

An den Grenzen der Kunst: Reaktionen des Rechts

Ich beginne mit zwei Zitaten:

1. "Das Werk weist (...) die der Kunst eigenen Strukturmerkmale auf: Es ist Ergebnis freier schöpferischer Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Phantasien des Autors in der literarischen Form des Romans zum Ausdruck kommen (...). Elemente schöpferischer Gestaltung können in der milieubezogenen Schilderung sowie in der Verwendung der wienerischen Vulgärsprache als Stilmittel gesehen werden. Der Roman läßt außerdem eine Reihe von Interpretationen zu, die auf eine künstlerische Absicht schließen lassen. So könnte er etwa als eine Persiflage auf den Entwicklungsroman aufgefaßt werden. Ferner ließe sich die Titelheldin als Verkörperung männlicher Sexualphantasien deuten, die als Reaktion auf eine Erziehung gesehen werden, deren Ziel die Unterdrückung des Geschlechtlichen war. Auch parodistische Elemente sind vielfach erkennbar. [...] Daß der Roman möglicherweise zugleich als Pornographie anzusehen ist, nimmt ihm nicht die Kunsteigenschaft."

2. „Es bleibt zu prüfen, ob die gegenständlichen Bilder – nicht etwa der übrige Inhalt des Buches – Anspruch auf Rechtfertigung aus Gründen wissenschaftlicher oder künstlerischer Natur erheben können (...). Entscheidend für diese Frage ist nur die Ehrlichkeit des wissenschaftlichen oder künstlerischen Strebens des Urhebers. Die wissenschaftliche oder künstlerische Tendenz muß wahrhaftig, sie darf nicht vorge-täuscht sein. Diese Voraussetzungen liegen nach den erstgerichtlichen Urteilsfeststellungen nicht vor: Die inkriminierten Abbildungen zeigen Sexualakte – plump-primitiv – in anreißerischer Verzerrung, auf sich selbst reduziert und losgelöst vom Zusammenhang mit anderen Lebensäußerungen. Dabei ist [...] auf die im Buch selbst gegebenen Erläuterungen hinzuweisen, wonach der Sinn der – abgebildeten – Aktion (bloß) in der Veranstaltung einer ‚unglaublichen Schweinerei‘ lag. Das Schöffengericht durfte darum frei von Rechtsirrtum erkennbar unterstellen, daß die beiden Angeklagten künstlerische oder wissenschaftliche Tendenzen insofern bloß vor-täuschten und zum Vorwand nahmen, als sie die [...] (unzüchtigen) Bilder [...] ohne jedwede sachliche Notwendigkeit in ihr Kompendium einreichten.“

I. Recht macht Kunst

Im Rechtsdiskurs ist das Problem: Kunst oder Nicht-Kunst eine *Rechtsfrage*. D.h., sie ist von Richterinnen und Richtern zu lösen und *nicht* von (Kunst-)Sachverständigen (Schipka 1997, 62). Das Recht zeigt sich insofern als "Instanz des Kunstbegriffs" (Zembylas 1997, 17).¹ Im ersten Fall, einem Ausschnitt aus der 1989 ergangenen "Mutzenbacher"-Entscheidung des dt. Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 83, 130 (138)), wird Kunst *gemacht*. Die Kunsteigenschaft des Romans, der nach dem Gesetz über jugendgefährdende Schriften indiziert worden war, schlägt darüber hinaus auch in der Entscheidung durch. Das ist nicht selbstverständlich. Oft genug wird von staatlichen Instanzen dekretiert, die Kunst hätte sich eben außerhalb der Schranken ihrer Freiheit begeben und sei demnach nicht schützenswert (dazu unten). Im zweiten Fall, einem Exzerpt aus dem 1972 ergangenen Urteil des OGH (10 Os 191/71, EvBl 1972/196), mit dem Peter Weibel und Waltraud Höllinger für eine Broschüre über den Wiener Aktionismus wegen Verstoßes gegen § 1 PornographieG letztinstanzlich verurteilt wurden, wird autoritativ festgestellt, es handle sich *nicht* um Kunst (und auch nicht um Wissenschaft).²

Wie in den eingangs zitierten beiden Fällen stellt sich die Frage nach der Kunst vielfach im Zusammenhang mit der Anwendung von Pornographiegesetzen; ähnlich kollisionsgefährdet ist Kunst mit religiösen Gefühlen. Dies sind die beiden Bereiche, in denen die Judikatur im folgenden einer notwendig knappen Betrachtung unterzogen werden soll.

¹ Die anderen Instanzen, die Zembylas in seiner kunstsoziologischen Untersuchung nennt und analysiert, sind Wirtschaft, Medien und Bildungsinstitutionen (1997, 14).

² Als bemerkenswert ist schon an dieser Stelle festzuhalten, daß hier nicht das Kompendium als Gesamtheit beurteilt wurde, sondern einzelne enthaltene Bilder es "unzüchtig" werden ließen. Das entspricht auch weiterhin der Judikatur des OGH zum Pornographiegesetz. Vgl. OGH, 18.04.1989, 11 Os 169/88: "Für die rechtliche Beurteilung als unzüchtig genügt das Aufscheinen einer einzigen sinnentleerten und bloß der abstoßenden Darstellung verpönter sexueller Betätigung dienenden Szene (in einem Videofilm)."

