

anstanden. Angesichts der Schwere der aufzuklärenden Tat, der besonderen Schwierigkeiten der Ermittlungen und der Beweiserheblichkeit des aufzufindenden Schriftstücks war auch hinsichtlich der Durchsuchungsanordnung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

2. BVerwG, Urteil vom 18. Februar 1998 – 6 C 9.97

(Abgedruckt mit Gründen in *tv diskurs* 8, April 1999, S. 82ff.)

a) Ordnet die Bundesprüfstelle einen zur Indizierung anstehenden Videofilm dem Bereich der Kunst i. S. v. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu und ist somit eine Abwägung der Belange des Jugendschutzes und der Belange der Kunstfreiheit mit dem Ziel eines angemessenen Ausgleichs geboten, so folgt unmittelbar aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine Pflicht der Bundesprüfstelle zur prinzipiell umfassenden Ermittlung der für den Jugendschutz und der für die Kunstfreiheit sprechenden Belange; dazu gehört grundsätzlich auch die Anhörung derjenigen Personen, die an der Herstellung des „Kunstwerks“ (bei einem Videofilm typischerweise der Regisseur und möglicherweise auch der Produzent) schöpferisch und/oder unternehmerisch mitgewirkt haben.

b) Diese Ermittlungspflichten der Bundesprüfstelle werden indessen u. a. durch den Zweck der Abwägung in der Weise eingegrenzt, daß z. B. dann, wenn im Einzelfall allenfalls geringfügigen Belangen der Kunstfreiheit schwerwiegende Belange des Jugendschutzes gegenüberstehen und jene offenkundig überwiegen, es nicht geboten ist und unverhältnismäßig wäre, die Ermittlungen weiter zu betreiben, als es zur Feststellung eines eindeutigen Übergewichts der Belange des Jugendschutzes erforderlich ist (im Anschluß an Urteil vom 28. August 1996 BVerwG 6 C 15.94 – Buchholz 436.52 § 1 GJS Nr. 20).

Anmerkung:

Die Entscheidung wirft mehrere Probleme auf, von denen hier nur einige erläutert werden können.

I. Ein in der Entscheidung ausführlich diskutiertes Problem ist die Anhörung im Verfahren vor der Bundesprüfstelle.

1. Dieses Problem wird zunächst im Rahmen der Frage behandelt, ob der Regisseur und der Produzent gemäß § 65 Abs. 2 VwGO notwendig zum Verfahren beizuladen waren und ein Verfahrensfehler vorliegt, weil dies nicht geschehen ist. Eine notwendige Beiladung setzt nach § 65 Abs. 2 VwGO voraus, daß Dritte an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die zu treffende Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Nach der Auffassung des Gerichts richtet sich die Frage der Beiladung danach, wer als von der Entscheidung betroffen anzusehen ist. Diese „Betroffenheit“ soll sich aus der Vorschrift über die Anhörung im GJS ergeben. Nach § 12 GJS ist dem Verleger und dem Verfasser der Schrift Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Übertragen auf einen Film sollen der Regisseur als schöpferischer „Haupturheber“ des „Gesamtkunstwerks Film“ und möglicherweise der Produzent als Inhaber der Nutzungsrechte am Filmwerk als solchem als betroffen anzusehen sein. Regisseur und Produzent seien aber im vorliegenden Fall nicht ausreichend betroffen, um einen Fall der notwendigen Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO anzunehmen. Denn eine Indizierung habe unmittelbar lediglich eine Beschränkung der Verwertung des Filmes durch die im konkreten Fall Verwertungsberechtigten (hier die Klägerin, die den Film in Deutschland vertreibt) zur Folge, durch welche die sonstigen Betroffenen allenfalls mittelbar berührt würden. Für die Entscheidung über eine notwendige Beiladung ist diese Argumentation wohl zutreffend.

