spielplatz allzu gefälliger Werke zwischen Dekoration und Kitsch werden sollte“ (Diers, a.a.O.).

Insofern unterfällt die Flyeraktion des Zentrums auch nach dem offenen Kunstbegriff der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.

## **(dd) Weitere Kriterien**

Mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten, den Begriff der Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu definieren und der Gefahren, die damit verbunden sind, wenn staatliche Instanzen definieren, was Kunst ist, sowie dem Postulat des Bundesverfassungsgerichts, den Schutzbereich der Kunstfreiheit unter kombinierter Heranziehung konsensfähiger Gesichtspunkte der zur Begriffsbestimmung entwickelten Ansätze gewissermaßen topisch zu bestimmen (BVerfGE 67, 213 [225 f.]), sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur weitere Merkmale herausgearbeitet worden, die den Begriff der Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG konturieren. Dabei handelt es sich um „Anhaltspunkte für die Abgrenzung mit indiziellem Charakter“ (*Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 119) bzw. um „Hilfsstrategien“ oder „Hilfskriterien“ (*Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 36 und 43), die ein über die Heranziehung der dargestellten drei Kunstbegriffe gefundenes Ergebnis zu stützen vermögen.

## **(1) Drittanerkennung**

Ein Kriterium in dieser Hinsicht ist die Anerkennung eines Werkes als Kunst durch Dritte (*Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 119; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., 2021, Art. 5 Rn. 144; hierzu auch: BVerwGE 23, 104 [111]). Einbezogen werden können auf diese Weise gesellschaftliche Wertungen, die beispielsweise bei Rezipient\*innen von Kunst (*Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, 1982, S. 116 ff.; *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 184) und/oder bei Akteur\*innen der Kunstszene geteilt werden (*Häberle*, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, AöR 110 [1985], 577 [599]). Rückgriff kann schließlich aber auch genommen werden auf das Urteil von Sachverständigen, die ein Werk als Kunst betrachten (*Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, Heidelberg 1997, S. 76 ff.; *Schick*, Der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks, Juristenzeitung 1970, 645

[646 f.]; grundsätzlich zustimmend, aber zurückhaltender und differenzierter *Bünnigmann*, Die „Esra“-Entscheidung als Ausgleich zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, Tübingen 2013, S. 401 ff., 442 ff. und 535 ff.).

Die Arbeiten des *Zentrums für Politische Schönheit* unterfallen auch in diesem Sinne unzweifelhaft dem Kunstbegriff. Das ergibt sich aus Stellungnahmen aus dem Kunstbetrieb, aber auch den Medien, die das Zentrum gemeinhin als Kunstkollektiv und deren Aktionen als Kunst verstehen und beschreiben. Auch die Aktion „Flyerservice Hahn“ ist in nationalen und internationalen Medien rezipiert und kontrovers diskutiert worden. Sie hat also künstlerisch provoziert. Dabei ist „Provokation [...] beim ZPS im Übrigen kein Selbstzweck. Sie dient vielmehr dazu, die öffentliche Aufmerksamkeit auf brennende gesellschaftliche Fragen zu lenken. Sie ist das Ferment einer Form der Kunst als Protest, die auf qualifizierte Veränderung und nicht auf den Status quo setzt“ (*Diers*, a.a.O.).

## **(2) Selbstverständnis der Künstler\*innen**

Auch wenn das Selbstverständnis der Künstler\*innen allein nicht ausreicht, um für ein bestimmtes Werk den Schutzbereich der Kunstfreiheit zu eröffnen (siehe am Beispiel des bloßen Nacktseins im öffentlichen Raum *OVG Münster*, NJW 1997, 1180; grundsätzliche Kritik bei *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, Heidelberg u.a. 1980, S. 28 ff.), kommt diesem – in Anlehnung an die Dogmatik des Grundrechts der Religionsfreiheit – nach allgemeiner Auffassung in der verfassungsrechtlichen Literatur aber doch mindestens eine indizielle Bedeutung zu, die die Richtigkeit des anhand anderer Kunstbegriffe gefundenen Ergebnisses zu verstärken vermag (so im Anschluss an *Joseph Beuys: Häberle*, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, AöR 110 [1985], 577 [598 f.]. *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 184; *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 43; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 238; allgemein zur Bedeutung des Selbstverständnisses in der Grundrechtsdogmatik *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993).

Nach dem Selbstverständnis und der Selbsterklärung des *Zentrums für Politische Schönheit* (siehe nur Kunstaktion oder Wahlmanipulation? Philipp Ruch im Gespräch

mit Vladimir Balzer, Deutschlandfunk Kultur vom 28. September 2021; Philipp Ruch, „Kunst hört da auf, wo Gewalt gewinnt“, in: Planet Interview vom 16. Juni 2021; dass die Aktionen des Zentrums nach dem Selbstverständnis der Mitglieder des Kollektivs Kunst sind, wird auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur festgestellt, siehe *Friedrich*, Die Grenzen politischer Kunst im Kampf gegen verfassungsfeindliches Gedankengut, AfP 2018, S. 479 [482]) zielte die Flyeraktion auf eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem Rechtsextremismus in der Gesellschaft. Sie ist Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.