II. Rechtsgrundlagen

Zunächst zur grundrechtlichen Situation: Die Europäische Menschenrechtskonvention (MRK), die in Österreich in Verfassungsrang steht, kennt kein eigenes Grundrecht auf Kunstfreiheit; diese ist im Rahmen der allgemeinen Meinungsfreiheit (Art 10) zu gewährleisten. Der Meinungsfreiheit werden durch den Gesetzesvorbehalt in Art 10 Abs 2 MRK³ bedeutende Grenzen gesetzt. Gleichwohl judiziert der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), daß diese Freiheit auch für solche Äußerungen gilt, die "den Staat oder einen Teil der Bevölkerung verletzen, schockieren oder beunruhigen" (Frowein/Peukert 1996, 384).⁴ Die 1982 in Österreich verfassungsrechtlich verankerte Kunstfreiheit ist eine *Lex Specialis* zum Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Im Sinne ihres Antwortcharakters (Luf 2000) ist sie jedenfalls so zu interpretieren, daß sie den Freiheitsraum der Kunst *erweitert* hat (Öhlinger 1985, 190), so daß ihr ein gegenüber der Meinungsfreiheit "eigenständige[r] Gehalt" zukommt (Triffterer/Schmoller 1993, 548).

Kunstwerke können mit religiösen Gefühlen kollidieren. Damit rückt das Grundrecht auf Religionsfreiheit in das Blickfeld. Denn die herrschende Meinung in der Grundrechtsdogmatik qualifiziert zwar die Grundrechte als rein staatsgerichtete Abwehrrechte, die lediglich die Staatsgewalt, nicht aber die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger beschränken. Andererseits aber wird gerade im Bereich des Strafrechts – auch durch den Gesetzgeber – die Religionsfreiheit als "grundlegende Wertentscheidung" interpretiert; um das Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art 9 MRK,

³ Art 10 Abs 2 EMRK "Da die Ausübung dieser Freiheiten Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, kann sie bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, wie sie in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer unentbehrlich sind, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten."

⁴ Siehe jüngst wieder Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, EGMR 47/1991/299/370: RN 63.

Art 14 StGG) zu schützen, seien dann auch Strafrechtsnormen notwendig und legitim. So argumentiert etwa Foregger, daß der Umstand des verfassungsmäßigen Schutzes der Religionsfreiheit, "ein Mindestmaß an strafrechtlicher Absicherung" (1986, 2) verlange. Denn "[d]as Zusammenleben aller wäre [...] schwerstens gefährdet, wenn die Gefühle derer, die an ein höheres Wesen und/oder ein Weiterleben nach dem Tod glauben [...], nachhaltig und gröblich verletzt würden" (ebda).

Auf die grundrechtstheoretische Problematik⁵ kann und muß hier nicht eingegangen werden; festzuhalten ist freilich, daß der Konnex zwischen Religionsfreiheit und Friedenssicherung schon aus historischer Perspektive nicht außer Acht gelassen werden darf. Strafrechtlich bewehrt wird das Rechtsgut des religiösen Friedens durch § 188 StGB, "Herabwürdigung religiöser Lehren". Der Wortlaut der Norm: "Wer öffentlich eine Person oder eine Sache, die den Gegenstand der Verehrung einer im Inland bestehenden Kirche oder Religionsgesellschaft bildet, oder eine Glaubenslehre, einen gesetzlich zulässigen Brauch oder eine gesetzlich zulässige Einrichtung einer solchen Kirche oder Religionsgesellschaft unter Umständen herabwürdigt oder verspottet, unter denen sein Verhalten geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen."⁶

Dogmatisch gesehen ist § 188 ein sogenanntes "Gefährdungsdelikt": Denn es reicht für seine Vollendung aus, daß das Verhalten des Täters *geeignet* ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen; die *tatsächliche* Erregung eines solchen Ärgernisses ist, wie auch Foregger (1986, 6) hervorhebt, *nicht* verlangt. Als Maßstab für die Eignung gilt,

⁵ Dazu Kolonovits (1998) Skeptisch die Dissenting Opinion im Fall Otto Preminger Institut v. Austria, EGMR, 11/1993/406/485: "The Convention does not, in terms, guarantee a right to protection of religious feelings. More particularly, such a right cannot be derived from the right to freedom of religion, which in effect includes a right to express views critical of the religious opinions of others."

⁶ Eine solche oder ähnliche Norm ist, will man sich zum Schutz des religiösen Friedens bekennen, auch erforderlich, denn aus der Religionsfreiheit können keine Pflichten der Bürgerinnen und Bürger untereinander abgeleitet werden. Dies wäre eine in der österreichischen Verfassungsdogmatik nicht anerkannte unmittelbare Drittwirkung.

daß "sich über das gleiche Faktum jeder mit den rechtlich geschützten Werten verbundene Mensch empören oder zumindest die Empörung Betroffener verständlich finden würde". (Ebd.)⁷

Damit tritt eine Figur in das Zentrum der Betrachtung, die auch für die Anwendung des Pornographieggesetzes von zentraler Bedeutung ist, nämlich "der mit den rechtlichen Werten verbundene Mensch". Wobei in der Anwendung des Pornographieggesetzes seit Beginn der siebziger Jahre die "Anschauung des normalen, gesunden Durchschnittsmenschen" (OGH, 03.03.1956, 5 Os 1070/54, SSt 27/13) ersetzt wurde durch die "zeitverbundenen, soziologisch und gesellschaftlich aufgeschlossenen Ansichten maßgerechter Durchschnittsmenschen" (OGH, 06.07.1971, 10 Os 80/71)⁸ und "das berechnigte Schutzanliegen dieser Personen [...], nicht mit Vorgängen konfrontiert zu werden, die das Zusammenleben grob beeinträchtigen" (OGH, 11.06.1975, 9 Os 65/74; EvBl 1976/60).

