Demokratie jenseits des Wahlakts

Herausgegeben von
JUDITH FROESE
und DANIEL THYM

Mohr Siebeck

Demokratie jenseits des Wahlakts



Demokratie jenseits des Wahlakts

herausgegeben von

Judith Froese und Daniel Thym

Mohr Siebeck

Judith Froese ist Professorin für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Konstanz.

Daniel Thym ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Konstanz und leitet das dortige Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht (FZAA).
orcid.org/0000-0003-0361-6719

Gefördert durch das Bundesministerium für Forschung, Technologie und Raumfahrt (BMFTR) im Rahmen des „Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt“ (FGZ), Förderkennzeichen 01UG2450KY.

ISBN 978-3-16-201059-9 / eISBN 978-3-16-201060-5
DOI 10.1628/978-3-16-201060-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *https://dnb.dnb.de* abrufbar.

2027 Mohr Siebeck Tübingen / © Judith Froese/Daniel Thym (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: https://creativecommons.org/ licenses/by-sa/4.0/. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Für die demokratische Selbstbestimmung und die Legitimierung staatlicher Herrschaftsausübung sind Wahlen zentral. Demokratie erschöpft sich jedoch bekanntlich nicht in diesen. So schreibt das Bundesverfassungsgericht der Meinungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung eine „schlechthin konstituierende" Bedeutung für die Demokratie zu. Angesichts einer geringen Wahlbeteiligung, des Erstarkens extremer Kräfte und eines vielfach diagnostizierten sinkenden Vertrauens in die (parlamentarische) Demokratie, stellt sich für die Rechtswissenschaft die zunehmend virulente Frage, wie und wodurch Demokratie jenseits des Wahlakts gewährleistet werden kann, welche Herausforderungen und Grenzen insofern bestehen. Diesem aktuellen wie grundlegenden Thema stellten sich die Mitwirkenden des Konstanzer Verfassungssymposiums, deren Überlegungen im vorliegenden Band in die breitere Diskussion eingespeist werden.

In den Blick genommen wird in der Gesamtschau zum einen die Gesellschaft einschließlich der Intermediären als Ort freier demokratischer Willensbildung, die aber zugleich staatlicher Lenkung und Regelung unterworfen ist. In den unterschiedlichen Bereichen – von der politischen Bildung, über die Schulen, Universitäten, Kunst und Kultur, Medien und Rundfunk – besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und staatlicher Intervention, die die einzelnen Beiträge bereichsspezifisch ergründen. Zum anderen befassen sich die Beiträge des vorliegenden Bands vor dem Hintergrund der gegenwärtig diagnostizierten „Krise der Repräsentation" mit dem Auseinanderfallen des Wahlrechts und tatsächlichen Betroffenheiten. Angesichts einer (auch) menschenrechtlichen Begründung der Demokratie erscheint es zunehmend erklärungsbedürftig, warum das Wahlrecht weiterhin den volljährigen Staatsangehörigen vorbehalten bleibt und nicht auf alle ausgeweitet wird, die dauerhaft in Deutschland leben und/oder den Entscheidungen der Staatsgewalt unterworfen sind. Beteiligungsformen jenseits der Parlamente wie insbesondere Beiräte, Gremien und die Judikative suchen dieses Defizit auszugleichen, sehen sich aber ihrerseits Bedenken ausgesetzt, namentlich mit Blick auf das Demokratieprinzip und den Gewaltenteilungsgrundsatz.

Die Durchführung des zweitägigen Verfassungssymposiums im Frühjahr 2025 in Konstanz, das eine intensive Diskussion der Referenten ermöglichte, wurde aus Mitteln des bundesweiten Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ) finanziert. Die Ergebnisse werden nach einer sorgfältigen Überarbeitung mit finanzieller Unterstützung der Universität Konstanz

ganz bewusst als doppelte Print- und Open Access-Publikation veröffentlicht. Die kostenlose digitale Verfügbarkeit unterstützt eine breite Rezeption der Ergebnisse in der Rechtspraxis, der Gesellschaft und in der Rechtspolitik. Die zügige Veröffentlichung ermöglichten Felicitas Diethelm und Dominik Wawer durch die sorgsame Aufbereitung der Manuskripte. Sabine Gerber und die studentischen Hilfskräfte der beiden Lehrstühle leisteten wertvolle Unterstützung bei Organisation und Durchführung des Symposiums und der finalen Durchsicht der Manuskripte. Ihnen allen gebührt Dank!