### **(3) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen**

Das Grundrecht der Kunstfreiheit enthält entgegen einer früheren, vereinzelt gebliebenen und mittlerweile aufgegebenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, NJW 1984, 1293: „*Sprayer von Zürich*“) keine schutzbereichsimmanenten Beschränkungen. Deshalb schließt weder die eigenmächtige Beeinträchtigung des Eigentums Dritter durch Künstler\*innen im Besonderen noch der gewaltsame oder auch nur strafbare Zugriff auf fremde Rechtsgüter im Allgemeinen die Eröffnung des Schutzbereichs grundsätzlich aus. Eine Übertragung des Friedlichkeits- bzw. Gewaltlosigkeitsvorbehalts des Art. 8 Abs. 1 GG oder des Grundsatz *neminem laedere* auf jedwede Grundrechtsbetätigung und damit auch der Kunstfreiheit findet nicht statt (anders aber *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 35, 178 und 198c.). Denn nach dieser Ansicht würde zum einen der Schutzbereich der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit nach Maßgabe der allgemeinen einfachen Gesetze bestimmt und unter Verstoß gegen die Schrankensystematik des Grundgesetzes im Ergebnis doch die Schranke der „allgemeinen Gesetze“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG oder die Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 GG auf die Kunstfreiheit angewandt werden (vgl. BVerfGE 67, 213 [218]; 30, 173 [191 ff.]). Zum anderen würde verkannt, dass die Kunstfreiheit als Kommunikationsgrundrecht gerade besonders anfällig dafür ist, dass es zu Konflikten mit andere Grundrechtsträger\*innen kommt. Solche Kollisionslagen sind jedoch auf der Ebene der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Kunstfreiheit zu prüfen (siehe m.w.N. zur ganz h.M. nur: *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 49).

Dementsprechend geht das Bundesverfassungsgericht in expliziter Abkehr zu dem erwähnten *Sprayer von Zürich*-Beschluss aus dem Jahr 1984 selbstverständlich davon aus, dass der Schutzbereich der Kunstfreiheit auch die Freiheit von Schriftsteller\*innen umfasst, reale Personen zur Vorlage von Romanfiguren zu nehmen (BVerfGE 119, 1 [23]).

Selbst wenn – wie die Staatsanwaltschaft Berlin in ihrer Verfügung vom 25. November 2021 und das Amtsgericht Tiergarten in seinem Beschluss vom 10. Dezember 2021 annehmen – das *Zentrum für Politische Schönheit* im Rahmen der Aktion „Flyerservice Hahn“ durch das Erstellen der Webseite auf Schutzgüter Dritter zugegriffen hätte, würde dies der Annahme der Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit daher nicht entgegenstehen.

#### **(4) Politische Kunst**

Dass es sich bei den Aktionen des *Zentrums für politische Schönheit* sowohl nach dem Selbstverständnis der dem Zentrum angehöriger Künstler\*innen als auch in der Wahrnehmung durch Medien und sonstige Rezipient\*innen um politische bzw. engagierte Kunst handelt, steht der Qualifizierung jener Aktionen als Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ebenfalls nicht entgegen. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht in seiner für die Reichweite des Gewährleistungsgehalts der Kunstfreiheit grundlegenden Entscheidung „Anachronistischer Zug“ deutlich festgestellt: „Fällt damit die Veranstaltung des ‚Anachronistischen Zuges‘ in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, kann daran auch die vordergründige und eindeutige politische Absicht der Veranstalter nichts ändern. Verbindliche Regeln und Wertungen für die künstlerische Tätigkeit lassen sich auch dort nicht aufstellen, wo sich der Künstler mit aktuellem Geschehen auseinandersetzt; der Bereich der ‚engagierten Kunst‘ ist von der Freiheitsgarantie nicht ausgenommen“ (BVerfGE 67, 213 [227 f.]; zuvor bereits BVerfGE 30, 173 [190 f.]; danach BVerfGE 75, 369 [377]; 81, 278 [291]; in Bezug auf satirische bildliche Darstellungen Adolf Hitlers auf T-Shirts: BVerfG, NJW 1990, 2541; ebenso in der Literatur: *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 146; *von Arnould*, Freiheit der Kunst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, Bd. VII, § 167 Rn. 23).

Folglich handelt es sich beispielsweise bei Arbeiterliedern von *Ernst Busch*, Theaterstücken und Inszenierungen von *Bertolt Brecht*, Plakaten von *Klaus Staeck*, Medieninstallationen von *Ed Atkins*, Happenings und anderen Aktionen von *Christoph Schlingensief* oder auch architektonisch rekonstruierten und in einer bestechend klaren Virtual Reality reproduzierten Orten von Verbrechen, wie sie der Zusammenschluss von Architekt\*innen, Designer\*innen, Softwareentwickler\*innen, Wissenschaftler\*innen und Künstler\*innen in dem Kollektiv *Forensic Architecture* herstellt, um Kunst.

Gleiches gilt für die Aktionen des *Zentrums für Politische Schönheit*, die sich nicht lediglich mit politisch und gesellschaftlich relevanten Themen auseinandersetzen. Sie intervenieren vielmehr selbst in gesellschaftliche Verhältnisse, wobei die Intervention wesentlicher Bestandteil des kommunikativen Gehalts des jeweiligen Werkes ist. Dass es sich auch hierbei zweifelsfrei um grundrechtlich geschützte Kunst handelt, ist insofern eine Selbstverständlichkeit, als in den Aktionen des Zentrums eine zentrale Funktion von Kunst zum Ausdruck kommt: die Kritik gesellschaftlich-politischer Verhältnisse – hier eben im Medium der Kunst (hierzu: *von Arnould*, Freiheit der Kunst, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, Bd. VII, § 167 Rn. 3; speziell zur Verbindung von Kunstfreiheit und politischem Protest: *Ladeur*, Protest als kollektive künstlerische Performance – Herausforderung der Grundrechtsdogmatik durch „Aktionskunst“, *Der Staat* 54 [2015], S. 97). Jene Funktion begründet nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen des gerichtlichen Umgangs mit politischer Kunst in der Weimarer Republik (z.B. die berühmte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1930 zum strafbaren Inhalt von Bildern von *George Grosz* [u.a. „Christus am Kreuz mit Gasmasken“]: RGSt 64, 121 [128 f.]) und dem Umgang mit sog. „entarteter Kunst“ im Nationalsozialismus (vgl. für die Entstehung des Grundgesetzes *Matz*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR n.F.*, Band 1 [1951], S. 89 ff.) zugleich einen weiteren Grund für die oben bereits hervorgehobene besondere Bedeutung der Kunstfreiheit in freiheitlichen und demokratischen Gesellschaften.