Das Rechtsgut der "Sittlichkeit"⁹, das (u.a.) durch das Pornographieggesetz geschützt werden soll, hat demnach zwei Aspekte: einerseits der Schutz einzelner Personen vor ungewollter Konfrontation, andererseits die "öffentliche Moral" als solche. Das Kriterium der Erregung öffentlichen Ärgernisses ist für sogenannte "absolut unzüchtige Materialien" nicht von Relevanz. Diese sind unabhängig von Kontext und Adressatenkreis jedenfalls "unzüchtig". Zu solchen "absolut unzüchtigen Materialien" zählen nach der Rechtsprechung des OGH "pornographische Darstellungen sexueller Gewalttätigkeiten und von Unzuchtsakten mit Unmündigen, mit Personen gleichen Geschlechts oder mit Tieren (harte Pornographie)" (verstärkter Senat, 06.06.1977, 13 Os 39/77, RZ 1977/95). Für sonstige pornographische Darstellungen gilt freilich Ähnliches wie für die Herabwürdigung religiöser Lehren: Wenn pornographische Darstellungen nicht zur "harten Pornographie" zählen und so präsentiert werden, daß sie "nur einem bestimmt angesprochenen Interessentenkreis erwachsener Personen vorbehalten sind und durch die Art ihrer Präsentation auch die abstrakte Möglichkeit der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses oder der Gefährdung Jugendlicher ausgeschlossen ist" (ebd.), so sind sie nicht strafbar.

⁷ Siehe generell zur Problematik solcher Maßfiguren Schmoller 1990.

⁸ In diesem Zeichen stand demnach auch schon das Urteil des OGH im Fall Weibel/Höllinger.

⁹ Dazu Benke/Holzleithner 1998.

Soweit die rechtlichen Grundlagen. Das Ergebnis dieser Analyse soll kurz zusammengefaßt werden: Erstens, es geht hier um die Frage nach der Kollision der Kunstfreiheit mit *kollektiven* Rechtsgütern, die durch strafrechtliche Gefährdungsdelikte geschützt sind. Das Hauptkriterium ist die Frage nach der Erregung des öffentlichen Ärgernisses. Als Maßstab für die Bestimmung desselben werden Durchschnittsannahmen herangezogen, die bestimmte normative Vorstellungen darüber, wie Menschen empfinden (sollen) und wie eine Gesellschaft ist (bzw. sein soll), enthalten. Diese Durchschnittsannahmen zu konstruieren, ist Aufgabe der Gerichte im Einzelfall der Rechtsanwendung. Wie dies geschieht, ist Thema des nächsten Abschnitts. Hier soll untersucht werden, ob der von der Lehre überwiegend postulierte "favor libertatis" in der Judikatur Niederschlag findet. Zu nennen sind hier im Anschluß an Luf Aspekte, die mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Zusammenhang zu bringen sind: "die Wahl des gelindesten Mittels, die Kontextualität beanstandeter Stellen, die Berücksichtigung der spezifischen Öffentlichkeit u.a.m." (S. 31 in diesem Band).

III. Kunstfreiheit und das sexuell Explizite

Dieses Thema kann relativ kurz abgehandelt werden. Durch die Liberalisierungen des PornG Ende der siebziger/Anfang der achtziger Jahre ist der künstlerische Ausdruck in Österreich kaum gefährdet, durch dessen Anwendung betroffen zu sein. Prozesse wie jene gegen Höllinger und Weibel sowie gegen Günter Brus in den siebziger Jahren sind aufgrund der ausdehnbaren Anwendung des Begriffs der "relativen Unzüchtigkeit" kaum mehr vorstellbar. Allenfalls relevant könnte die Verwendung sexuell expliziter Elemente im Zusammenhang mit der Darstellung homosexueller und/oder sadomasochistischer Themen und Rituale werden. Doch gab es etwa gegen die Mapplethorpe-Ausstellung vor einigen Jahren in Wien keine Proteste.¹⁰ Auch Madonnas Buch "Sex" war aus Gründen der "Unzucht" in Österreich nicht in der Diskussion. Die neuere Judikatur des OGH zum Bereich der Pornographie weist auch keine relevanten Urteile zum Thema aus. Interessant ist aus historischer Sicht, daß die Idee, es könnte eine *Rechtfertigung* "unzüchtiger Materialien" aus künstlerischen (oder wissenschaftlichen) Gründen geben, in Österreich zuerst im

¹⁰ Anders als in den USA; dazu Dubin 1992, 206.