Konstanz im Frühjahr 2026

Prof. Dr. Judith Froese
Prof. Dr. Daniel Thym

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Teil I: Gesellschaft

Margrit Seckelmann
Autonomie und Kommunikation: zum Umgang mit „empörter Kunst“ 3

Judith Froese
Die Universität als Raum des Diskurses 19

Winfried Kluth
Staatsgeld für politische Bildung 37

Teil II: Betroffenheiten

Elisabeth Rossa
Nicht wahlberechtigte Bürger. Demokratietheoretische Anforderungen an die Partizipation 57

Ferdinand Weber
Ausländer in Deutschland 77

Teil III: Intermediäre

Eva Wagner
Demokratie jenseits des Wahlakts: private und soziale Medien 109

Christian von Coelln
Öffentlich-rechtlicher Rundfunk 129

Foroud Shirvani
Finanzierung von Parteien und parteinahen politischen Stiftungen.....143

Teil IV: Beteiligungsformate

Matthias Friehe
Beteiligungsformat Bürgerrat? 161

Silvia Pernice-Warnke
Generationengremium.....175

Daniel Thym
Ambivalenzen der „virtuellen Repräsentation“ durch
die Gerichtsbarkeit 197

Autorenverzeichnis 219

Teil I: Gesellschaft

Autonomie und Kommunikation: zum Umgang mit „empörter Kunst“

Margrit Seckelmann

I. „Empört Euch!“ – Zur Einleitung

„Empört Euch!“ scheint eines der Leitmotive aktueller Kunst zu sein.[1] Ursprünglich galt diese von Stéphane Hessel im Jahr 2010 in einer Streitschrift ausformulierte Parole der vermeintlichen Passivität der Zivilgesellschaft gegenüber der Finanzkrise und den sie auslösenden Faktoren nach dem Zusammenbruch der Bank Lehman Brothers im Jahr 2008.[2] Schnell jedoch wurde Hessels Weckruf im Zeichen eines *(negative) emotional turn*[3] auf den Kapitalismus als solchen, den menschengemachten Klimawandel (und später auch auf die staatlichen Restriktionen im Rahmen der COVID-19-Pandemie) bezogen.

Es brodelt in der Gesellschaft, so wirkt es zumindest. Der „Wutbürger“[4] steht schon fast emblematisch für ein zunehmend gespanntes Verhältnis zwischen Teilen der Bevölkerung und dem Staat, das seinen Höhe- (vielleicht aber auch seinen Kulminations-)Punkt in den Erfahrungen in und mit der Pandemie gemacht hat. Aber wer könnte schweigen, wenn es noch so viele weitere Ungerechtigkeiten auf dieser Welt gibt: die Armut im globalen Süden (nicht zuletzt verursacht durch den Kolonialismus), den Klimawandel, kriegerische Auseinandersetzungen weltweit und nicht zu vergessen die nach wie vor unzureichende Gleichstellung von weiblichen und queeren Bevölkerungsgruppen? Und wer könnte geeigneter sein als eine Künstlerin[5], um die Wut darüber in etwas zu verwandeln, das über den Moment hinausreicht, und einen neuen,

---

[1] *Peitz/Peters-Messer*, Empört Euch! Kunst in Zeiten des Zorns (Kunstpalast Düsseldorf), 2020.

[2] *Hessel*, Empört Euch!, 2011 (Originaltitel: Indignez-vous!, Montpellier 2010).