## (5) Reichweite des Schutzes: Werk- und Wirkungsbereich

Zum dem vom Grundrecht der Kunstfreiheit geschützten Verhalten gehören die künstlerische Betätigung selbst, der sog. Werkbereich, sowie die Darbietung und Verbreitung von Kunst an Dritte, der sog. Wirkungsbereich, der für die Begegnung der Öffentlichkeit mit dem Kunstwerk sachnotwendig ist (vgl. BVerfGE 142, 74 [96]; 119, 1 [21 f.]; 67, 213 [224]; grundlegend *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969, S. 97 ff.). Geradezu strukturprägendes Merkmal der sog. Aktionskunst, wie sie auch vom *Zentrum für Politische Schönheit* praktiziert wird, ist jedoch, dass der Werk- und der Wirkungsbereich zusammenfallen können (BVerfGE 77, 240 [253 f.]; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 120; *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 47; *von Arnald*, Freiheit der Kunst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, Bd. VII, § 167 Rn. 45; explizit auf das *Zentrum für Politische Schönheit Friedrich*, Die Grenzen politischer Kunst im Kampf gegen verfassungsfeindliches Gedankengut, AfP 2018, S. 479 [480]). Ähnlich der sog. Performancekunst hinterfragt die Aktionskunst die Trennung zwischen Künstler\*in, Kunstwerk und Rezipient\*innen von Kunst (siehe hierzu speziell für Aktionen des *Zentrums für Politische Schönheit* LG Berlin, ZUM-RD 2021, 150 [153]). Ebenso wenig wie über eine enge Zirkumskription des Gewährleistungsbereichs der Kunstfreiheit darf die Reichweite des Schutzes des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dadurch beschnitten werden, dass man aus eben jenem Gewährleistungsbereich das herausnimmt, was „nur bei Gelegenheit“ oder „als äußere Modalität“ der Ausübung der Kunstfreiheit erfolgt (*Mahrenholz*, Die Freiheit der Kunst, in: Benda (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 67). Auch in dieser Hinsicht steht folglich bereits der Aufbau einer Webseite sowie die Einrichtung und Nutzung eines Mailaccounts in ein Gesamtkunstwerk unter dem Schutz der grundgesetzlich geschützten Kunstfreiheit.



### c) Zwischenergebnis

Die Aktion „Flyerservice Hahn“ des *Zentrums für Politische Schönheit* stellt nach allen drei Kunstbegriffen, die das Bundesverfassungsgericht entwickelt hat, Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dar. Bestätigung findet dieses Ergebnis, wenn weitere in der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretene Kriterien wie die Drittanererkennung oder das Selbstverständnis der Künstler\*innen herangezogen werden.

Dabei erscheint das Erstellen einer Webseite als inhärenter Bestandteil des Kunstwerkes. Weder einer der dargestellten Kunstbegriffe noch die sonstigen Kriterien setzen voraus, dass es sich bei einem Kunstwerk um ein Objekt handelt. Vielmehr kann auch eine Handlung durch Künstler\*innen oder auch die Erschaffung einer virtuellen Realität Kunst im Sinne des Grundrechts sein (*Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 118). Für eine frühere Aktion des *Zentrums für Politische Schönheit* hat das Landgericht Berlin dies speziell für die Erstellung einer Webseite im Internet ausdrücklich bejaht. Gegenstand des Verfahrens war die Aktion „Soko Chemnitz“ (<https://politicalbeauty.de/soko-chemnitz.html>), bei der das *Zentrum für Politische Schönheit* unter anderem eine Webseite aufbaute, die sich als Seite der Polizei Chemnitz ausgab und auf der Bildnisse von Teilnehmer\*innen einer Demonstration von Rechtsextremen am 27. August 2018 in Chemnitz zur Schau gestellt wurden. Diesbezüglich stellte das Landgericht Berlin fest, dass nicht nur die Verbreitung und Schaustellung der Bildnisse der Demonstrationsteilnehmer\*innen auf der Webseite „einem höheren Interesse der Kunst“ im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KunstUrhG dient und eine nach § 22 Satz 1 KuG grundsätzlich erforderlich Einwilligung der Abgebildeten aus diesem Grunde nicht notwendig sei (LG Berlin, ZUM-RD 2021, 150 [152 ff.]). Vielmehr sei bereits der Aufbau der für die Kunstaktion erforderlichen Webseite im Internet vom Grundrecht der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt: „Die Internetseite, die das Stilmittel des Online-Prangers, wie es die Partei ‚Alternative für Deutschland‘ zur Anzeige von Fehlverhalten von Lehrern in einigen Bundesländern einsetzt, vorgibt einzusetzen, ist eine freie schöpferische Gestaltung des Künstlerkollektivs, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse der Künstler durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Entsprechend der gewählten Kunstform der Aktionskunst wird dabei der Betrachter selbst mit in die Kunst eingebunden, indem er zum aktiven Tun (hier einem Anruf) ermuntert wird

und sofern er die Kunstaktion nicht zuvor durchschaut erst dabei erfährt, dass es sich um eine Kunstaktion handelt“ (LG Berlin, ZUM-RD 2021, 150 [153]).

## **2. Eingriff**

Der Beschluss des Amtsgerichts Tiergarten vom 10. Dezember 2021 sowie die nachfolgende Durchsuchung und die Sicherstellungsmaßnahmen stellen Eingriffe in das Grundrecht der Kunstfreiheit dar. Ein Eingriff in diesem Sinne liegt immer dann vor, wenn ein grundrechtsverpflichteter Hoheitsträger, wie hier das Amtsgericht, die Staatsanwaltschaft Berlin und das Landeskriminalamt Berlin, die Grundrechtsträger\*innen im Werk- und/oder Wirkungsbereich behindern. Eine solche Behinderung kann nicht nur in einem Verbot bestehen, sondern ebenso in strafrechtlichen oder sonstigen Sanktionen, die staatliche Einrichtungen in Bezug auf ein Kunstwerk treffen (statt vieler siehe nur *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 123).