Rahmen der Rechtsprechung in diesem Bereich – hier der Lehre Rittlers (1962, 324-326) folgend – aufgekommen ist. Allerdings scheiterte eine solche Rechtfertigung im Einzelfall meist daran, daß die „Ehrlichkeit des künstlerischen Strebens“ abgesprochen wurde.¹¹

Das zentrale Urteil einer europäischen Instanz, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), ist *Müller u.a. gegen Schweiz*¹². Darin wird festgehalten, daß durch die Beschlagnahme obszöner Gemälde *kein* Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit erfolgt. Dieser Leitsatz klingt allerdings weitgehender als er ist. Hier nur einige wesentliche Punkte der Entscheidung: Nach Ansicht des EGMR trägt, „[w]er Kunstwerke schafft, interpretiert, verbreitet oder ausstellt, [...] zum Austausch der Ideen und Meinungen bei, der für eine demokratische Gesellschaft wesentlich ist. Deshalb ist es eine Verpflichtung der Staaten, deren Meinungsäußerungsfreiheit nicht unangemessen zu beeinträchtigen.“ (545) Deren Schranken, deren eine der Schutz der Moral¹³ ist, können freilich ebenso wahrgenommen werden; im übrigen sei es „nicht möglich, in der rechtlichen und sozialen Ordnung der Mitgliedstaaten eine einheitliche europäische Vorstellung von Moral zu aufzufinden.“ (ebda) Diese differiere vielmehr regional, was eine Beurteilungskompetenz der regionalen Behörden nach sich ziehen müsse. Bei der Frage danach, „ob der gerügte Eingriff ‘in Bezug auf den damit verfolgten gerechtfertigten Zweck verhältnismäßig’ war und ob die in diesem Zusammenhang von den Schweizer Gerichten zu ihrer Rechtfertigung angeführten Gründe ‘zutreffend waren’“, erwies sich der Begriff der „Öffentlichkeit“ als zentral. Denn die fraglichen Gemälde waren „einem großen Publikum ohne Einschränkung zugänglich“ und sollten ein solches auch „anziehen“ (546). Im Verhindern einer solchen öffentlichen Ausstellung von „Obszönitäten“ erkennt der EGMR, regional gesehen, ein „echtes soziales Bedürfnis“ nach Verurteilung des

¹¹ OGH 11.01.1972, 10 Os 191/71, EvBl 1972/196; 22.05.1973, 10 Os 30/73. Bemerkenswert ist folgender Leitsatz: „Sofern es sich nicht um Produkte handelt, die offenkundig und sinnfällig jenseits jedweden ehrlichen und ernsthaften künstlerischen Schaffens stehen, wird diese Frage in der Regel erst nach Anhörung von Experten entschieden werden können“ (14.02.1974, 13 Os 5/74, JBl. 1974, 485).

¹² 24. Mai 1988, Nr. 25/1986/123/174, EuGRZ 1988, 543-547.

¹³ Der Schutz der Moral steht für den EGMR in einer „natürliche[n] Verbindung“ mit dem „Schutz der Rechte anderer“ (545).

Täters, wie es sich in den übereinstimmenden Urteilen der Schweizer Gerichte zeige. Darauf wird zurückzukommen sein.

IV. Kunstfreiheit und religiöse Gefühle

Von den zwei Fällen, die das österreichische Recht besonders beschäftigten, nämlich die Befassung mit Herbert Achternbuschs „Das Gespenst“¹⁴ und Werner Schroeters „Das Liebeskonzil“ greife ich den zweiten heraus. Unter dem Titel *Otto Preminger Institut gegen Österreich*¹⁵ wurde die Tätigkeit der österreichischen Gerichte von den europäischen Menschenrechtsinstanzen, der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auf ihre Konventionsmäßigkeit überprüft.

Zunächst die Chronologie: Im Mai 1985 waren am Otto Preminger Institut (OPI) in Innsbruck sechs Aufführungen des Films „Das Liebeskonzil“ von Werner Schroeter (1981) geplant. Fünf davon sollten um 22.00 Uhr, eine als Matinée um 16.00 Uhr geboten werden. Der Film war gemäß der einschlägigen Landesbestimmungen jugendfrei ab 17 und wurde als kontrovers angekündigt: „Oskar Panizzas satirische Himmelstragödie wurde von Schroeter in einer Aufführung des römischen Teatro Belli verfilmt und in eine Rahmenhandlung gestellt, die den 1895 wegen Gotteslästerung geführten Prozeß gegen den Dichter und seine Verurteilung rekonstruiert.“¹⁶ Panizza geht von der Annahme aus, die Syphilis sei die Strafe Gottes für die Unzucht und die Sündenhaftigkeit der Menschen zur Zeit der Renaissance gewesen, speziell am Hof des Borgia-Papstes Alexander VI. In Schroeters Film gleichen die Vertreter Gottes auf Erden, vertreten mit den Insignien weltlicher Macht, aufs Haar den himmlischen Protagonisten. Karikaturistisch werden bildliche Trivialvorstellungen und Auswüchse des christlichen Glaubens aufs Korn genommen und die Beziehung von Glaubensinhalten und weltlichen Unterdrückungsmechanismen untersucht“.

¹⁴ Medien und Recht 2/1986, 15ff; siehe dazu insb Öhlinger 1985, Mayerhofer 1986, 577-578.

¹⁵ Serie A Nr. 295-A, ÖJZ 1995, 154;
<http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc1doc/HEJUD\sift\482.txt>.

¹⁶ Siehe dazu Leiss 1971, 138-140.