2. Allerdings hat die Frage der Anhörung auch eine materielle Komponente. Sie soll sicherstellen, daß der Sachverhalt umfassend ermittelt wird und die vorgetragenen Argumente in die Entscheidung der Bundesprüfstelle einfließen. Wie das Gericht ausführt,

gehört zu einer umfassenden Ermittlung der widerstreitenden Belange auf der Seite der Belange der Kunstfreiheit grundsätzlich auch eine Beteiligung und Anhörung derjenigen Personen, die schöpferisch an dem Kunstwerk mitgewirkt haben und insofern typischerweise in der Lage sind, etwas über die in dem Kunstwerk umgesetzten Belange der Kunstfreiheit auszusagen. Allerdings hält das Gericht diese Ermittlungspflicht der Bundesprüfstelle aus mehreren Gründen für begrenzt. Diese Gründe können nicht überzeugen.

a) Zunächst wird eine Einschränkung der Ermittlungspflicht mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer schnellen Entscheidung für den Jugendschutz begründet. Dies ergebe sich aus dem Zweck des Indizierungsverfahrens. Das Verfahren sei insgesamt darauf angelegt, schnell zu einer Entscheidung zu gelangen, weil der mit dem GjS beabsichtigte Jugendschutz durch Werbe- und Vertriebsbeschränkungen erst mit der Bekanntmachung der Indizierung wirksam werde. Aus diesem Grund soll die Anhörungspflicht in § 12 GjS, nach der dem Verfasser und Verleger soweit möglich Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, eingeschränkt sein.

Diese Begründung ist nicht tragfähig. Erstens wirken die Beschränkungen des GjS immer repressiv, weil sie erst nach dem Erscheinen der Schrift in Betracht kommen. Für einen lückenlosen Jugendschutz kommen sie also grundsätzlich „zu spät“. Rechtzeitig in diesem Sinne wäre nur eine Vorzensur. Zweitens sieht das GjS in § 15 eigens ein Eilinstrument in der Form einer vorläufigen Anordnung vor. Diese setzt gemäß § 15 Abs. 1 GjS voraus, daß die endgültige Aufnahme der Schrift in die Liste offenbar zu erwarten ist und die Gefahr besteht, daß die Schrift kurzfristig in großem Umfang vertrieben wird. Zwar müssen auch bei einer Entscheidung im vereinfachten Verfahren nach § 15a GjS, wie sie im vorliegenden Fall getroffen wurde, die Voraussetzungen einer Indizierung nach § 1 Abs. 1 GjS offenbar vorliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber hinsichtlich der Anhörungspflicht zwischen dem vereinfachten Verfahren nach § 15a GjS und dem Eilverfahren nach § 15 GjS unterschieden: Nur im Verfahren der

vorläufigen Anordnung des § 15 GjS kann auf die Anhörung verzichtet werden (BVerfGE 31, 113, 119; a. A. VG Köln, NJW 1989, 417f., das auch im Eilverfahren eine Anhörung nach § 12 GjS für grundsätzlich erforderlich hält.) Wird der Umfang der Anhörungs- und Ermittlungspflichten im „normalen“ Indizierungsverfahren mit der Begründung eingeschränkt, das Verfahren müsse schnell abgeschlossen werden, wird die in § 15 GjS normierte Voraussetzung, daß die Gefahr einer kurzfristigen Verbreitung in großem Umfang besteht, umgangen. Zudem können die Anhörungs- und Ermittlungspflichten mit dieser Argumentation beliebig weit eingeschränkt werden; eine Grenze ist nicht erkennbar. § 12 GjS beinhaltet aber eine Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, der auch im Verwaltungsverfahren besteht. Die Anhörung kann deshalb nur in seltenen begründeten Ausnahmefällen unterbleiben (so Steindorf, § 12 Anm. 3 in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 01.02.1995). Ein solcher Ausnahmefall kann jedenfalls nicht mit der grundsätzlich bestehenden Notwendigkeit eines schnellen Indizierungsverfahrens begründet werden.

b) Eine weitere Begrenzung der Ermittlungspflichten soll sich aus den Gründen ergeben, die der Senat in seinem Urteil vom 28.08.1998 (BVerwG, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 1997, 941ff.) genannt hat. Danach soll es im allgemeinen ausreichen, wenn im Rahmen der Abwägung die Gewichtung der widerstreitenden Belange so weit eingegrenzt wird, daß – jedenfalls – das im Einzelfall gebotene Mindestmaß erreicht wird, das erforderlich und ausreichend ist, um eine dem Ergebnis angemessene Abwägung der beiderseits in die Waagschale zu legenden Gesichtspunkte vorzunehmen. Der Umfang der Ermittlungen hänge daher wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab. Je mehr sich die Waagschalen dem Gleichgewicht näherten, desto intensiver müsse versucht werden, die beiderseitigen Wertungen abzusichern und auch Einzelgesichtspunkte exakt zu wägen. Sei dagegen ein Belang stark ausgeprägt und eine Diskrepanz zu den auf der anderen Seite betroffenen Belangen von vornherein offenkundig, dann sei es nicht notwendig, die

Gewichtung der Belange weiter zu betreiben, als es zur Feststellung eines eindeutigen Übergewichts einer Seite geboten sei.

Sowohl die Begründung dieser Grundsätze an sich als auch ihre Anwendung bei der Überprüfung der Entscheidung der Bundesprüfstelle können nicht überzeugen.

Zunächst ist logisch nicht erklärbar, wie tatsächliche Aspekte gewichtet werden können, wenn vorher nicht ermittelt wurde, um welche Aspekte es sich handelt. Das Gericht ist der Auffassung, die Bundesprüfstelle durfte von weiteren, unter Umständen zeitraubenden Ermittlungen – durch eine Anhörung – hinsichtlich weiterer, allenfalls „leichtgewichtiger“ Belange der Kunstfreiheit absehen. Wie ist aber ohne Anhörung der betroffenen Künstler vorhersehbar, daß diese Personen auf seiten der Belange der Kunst nur Aspekte von geringem Gewicht (sogenannte Kleinstgewichte) vorbringen werden? Das Gericht ist sich auch sicher, daß die Ergebnisse dieser Ermittlungen offensichtlich nicht entscheidungserheblich hätten werden können. Wie dieses Ergebnis vorhersehbar sein soll, ist ebenfalls unklar.

Es handelt sich deshalb um eine vorweggenommene Beweiswürdigung.

Außerdem wird mit diesem „Waagschalenprinzip“, das das Gericht entwickelt hat, im Ergebnis die vom Bundesverfassungsgericht in der Mutzenbacher-Entscheidung geforderte Abwägung im Einzelfall (BVerfGE 83, 130, 146f.) umgangen. Im vorliegenden Fall wurde nur eine summarische Prüfung vorgenommen, für deren Ergebnis letztlich wohl entscheidend war, daß ein besonders hohes Maß an Jugendgefährdung festgestellt wurde. Dies war wohl auch der Grund dafür, sämtliche auf seiten der Kunst in Betracht kommenden Aspekte ohne Prüfung als Kleinstgewichte einzustufen. Diese Vorgehensweise nähert sich aber bedenklich dem vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig angesehenen Verfahren: Es darf nicht allein der der Kunstfreiheit widerstreitende Belang betrachtet und die Lösung des Konflikts ausschließlich von der Schwere abhängig gemacht werden, mit der dieser durch das Kunstwerk beeinträchtigt werden könnte (BVerfGE 83, 130, 146f.).

c) Werden solche Maßstäbe an die Einzelfallabwägung angelegt, wie der Senat sie ent-

wickelt hat, verwundert es nicht, daß die Abwägung, die die Bundesprüfstelle vorgenommen hat, als ausreichend angesehen wird. Das Gericht bezeichnet es zwar als unzulässig, die Frage der Kunsteigenschaft des beanstandeten Filmes offenzulassen, wie dies die Bundesprüfstelle in der Entscheidung des Dreiergremiums getan hat. Ein Abwägungsdefizit soll daraus aber nicht resultieren. Denn der Entscheidung der Bundesprüfstelle sei eine Hilfsbegründung zu entnehmen, die die Entscheidung ebenfalls trage. Mit dieser Hilfsbegründung ist wohl die Feststellung gemeint, daß die künstlerische Bedeutung des Filmes als gering einzuschätzen sei und der Film in der Fachpresse keine Beachtung gefunden habe. Allein die Bezeichnung als „Hilfsbegründung“ deutet aber schon darauf hin, daß keine explizite Abwägung stattgefunden hat. Ausweislich des in der Entscheidung des Gerichts zitierten Auszugs der Entscheidung der Bundesprüfstelle, die im Ergebnis richtig sein mag, erschöpft sich die Begründung des Vorrangs des Jugendschutzes dann auch in der Feststellung, die jugendgefährdende Wirkung sei aus mehreren Gründen zu bejahen und die Gewaltdarstellungen erreichten einen hohen jugendgefährdenden Grad. Demgegenüber sei die künstlerische Bedeutung gering, und der Videofilm habe keine Beachtung in der Fachpresse gefunden. Die Behauptung, der Film habe nur einen geringen künstlerischen Wert, wird nicht begründet. Gerade für diese Frage wäre eine Stellungnahme des Regisseurs und des Drehbuchautors von Interesse gewesen.