## **3. Rechtfertigung**

Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Grundrecht der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG um ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht. Weder können die in Art. 5 Abs. 2 GG für die in Absatz 1 der Vorschrift normierten Kommunikationsgrundrechte geltenden Schranken auf die Kunstfreiheit übertragen werden, noch finden die Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG Anwendung (siehe nur BVerfGE 30, 173 [191 f.]).

Zwar ist die Kunstfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet. Einschränkungen können sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nur aus den Grundrechten anderer Rechtsträger\*innen oder aus sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang ergeben (BVerfGE 142, 74 [101 f.]; 119, 1 [23 f.]; 83, 130 [139]; 67, 213 [228]; 30, 173 [193]). Strafrechtsnormen wie der hier im Zentrum stehende § 269 StGB sowie Normen der Strafprozessordnung – wie die im streitgegenständlichen Durchsuchungsbeschluss des AG Tiergarten benannten §§ 102, 105 StPO – begrenzen oder beschränken Künstler\*innen in deren Tätigkeit und Werkdarbietung folg-

lich nur insofern, als es zum Schutz der von diesen einfachgesetzlichen Normen geschützten Rechtsgutes von Verfassungs wegen geboten ist (*Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 149). Nicht ausreichend ist insoweit der Hinweis auf unbestimmte Rechtsgüter wie den „Schutz der Verfassung“ oder die „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“. Vielmehr „müssen anhand einzelner Grundgesetzbestimmungen diejenigen verfassungsrechtlich geschützten Güter konkret herausgearbeitet werden, die bei realistischer Einschätzung der Tatumstände mit der Wahrnehmung des Rechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG kollidieren“ (BVerfGE 81, 278 [293]; ebenso BVerfGE 77, 240 [255]; *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 198; *Mahrenholz*, Die Freiheit der Kunst, in: Benda (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 93 ff.). Selbst wenn ein verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut identifiziert worden ist, fordert das Bundesverfassungsgericht – nicht unähnlich dem „Clear and present danger“-Test, den der US-amerikanische Supreme Court für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen in die Meinungsäußerungsfreiheit entwickelt hat – ferner eine „unmittelbare und gegenwärtige Gefahr“, die ein Kunstwerk für eben jenes Rechtsgut bedeutet; erst dann kann der Rang des kollidierenden Rechtsgutes die Kunstfreiheit zurücktreten lassen: „Das Schutzgut, das bei der Einfuhr eines in dem dargelegten Sinne verfassungsfeindlichen Films der Kunstfreiheitsgarantie gegenüberstehen könnte, ist insbesondere der Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Der Rang dieses Schutzgutes kann die Kunstfreiheitsgarantie dann zurücktreten lassen, wenn durch die Wirkung eines solchen Films auf den verständigen Durchschnittsbetrachter eine *unmittelbare und gegenwärtige Gefahr für den Bestand der Bundesrepublik und ihrer Grundordnung* herbeigeführt wird. In diesem äußersten Fall muß dem Staat das Recht zuerkannt werden, sich gegen die Einfuhr und die Verbreitung eines so gefährlichen Films zur Wehr setzen zu können. Ob dieser Fall vorliegt, muß jeweils im Lichte des hohen Wertes der Kunstfreiheitsgarantie im Gesamtgefüge der grundrechtlichen Ordnung mit besonderer Sorgfalt geprüft werden“ (BVerfGE 33, 52 [71], H.d.V.).

Ist hingegen eine von einem Werk, das von der Kunstfreiheit grundrechtlich geschützt wird, ausgehende Gefahr für ein anderes Verfassungsgut gar nicht erkennbar oder nicht gegeben, liegt schon keine Kollision zwischen der Kunstfreiheit und einem anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgut vor. Anderenfalls würde, wie der ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts *Ernst-Gottfried Mahrenholz* zutreffend

festgestellt hat, „der Kollisionsbereich grenzenlos und dem Staat, letztlich den Gerichten, in der Subsumtionsherrschaft unter den Begriff der ‚Beeinträchtigung‘ auch die Tatbestandsherrschaft und damit die Grundrechtsherrschaft überantwortet. Erst wenn dies vermieden wird, lassen sich die kollidierenden Rechtsgüter für eine Abwägung hinreichend konkret fassen [...], wenn anders nicht von vornherein durch das stets überlegene Verfassungsgut der ‚verfassungsrechtlich gewährleisteten Ordnung‘, der ‚funktionierenden staatlichen Ordnung‘ [...] der Streitfall vorentscheiden sein soll. Diese Begriffe lassen sich, verstanden als Elemente fundamentaler Bedeutung für das Staatsganze, beliebig aufladen, das Kunstwerk demgegenüber in seiner Singularität beliebig leichtnehmen“ (*Mahrenholz*, Die Freiheit der Kunst, in: Benda (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 95; ganz ähnlich *Müller*, Strafrecht, Jugendschutz und Kunstfreiheit, Juristenzeitung 1970, S: 87 [91]).