Die erste Vorführung sollte am 13.05.1985 stattfinden. Gegen die Aufführungen wurde vom Bistum Innsbruck wegen Verstoßes gegen § 188 StGB Anzeige bei der Staatsanwaltschaft erhoben. Am 12.05. kam es zu einer geschlossenen Vorführung in Anwesenheit eines Journalrichters; noch am selben Tag wurde vom Landesgericht Innsbruck die Beschlagnahme des Films gemäß § 36 MedG angeordnet. Somit konnte der Film weder am 13.05. noch an einem anderen Tag gezeigt werden. Daß dies eine Vorzensur darstellt, die gemäß des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918 untersagt ist, wurde in diesem Zusammenhang nicht beachtet.¹⁷

Eine Berufung gegen die Beschlagnahme wurde am 30.07.1985 vom Oberlandesgericht Innsbruck abgewiesen. Das gegen den Leiter des OPI eingeleitete Verfahren wegen § 188 wurde zwar eingestellt (24.10.1985), der Film selbst aber einem selbständigen Einziehungsverfahren gem. § 33 Abs 2 MedG unterworfen. Das Urteil, das am 10.10.1986 vom Landesgericht Innsbruck erlassen wurde, ordnete die Einziehung und Vernichtung des Films an. Begründet wurde dies mit dem gravierend religionsfeindlichen Inhalt des Films.

Daß ein Kunstwerk vorlag, wurde im übrigen (wie üblich, möchte man fast hinzufügen) nicht bezweifelt; allerdings sollten die Schranken der Kunstfreiheit durchschlagen: fundamentale Rechte und Freiheiten anderer (insbesondere jene, die aus dem Grundrecht der Religionsfreiheit abzuleiten seien), die Notwendigkeit einer geordneten Form des menschlichen Zusammenlebens, das auf gegenseitige Akzeptanz gegründet ist und das Vorliegen einer extremen Verletzung anderer vom Recht geschützter Interessen. Diese Schranken seien abzuwägen gegen die Kunstfreiheit; im vorliegenden Fall mußte diese den Kürzeren ziehen. Soweit ersichtlich, beschränkt sich die „Abwägung“ der spezifischen Umstände auf das vom Gericht konstatierte „Schwerwiegen“ des Inhalts des vorliegenden Films, der primär intendiere, sich in provokativer Weise gegen die Kirche zu richten.

Eine Berufung an das Oberlandesgericht Innsbruck wurde wegen mangelnder Parteilichkeit abgewiesen.¹⁸ So landete, nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instan-

¹⁷ Zu den dogmatischen Fragen siehe Öhlinger 1985, 191-193.

¹⁸ Ebenso abgelehnt wurde seitens der Generalprokuratur die Anregung der damaligen Unterrichtsministerin Hilde Hawlicek, eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wah-

zuzugs, der Fall zunächst bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte. Hinzuzufügen ist, daß das Theaterstück „Das Liebeskonzil“ zu Beginn der neunziger Jahre in Österreich mehrfach aufgeführt wurde: im November 1991 in Wien und im Oktober 1992 in Innsbruck (!). Während es gegen die Wiener Aufführung keine Beanstandung gab, wurden in Innsbruck Strafverfahren angestrengt; diese wurden aber nach gerichtlichen Vorerhebungen eingestellt.

Die EKMR stellte in ihrem Bericht fest, daß das Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzt worden sei, und zwar sowohl durch die Beschlagnahme wie durch die Vernichtung des Films. Der Fall kam nun vor den EGMR. Dieser führt bei Verfahren wegen Verletzung von Art 10 ein dreistufiges Prüfverfahren durch; analysiert wird

1. ob der gegenständliche Eingriff in die Meinungsfreiheit vom Recht vorgesehen ist;
2. ob der Eingriff ein legitimes Ziel verfolgt; und
3. ob er notwendig ist in einer demokratischen Gesellschaft.

Punkt 1 wurde als völlig unproblematisch behandelt.

Ad Punkt 2: Als legitime Ziele brachte die Regierung vor: den Schutz der Rechte anderer, insbesondere das Recht auf Respekt vor deren religiösen Gefühlen sowie die Sicherung des religiösen Friedens. Dazu hält der EGMR fest, daß die Glaubens- und Gewissensfreiheit gem. Art 9 in ihrer religiösen Dimension anzusehen ist als „one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life“ (RN 47). Gläubige müßten zwar akzeptieren, auf Unverständnis und Mißachtung zu stoßen; zur Sicherung des religiösen Friedens könnten aber Äußerungen, die als „malicious violation of the spirit of tolerance“ (ebda) zu qualifizieren sind, vom Staat hintangehalten werden. In diesem Licht wird die Anwendung von § 188 für unproblematisch gehalten.

Ad Punkt 3: In Bezug auf die Frage, ob ein Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sei, erinnert der EGMR zunächst an seine, hier schon erwähnte ständige Rechtsprechung. Diese schütze auch Äußerungen, die den Staat oder Teile der Bevölkerung schockieren, verletzen oder verstören. Erinnert wird aber auch an die aus der Meinungsfreiheit erfließenden Schranken der „duties and responsibilities“, woraus folge, daß man sich Äußerungen zu enthalten habe „that are

zung des Gesetzes zu erheben. Im Lichte der Entscheidung des OGH zum Film „Das Gespenst“ sei dies nicht angezeigt.

gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs". (RN 49)¹⁹ Davon ausgehend gelangt der EGMR zur Feststellung, daß es in gewissen demokratischen Gesellschaften nötig sein mag, Bestimmungen wie jene des § 188 StGB zu normieren. Des weiteren hält er fest, daß es in Fragen der Religion ähnlich sei wie in jenen der Moral: Es sei unmöglich, einen einheitlichen europäischen Standard festzustellen und auch innerhalb einzelner Staaten könnten diese Standards variieren. Er folgert daraus: "A certain margin of appreciation is therefore to be left to the national authorities in assessing the existence and extent of the necessity of such interference" (RN 50).