II. Allerdings offenbart sich in der Entscheidung der Bundesprüfstelle auch die tatsächliche Schwierigkeit, die Belange des Jugendschutzes und der Kunstfreiheit zu ermitteln und zur Konkordanz zu bringen. Es besteht eine erhebliche Unsicherheit darüber, welche Kriterien dabei anzuwenden sind.

So wurde das Merkmal der künstlerischen Qualität bei der Lösung der Kollision zwischen Kunstfreiheit und Jugendschutz in der Mutzenbacher-Entscheidung zum ersten Mal vom Bundesverfassungsgericht genannt (BVerfGE 83, 130, 139). Dagegen wurde bei der vorgelagerten Frage der Kunsteigenschaft eine Bewertung des künstlerischen Niveaus stets abgelehnt, weil die Anerken-

nung der Kunsteigenschaft nicht von einer staatlichen Stil-, Niveau- und Inhaltskontrolle abhängig gemacht werden dürfe (BVerfGE 75, 369, 377; 81, 278, 291).

Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Wertung nun bei der Abwägung eine Rolle spielen kann (gegen eine Berücksichtigung Vlachopoulos, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 196 m. w. N.; für eine Berücksichtigung Mahrenholz, Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 26 Rn. 101.). Auch der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zu dem Werk *Opus Pistorum* von Henry Miller Zweifel geäußert, ob eine Würdigung des literarischen Ranges – im Hinblick auf die Weite des Kunstbegriffs – stattfinden dürfe (BGHSt 37, 55, 64f.). Das Kriterium des Ansehens beim Publikum oder in der Kritik ist ebenfalls problematisch. Denn auf diese Weise wird die kommerzielle bzw. etablierte Kunst derjenigen, die auch auf Ablehnung stößt, vorgezogen (vgl. Vlachopoulos, a. a. O., S. 199). Als weiteres Kriterium für die Gewichtung der Kunstfreiheit soll nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von Bedeutung sein, in welchem Maße gefährdende Schilderungen in ein künstlerisches Konzept eingebunden sind (BVerfGE 83, 130, 147f.). Die Kunstfreiheit umfasse auch die Wahl eines jugendgefährdenden Themas; in diesem Fall könne die Kunstfreiheit um so eher Vorrang beanspruchen, je mehr die den Jugendlichen gefährdenden Darstellungen künstlerisch gestaltet und in die Gesamtkonzeption des Kunstwerks eingebettet sind. Dabei bleibt unklar, ob es um die Frage der Notwendigkeit der jugendgefährdenden Passagen für das Kunstwerk geht (so Vlachopoulos, a. a. O., S. 229.), was letztlich auch eine staatliche Bewertung des Kunstwerks mit sich bringen würde oder ob es sich um eine Frage der Gewichtung des Jugendschutzes handelt (so Mahrenholz, Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 26 Rn. 101.), weil die künstlerische Einbettung dazu führt, daß die jugendgefährdende Wirkung dieser Passagen im Ergebnis geringer ist.

Kriterien für eine einzelfallbezogene, den Grundsätzen werkgerechter Interpretation entsprechende Abwägung der Aspekte der Kunstfreiheit mit denen des Jugendschutzes zu finden und anzuwenden, stellt sich also

als schwierig dar. Die Bundesprüfstelle hat dieses Problem in einem anderen Verfahren konkret angesprochen: Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstbewertung allgemein seien in sich widerspruchsvoll, und es sei schwer vorstellbar, daß es nach dessen Ausführungen zum weiten Kunstbegriff doch zu einer Bewertung des Kunstwerks durch die Bundesprüfstelle und die Gerichte kommen sollte (BVerwG Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1997, 941.).

Darin äußert sich das Problem, daß jede „Bewertung“ des Kunstwerks letztlich eine Inhalts- bzw. Niveaukontrolle mit sich bringt, was wiederum der Intention, mit einem weiten Kunstbegriff staatliches Kunstrecht zu vermeiden, widerspricht. Mit diesem Widerspruch ist die Praxis, die verpflichtet ist, eine Abwägung vorzunehmen, allein gelassen. Die Entwicklung von „objektiven“ Kriterien, die eine staatliche Bewertung der Kunst vermeiden, steht noch aus; es ist aber schwer vorstellbar, wie sie gelingen könnte.

Wiss. Assistentin Ilona Ulich, M. L. E., Leipzig