Unabhängig davon, dass bei der Aktionskunst, wie dargestellt, der Werk- und der Wirkungsbereich häufig zusammenfallen, ist gerade angesichts der im Zusammenhang mit der Aktion „Flyerservice Hahn“ des *Zentrums für Politische Schönheit* getroffenen strafprozessualen Maßnahmen darauf hinzuweisen, dass dies für beide Bereiche künstlerischen Wirkens und Entfaltens gilt. Einer in Anlehnung an die Dogmatik der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG für die Kunstfreiheit entwickelten „Stufentheorie“, nach der für Eingriffe in den Werkbereich ausschließlich verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter als Schranken heranzuziehen sind, für den Wirkungsbereich hingegen die allgemeine Rechtsordnung maßgeblich ist, die nicht auf grundgesetzlich geschützte Rechtsgüter zurückgeführt werden muss, hat das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf Erscheinungsformen von Kunst, in denen beide Bereiche gerade zusammenfallen oder die Übergänge zwischen beiden Bereichen fließend sind, eine Absage erteilt. Abgesehen von der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts der Kunstfreiheit, die sich auf den Wirkungsbereich erstreckt, seien zudem Erscheinungsformen von Kunst denkbar, bei denen „dem Wirkungsbereich eine je nach Art der Kunstgattung höchst unterschiedliche Bedeutung zukommt und die kunstvermittelnden Handlungen selbst mehr oder weniger Bezug zum Kunstwerk haben können“ (BVerfGE 77, 240 [253 f.]). Werk- und Wirkungsbereich bilden mithin nicht nur mit Blick auf den Gewährleistungsgehalt der Kunstfreiheit „eine unlösbare Einheit“ (BVerfGE 77, 240 [254.]), sondern auch für die Frage nach der Einschränkung des Grundrechts (vgl. auch BVerfGE 30, 173 [189]; *Mahrenholz*, Die Freiheit der Kunst, in: Benda (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 48).

Vor diesem Hintergrund stellt sich zum einen die Frage, welches verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut durch die gegenüber den Künstler\*innen des *Zentrums für Politische Schönheit* getroffenen strafprozessualen Maßnahmen geschützt wird (a). Lässt sich ein derart qualifiziertes Rechtsgut überhaupt identifizieren, stellt sich zum anderen die Frage, ob die Kunstfreiheit in einer Abwägung gegenüber diesem Rechtsgut zurücktreten muss (b).

### **a) Kollidierendes Schutzgut**

Vor diesem Hintergrund ist schon nicht erkennbar, welches Verfassungsgut mit der Durchsuchung und der Sicherstellung geschützt werden soll. Das von § 269 StGB geschützte Rechtsgut besteht in der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs mit Daten als Beweismittel. Verhindert werden sollen durch die Norm Missbräuche bei der Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen, die im Wirtschaftsverkehr oder anderen Bereichen zum Einsatz gelangen. Insofern soll der Norm nach dem Willen des Gesetzgebers eine zentrale Rolle bei der Bekämpfung von Computerkriminalität zukommen. Ebenso wie bei der Urkundenfälschung nach § 267 StGB, an dessen Struktur sich der Gesetzgeber bei dem Entwurf von § 269 StGB orientiert hat, steht der Echtheitsschutz im Vordergrund, so dass vom Aussteller stammende unzutreffende Informationen (die sog. „schriftliche Lüge“) nicht von der Norm erfasst werden (*Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 269 Rn. 1; *Gercke*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 269 StGB, Rn. 3 f.). Subjektiver und objektiver Tatbestand des § 269 StGB setzen voraus, dass zur „Täuschung im Rechtsverkehr“ beweiserhebliche Daten so gespeichert oder verändert werden, „daß bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde“.

Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 10/318 v. 28.8.1983, S. 12) ist das verfassungsrechtlich verfolgte Ziel der Einführung des Delikts des Computerbetruges die Schließung von Strafbarkeitslücken: „Der Tatbestand des Computerbetruges soll den strafrechtlichen Vermögensschutz gegen manipuliert herbeigeführte Vermögensverfügungen auf die Fälle erweitern, in denen an Stelle eines konkreten menschlichen Entscheidungsprozesses der determinierte Einsatz des Computers

getreten ist, so daß der Tatbestand des Betruges, der eine Irrtumserregung voraussetzt, nicht eingreift. Mit Hilfe des neuen Straftatbestandes der Fälschung gespeicherter Daten soll eine Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die darin besteht, daß nicht sichtbar oder zumindest nicht unmittelbar lesbar gespeicherte Daten mangels visueller Erkennbarkeit strafrechtlich nicht von dem Urkundenbegriff erfaßt werden, obwohl sie — ebenso wie Urkunden — zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt sind und zur Täuschung im Rechtsverkehr verwendet werden können, so z.B. auf Magnetbänder gespeicherte Angaben über Gehaltskonten, Bankkonten, Personenstandsregister u.ä.“

Typische Begehungsform dieses Deliktes sind daher das sog. „Phishing“, das – wie alle Begehungsformen – voraussetzt, dass eine digitale Urkundenfälschung vorliegt, deren Ziel die Täuschung im Rechtsverkehr ist. Geschützes und mit Art. 5 Abs. 3 GG kollidierendes Rechtsgut ist dann nicht wie im nicht-kunstspezifischen Normalfall lediglich der „Rechtsverkehr mit Urkunden“ (so missverständlich bei *Müller*, Satire oder Urkundenfälschung, Blogbeitrag v. 24.5.2021, abrufbar unter <https://community.beck.de/2012/05/24/satire-oder-urkundenfaelschung>). Vielmehr muss das kollidierende Rechtsgut ein Verfassungsgut sein, das der Kunstfreiheit im Rang entspricht.

Hier kommt einzig die Privatautonomie als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und der Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG seitens der AfD-Kreisverbände in Betracht. Dafür müsste der Schutzbereich dieser Grundrechte eröffnet sein. Zwar können sich die AfD-Verbände über Art. 19 Abs. 3 GG als juristische Personen ggf. auf diese Grundrechte berufen. Weder die Verbände noch die jeweils handelnden Mitglieder sind im vorliegenden Fall aber in den Schutzbereichen der beiden Grundrechte betroffen. Denn zwischen dem *Zentrum für politische Schönheit* (alias Flyerservice Hahn) und den jeweiligen Verbänden kamen zu keinem Zeitpunkt rechtsverbindliche Verträge zustande. Ein Entgelt für die Dienstleistungen wurde nicht berechnet. Die Rückgabe der Flyer wurden den Verbänden nach der Aktion angeboten. Zu keinem Zeitpunkt handelten Mitglieder des Zentrums in der Absicht rechtlich wirksame Transaktionen oder gar Vermögensverschiebungen zu bewirken. Das war auch nicht die sichere Folge der Aktion, deren Ziel als hyperrealistische Aktionskunst es war, die AfD über die künstlerische Mimikry eines Flyer-Dienstleisters in die künstlerische Inszenierung einzubinden, um mit ihr in eine künstlerische Kommunikation einzutreten. Der Flyerservice war insofern das künstlerische Instrument, um mit der

AfD in künstlerischen Kontakt zu treten – nicht, um die AfD im Rechtssinne zu täuschen, sondern um sich mit ihr im Kunstsinne auseinanderzusetzen, um sie sozusagen auf die Bühne der Kunst zu zerren.