Diese Notwendigkeit müsse von den nationalen Behörden freilich überzeugend dargelegt werden. Ob dies der Fall war, wurde im weiteren untersucht. Besonderes Augenmerk wurde dabei auf die von der Regierung ins Spiel gebrachte Rolle der Religion in Tirol gelegt: 87 % der Tirolerinnen und Tiroler seien römisch-katholisch. Diese Tatsache könne, so das Gericht, nicht ignoriert werden. Daß der Film mit einer Kurzbeschreibung des Inhalts als kontrovers angekündigt wurde, wurde dem OPI anschließend nachgerade zur Last gelegt und fast schon per se als Störung des Religionsfriedens erklärt: „There was sufficient public knowledge of the subject-matter and basic contents of the film to give a clear indication of its nature; for these reasons, the proposed screening of the film must be considered to have been an expression sufficiently 'public' to cause offence" (RN 54).

Das Gericht kommt demzufolge zur Erkenntnis, daß die Beschlagnahme des Films als notwendiges Mittel angesehen werden kann, um den religiösen Frieden in der Region Tirol zu wahren und zu verhindern, daß sich Menschen als Zielscheiben von Attacken auf ihren Glauben fühlen; dies zu beurteilen, stünde in erster Linie den nationalen Behörden zu: „It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time." (RN 56). Bei dieser Beurteilung hätten die österreichischen Behörden ihren „margin of appreciation" (Beurteilungsspielraum) nicht überschritten. Auch die anschließende Vernichtung

¹⁹ Auf die bemerkenswerte Breite dieser Formulierung und ihre Problematik kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Doch scheint insbesondere der letzte Halbsatz im Widerspruch zur einleitend zitierten Judikaturlinie zu stehen.

des Films wurde als unproblematisch dargestellt. Daß der Film dadurch in ganz Österreich nicht aufgeführt werden kann (bis heute) wird konstatiert (RN 57), aber ohne Begründung als nicht unverhältnismäßig dekretiert.

Als bemerkenswert ist zunächst festzuhalten, daß der EMGR der Einschätzung des österreichischen Gerichts ohne weiteres folgt und bloß ein zusätzliches Argument ins Treffen führt, warum die Abwägung gegen das Kunstwerk ausfallen muß: nämlich die „überwältigende Mehrheit" an Katholikinnen und Katholiken in Tirol. Hinter dieser katholischen Mehrheit verschwindet einiges bzw. erhält kein Gewicht: 1. der Status des OPI – sein Ruf als Ort avantgardistischer Aufführungen, kurz, die Tatsache, daß es sich hierbei nicht um ein Mainstream-Kino handelt;

2. die Vorkehrungen, die im spezifischen Fall von Seiten des OPI getroffen wurden, um im Einklang mit den Tiroler Landesvorschriften zu agieren, insbesondere im Zusammenhang mit dem Jugendschutz; ganz im Gegenteil wird die inhaltlich spezifizierte Ankündigung als Teil der Störung des religiösen Friedens angesehen; ein Punkt, auf den besonders Grabenwarter aufmerksam macht: Zwar stellte der Text selbst keine Verletzung religiöser Gefühle dar; eine solche Verletzung wurde aber offenbar vom EGMR darin gesehen, „daß ein Film (eingeschränkt öffentlich) gezeigt werden sollte und daß eine breitere Öffentlichkeit über den Inhalt des Films in groben Zügen Bescheid wußte, weil die Werbung für den Film 'einen klaren Hinweis auf seine Natur' gab" (1995, 152). Die EKMR hatte in der Vorankündigung eine „Vorwarnung" gesehen und u.a. deshalb einen Eingriff in die Meinungsfreiheit bejaht.

3. Weiters verschwinden hinter der katholischen Mehrheit Tirols die Interessen einer kunstinteressierten und gegebenenfalls auch religionskritischen Minderheit. Die Frage nach der künstlerischen Freiheit im Kontext des österreichischen Verfassungssystems wird dabei vom EGMR selbst nicht eigens behandelt, ebenso wie die Frage, ob das gelindeste Mittel Einziehung und Vernichtung darstellen, nur von den Verfassern der Dissenting Opinion ernsthaft gestellt wird.

Es ist bemerkenswert, daß der EGMR eine grundrechtliche Frage vorwiegend dem Kriterium überantwortet, ob eine „Mehrheit", deren Konturen im übrigen auf die statistische Komponente (87 %) beschränkt bleiben, in ihren Gefühlen derart hätte verletzt werden können, daß der religiöse Friede gefährdet worden wäre. (Nochmals ist zu betonen, daß der Film ja nicht gezeigt werden konnte. Die Bestätigung der Verurteilung steht somit auch in einem Spannungsverhältnis zur vorne geschilderten

Vorjudikatur des EGMR im Fall Müller, in dem die uneingeschränkte öffentliche Zugänglichkeit der sexuell expliziten Gemälde ein wesentliches Argument für eine die künstlerische Freiheit einschränkende Entscheidung gewesen war. Aber, wie Grabenwarter argumentiert: „Zwischen dem Wissen um eine potentielle Verletzung durch die Rezeption blasphemischer Kunst bei gleichzeitigem Fernbleiben von der Darbietung und einer künstlerischen Äußerung, der man unfreiwillig ausgesetzt ist, besteht ein großer Unterschied.“ 1995, S. 156)

Durch die Apotheose einer nur statistisch spezifizierten katholischen Mehrheit entfallen diverse Abwägungsfragen, die im Zusammenhang mit dem vom EGMR als so bedeutsam aufgewiesenen regionalen Kontext bei der Beurteilung des Einzelfalls aber zu stellen gewesen wären.