[3] Zum Begriff vgl. *Laukötter*, Editorial, in: Max-Planck-Institut für Bildungsforschung, Geschichte der Gefühle – Einblicke in die Forschung, abrufbar unter: https://www.history-of-emotions.mpg.de/editorial (22.6.2026).

[4] Zum Begriff des „Wutbürgers“, der es sogar zum „Wort des Jahres“ 2010 der Gesellschaft für deutsche Sprache geschafft hat, vgl. *Ufer*, Wutbürger – Emotion in Urban Politics, in: Ozil/Hofmann/Dayıoğlou-Yücel (Hrsg.), In der Welt der Proteste und Umwälzungen. Deutschland und die Türkei, 2014, 35 ff.

[5] Sofern nachfolgend eine Genusform gewählt wird, sind – wenn nicht anders gekennzeichnet – die anderen Geschlechter mitumfasst.

vielleicht einzig wahren Ton, eine neue Sprache oder ein neues Bild dafür zu finden?

Ein solcher Gedanke ist – wenngleich manche der Ansatzpunkte neuartig erscheinen – gar nicht so innovativ, wie man vielleicht denken könnte. Vielmehr steht er in der Linie des Künstlerselbstverständnisses, das sich in der Phase der Romantik (bzw. des „Sturm und Drang") entwickelt hat und letztlich in der Renaissance wurzelt. Um mit Andreas Reckwitz zu sprechen, legt das „Künstlermodell, wie es von der Renaissance und dann von der Romantik forciert wird, […] den Künstler auf Individualität, Originalität und Expressivität, am Ende auch auf Genialität und Authentizität fest."[6] Im Zuge dessen entwickelte sich ein „spezifisch moderne[s] künstlerische[s] Kreativitätsregime […], das zwischen Exklusivfigur und Generalisierungstendenzen schwankt".[7]

Zur Exklusivfigur wird die Persönlichkeit des Künstlers oder der Künstlerin deswegen, da gegen „Ende des 18. Jahrhunderts eine emphatische Semantik der Individualität entsteht",[8] die auf Originalität setzt. Die Künstlerpersönlichkeit wird sozusagen zum *canary in the coal mine*,[9] da sie gesellschaftliche Tendenzen und Widersprüche früher erspürt[10] als der Normalbürger („Philister" genannt), dem besonders feine Wahrnehmungen verschlossen bleiben.[11]

Umgekehrt aber werden in der modernen Kunst, spätestens seit Ende des Zweiten Weltkriegs, Kunst und Kreativität weitgehend gleichgesetzt. Josef Beuys' bekanntes Diktum „Jeder Mensch [ist] ein Künstler"[12] machte die Fähigkeit zum Schöpferischen, die jedem Menschen – gerade als Kind[13] – innewohnt, zum Ausgangspunkt der Kunst. Um Reckwitz erneut zu zitieren:

---

[6] *Reckwitz*, in: Menke/Rebentisch (Hrsg.), Kreation und Depression: Freiheit im gegenwärtigen Kapitalismus, 2012, 98, 104 f.

[7] *Reckwitz* (Fn. 6), 104.

[8] *Reckwitz* (Fn. 6), 105.

[9] Diese Metapher beruht auf einem Brauch englischer Bergarbeiter, beim Betreten von Kohleminen einen Kanarienvogel mit sich zu führen, der bei Gasentwicklung als erster starb und dadurch die Minenarbeiter alarmierte, sich rechtzeitig in Sicherheit zu bringen. Kunst kann diesem Sprachbild zufolge als Seismograph dafür dienen, ob die „demokratische Luft dünner wird", vgl. *Dutton*, The Fifth Estate. Canaries in the Institutions of Liberal Democracies, in: Nagel u. a. (Hrsg.), Politische Komplexität, Governance von Innovationen und Policy-Netzwerke, 2020, 59 (59 u. 64) – hier bezogen auf ein freies Internet, das eine Art „fünfte Gewalt" zur Kontrolle des Regierungshandelns (nach der Presse als „vierter Gewalt") darstellt.