## **b) Abwägung**

Selbst wenn aber die Einschlägigkeit der Privatautonomie bzw. des Eigentumsgrundrechts seitens der AfD-Verbände unterstellt und damit ein Rechtsgut mit Verfassungsrang mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit kollidierte, müsste eine Abwägung der kollidierenden Güter stattfinden (m.w.N. BVerfGE 142, 74 [96 f. und 101]). Dabei müssten die die Kunstfreiheit tangierende Maßnahmen des Staates den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten (BVerfGE 142, 74 [101]; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 149; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 129). Dabei muss der Abwägungsvorgang unter Einbeziehung der Spezifika von Kunst und unter Berücksichtigung der Bedeutung des Grundrechts der Kunstfreiheit allerdings besondere Anforderungen erfüllen.

### **aa) Kunstspezifische Betrachtungsweise**

Zu beachten sind im Abwägungsprozess angesichts der „besonderen Bedeutung der Kunstfreiheit“ (BVerfGE 81, 278 [289]; 67, 213 [223]; ebenso jüngst anlässlich des sog. *Erdoğan*-Gedichtes des Satirikers *Jan Böhmermann* auch *Christoph*, Die Strafbarkeit satirisch überzeichneter Schmähkritik, JuS 2016, 599 [602]) zunächst die Strukturmerkmale von Kunst (BVerfGE 81, 298 [306]; 30, 173 [188]). Inhaltlich das Gleiche meinend spricht der Bundesgerichtshof vom Anlegen „werkgerechter Maßstäbe“ (BGH, NJW 1983, 1194 [1195]), was das Bundesverfassungsgericht gelegentlich übernimmt (BVerfGE 75, 369 [376 ff.]). In einer der jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist von der „kunstspezifischen Betrachtung“ die Rede (BVerfGE 142, 74 [102]). Konkret verlangt dies von den staatlichen Instanzen, dass die inkriminierte Handlung „an Hand der der jeweiligen Kunstgattung eigenen Strukturmerkmale beur-

teilt wird; bereits dabei kann sich ergeben, dass eine fühlbare Beeinträchtigung anderer Verfassungsgüter von vornherein ausscheidet oder jedenfalls als strukturtypisch hinzunehmen ist (*Wendt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., 2021, Art. 5 Rn. 151).

Ob dies vorliegend geschehen ist, erscheint zumindest insofern zweifelhaft, als die Staatsanwaltschaft Berlin ebenso wie das Amtsgericht Tiergarten dem Aufbau und der Präsentation der Webseite durch das *Zentrum für Politische Schönheit* allein die Bedeutung beimisst, hiermit gegen § 269 StGB verstoßen zu haben. Dies widerspricht der vom Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf eine kunstspezifische Betrachtungsweise aufgestellten Forderung, im Zweifel von einer Deutung eines Werkes auszugehen, die keine Strafrechtsnormen verletzt (BVerfGE 93, 266 [295 f.]). Jedenfalls wurde vorliegend aber nicht in Rechnung gestellt, dass die Webseite wesentliches Element eines Kunstwerkes im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist.

#### **bb) Gesamtbetrachtung des Kunstwerkes**

Eine kunstspezifische Betrachtung erfordert des Weiteren, dass das gesamte Kunstwerk in die Abwägung einbezogen wird. Unzulässig ist es deshalb, sich nur auf einzelne Elemente oder Aspekte eines Werkes zu beschränken, auch wenn diesen für das Gesamtwerk nur eine untergeordnete oder rein funktionale Bedeutung zukommt, und diese dann daraufhin zu untersuchen, ob sie als Straftat zu würdigen sind (BVerfGE 67, 213 [228 f.]). Vorliegend stellt es deshalb einen eigenständigen Verstoß gegen das Grundrecht der Kunstfreiheit dar, wenn sich die Staatsanwaltschaft Berlin und das Amtsgericht Tiergarten allein auf das zeitlich befristete Aufbauen und Präsentieren einer Webseite im Internet fokussieren, deren Eigenschaft als Bestandteil der zweifellos unter Grundrechtsschutz stehenden Aktion „Flyerservice Hahn“ aber unterschlagen. Es fehlt mithin an der grundrechtlich gebotenen „Gesamtschau des Werks“ (BVerfGE 67, 213 [228]), die unverzichtbares Element der Interpretation eines Kunstwerkes ist.

In diesem Sinne hat beispielsweise das LG Köln (LG Köln, Urteil vom 14. März 2018 – 28 O 362/17 –, Rn. 84) im Hinblick auf eine Aktion des *Zentrums für Politische Schönheit* zu Recht festgehalten: „Bei der Abwägung von Kunst- und Meinungsfreiheit



auf der einen und dem Schutz der Privatsphäre auf der anderen Seite ist zudem Folgendes zu beachten: Wie alle Freiheitsrechte richten sich die Kunst- wie die Meinungsfreiheit in erster Linie gegen den Staat. Insbesondere das Grundrecht der Kunstfreiheit ist aber zugleich eine objektive Entscheidung für die Freiheit der Kunst, die auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen ist, insbesondere wenn unter Berufung auf private Rechte künstlerische Werke durch staatliche Gerichte verboten werden sollen (zum Ganzen: BVerfG, GRUR 2007, 1085, Rn. 61 ff., m.w.N., beck-online - Esra). Hinzu kommt, dass ein Kunstwerk eine gegenüber der "realen" Wirklichkeit verselbstständigte "wirklichere Wirklichkeit" anstrebt, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewusster erfahren wird. Die künstlerische Darstellung kann deshalb nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab gemessen werden. Das bedeutet, dass die Spannungslage zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit nicht allein auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben kann, sondern auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen muss. Die Entscheidung darüber, ob eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt, kann daher nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden.“