Überdies ist entgegen der Zweifellosigkeit, mit welcher der EGMR antritt, überhaupt nicht ausgemacht, warum eine Mehrheit den Grundrechtstrumpf ausspielen können soll. Soll eine Religionsgemeinschaft, deren die Mitglieder die Mehrheit in einer Rechtsgemeinschaft bilden, wirklich einen höheren Schutz genießen als wäre sie ein Minderheitsbekenntnis? Mit welcher Begründung? Relativiert dies nicht ein zentrales Anliegen des Menschenrechtsschutzes, den Minderheitenschutz? Dieser kann freilich, ebenso wie der Schutz der religiösen Gefühle, kein Selbstzweck sein, doch ein Blick auf die Relationen (hier eine schweigende religiöse Mehrheit, vertreten freilich durch offizielle Repräsentanten, da eine kunstinteressierte Minderheit) hätte vielleicht eine andere Antwort auf die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Maßnahmen nahegelegt. Dabei hätte auch ins Treffen geführt werden können, daß Aufführungen des Theaterstücks in Innsbruck weder behördlich belangt wurden noch zu einer Störung des religiösen Friedens geführt haben. Diese Tatsache geht im Urteil des EGMR völlig unter.

Eine andere Frage ist, ob § 188 StGB *in dieser Form* überhaupt notwendig ist, also eine verhältnismäßig eng gefaßte *Sonderbestimmung*, die auf die Verletzung religiöser Gefühle abstellt. Denn es gibt ohnehin den Straftatbestand der Verhetzung:

§ 283 verbietet öffentlich auf eine Weise, die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu gefährden, zu einer feindseligen Handlung gegen bestimmte Gruppen aufzufordern oder aufzureizen (Abs 1) bzw. öffentlich gegen eine dieser Gruppen zu hetzen oder sie in einer die Menschenwürde verletzenden Weise zu beschimpfen oder verächtlich zu machen (Abs 2). Unter diesen Gruppen sind die im Inland bestehenden Kirchen und Religionsgesellschaften zu verstehen ebenso wie solche, die durch „Rasse“, Zu-

gehörigkeit zu einem Volk, einem Volksstamm oder einem Staat bestimmt werden. Mit seiner höheren Strafdrohung bis zu zwei Jahren (im Gegensatz zu 6 Monaten bei § 188) und der engeren Textierung legt § 283 die Latte der Übertretung höher als § 188, bietet aber gleichwohl den im Lichte der Religionsfreiheit geforderten Schutz des religiösen Friedens. Als weiteres Argument mag angeführt werden, daß der für die deutsche Rechtslage einschlägige § 166 ähnlich unserem Verhetzungsparagraphen formuliert ist²⁰, wenn er die „Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen“ in einer Weise, die geeignet ist, den *öffentlichen Frieden* zu stören, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Demgegenüber verlangt die Texttierung des § 188 öStGB nur die Erregung öffentlichen Ärgernisses.

Ich meine, man könnte im Rahmen einer säkularen Rechtsordnung damit das Auslangen finden. Und – was nicht abzusehen ist – für den Fall einer Streichung des § 188 gäbe es dann zwei Möglichkeiten: Entweder die Kollision mit der Kunstfreiheit wird auf § 283 verlagert, oder sie verschwindet ganz (weil derartige Fälle nicht so gravierend sein werden). Eine solche Streichung würde demnach – womöglich – das hier diskutierte Kollisionsproblem obsolet machen. Es würde freilich keineswegs ein Ende politischer und gesellschaftlicher Debatten bedeuten, nämlich ob ein Künstler oder eine Künstlerin im weitesten Sinn „zu weit gegangen“ ist. Dort, nämlich in die Gesellschaft, gehören die Debatten meines Erachtens auch hin. Und, wie die Dissenting Opinion im Fall *Preminger* so schön zum Ausdruck bringt: „Tolerance works both ways.“ (RN 6)

²⁰ AA Platzgummer 1995, 137, der die Ähnlichkeit von § 188 öStGB und § 166 dStGB hervorstreicht, dem § 188 „weitgehend entspricht“. Legt man den Hauptfokus auf die Frage danach, wie gravierend ein Eingriff zu sein hat, um strafrechtsrelevant zu sein, scheint mir Platzgummers Ansicht nicht richtig zu sein.