[10] Vgl. auch den Titel „canary in a coalmine" einer Berliner Ausstellung von Iulia Nistor aus dem Jahr 2017, der Kunst und Künstlern genau dieses feine Sensorium für gesellschaftliche Veränderungen zuschrieb, abrufbar unter: https://www.moussemagazine.it/magazine/iulia-nistor-canary-coal-mine-galeria-plan-b-berlin-2017/ (22.6.2026).

[11] *Reckwitz* (Fn. 6), 107.

[12] Vgl. dazu die Zusammenstellung von Interviews mit *Josef Beuys* von *Clara Bodenmann-Ritter*, dies. (Hrsg.), Jeder Mensch ein Künstler. Gespräche auf der documenta 5/1972, 1975.

[13] Ähnlich das *Pablo Picasso* zugeschriebene Zitat, dass jedes Kind ein Künstler sei.

„Gleich welche Semantiken hier im Einzelnen verwendet werden – Schöpfung, Einbildungskraft, Wahrnehmung, Leben etc. –, es wird die Vorstellung forciert, dass es sich bei der schöpferisch-spielerischen Lebendigkeit um eine allgemeingültige Realität und zugleich generalisierbare Normativität handelt, die potentiell jedes Subjekt als ein menschliches Wesen aktualisieren kann und sollte.“[14]

Um „echte“ oder „wahre“ Kunst zu erkennen (was nicht zuletzt für den Kunstmarkt interessant ist), wird dann ein anderes Merkmal eingeführt: die *Authentizität* der Künstlerperson, die für die Kunsteigenschaft eines Werks einsteht. Dieses Einstehenwollen, die Beglaubigung[15], wird oftmals anhand einer bestimmten, radikalen Lebenspraxis[16] festgemacht – gerade auch an der Bereitschaft, Schmerzen zu ertragen (namentlich in der noch vorzustellenden Performancekunst Marina Abramovićs) oder auch an einer besonders lautstark vorgetragenen Wut auf die herrschenden Verhältnisse.

Die permanente Überschreitung der eigenen (und oftmals auch fremden) Grenzen wird in diesem Verständnis zu einem besonderen Charakteristikum von Kunst. Zugleich aber ist die Beglaubigung von Kunst durch Schmerz und Wut etwas, was die Kunstfreiheit als Schutz einer Kommunikationsfreiheit immer schwieriger gegen andere Rechtsgüter abwägbar macht, denn wer wollte (und könnte) dieser Tiefe des Gefühls noch etwas entgegensetzen (wie beispielsweise den Jugendschutz)? Diese Tendenz ist auch in anderen Bereichen zu beobachten, beispielsweise bezogen auf die Religionsfreiheit: Die Aushandlung, die Kommunikation und das gegenseitige In-Beziehung-Setzen werden dort immer schwerer, wo es diskursiv darum zu gehen scheint, wer das tiefere Gefühl für sich in Anspruch nehmen kann. Und wird die Tiefe von Emotionen zum Maßstab für ein subjektives Recht, so erscheint die Idee von Grenzen durch andere Rechtsgüter beinahe als ungehörig.[17]

II. Zum rechtlichen Umgang mit „empörter Kunst“

1. Kunstbegriffe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Rechtsprechung, gerade diejenige des Bundesverfassungsgerichts, hat sich mit den Charakteristika von Kunst in zahlreichen Entscheidungen auseinandergesetzt. Sie war und ist von dem Bestreben geprägt, moderne Kunstformen in den Kunstbegriff einzubeziehen. Dafür spricht nicht zuletzt, dass der Wortlaut des Grundgesetzes, genauer gesagt dessen Art. 5 Abs. 3 S. 1 (1. Var.), offen for-

[14] *Reckwitz* (Fn. 6), 106 f.

[15] Begriff nach *Rauterberg*, Die Kunst und das gute Leben. Über die Ethik der Ästhetik, 4. Aufl. 2020, 23.

[16] *Reckwitz* (Fn. 6), 107 ff.