Für den vorliegenden Fall ist hierbei relevant, dass die Privatautonomie bzw. die Eigentumsfreiheit der betroffenen AfD-Verbände – wenn überhaupt – nur randständig betroffen ist. Wie bereits erwähnt, sind zu keinem Zeitpunkt finanzielle Transaktionen getätigt worden. Es wurden keine Rechnungen gestellt und keine Flyer vernichtet. Es ist kein finanzieller Schaden entstanden und die Aktion zielte auch nicht darauf ab, die AfD-Verbände finanziell zu schädigen: „Wir sind keine Computerbetrüger, wir haben keinen Profit gemacht. Bei uns steht das Kunstprojekt im Mittelpunkt“ (ZPS-Sprecher Stefan Pelzer, in: Markus Reuter, Mit dem Phishing-Paragrafen gegen Aktionskunst, netzpolitik.org vom 14. Januar 2022; Arno Frank, Razzia beim »Zentrum für Politische Schönheit«, SPON vom 13. Januar 2022). Weder der Flyerservice Hahn noch das *Zentrum für Politische Schönheit* oder eines ihrer Mitglieder verlangte oder nahm gar von der AfD Geld („Wir haben tatsächlich keinerlei Geld angenommen. Das ist uns noch mal wichtig, wir machen ja politische Kunst, radikale politische Kunst zwar, aber tatsächlich haben wir keinerlei, wenn Sie so wollen, wirtschaftliches Interesse“, Kunstaktion oder Wahlmanipulation? Philipp Ruch im Gespräch mit Vladimir Balzer, Deutschlandfunk Kultur vom 28. September 2021). Im Gegenteil: Der Flyerservice

Hahn bot der AfD an, die Flyer kurz vor der Bundestagswahl an die Partei zurückzugeben (Markus Reuter, Mit dem Phishing-Paragrafen gegen Aktionskunst, netzpolitik.org vom 14. Januar 2022; s. auch: Kunstaktion oder Wahlmanipulation? Philipp Ruch im Gespräch mit Vladimir Balzer, Deutschlandfunk Kultur vom 28. September 2021: „Wir haben die Rückgabe angeboten, das stieß nicht auf offene Ohren.“).

Daher muss im vorliegenden Fall in der Abwägung der Schutz auf Privatautonomie bzw. Eigentum der AfD-Verbände, sofern die jeweiligen Schutzbereiche überhaupt als eröffnet betrachtet werden können, hinter der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG zurücktreten.

### **cc) Abschreckende Wirkung**

Staatliche Behörden haben mit Rücksicht auf die Bedeutung der Kunstfreiheit schließlich die Notwendigkeit von Maßnahmen, die das Grundrecht der Kunstfreiheit tangieren, dann in besonderer Weise zu überprüfen, wenn eine Maßnahme geeignet ist, in weiteren Fällen die Bereitschaft zur Nutzung des Grundrechts zu mindern. Ausdrücklich und wiederholt hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt: „Ein nachhaltiger Eingriff, der zu einer intensiveren verfassungsrechtlichen Prüfung führt, liegt nicht allein bei einer strafgerichtlichen Ahndung von Verhalten vor, das unter dem Schutze des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG steht. Ein solcher Eingriff ist vielmehr auch bei anderen Entscheidungen von Staatsorganen anzunehmen, wenn diese geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkungen zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen“ (BVerfGE 83, 130 [145 f.]; ebenso BVerfGE 77, 240 [250 f.]; 75, 369 [376]; 67, 213 [222 f.]; 43, 130 [135 f.]).

In seiner berühmten *Soldaten sind Mörder*-Entscheidung unterstrich das Bundesverfassungsgericht: „Desgleichen verbietet Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eine Auslegung der §§ 185 ff. StGB, von der ein *abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts* ausgeht, der dazu führt, daß aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt“ (BVerfGE 96,266 [292], H.d.V.).

Daher ist von den jeweiligen staatlichen Instanzen „jeweils kritisch zu prüfen, ob eine Einzelmaßnahme [...] über den konkreten Fall hinaus eine Abschreckungswirkung entfaltet und etwa den gesamten Literaturbetrieb mit der sprichwörtlichen ‚Schere im Kopf‘ beschwert“, wie *Fabian Wittreck* für literarische Kunst im Anschluss an die *Esra*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zutreffend feststellt (*Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III Rn. 57; hierzu auch BVerfGE 119, 1 [26 f.]). Die einschüchternde Wirkung, die staatliche Eingriffe im Zusammenhang mit künstlerischer Betätigung haben können, bildet mithin nicht nur den Grund dafür, dass das Bundesverfassungsgericht seinen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab in Fällen erhöht, in denen eine Verletzung der Kunstfreiheit im Raum steht (siehe nur BVerfGE 81, 278 [289]). Eine Abschreckungswirkung kann darüber hinaus vielmehr einen eigenständigen (faktischen) Grundrechtseingriff darstellen (hierzu auch BVerwG, NJW 2018, 716 [721]). Folgerichtig werden deshalb bereits kritische Äußerungen von Amtswalter\*innen zu Aktionen des *Zentrums für Politische Schönheit*, wie beispielsweise des ehemaligen Präsidenten des Thüringer Landtages *Christian Carius* zur Rekonstruktion des Holocaust-Mahnmals in der Nähe des Wohnhauses von *Björn Höcke* (Plenarprotokoll 6. WP, 100. Sitzung v. 23.11.2017, S. 8596: „moralisch kaschierter Psychoterror“) oder die später wieder zurückgezogene Bewertung des *Erdoğan*-Gedichtes von *Jan Böhmermann* durch die ehemalige Bundeskanzlerin Angela Merkel (FAZ Nr. 95 v. 23.4.2016, S. 1: „bewusst verletzend“), als Eingriff in das Grundrecht der Kunstfreiheit betrachtet (siehe nur *Friedrich*, Die Grenzen politischer Kunst im Kampf gegen verfassungsfeindliches Gedankengut, AfP 2018, S. 479 [482]).