Literatur

- Benke, Nikolaus und Elisabeth Holzleithner: „Zucht durch Recht. Juristische Konstruktionen der Sittlichkeit im österreichischen Strafrecht“. In: *L'Homme. Zeitschrift für Geschichtswissenschaften* (hrsg. v. S. Burgartz und E. Saurer), Heft 1/1998, 41-88.
- Dubin, Steven (1992): *Arresting Images. Impolitic Art and Uncivil Actions*. London/New York: Routledge.
- Foregger, Egmont (1986): „Kommentar zu §§ 188-191 StGB“. In: Foregger/Nowakowski (Hg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. Lieferung, Wien: Manz.
- Frowein/Peukert (1996): *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*. 2. vollständig neu bearbeitete Auflage unter Berücksichtigung des 11. ZP zur Gründung eines ständigen Gerichtshofs, Kehl/Straßburg/Arlington.
- Grabenwarter, Christoph (1995): „Filmkunst im Spannungsfeld zwischen Freiheit der Meinungsäußerung und Religionsfreiheit. Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20. September 1994 im Fall *Otto-Preminger-Institut*“. In: *Zeitschrift für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht*, Nr.55/1995, 128-165.
- Holzleithner, Elisabeth (1998): „Ein 'vielköpfiges Ungeheuer'. Pornographie in der Diskussion. In: Floßmann (Hrsg.), *Recht, Geschlecht, Gerechtigkeit*, Linz, 121-156.
- Kolonovits, Dieter (1998): „Meinungsfreiheit und Blasphemie in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR“. In: Grabenwarter/Thienel (Hg.): *Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention*. Kehl u.a., 169-204.
- Leiss, Ludwig (1971): *Kunst im Konflikt. Kunst und Künstler im Widerstreit mit der Obrigkeit*. Berlin/New York: Walter de Gruyter & Co.
- Luf, Gerhard: *Kunstfreiheit (2000): Aufgabe oder Überforderung des Rechts?* In diesem Band S. 21.
- Öhlinger, Theo (1985): „'Das Gespenst' und die Freiheit der Kunst in Österreich“. In: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 190-199.
- Platzgummer, Wienfried (1995): „Herabwürdigung religiöser Lehren, Meinungsfreiheit und Freiheit der Kunst“. In: *Juristische Blätter*, 137-142.
- Rittler, Theodor (1962): *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Band 2, Besonderer Teil, 2. Auflage Wien.

- Schipka, Peter (1997) *Die strafrechtlichen Grenzen der Kunstfreiheit*. iurDiss, Wien.
- Schmoller, K. (1990): „Zur Argumentation mit Maßstabsfiguren“. In: *Juristische Blätter*, 631ff, 706ff.
- Triffterer/Schmoller (1993): „Die Freiheit der Kunst und die Grenzen des Strafrechts. Auswirkungen des Art 17 a StGG auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei künstlerischer oder vermeintlich künstlerischer Betätigung“. In: *Österreichische Juristenzeitung*, 547-553, 573-582.
- Zembylas, Tasos (1997): *Kunst oder Nichtkunst. Über Bedingungen und Instanzen ästhetischer Beurteilung*. Wien.

Diskurs: Kultur – Wirtschaft – Politik

Band 1

herausgegeben vom Institut für Kulturmanagement, IKM, Wien



Tasos Zembylas (Hg.)

KUNST UND POLITIK

- KUNSTFREIHEIT
- GESCHLECHTERASYMMETRIE

STUDIENVerlag
Innsbruck-Wien-München

Gedruckt mit Unterstützung durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur in Wien, die Gesellschaft der Freunde der bildenden Künste, die Universität für Musik und darstellende Kunst, Wien und durch das Institut für Wissenschaft und Kunst (IWK).

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Kunst und Politik : Kunstfreiheit - Geschlechterasymmetrie / Tasos Zembylas. - Innsbruck ; Wien ; München : Studien-Verl., 2000
(Diskurs: Kultur - Wirtschaft - Politik ; Bd.1)
ISBN 3-7065-1412-5

© 2000 by StudienVerlag Ges.m.b.H., Amraser Straße 118, A-6010 Innsbruck
e-mail: order@studienverlag.at
homepage: www.studienverlag.at

Abbildungen:

Umschlag: „The King Playing with the Queen, 1944/45“ von Max Ernst © VBK, Wien, 2000

S. 46: mit freundlicher Genehmigung von Herbert Achternbusch

S. 47: © VBK, Wien, 1999

S. 95: mit freundlicher Genehmigung der x-tra künstlerinnen kooperative

S. 100: oben: Foto: Leo Kandl. © Die Damen, 1999.

unten: Foto: Christian Skrein

Satz: Erika Salmhöfer

Umschlag: Studienverlag/Eliane Freina

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder in einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlor- und säurefrei gebleichtem Papier.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort des Herausgebers	6
I. Teil: Kunst und Rechtsnormen: Umfang und Konkretisierung der Kunstfreiheit	
Einleitung - Tasos Zembylas -	7
Der liberale Staat und die Kunst - Norbert Campagna - Kunstfreiheit. Aufgabe oder Überforderung des Rechts? - Gerhard Luf -	10 21
Kunst und Staat: Zwischen Förderung und Kontrolle - Tasos Zembylas -	34
An den Grenzen der Kunst: Reaktionen des Rechts - Elisabeth Holzleithner -	50
II. Teil: Kulturpolitik als Sozialpolitik: Geschlechterasymmetrie im Kunstbetrieb	
Einleitung - Tasos Zembylas -	66
Die Kunst und ihre Vermittlung im demokratischen Rechtsstaat - Michael Wimmer -	70
Wege von jungen Künstlerinnen zur professionellen Kunstausbübung - Barbara Baier -	79
Im Labyrinth sexueller Kunstpolitik - Doris Guth - Geschlechterasymmetrien im Bereich der Bildenden Kunst - Neda Bei-	90 105
Abbildungsverzeichnis	125
Die AutorInnen	126