[17] *Seckelmann/Kirsten/Steffen*, in: Weilert (Hrsg.), Werteerziehung durch die Schule. Begriffliche Grundlagen, staatstheoretische Basis und institutionelle Ziele, 2023, 111, 121.

muliert ist: „Kunst [ist] frei." Das Erfordernis der „Treue zur Verfassung" in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG bezieht sich dem Wortlaut des Grundgesetzes nach nur auf die ebenfalls in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG angesprochene akademische Lehrfreiheit.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt die Kunstfreiheit daher keinem ausdrücklichen Schrankenvorbehalt.[18] Insbesondere beziehen sich die Grundrechtsschranken in Art. 5 Abs. 2 GG (allgemeine Gesetze, gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend und Recht der persönlichen Ehre) nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG, hier wird mit der systematischen Stellung dieses Absatzes argumentiert.[19]

a) Die Kunstfreiheit als (spezielles) Kommunikationsgrundrecht

Allerdings vollzieht sich Kunst nicht im luftleeren Raum, sie ist immer auch auf Rezipienten angewiesen. Diese sind auch nicht lediglich auf die Rolle eines Publikums festgelegt, sondern treten mit dem Werk und seinem Urheber in Kommunikation. Dabei verfügen sie auch über eigene Rechte (vor allem ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, ggf. aber auch über einen Schutz des [Geistigen] Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG). Das hat zur Folge, dass die Kunstfreiheit zwar keinen ausdrücklichen Grundrechtsschranken unterliegt, dass der Staat oder von ihm eingesetzte Einrichtungen aber ggf. beschränkende Maßnahmen ergreifen können, wenn es zum Schutze kollidierender Grundrechte oder anderer Werte von Verfassungsrang nötig wird.[20] Allerdings werden entsprechende Maßnahmen oftmals an der Frage der Verhältnismäßigkeit scheitern – sofern nicht auf der Gegenseite der Menschenwürdekern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen ist, der die Frage von vorneherein einer Abwägung entzieht.[21]

Es handelt sich bei der Kunstfreiheit um ein *Kommunikationsgrundrecht*, das auf eine Wechselbeziehung zwischen Sender und Rezipienten ausgerichtet ist. Ähnlich wie bei der Meinungsfreiheit ist insoweit nicht jede negative Reaktion auf eine Botschaft schon ein Eingriff in eine Kommunikationsfreiheit –

---

[18] Vgl. BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 193 (Mephisto); BVerfG v. 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 228 (Anachronistischer Zug); BVerfG v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130, 139 (Josefine Mutzenbacher); BVerfG v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 23 f. (Esra); BVerfG v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 (101 f.) (Sampling).

[19] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (191) (Mephisto).

[20] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 129; *Kempen/Rossa*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 64. Ed. 15.11.2025, Art. 5 Rn. 176; *Antoni*, in: Hömig/Wolff/Kluth (Hrsg.), GG, 14. Aufl. 2025, Art. 5 Rn. 31; *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 840.

[21] *Kempen/Rossa* (Fn. 20), Art. 5 Rn. 176; *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 455.

sie ist zunächst einmal *Kommunikation*. Auch wird oftmals vergessen, dass es sich bei der Kunstfreiheit (wie der Meinungsfreiheit) primär um ein gegen den Staat gerichtetes Grundrecht handelt.[22] Das heißt, dass die Kunstfreiheit nicht zwischen Privaten unmittelbar gilt, wohl aber handelt es sich bei der Kunstfreiheit um eine wertentscheidende Grundsatznorm.[23]

Es kann aber zu Fällen mittelbarer Drittwirkung kommen, wenn nämlich der Staat handeln muss, um andere Werte von Verfassungsrang zu schützen und sich die Bedrohungslage zu einer Handlungspflicht des Staates verdichtet hat – die Kunstfreiheit ist insofern auch objektiv-rechtlich zu verstehen.[24] Ein Beispiel hierfür sind jugendgefährdende Medien im Sinne von § 10a Nr. 2 Jugendschutzgesetz (JuSchG), also „Medien, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden“. Diese sind nach § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG von der Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz[25] nach Entscheidung der Prüfstelle für jugendgefährdende Medien[26] in eine Liste (Liste jugendgefährdender Medien) aufzunehmen. Hierbei geht es um eine Effektivierung des aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Jugendschutzes, ggf. in Verbindung mit dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Die Aufnahme in die Liste jugendgefährdender Medien hat zur Folge, dass entsprechende Medien nicht ohne Altersprüfung im Internet betrachtet oder gehört werden können, sie werden auch nicht vom YouTube-Algorithmus vorgeschlagen. Anders ist es (bzw. darf eine Indizierung nicht erfolgen), wenn das entsprechende Medium (was auch ein Song oder Musikalbum sein kann, vgl. § 1 Abs. 2 JuSchG) der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient, vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG; hierdurch wird die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG effektiviert.

Die Prüfstelle für jugendgefährdende Medien hat die Frage, ob im Einzelfall ein potentiell jugendgefährdendes Medium unter die Kunstfreiheit fällt, sorgfältig zu prüfen (wozu ggf. auch Sachverständigengutachten einzuholen sind) und gegen die widerstreitenden Güter von Verfassungsrang abzuwägen. Nach der neueren Rechtsprechung gilt weder die Aussage „Kunstfreiheit geht vor Jugendschutz“ noch das Gegenteil, also „Jugendschutz geht vor Kunstfreiheit“, pauschal.[27] Daher ist, anders als es der Wortlaut von § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG

---

[22] *Jarass* (Fn. 20), Art. 5 Rn. 117; *Kempen/Rossa* (Fn. 20), Art. 5 Rn. 167.

[23] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 (Mephisto); BVerfG v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 21 (Esra).

[24] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 f. (Mephisto); BVerfG v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 21 (Esra).

[25] Als Nachfolgebehörde der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM).

[26] Früher: Zwölfergremium der BPjM.

[27] Vgl. insbesondere BVerwG v. 16.12.1971 – I C 31.68, BVerwGE 39, 197 (Werbeverbot); BVerfG v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (Josefine Mutzenbacher). Die hiesige Darstellung ist aus Gründen der Schwerpunktsetzung etwas verkürzend, bei Interesse

nahelegt, ein Kunstwerk nicht bereits aufgrund seiner Kunsteigenschaft von einer Indizierungsmöglichkeit ausgenommen, vielmehr hat die Prüfstelle in zwei Schritten zu überprüfen, ob es sich bei dem zur Prüfung der Indizierung anstehenden Objekt um ein „Kunstwerk" handelt.[28] In einem zweiten Schritt werden dann die widerstreitenden Belange (Kunstfreiheit vs. Jugendschutz) gegeneinander abgewogen.[29] Seit der „Bushido"-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, auf die weiter unten eingegangen werden soll, ist diese Abwägungsentscheidung gerichtlich voll überprüfbar.[30]

b) Der Gegenstandsbereich der Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Aber was ist nun Gegenstand der Kunstfreiheit im Sinne des Grundgesetzes und wer definiert ihren Schutzbereich? Hierbei stellt sich das Problem, dass der Staat nicht zum „Kunstrichter"[31] werden darf, gleichzeitig aber erkennen muss, was er zu respektieren und zu schützen hat.[32] Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung dieses Problem reflektiert und verschiedene Zugänge zum Gegenstandsbereich der Kunstfreiheit erarbeitet. Die erste Annäherung wurde in der sog. Mephisto-Entscheidung des Ersten Senats entwickelt und stellt stark auf die Unmittelbarkeit des Ausdrucks und die freie schöpferische Gestaltung ab.[33] Dieser *materiale* Zugang wurde später, namentlich in der Entscheidung zum „Anachronistischen Zug", einem Straßentheater unter Verwendung eines Gedichts von Bertolt Brecht, um zwei weitere Verständnismöglichkeiten erweitert: einen *formalen* Zugang, der auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kunstgattung und die Einhaltung der entsprechenden gattungstypischen Elemente abstellt,[34] und ein *zeichentheoretisches Verständnis*[35]. Der letztgenannte, der sog. offene Kunstbegriff, setzt stark auf die Relation

genauer: *Liesching*, in: ders. (Hrsg.), BeckOK JugendschutzR, 5. Ed. 1.6.2025, § 18 Rn. 115; *Waldeck*, in: Erdemir (Hrsg.), HK-JuSchG, 1. Aufl. 2024, § 11 Rn. 10.

[28] *Waldeck* (Fn. 27), § 11 Rn. 9; *Dankert*/*Sümmermann*, in: Erdemir (Hrsg.) (Fn. 27), § 18 Rn. 332; *Liesching* (Fn. 27), § 18 Rn. 116.

[29] *Liesching* (Fn. 27), § 18 Rn. 117; zur Bestimmung der Gewichtung näher *Dankert*/*Sümmermann*, in: Erdemir (Hrsg.) (Fn. 27), § 18 Rn. 339–347.

[30] BVerwG v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, BVerwGE 167, 33, Leitsatz 3 (Bushido).

[31] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 (Mephisto).

[32] Von Josef Isensee treffend folgendermaßen auf den Punkt gebracht: „Was der Staat nicht definieren kann, das kann er nicht schützen", vgl. *ders.*, Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, 1980, 35.

[33] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (189) (Mephisto).

[34] BVerfG v. 17.7.1984 –1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug).

[35] BVerfG v. 17.7.1984 –1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug).

zwischen dem Sender und dem Empfänger einer künstlerischen „Botschaft“ und definiert Kunst durch die Komplexität ihrer Wahrnehmbarkeit: Kunst sei nicht nur eine Versinnbildlichung einer bestimmten (politischen, werblichen oder religiösen) Aussage, sondern lasse eine vielfältige Interpretierbarkeit zu.[36] Der materiale wie auch der offene Zugang setzen mithin auf eine Art Prozesshaftigkeit von Kunst, einen Dialog mit dem Publikum.

Der Dialoggedanke wird auch von einem vierten Kunstbegriff stark gemacht, den Andreas von Arnauld entwickelt hat, dem relationalen Kunstbegriff.[37] Dieser ist von einer Kommunikationsbeziehung geprägt, allerdings von derjenigen zwischen Kunstwerken selbst (oder den Künstlern) und ist daher besonders geeignet, um Remixes und Mashups, also die Verarbeitung, Zitation und Kommentierung von Kunst durch Kunst zu erfassen – hierfür wurde im Urheberrecht der Begriff der Pastiche entwickelt.[38] Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in seiner Germania 3-Entscheidung[39] und vor allem in derjenigen zu den Remixes bzw. zum Sampling („Metall auf Metall“[40]) damit zu befassen.

2. Aktuelle Herausforderungen durch „empörte Kunst“

Obwohl sich bereits die Mephisto-Entscheidung (bezogen auf einen Schlüsselroman, der auch das Handeln von Künstlern in der Diktatur betrifft[41]) und die Entscheidung zum „Anachronistischen Zug“ (bezogen auf Proteste in Form von Straßentheater[42]) mit der Frage politischer Kunst auseinandersetzten, ist meines Erachtens der Umgang mit denjenigen Kunstformen weiterhin nicht hinreichend geklärt, die ich nachfolgend als *empörte Kunst* bezeichnen möchte. Hierbei geht es um Grenzvermessungen des Kunstbegriffs durch (a) Schmerz, (b) Hass oder (c) Wut. All das ist Kunst nicht fremd – der auf der Romantik (bzw. dem Sturm und Drang) beruhende materiale Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts erfasst die Intensität des Gefühls – auch in Form negativer und wütend in die Welt herausgerufener Emotionen in der künstlerischen Bildsprache. Und doch stellt empörte Kunst immer wieder neu die Frage nach Grund und Grenzen der Kunstfreiheit, vor allem stellt sich (anders als beim

---

[36] BVerfG v. 17.7.1984 –1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug) unter Bezugnahme auf *von Noorden*, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) und die Strafbarkeit der Verbreitung unzüchtiger Darstellungen (§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB), 1969.

[37] *Von Arnauld*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 7 f.

[38] Vgl. § 51a UrhG; zum Hintergrund *Ortland*, ZGE 14 (2022), 3.

[39] BVerfG v. 29.6.2000 – 1 BvR 825/98, NJW 2001, 598, 599 (Germania 3).

[40] BVerfG v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, insbes. 106 ff. (Sampling)

[41] BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 183 (Mephisto).

[42] BVerfG v. 17.7.1984 –1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug).

Schmerz allein) bei Hass und Wut die Frage, ob Personen oder Gruppen, die als Vergleichsmaßstab für etwas Hassens- oder Verachtenswertes herangezogen werden, ihre Herabwürdigung gleichsam als Kollateralschäden hinzunehmen haben. Was bedeutet das für sie und was bedeutet das für den gesellschaftlichen Zusammenhalt?

a) „The artist is present": körperlicher Schmerz als Beweis der „Wahrheit" von Kunst?

Eine der Künstlerinnen, die die Grundlage für das hier betrachtete Phänomen legte, war und ist Marina Abramović. Die serbische bzw. internationale Künstlerin hat schon früh den Körper und seine Verletzlichkeit als Instrument ihres Schaffens entdeckt. Realer Schmerz und ebensolche körperliche Erschöpfung werden zu Mitteln künstlerischen Ausdrucks, der in manchen Performances dadurch gesteigert wird, dass sich die Künstlerin vollkommen in die Hände ihres Publikums begibt, das sie betrachten oder auch anfassen kann bzw. aus einer gefährlichen Situation rettet oder auch nicht.[43]

Damit treibt Abramović eine Tendenz romantischer Kunst bzw. des materialen Kunstbegriffs auf die Spitze: Schmerz wird hier gleichsam zur Beglaubigung der Echtheit performativer Kunst – beglaubigt vom Publikum, dem es in die Hände gelegt wird, die „Wahrheit" durch eine erneute Zufügung von Schmerzen zu überprüfen.

Dieser Art von Kunst wohnt ebenso ein starkes kommunikatives Element inne wie eine Tendenz zur Unversöhnlichkeit: Ist dann nicht eigentlich die schmerzhaftere Kunst die „wahrere" Kunst? In Verbindung mit dem Gedanken der „Empörtheit" bedeutet das: Muss bei einer Auseinandersetzung verschiedener Positionen dann nicht diejenige obsiegen, die tiefer (also schmerzhafter) fühlt? Die Argumentation mit Gefühlen oder „Werten" macht die eigene Position kaum verhandelbar, da jeder Versuch der Konfliktlösung als ein Verrat an den eigenen Werten (oder wie ein Nicht-Mehr-Einstehen-Wollen einer Künstlerin für ihre Performancekunst) erscheint.[44]

Marina Abramović steht mit ihrer Kunst nahezu paradigmatisch für eine Tendenz, die „man insbesondere seit der Mitte des 20. Jahrhunderts beobachten kann", nämlich eine „Rezentrierung des Kunstfeldes auf das Künstlersubjekt, und zwar als öffentliche Figur".[45] Performance-Kunst hat nicht nur den „Körper des Künstlers selber zum Objekt künstlerischer Gestaltung" erhoben, son-

[43] Zum Einstieg in Abramovics Performancekunst eignet sich am besten der Film von Matthew Akers von 2012 („Marina Abramovic: The Artist is Present", abrufbar unter: https://filmfestival.cologne/filme/marina-abramovi%C4%87-the-artist-is-present [22.6.2026]) und die Interviews mit ihr anlässlich einer Retrospektive des Museum of Modern Art in New York (MoMA), abrufbar unter: https://www.moma.org/audio/playlist/243 (22.6.2026).

[44] *Seckelmann/Kirsten/Steffen* (Fn. 17), 111, 121.

[45] *Reckwitz* (Fn. 6), 114.