Eine kritische Prüfung im Hinblick auf die möglicherweise abschreckende Wirkung der getroffenen Maßnahmen der Durchsuchung und der Sicherstellung hat offensichtlich nicht stattgefunden, weil weder der Staatsanwaltschaft Berlin noch dem Amtsgericht Tiergarten die Relevanz der Kunstfreiheit in diesem Zusammenhang bewusst geworden ist. Im Hinblick auf die Frage nach einer abschreckenden Wirkung der getroffenen Maßnahmen scheint es ferner schwierig, den insoweit bedeutsamen Verdacht auszuräumen, dass die mit einem Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat nach § 269 StGB begründeten Maßnahmen nicht primär der Strafverfolgung dienen, sondern eher der Aufklärung der Strukturen eines politisch unbequemen Künstler\*innenkollektivs über als strafprozessuale Maßnahmen getarnte Informationserhebungsmaßnahmen. Dafür spricht auch, dass die Mitglieder des *Zentrums für politische Schönheit* dafür

bekannt sind, mit staatlichen Stellen zusammenzuarbeiten. Auch aus diesem Grund waren dem Landeskriminalamt Berlin die privaten Telefonnummern zentraler Persönlichkeiten des Zentrums ebenso bekannt wie die Namen und Kontaktdaten von deren Anwält\*innen. Es sind daher keine Gesichtspunkte erkennbar, die dem Ergreifen milderer Mittel, wie beispielsweise einer Vorladung, entgegengestanden hätten.

#### **4. Zwischenergebnis**

Der streitgegenständliche Durchsuchungsbeschluss des AG Tiergarten vom 10.12.2021 sowie die Sicherstellungsmaßnahmen greifen in den Schutzbereich der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG ein. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

### **II. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG**

Der angegriffenen Hoheitsmaßnahmen könnten zudem rechtswidrig in die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen.

#### **1. Schutzbereich**

Bezüglich des persönlichen Schutzbereichs kennt Art. 13 Abs. 1 GG keine Einschränkungen, geschützt sind Inhaber\*innen und Bewohner\*innen „eines Wohnraums, unabhängig davon, auf welchen Rechtsverhältnissen die Nutzung des Wohnraums beruht.“ Bei mehreren Bewohner\*innen „einer Wohnung steht das Grundrecht jedem Einzelnen, bei Familien mithin jedem Familienmitglied zu“ (BVerfGE 109, 279 [326]). Die Durchsuchung der Wohnung von *Georg Philipp Ruch* (Meldeanschrift) auf der Grundlage des streitgegenständlichen Beschlusses tangiert daher den Schutzbereich des Grundrechts.

#### **2. Eingriff**

Bereits jedes Eindringen in die Wohnung gegen den Willen der berechtigten Person stellt einen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG dar. Bei einer Wohnungsdurchsuchung wie hier gerügt, handelt es sich um den Paradefall für einen solchen Eingriff.

### 3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil aufgrund des oben aufgezeigten Vorrangs der Kunstfreiheit vorliegend eine Strafbarkeit ausscheidet. Doch selbst wenn trotz der vorstehenden Erwägungen zum Überwiegen der Kunstfreiheit eine Strafbarkeit angenommen werden sollte, wäre der Durchsuchungsbeschluss unverhältnismäßig.

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in den letzten beiden Jahrzehnten in vielzähligen Entscheidungen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Zulässigkeit von strafprozessualen Durchsuchungsmaßnahmen auf der Grundlage der §§ 102, 103, 105 StPO bei leichter und mittlerer Kriminalität konkretisiert (vgl. nur BVerfG NJW 2020, 384; BVerfG NJW 2018, 1240 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.11.2017, 2 BvR 1096/17; BVerfG StV 2015, 615 ff.; BVerfGK 19, 167 ff.; BVerfG NVwZ 2007, 1047; BVerfGE 115, 166 ff.). Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss vom 29.07.2020, 2 BvR 1188/18, diese Grundsätze wie folgt zusammengefasst: „Dem erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss im Blick auf den bei der Anordnung verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgversprechend sein. Ferner muss gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein, was nicht der Fall ist, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen [...]. Hierbei sind auch die Bedeutung des potentiellen Beweismittels für das Strafverfahren sowie der Grad des auf die verfahrenserheblichen Informationen bezogenen Auffindeverdachts zu bewerten [...]. Dabei ist es grundsätzlich Sache der ermittelnden Behörden, über die Zweckmäßigkeit und die Reihenfolge vorzunehmender Ermittlungshandlungen zu befinden. Ein Grundrechtseingriff ist aber jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn naheliegende grundrechtsschonende Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare Gründe unterbleiben oder

zurückgestellt werden und die vorgenommene Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des in diesem Verfahrensabschnitt vorliegenden Tatverdachts steht [...]“ (Rn. 44). Diesen Vorgaben werden die angegriffenen Maßnahmen nicht gerecht. In der Sache hat das Gericht den Einfluss der Grundrechte grundlegend verkannt. Die angegriffene Entscheidung setzt sich nur unzureichend mit der Schwere des strafrechtlichen Anfangsverdachts oder der Möglichkeit mildere Mittel anzuwenden auseinander. Sie ist schon von daher unverhältnismäßig.

### **III. Gesamtergebnis**

Der streitgegenständliche Durchsuchungsbeschluss des AG Tiergarten vom 10. Dezember 2021 sowie die Sicherstellungsmaßnahmen greifen in die Schutzbereiche der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sowie der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG ein. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Damit verletzen sie die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG.